ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO DE CÓRDOBA
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS
DE DERECHO PENAL

MARZO 2016

1

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

NÚMERO HOMENAJE AL DR. JORGE DE LA RÚA

ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número I

C O M E N T A R I O S
AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

HOMENAJE AL
DR. JORGE DE LA RÚA

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2016

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 (5000) – Córdoba
República Argentina
Tel/Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@academc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en:
www.academc.org.ar

ISSN 2469-2085

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Autoridades

CARLOS JULIO LASCANO
Director

CAROLINA PRADO
Secretaria

ANA MARÍA CORTES DE ARABIA
Directora del Cuaderno

Comité Editorial

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
CARLOS JULIO LASCANO
ANA MARÍA CORTES DE ARABIA

Comité Evaluador Externo

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

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2011, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

PALABRAS LIMINARES

Por acta n° 9 del 20 de diciembre de 1990 el pleno de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba aprobó la creación del “Instituto de Derecho Penal y Criminología”, difiriendo la designación de su Director para una fecha posterior. A su vez el 22 de marzo de 1991, el pleno eligió al académico de número, Dr. Daniel Pablo Carrera. Con fecha 22 de mayo de 1995, el Dr. Carrera presentó su renuncia al Instituto por razones particulares y por acta 2/95 se designa como nuevo Director al académico de número Dr. Justo Laje Anaya, quien ocupó dicho cargo hasta su renuncia como académico de número.

Con fecha 15 de diciembre de 2009, por acta n° 24/09, a propuesta del Dr. Jorge de la Rúa, se renuevan las actividades del Instituto bajo una nueva denominación "Instituto de Ciencias Penales", siendo designado el académico de número Dr. Jorge de la Rúa como Director, el académico de número Dr. José I. Cafferata Nores como coordinador de Derecho Procesal Penal y el suscripto como coordinador de Derecho Penal.

Al crearse el 12 de noviembre de 2013 el Instituto de Derecho Procesal, se disuelve la Sección de Derecho Procesal Penal dentro del Instituto de Ciencias Penales. En la sesión del 1º de abril de 2014, el Director del Instituto de Ciencias Penales, Dr. Jorge de la Rúa presenta su renuncia por motivos personales y es designado como nuevo Director el suscripto, quien propició y logró que la Mesa Directiva nombrara al Dr. Jorge de la Rúa como Director Honorario del Instituto, misión que cumplió activamente hasta su lamentable deceso ocurrido el 15 de agosto de 2015.

Por haber trabajado casi seis años junto a mi Maestro en este Instituto, puedo dar fe que gracias a su voluntad e iniciativa fue posible poner en marcha efectivamente la labor investigativa que constituye el fin primordial del Instituto, el cual se benefició con la impronta que le imprimieron su capacidad, su dedicación y sus ideas, tanto como Director cuanto como Director Honorario.

Es por ello que el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba lleva ahora el nombre del Dr. Jorge de la Rúa.

En representación de los miembros del Instituto, quienes tuvimos la iniciativa de rendir de ese modo un justo homenaje a la memoria de quien honró la función de

Director, deseamos dedicarle el primer número de esta nueva publicación, que contiene las investigaciones sobre el Anteproyecto de Código Penal de 2014, porque -como Director Honorario- Jorge de la Rúa nos acompañó hasta el año pasado con sus sabios consejos y sus atinadas intervenciones en las discusiones generadas durante las exposiciones realizadas por los miembros de nuestro Instituto sobre esa interesante temática.

Los *Cuadernos de Derecho Penal*, bajo la dirección de la Profesora Ana María Cortés de Arabia, intentarán reflejar la labor de investigación de los miembros del Instituto de Ciencias Penales, permitiendo también -por intermedio del sistema de canje de publicaciones y otros modos de relación- insertarse en la producción científica de Universidades y Academias de Derecho nacionales y extranjeras.

No debe buscarse en sus páginas aportes fundamentales o eruditos, sino más bien, puntos de partida para la reflexión y el esclarecimiento que puedan contribuir a la formación de un ambiente favorable al estudio sistemático y de aliento de las disciplinas penales, que posibilite la vocación de los integrantes del Instituto y la extensión de esos conocimientos a los círculos jurídicos extra-académicos.

Córdoba, otoño de 2016

Dr. Carlos Julio Lascano
Director

HOMENAJE AL
DR. JORGE DE LA RÚA

Lectura de Carta del Dr. Jorge de la Rúa, leída *post mortem* por el Dr. José I. Cafferata Nores[1]

No sufran, no lloren…

La medicina me detectó hace un tiempo una enfermedad mortal.

Los vientos de la tragedia comenzaron a correr, frente a una muerte que era difícil asumir. Luego de la natural conmoción, pude elaborar con justeza mi situación. En el fenómeno particular e individual que es una vida en el universo cósmico, ésta debe concebirse como un don que permite, aunque sea por instantes, ser uno y distinto. Pero hace a la esencia de la vida el cambio permanente, que se traduce en que la vida, tu vida, se acompaña de circunstancias que, necesariamente, van pasando.

De allí que cuando no comprendes esto, y pretendes aferrarte a alguna para que no cese, se genere una terrible angustia. El final de la vida se acerca cuando tú mismo, tu vida misma, es una circunstancia que comienza a cesar para los otros. En estos momentos, sin necesidad de juicios valorativos, uno puede ponderar todas las circunstancias que te acompañaron en la vida, tanto las que cesaron como las que permanecerán después de ti. Y en tal sentido soy lo que puede llamarse feliz. Nunca hice daño a nadie, ayudé a quien pude, fui honesto cuando manejé cosas de otros. En mi vida, logré una vida académica importante, una vida profesional exitosa, una vida pública satisfactoria.

[1] Palabras ofrecidas en circunstancias del acto de homenaje del 9 de marzo de 2016.

Nota remitida por el Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira[2]

Señor Director
del Instituto de Ciencias Penales
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
Dr. Juan Carlos Lascano
S_____ _____/_____D

El Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se dirige a Ud. con el fin de poner en su conocimiento que con gran beneplácito he recibido la invitación amablemente cursada para asistir al acto de homenaje *in memoriam* al **Prof. Emérito Dr. Jorge De la Rúa**, el cual se llevará a cabo en el día de la fecha en sede de la Academia, a las 18 hs, en la que se impondrá su nombre **al Instituto de Derecho Penal** de esa Corporación.

Destaco y felicito a las autoridades y demás miembros del Instituto de Derecho Penal la iniciativa de imponer al mismo el nombre del Dr. Jorge de la Rúa.

Debo recordar la relevante trayectoria del Dr. Jorge De la Rúa como catedrático y especialista en el área del Derecho Penal, alcanzando el más alto grado de reconocimiento académico y científico, al ser designado Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue el primer Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología, en el período 1984 a 1988 y desempeñó nuevamente esas funciones desde agosto del año 2012 hasta su fallecimiento, lo que demuestra acabadamente su inquebrantable voluntad de trabajar hasta el último aliento. Hoy ese Departamento lleva su nombre.

Fue Jorge De la Rúa, un incansable y generoso maestro, dispuesto siempre a brindar a sus discípulos el tesoro de sus consejos, la inagotable riqueza de su vida y su paternal y afectuoso aliento para orientar y dirigir incesantemente nuevas líneas de estudio y de investigación en el área de su especialidad, el derecho penal.

Que su dedicación a la docencia permitió formar generaciones de jóvenes que lo recuerdan con profundo cariño, impartiendo simpatía y respeto por la juventud como una esperanza por las instituciones de la sociedad.

El Dr. Jorge E. De la Rúa fue asimismo, un destacado político, a quien ni el autoritarismo con sus amenazas y persecuciones ni

[2] Leída en circunstancias del acto de homenaje del 9 de marzo de 2016.

el cruel exilio en Venezuela pudieron hacerle abandonar la lucha por un país más justo, donde la educación ocupe un lugar de privilegio.

Brillante abogado, ocupó asimismo destacadas responsabilidades en la función pública que cumplió con esmerada dedicación como: Fiscal de Estado de la Provincia de Córdoba (1983-1985), Ministro de la Función Pública y de la Reforma Administrativa en Córdoba (1987 – 1991), Secretario General de la Presidencia de la Nación, Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1996 hasta el año 2002, Director Titular del Colegio de Abogados de Córdoba (1973), Director del Departamento de Asesoría Letrada del Ministerio de Hacienda de la Provincia de Córdoba, entre otros. Fue también, Convencional Constituyente en los procesos de reforma de las Constituciones de la Provincia de Córdoba, de nuestra Constitución Nacional y Vicepresidente de la Convención Constituyente Municipal que sancionó la carta orgánica que nos rige desde hace 20 años.

Fue un excelente jurista, caracterizándose su obra por ser verdaderamente vasta, erudita, culta, multifacética, atravesada por importantes plexos de renovación doctrinaria y exquisitamente formulada y escrita. El amplio, riguroso y cuidado del manejo de las fuentes, las propuestas novedosas e innovadoras, esmerados marcos teóricos, insertos siempre, en una rigurosa presentación de amable y placentera lectura son ejes fundamentales de numerosas publicaciones. En su magnífica obra, sobresalen, entre otras: “Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación”, (1965); “Código penal argentino: parte general”, (1966, 1972); “Delitos contra la confianza en los negocios”, (1980); “La codificación penal latinoamericana”, (1982); “Derecho y democracia: Los temas y los tiempos” (2008); “Derecho y democracia”, (2007) "El nuevo régimen penal del cheque" (1966), etc.

Agradeciendo la invitación, solicito disculpe mi ausencia a este merecido Homenaje al Dr. Jorge de la Rúa, atento que compromisos asumidos con anterioridad impedirán mi asistencia al mismo.

Saludo a Uds. con mi mayor consideración y estima

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

Palabras de la Dra. María Cristina Barberá de Riso[3]

Agradezco el honor de haber sido convocada por señor Director del Instituto de Derecho Penal de esta Academia, Dr. Carlos Julio Lascano para referirme a quien fuera en vida Académico de Número de la misma, cuyo nombre llevará a partir de ahora el mencionado Instituto, esto es al Dr. Jorge de la Rúa.

No es la primera vez que me referiré a él. En esas otras ocasiones he compartido el conocimiento que pude tener de él como Profesor, como profesional del derecho, como ciudadano, como padre, esposo, abuelo y su posición existencial en relación a determinados aspectos.

En este momento, me parece oportuno, dado que el lugar lo amerita, profundizar aspectos científicos y compartiré con ustedes la fundada posición del Dr. de la Rúa acerca de la posibilidad de lograr una "Dogmática Penal Argentina Contemporánea".

Lo interesante es que sin omitir los avances científicos de la Escuela Continental Europea, especialmente los propios de las teorías alemanas y más específicamente de la Teoría de la Imputación Objetiva, avanzó dentro de su propia posición, respetando el sistema de nuestra ley y especialmente su base constitucional.

Es así que en su última obra escrita con la Dra. Aída Lucía Tarditti puede advertirse de qué manera, sencillamente, la desarrolla y hace uso de dicha tesis para resolver los conflictos de los delitos culposos y los de los delitos de omisión y de comisión por omisión u omisión impropia, adecuándola a nuestras reglas.

Por qué, en definitiva, admitió ubicar el análisis del dolo en el tipo, sin dejar de lado la ortodoxa posición de la escuela de Córdoba, generada por el Dr. Ricardo Núñez, a quien el Dr de la Rúa, viene bien recordarlo, lo consideró su maestro.

Cómo trató las consecuencias de las causas de justificación en ausencia del tipo subjetivo.

Cómo concluyó respecto de la coacción y el estado de necesidad disculpante. Cómo se posicionó frente al estudio de otras ramas del derecho reconociendo presupuestos propios y limitativos en cuanto a la interpretación.

Cómo proporcionó una gran herramienta al admitir, el principio de razonabilidad comparativa, el principio de lesividad, el valor supremo de la dignidad humana, entre otros.

Todos estos aspectos que por razones de tiempo no puedo profundizar más en esta ocasión, me hacen pensar la importancia que tiene destacar la posición del Dr.de la Rúa

[3] Palabras ofrecidas en circunstancias del acto de homenaje del 9 de marzo de 2016.

sobre la posibilidad de dedicarnos a la elaboración de una dogmática Penal Argentina Contemporánea y cómo su interés no quedó en meras palabras como al decir del Dr. Núñez hubiera sido “una fuente que se agota en sus propios manantiales”.

Nos dejó una obra fundamental, seriamente fundada, como él estaba acostumbrado a hacerlo siempre en el ámbito científico y exquisitamente elaborada en conjunto con la Dra. Aida Tarditti.

Abrigo la esperanza que nuestros profesores, jóvenes y no tan jóvenes tengan presente que uno de los propósitos del Dr. de la Rúa en su última obra fue que ella fuera de utilidad para jueces, abogados, docentes y estudiantes de derecho penal, que no olviden las enseñanzas de un maestro de la Ciencia del Derecho Penal Argentino, que bregó siempre para servirle a este país (que viene bien señalarlo, fue ingrato para con él), respetando sus instituciones y lo hizo de la manera más delicada: trabajando sobre un Derecho Penal de base constitucional, respetando las teorías contemporáneas en la medida que pudieran ser expuestas como genuina interpretación de nuestra ley penal.

Es todo.

Palabras del Dr. Carlos J. Lascano[4]

LA IMPRONTA DE JORGE DE LA RÚA EN EL INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Señor Presidente de la Academia, Dr. Juan Carlos Palmero
Señores integrantes de la Mesa Directiva de la Academia
Señores Académicos de Número e integrantes del Instituto de Ciencias Penales
Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Dr. Domingo Sesin, y Señora Vocal de ese Alto Cuerpo, Dra. Aída Lucía Tarditti
Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia, Dr. Luis Eugenio Angulo
Señores Vocales de los Tribunales Orales Federales en lo Criminal números 1 y 2 de Córdoba, Dres. José Vicente Muscará y José Fabián Asís
Señor Vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Dr. Ignacio María Vélez Funes
Señores Magistrados federales y provinciales
Queridos Angelina, María Antonia, nietos y nietas, al igual que otros familiares y amigos del Dr. Jorge de la Rúa
Señoras y señores

En primer lugar, deseo agradecer a todos Uds. su presencia en este trascendente acto institucional.

El Instituto de Ciencias Penales, a partir de hoy lleva el nombre del Dr. Jorge de la Rúa. En representación de los miembros del Instituto, quienes tuvimos la iniciativa de rendir de este modo un justo homenaje a la memoria de quien honró la función de Director, agradecemos a los Señores Académicos integrantes de la Mesa Directiva de esta corporación por haber aceptado nuestra propuesta.

En esta oportunidad no puedo referirme –como ya lo hice en otros ámbitos- a la fructífera actuación de nuestro querido homenajeado como jurista de nota, universitario de vocación, recto servidor público, hombre de bien, amante esposo, padre y abuelo, quien hizo realidad las enseñanzas de su maestro Ricardo Nuñez: "*siempre decir lo que se piensa, siempre hacer lo que se dice*".

Sin poder sustraerme al profundo respeto, cariño y gratitud por lo mucho que él aportó a mi formación y a mi vida, como sucesor del Dr. Jorge de la Rúa en la

[4] Palabras ofrecidas en circunstancias del acto de homenaje del 9 de marzo de 2016.

conducción de este Instituto, debo centrar mi exposición en algunas reflexiones sobre su valioso desempeño al frente de aquél.

El 20 de diciembre de 1990, por acta 9/90 el pleno de la Academia aprobó la creación del “Instituto de Derecho Penal y Criminología”, estableciendo la designación de su Director en fecha posterior. A su vez el 22 de marzo de 1991, el pleno eligió al académico de número, Dr. Daniel Pablo Carrera. Con fecha 22 de mayo de 1995, el Dr. Carrera presentó su renuncia al Instituto por razones particulares y por acta 2/95 se designa como nuevo Director al académico de número Dr. Justo Laje Anaya, quien ocupó dicho cargo hasta su renuncia como académico de número.

Con fecha 15 de diciembre de 2009, por acta 24/09 a propuesta del Dr. Jorge de la Rúa, se renuevan las actividades del Instituto bajo una nueva denominación "Instituto de Ciencias Penales", siendo designado el académico de número Jorge de la Rúa como Director, el académico de número Dr. José I. Cafferata Nores como coordinador de Derecho Procesal Penal y quien les habla como coordinador de Derecho Penal.

Al crearse el 12 de noviembre de 2013 el Instituto de Derecho Procesal, se disuelve la Sección de Derecho Procesal Penal dentro del Instituto de Ciencias Penales. En la sesión del 1º de abril de 2014, el Director del Instituto de Ciencias Penales, Dr. Jorge de la Rúa presenta su renuncia por motivos personales y es designado como nuevo Director el suscripto, quien propició y logró que la Mesa Directiva nombrara al Dr. Jorge de la Rúa como Director Honorario del Instituto, misión que cumplió activamente hasta su lamentable deceso ocurrido el pasado 15 de agosto de 2015.

Por haber trabajado casi seis años junto a mi Maestro en este Instituto, puedo dar fe que gracias a su voluntad e iniciativa fue posible poner en marcha efectivamente la labor investigativa que constituye el fin primordial del Instituto, el cual se benefició con la impronta que le imprimieron su capacidad, su dedicación y sus ideas, tanto como Director cuanto como Director Honorario.

Jorge de la Rúa –junto a Julio Maier, José Ignacio Cafferata Nores y otros destacados juristas- lideró en nuestro país la tendencia doctrinaria favorable a restringir la intervención punitiva estatal en base a criterios de racionalidad y eficacia en la disponibilidad de la acción penal pública. En esa línea escribió: “*Con el pacífico reconocimiento de la imposibilidad de la aplicación plena del principio de legalidad, y la consecuente selectividad del sistema penal, la discusión sobre la disponibilidad, en*

la medida que pretende superar criterios ocultos o distorsionados, se ha colocado en el centro de la temática del Derecho Penal argentino. Se trata de una materia nacional, no obstante que algunas provincias como Mendoza han fijado sus propias reglas, pero no se ha avanzado en la legislación sustantiva. La discusión va en paralelo con la necesidad de un ministerio público independiente y confiable, en el que se deposite el poder de la oportunidad"[5].

Por ello, resultó decisivo el impulso que en los años 2010 y 2011 le dió –como Director de nuestro Instituto- al proyecto de investigación realizado por ambas secciones del Instituto (Derecho Penal y Procesal Penal) sobre los "*Nuevos paradigmas en la persecución penal. Criterios de oportunidad*", sin dudas un tema de gran actualidad y significativa trascendencia en nuestro país.

En la presentación de esa obra colectiva, el Dr. Jorge de la Rúa expresó: "*En nuestro sistema constitucional es posible un sistema de oportunidad, en tanto no afecte la igualdad ante la ley. Empero, si bien es prevaleciente doctrinariamente la concepción de que corresponde al Congreso de la Nación la regulación del ejercicio y extinción de las acciones penales, hoy la oportunidad se filtra por dos vías. En primer lugar, porque la impaciencia del legislador provincial, ante la morosidad del Congreso a adoptar un sistema que flexibilice el rígido legalismo, lo ha llevado a legislar, considerando materias procesales, formas de ejercicio, suspensión y, larvadamente, de extinción de la acción penal, al margen de la legislación penal sustantiva. La jurisprudencia local convalida esa legislación. El trabajo de la sección de derecho procesal muestra cómo esta posición se ha difundido, con mengua de la igualdad, y rige en relación a la mayoría de la población argentina. Otra vía, siguiendo los mismos objetivos, es la de sostener que esas facultades son provinciales, al considerar que la competencia nacional es solo un artificio ordenador creado por Rivarola, negar la diferencia entre derecho sustantivo y procesal, y atribuir la competencia legislativa a las provincias por la vía de las facultades de organizar la administración de justicia (C.N.)*".

[5] *Disponibilidad de la acción*, "Revista del Colegio de Abogados de Córdoba", enero de 1996, en "Derecho y Democracia", 2007, p. 101.

La solución a dicho problema -propuesta en esa misma presentación por Jorge de la Rúa y basada en la correcta doctrina constitucional- consiste en promover una ley de reforma del Código penal que introduzca los criterios de oportunidad; ello hicieron los anteproyectos de Código Penal de 2006 y 2014, en los arts. 49 y 42, respectivamente.

Así lo ha hecho la ley 27147 (B.O. 18/06/2015), que agregó al art. 59 del C. Penal –el cual regula las causales de extinción de la acción penal- el inciso 5 referido a los criterios de oportunidad, pero no de la forma correcta que planteaban los mencionados anteproyectos, sino a la inversa, pues aquel texto remite a *"lo previsto en las leyes procesales correspondientes"*, con lo que "se ha colocado el caballo después del carro".

Pero los criterios de oportunidad previstos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación regulado por la ley 27063 (B.O. 10/12/2014) – en su mayoría razonables- no podrían ser aplicados todavía en el ámbito de la Justicia Nacional ni tampoco en el Fuero Federal por cuanto aquel digesto tiene suspendida su vigencia en virtud del DNU nº 257/2015.

Sin embargo, Marcelo A. Solimine[6], afirma que el nuevo régimen nacional de enjuiciamiento criminal brinda un argumento legitimador adicional para las normas provinciales que consagran criterios de oportunidad reglada. Además, para aquellas provincias que no los prevén, «*reaviva una polémica: si el Código Procesal Penal de la Nación, como ley marco, es piso mínimo de garantías, y por tanto si sus previsiones deben regir con dicho alcance en las provincias*». En la nota al pie de página Solimine recuerda que la discusión fue instalada por el voto mayoritario en el fallo "Verbistky"[7] de la Corte Suprema.

En ese sentido - en su reciente "Derecho Penal. Parte General", cuyo segundo tomo nuestro homenajeado alcanzó a ver publicado y que ya constituye una obra de obligada consulta no sólo por los estudiantes, sino también por doctrinarios, jueces y abogados- Jorge de la Rúa y Aída Tarditti[8] opinan que la regulación de la materia en el Código Procesal Penal nacional y federal, expandirá su aplicabilidad a los ámbitos

[6] *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Ley 27.063, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 125.

[7] Fallos, 328:1146, del 3/3/2005 (cons. 55 a 57), con disidencia de Carmen Argibay (cons. 56 de su voto).

[8] *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 423.

jurídicos provinciales, pues en todo caso se trata de una ley emanada del Congreso de la Nación[9]. Por otra parte es la única forma de saldar la igualdad ante la ley. «*Esta solución es preferible a mantener la desigualdad en materia de las reglas de persecución penal y las causas extintivas, por derivación de esta materia a las regulaciones procesales locales y muchas provincias omitirán esta regulación, agravando la situación precedente*».

Tal sería el caso de Córdoba que carece en su Código Procesal Penal de reglas de disponibilidad de la acción penal, razón por la cual se produce un vacío legal, pero no estamos convencidos que éste podría ser llenado con los criterios de oportunidad contenidos en la nueva ley nacional de enjuiciamiento, sin una ley provincial que los regule expresamente. Pensamos que para disipar cualquier duda, en aras de la seguridad jurídica nuestra Legislatura Unicameral debería –a la mayor brevedad posible- reformar el Digesto procesal penal local para adecuarlo a tales pautas.

Finalmente, como Director Honorario, Jorge de la Rúa nos acompañó hasta el año pasado con sus sabios consejos y sus atinadas intervenciones en varias de las discusiones generadas durante las exposiciones realizadas por los miembros de nuestro Instituto, especialmente cuando abordamos el Anteproyecto de Código Penal de 2014.

Por todo ello, su pensamiento y su ejemplo estarán siempre presentes en la memoria de quienes tuvimos la suerte de compartir con él las tareas de este centro de investigación, que ahora lleva su nombre, y también serán un faro que orientará el rumbo de las generaciones que nos sucedan. Muchas gracias.

[9] Según lo había sostenido De la Rúa, *Un agravio federal*, en "Derecho y Democracia", 2007, pp. 129 a 132.

Palabras del Dr. Juan Carlos Palmero[10]

Como Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba quiero manifestar en nombre propio e interpretando el sentimiento de todos los integrantes de esta corporación, la satisfacción que nos produce la circunstancia de nominar el Instituto de Ciencias Penales con el nombre de Jorge de la Rúa.

Esta determinación corresponde un acto de justo reconocimiento de la Corporación a una encomiable y proficua labor desarrollada por el Dr. De la Rúa durante casi treinta años, no sólo como destacado miembro de número, sino también integrante de la Mesa Directiva durante nueve años y en tres períodos consecutivos, cumpliendo con eficacia y honestidad diversas funciones hasta su repentino fallecimiento.

Entendimos además, que el Dr. De la Rúa constituirá un valioso ejemplo y verdadero arquetipo a emular por todos los académicos, de forma tal que su recuerdo nos sirva para poder desempeñar de una manera más activa nuestras obligaciones, como así tener presente siempre el compromiso con el estado de derecho y el progreso de las ciencias penales del país.

Como seguramente otros expositores harán un tratamiento particularizado de la enumeración de los antecedentes que podrían mencionarse acerca de su obra escrita y docente del derecho penal nacional, omitiremos una repetición de su curriculum o de sus trabajos por ser suficientemente conocidos por todos los presentes.-

Lo mismo ocurrirá con el recuerdo de las importantes funciones cumplidas en los diversos estamentos gubernamentales a partir del regreso de la democracia en el año 1983, tanto en tareas propias del Poder Ejecutivo en el desempeño de ministerios provinciales o nacionales, como igualmente respecto de sus funciones legislativas como diputado constituyente en la Reforma de la Carta Magna de 1994, en la de la Provincia de Córdoba de 1989 y también respecto de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Córdoba.

Más allá de todos estos precedentes, importantes sin duda y que muestran una personalidad científica y pública sobresaliente, quisiéramos en cambio recordar otros aspectos de su personalidad, que estuvo centrado en esa condición de humanidad y

[10] Palabras ofrecidas en circunstancias del acto de homenaje del 9 de marzo de 2016.

hombría de bien que lo distinguía por su generosidad y bonomía, como así su empatía con quienes tuvimos el honor y la satisfacción de compartir muchos momentos de su existencia.

A esta altura de la vida, pensamos que estas condiciones humanas, revisten un dato significativo que distingue a las personas superiores, porque es posible encontrar mucha gente preparada, publicistas de nota, profesores destacados, políticos importantes, pero el hombre en su dimensión y dignidad personal, conforma sin duda una gema difícil de encontrar y mucho más aún cuando se encuentra rodeada de tantas virtudes y cualidades positivas.

Se puede tener una trayectoria excepcional, ser reconocido como la autoridad mayor en una disciplina cualquiera, pero esto que tenía Jorge de la Rúa era una estado espiritual especial que supera y empequeñece todas esas otras virtudes, a la luz de un comportamiento constante de entrega generosa, capaz de derramar por todos lados su magnanimidad que unánimemente se le reconoce sin distinciones de ninguna naturaleza.

En épocas que estudiábamos en Roma, pudimos asistir a las últimas clases que dictaba ese gran filósofo del derecho del siglo pasado que fue Giorgio Del Vecchio. Recordando sus enseñanzas, decía que los hombres cuando se encuentran frente a otras personas a quienes admiran o distinguen por sus cualidades especiales, deben dar testimonio de esa verdad, porque es la única manera que prevalezca la virtud frente a las contingencias finitas de la vida humana.

Es que el testigo relata un hecho, objetivo, cierto y descarnado. Las opiniones o comentarios que puedan efectuarse por el contrario, no pasan de meras subjetividades capaces de ser compartidas por los demás o quizás resultar interpretadas de distinta manera. Por eso los hechos que muestra el testigo, tienen la fuerza objetiva de la verdad.

En esta orientación quisiera relatar un acontecimiento que nos tocó vivir en esa larga amistad que nos uniera durante toda una vida. Sería apenas iniciada la década del sesenta del siglo pasado, Jorge era un flamante abogado y de casualidad nos encontramos en la puerta de la Facultad de Derecho. En esa oportunidad me contó que lo acaban de designar profesor de dedicación exclusiva en el Instituto de Derecho Penal y que eso le iba a permitir una dedicación completa al estudio, que era en realidad su verdadera vocación.

Compartiendo su felicidad, hice una acotación que para desgracia resultó completamente equivocada, al decirle: ¡¡ que suerte que tiene tu generación ya que ahora a quienes les guste el estudio, podrán dedicarse por completo sin otras distracciones que nos separan en diversos menesteres, y nos alejan de la continuidad, dedicación y empeño constante que merece el trabajo científico!!

Ambos festejamos la noticia y de buena fe creímos que se había superado para siempre esos períodos de inestabilidad y de intromisión de la política en la vida universitaria que tantos daños le acarreara durante décadas al funcionamiento normal de las altas casas de estudios del país.

Duró poco este sueño y no sólo que fue imposible continuar con esta modalidad de trabajo científico, sino que hasta unos años más tarde tuvo que conocer la separación de su cátedra y caminar por el doloroso camino del exilio.

Traemos este testimonio, porque esa anécdota muestra con toda claridad los sentimientos y la vocación por el estudio de Jorge de la Rúa, que sin ninguna duda, de haber vivido en otros países con un grado de estabilidad institucional superior, habría seguramente seguido con sus ímpetus juveniles, dedicando por completo sus esfuerzos a la vocación por el estudio y la investigación.

Por esta razón creemos que el colocar su nombre al frente de este centro de estudios penales, estamos haciendo presente ese sueño, transformando una ilusión en realidad, y seguramente que si le hubiésemos preguntado a Jorge cuál de todos los homenajes es el que más le habría gustado recibir, no tenemos ninguna duda que habría respondido estar al frente de un lugar donde se estudia, trabaja e investiga en serio como ocurre en esta dependencia de nuestra Corporación.

Pero la hombría de bien de De la Rúa puede ser apreciada desde otra angulación y traeremos también otro suceso destacable como consecuencia de la necesidad que tenemos de cumplir con esta función de testigos de la verdad.

Corría el año 1983 y el primer mes de 1984, la Provincia de Córdoba tuvo que afrontar la necesidad imperiosa y urgente de regularizar la totalidad del plantel de magistrados que precisaban del acuerdo del Senado para legitimar su jurisdicción.-

Una breve acotación: la Constitución de 1923 consideraba que toda vez que se perdiera la legitimidad derivada del estado de derecho, los magistrados quedaban automáticamente “en comisión” y ese precario estado cesaba de manera absoluta, no

bien se hubiesen convocado el funcionamiento ordinario o extraordinario de las cámaras legislativas.

Esto implicaba un grave riesgo: de no lograr los acuerdos del Senado dentro de este exiguo plazo, los jueces perderían su legitimidad y sus sentencias hubieran podido ser cuestionadas de nulidad.

El tema era central para el momento que se vivía y como es de imaginar, había diversas opiniones acerca de lo que debía hacerse con la justicia de Córdoba, desde dejarlos afuera por su complacencia con la violación de los derechos humanos, o conformar una llamada justicia democrática, a través de jueces proveniente de las dos organizaciones políticas mayoritarias, hasta hacer una limpieza de todos aquellos magistrados que hubiesen demostrado una falta de dedicación a sus tareas.

En esa oportunidad, nosotros entendimos que Córdoba era un caso especial, porque no sólo que las estadísticas nos mostraban que un 85% de los magistrados de la Primera Circunscripción Judicial tenían una antigüedad promedio de 25 años y habían tenido tres, dos o un acuerdo del Senado, lo que implicaba sin duda alguna no digamos una carrera judicial, pero si la existencia de una vida dedicada a la justicia.

Por otra parte no podía hacérselos responsables de situaciones que estuvieron nunca bajo su jurisdicción, porque era algo semejante a reclamar la acción de decisiones de personas que no les correspondía actuar por disposición de la ley.-

Sentamos entonces el criterio de la estabilidad de los magistrados y por el contrario, diseñamos una política judicial que entrañaba un mayor contralor, de forma tal que los jueces incumplidores o morosos pudieran ser juzgados a través del debido proceso del juri de enjuiciamiento, dando lugar a la defensa en juicio que es exactamente lo que correspondía.

El Dr. De la Rúa, Fiscal de Estado en ese momento, fue con quien compartimos todas estas inquietudes, y cuando estábamos en la dura tarea de considerar legajo por legajo, dio muestras una vez más de esta hombría de bien que todos recordamos. Llegamos así al tratamiento de un caso particular, y dijo: esta es una mala persona, tuvo para conmigo comportamientos realmente reprochables, considero que no esta a la altura de la dignidad que debe tener un magistrado, pero más injusticia sería apartarnos de nuestro criterio basándonos sólo en una opinión personal y recomendó que fuera incluido con el conjunto de los que se elevaron al Senado para el otorgamiento de su placet.

Un hombre que puede razonar de esta manera, es sin ninguna duda un espíritu superior, una persona humana y generosa, circunstancia que viene a corroborar los juicios que vertimos al comienzo de esta exposición, respecto de su calidad humana y hombría de bien.

Para terminar, traeré un último y tercer testimonio. Hace poco más de un año, una tarde que llegamos temprano a la reunión de la Mesa Directiva, estábamos solos. Sin mucho preámbulo, me dijo que estaba enfermo de cáncer de pulmón y que tendría que ser sometido a los procedimientos de quimioterapia.

Quedamos los dos en silencio, pero impresionaba la serenidad para describir su situación y explicar las consecuencias que de esa dolencia se infiere inevitablemente.

Después de un rato me dijo: "….es muy difícil comprender el cáncer para los no creyentes…."

Nos quedamos ambos callados. Se pasaron por nuestra mente una serie de razonamientos que pudieran haberse efectuado, pero inmediatamente se clarificaron nuestras ideas de esta manera: que es lo que cabe decir, cuando una persona con esa serenidad, se enfrenta al enigma más misterioso de la vida, como es el conocer el más allá de las circunstancias terrenas.

Los hombres de bien, quienes han vivido de manera auténtica y con honestidad en sus designios, se acercan a su fin en paz, pero por sobre todas las cosas, transmitiendo paz a los demás y ese ejemplo también merece remarcarse, porque sólo corresponde exclusivamente a los espíritus selectos, superiores y rebosantes de virtud.-

Por último, no es posible pensarlo a Jorge sin el marco y punto de referencia de su familia, Angelina su mujer y acompañante de toda la vida, por quien profesó un amor incondicional y ejemplar en su dedicación y entrega; por sus hijas, aunque tuvo que afrontar un dolor de magnitud inconmensurable, pero que afronto sus consecuencias con dignidad y coraje. Vivió para su familia, donde encontró el lugar de contención de sus afectos, fuente inagotable de alegría, fortaleza y generosidad para con los demás.

Señores: los hombres superiores, esos que no se miden ni por los libros que escribieron ni por los títulos que lograra, ni por los bienes conseguidos, sobreviven siempre a la muerte.

Su recuerdo se transforma en un hálito bienechor, una suerte de buenaventuranza permanente, que los hace presente y visibles aún frente a la separación inevitable de la

muerte, porque su recuerdo nos asiste y visita en todas las situaciones que se precisa un consejo o un apoyo para enfrentar decisiones vitales de significación.

Hemos visto muchas veces que estas personas sobreviven de manera inexplicable a todas las contingencias propias de la debilidad humana, porque su recuerdo, difunde un perfume de decencia que no lo pierde ninguna de las causas naturales que llevan a la terminación de las cosas.

Que ese espíritu generoso y de bondad, que mejora el alma y los sentimientos humanos que nos legara Jorge, nos acompañen para siempre en este Instituto de Derecho Penal y en la Academia en su conjunto.

ISSN 2469-2085

C O M E N T A R I O S
AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

NOTA PRELIMINAR AL COMENTARIO DEL ANTEPROYECTO

A lo largo del año 2014, el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba centró su labor en el estudio del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, respondiendo a la invitación cursada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación a los diversos ámbitos académicos y universitarios del país (según Resolución Nº 567 del 21-04-2014), a efectos de expedirse sobre los contenidos de tal iniciativa.

Aunque no todos los miembros del Instituto — por diversos motivos particulares — aparecen con colaboraciones en esta oportunidad, una gran mayoría ha podido hacerlo, luego de tomar a su elección el tema de su interés. Considero importante decir que los trabajos incluidos responden a la opinión personal de cada uno de los firmantes, aunque de algún modo pueden reflejar también los amplios debates que tuvieron lugar en las sucesivas sesiones realizadas. Como criterio general, se ha procurado seguir en el índice el orden de aparición de cada tema en el Anteproyecto.

Con este material, el Instituto de Ciencias Penales hace presente su voz —o, mejor, su diversidad de voces—, en esta instancia de particular trascendencia para la actualización largamente esperada de nuestra codificación nacional en materia penal.

Dr. Carlos Julio Lascano
Director

ISSN 2469-2085

A propósito de la *lex certa* y las reglas de interpretación en el Anteproyecto de Código Penal

Valeria Trotti

En nuestro sistema jurídico, algunos Códigos de otras materias han procurado dar reglas de interpretación a los jueces a fin de delimitar el ámbito de aplicación de los preceptos normativos contenidos en ellos. Así, actualmente, el Código Civil prevé pautas hermenéuticas en sus arts. 16, 17 y 1197, que aun sin que exista acuerdo sobre su jerarquización, procuran reforzar el modo en que los intérpretes deben considerar las palabras de la ley; lo mismo ocurre en el Código de Comercio en sus arts. 216 y 217. Esta tendencia se repite con mayor amplitud en el texto del art. 2 del Proyecto de Código Civil recientemente aprobado por el Senado de la Nación.

Sin embargo, en derecho penal no se ha levantado esta tradición, lo cual al menos resulta extraño en la medida que existe una mayor restricción en orden a las fuentes de las que se abreva. En efecto, mientras que en el derecho privado las fuentes de conocimiento son variadas (vgr. la ley, la costumbre, los principios generales de derecho), en el derecho penal en razón del principio de legalidad sólo puede serlo la ley y sólo en sentido formal.

Dicho esto, vale señalar que nuestra inquietud gira por analizar si es relevante la incorporación de una regla de esta clase a fin de lograr maximizar las interpretaciones relativas a textos legales de manera tal que con ella se logre un adecuado cumplimiento del mandato de certeza.

I. Valores político criminales contenidos en el Anteproyecto de Código Penal relativos al mandato de certeza

Desde su postulación hasta la actualidad, el principio de legalidad ha transitado una larga travesía en la definición de sus alcances en materia penal. En ese marco, la intensidad de su estudio ha sido proporcional al protagonismo que esta garantía ha asumido constantemente frente a las pretensiones estatales de un ejercicio arbitrario del poder punitivo. Sin embargo, son varios los riesgos que existen hasta lograr su satisfacción plena.

El Anteproyecto de Código Penal (ACP) en su texto normativo y en los fundamentos que lo sustentan procura mitigar algunos de estos riesgos dando especial énfasis al contenido que la legalidad penal importa en el sistema jurídico penal. En ese sentido, hace una clara adhesión a una serie de fines o valores de política criminal de orden constitucional, en función del estado actual de la legislación penal y como correlato de la necesidad de adoptar un texto codificado sistemático y exhaustivo.

En ese marco, en la Exposición de motivos se procura:

1. **Reducir la dispersión legislativa y reconstruir el Código Penal vigente regresivo e inorgánico**.

2. **Neutralizar las políticas provenientes del paradigma moderno de la "ley y el orden"**[11].

3. **Eliminar la incerteza e irracionalidad legislativa**[12].

Además de los argumentos sostenidos en la exposición de motivos estos criterios cobran fuerza normativa en el art. 1 inc. 2, que establece que "Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y **estrictamente** previstas como tales en una ley formal previa" (el resaltado nos pertenece).

En los fundamentos de dicho postulado, se expresa que para cumplir el mandato de legalidad es necesario exigir que la ley sea estricta, lo cual obliga al legislador a que *"agote los **recursos técnicos** para que los tipos penales definan claramente la conducta delictiva"* (el destacado nos pertenece)[13].

Como vemos, con la reducción de la dispersión legislativa, la neutralización del paradigma de la ley y el orden y la implementación de un texto normativo claro y codificado, el ACP procura satisfacer el principio de legalidad y, dentro de este, el mandato de certeza, en la medida que las condiciones actuales de la legislación, el punitivismo vindicativo, la disfuncionalidades genéticas de nuestro sistema constitucional y la existencia de un código vigente bastardeado por reformas normativas distorsivas de su contenido configuran factores que van en detrimento de la autonomía individual y la dignidad humana de los ciudadanos.

II. La consideración de los procesos interpretativos bajo la directriz del mandato de determinación ¿una ausencia relevante?

No obstante los postulados promovidos por el ACP, advertimos que el mandato de certeza comprende otros aspectos dirimentes no tratados en profundidad y vinculados con la incidencia que tienen los procesos interpretativos de las proposiciones normativas en dicho postulado. En efecto, entre los citados argumentos, sólo se hace referencia a la existencia de un control de constitucionalidad ineficaz y a la existencia de múltiples interpretaciones como un efecto natural de la cantidad de jurisdicciones nacional y locales que no cuentan con una instancia que las unifique salvo por la limitada vía de corrección doctrinal de la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos de arbitrariedad. Más allá de que no es éste el espacio para adherir u objetar tales causas, lo cierto es que compartimos el diagnóstico en tanto existe una gran dispersión interpretativa de las

---

[11] Para los autores del proyecto, este paradigma favorece a la conformación de estados totalitarios en detrimento de la autonomía de la voluntad y la dignidad humana de los ciudadanos. Tal estado de cosas, se afirma, tiene base en muchos países en la existencia de una conflictividad social y una marcada estratificación social. Esta última se traduce en episodios de violencia, delincuencia de menor cuantía y supervivencia y la llamada criminalidad de mercado (que aprovecha los beneficios de la corrupción y el nuevo orden de poder planetario –globalización).

[12] Promovida por el sistema jurídico argentino en materia de control de constitucionalidad y por la dispersión legislativa que conspira en contra de las ideas rectoras que rigen la codificación como técnica legislativa necesaria para la satisfacción de la *lex certa*.

[13] Para los autores del ACP, se incumple este presupuesto cuando la ley penal se erige en un mandato al juez para que agote la voluntad punitiva y termine la obra del legislador. Ello importaría una expresión de una voluntad punitiva estatal con violación al principio de reserva que impide prohibir lo que al juez se le ocurre. Se dice "*La legalidad no se consigna para que el Estado manifieste su voluntad punitiva – que es su sentido autoritario propio de textos como el italiano de 1930 –, sino para que el ciudadano conozca su espacio de autonomía social. Debe por ende, excluirse toda posibilidad de manipulación autoritaria de la propia idea de legalidad, exigiendo la estrictez legislativa".*

disposiciones jurídicas en la jurisprudencia, que replica la situación que también se da en la doctrina, todo lo cual atenta contra la determinación de lo prohibido penalmente.

En ese marco, creemos que es relevante mostrar que los procesos interpretativos tienen una importancia dirimente en el cumplimiento del mandato de certeza. A ese fin debemos tener presente la delimitación de las actividades de legislar, interpretar y aplicar la ley penal, pues a partir de ésta se advertirá que la interpretación es el paso intermedio entre la creación de una ley y su aplicación y que con ella es posible incorporar o quitar elementos del precepto penal, lo que deslegitima políticamente el resultado final de dicha actividad.

Al igual que el ACP, tomamos como directriz el mandato de determinación que es la regla que rige la separación de estas funciones pues cuanto más precisa sea la disposición penal menores serán las posibilidades de manipular sus contenidos. Con esa mira, sólo detallaremos –muy sintéticamente- algunas de las tesis interpretativas más difundidas en el ámbito de la jurisprudencia y la dogmática penal, entre las cuales, apoyaremos aquélla que además propone una jerarquización de métodos interpretativos por las desigualdades que produce la arbitraria selección de los mismos.

III. Límites entre la determinación legal y la actividad interpretativa.

Conforme el principio de prohibición de indeterminación de la ley penal, las disposiciones penales deben ser elaboradas de forma clara y precisa a fin de que el ciudadano pueda conocer y prever las consecuencias punitivas que acarrean las conductas que infringen dichos mandatos que deberán aplicarse de manera igualitaria.

Esta restricción abona todos los fundamentos político-institucionales de la garantía de legalidad en la que se inserta[14], pues sólo se justifica la intromisión del Estado por la existencia de una ley emanada del Parlamento, que limita el ejercicio arbitrario del poder. De este modo, siendo el legislador quien debe disponer cuáles son las acciones relevantes penalmente, la tarea del juez se circunscribe a la aplicación de la ley a los casos concretos sometidos a su análisis, encontrándose en ese rol vedado de disponer nuevas o diferentes normas penales a las elaboradas por aquél. Más clara será la posibilidad de indagar un ejercicio de la jurisdicción más allá de dicho límite mediante la confección de leyes precisas: mientras más claro es el texto, menores son las posibilidades que existen de manipularlo.

[14] A partir de estos fundamentos, con mayor trascendencia en el derecho penal que en el derecho público en general, se impiden intromisiones arbitrarias del Estado en la vida de los ciudadanos a través de las cuales puede afectar gravemente a sus bienes jurídicos fundamentales, determinando que sólo el Congreso de la Nación, por su mayor legitimidad y participación popular, define las conductas prohibidas y sus sanciones, lo que veda al juez la función de creación de tales extremos normativos. Asimismo, la legalidad, como forma de expresión general y precisa, favorece a la igualdad ante la ley y en su aplicación, puesto que una disposición laxa incrementa el riesgo de interpretaciones divergentes, v. ORTIZ DE URBINA, ob. cit., p. 175. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 9° ed., Ed. Trotta, Madrid, 2009, p. 36. En doctrina, también se aluden a fundamentos jurídico-penales (no específicamente considerados en el ACP) que consideran que el principio de legalidad se justifica en función de aspectos relativos al fin de la pena de prevención general. Roxin asume que existe una vinculación necesaria entre la prevención negativa y positiva y el principio de legalidad *"pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos"*, ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, p. 146. En contra, ORTIZ DE URBINA, ob. cit., p. 175-177.

No obstante esta directriz, es reiterada la literatura que evidencia que no es sencilla la delimitación entre ambas actividades[15]. Estas dificultades surgen particularmente en aquellos supuestos donde el enunciado normativo no resulta claramente aplicable a un caso individual, requiriéndose someter dicho enunciado a un *proceso de interpretación*[16].

En cuanto a esta actividad hermenéutica, se opina que en esta época post-formalista "*la aplicación de normas legales no es un proceso <<lógico-deductivo>> mediante el cual sin valoración alguna se extrae de la disposición escrita el significado literal de las palabras para conformar la norma aplicable al caso"*, aunque puede ocurrir que ***"…una misma disposición puede dar lugar a interpretaciones y aplicaciones muy distintas según se interprete conforme a unos u otros cánones interpretativos y según cuál se considere que es el objetivo de la interpretación…"***[17]. Estas consideraciones nos indican que ***"la interpretación de las disposiciones puede dar al traste con la previsibilidad, con que sea el legislador el que decida sobre la punibilidad de los comportamientos y con la igualdad en la aplicación de la ley. Así pues, las estrategias que se adopten en la interpretación de las disposiciones legales no pueden sino considerarse decisivas para el principio de legalidad"***[18].

Entonces, las disposiciones jurídico-penales seleccionadas que correlacionan tipo penal con consecuencias penales deben estar descriptas con precisión conforme el mandato de certeza, pero a su vez la identificación de la norma penal está condicionada por una correcta distinción de las funciones de legislar e interpretar, de tal modo que no se ingrese por la puerta lo que luego se tira por la ventana.

IV. El mandato de determinación en el Derecho penal actual

En los últimos tiempos, la amplitud y generalidad de los enunciados de derecho han provocado una mayor labor hermenéutica por parte de los jueces a fin de delimitar su contenido. Además, por fuera de la actividad judicial se ha señalado que *"los desarrollos dogmáticos con frecuencia se traducen en especificaciones interpretativas del lenguaje que el legislador ha escogido en su formulación de la ley penal"*, precisándose que *"el resultado de sus actividades es ofrecer una definición, es decir, una regla semántica que indique de manera específica el modo en que hay que entender las palabras de la ley"*[19]. Desde dicha labor, se acepta casi sin discusión que *"la elaboración categorial y la integración de los diversos conceptos jurídico-penales en un sistema, características de los estudios dogmáticos, proporcionan –sea cuál sea el método o la concepción dogmática de la que se parta- una seguridad jurídica de otro*

[15] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho n° 24, Alicante, 2001, p. 485.
[16] Sobre la necesidad o no de interpretar un texto normativo, con cita de Juan José Moreso, v. ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Editores del Puerto SRL, Colección Tesis Doctoral n° 4, Buenos Aires, 2010, ps. 43-46.
[17] ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps. 177-178.
[18] ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps. 178-179.
[19] MANRIQUE, Laura – NAVARRO, Pablo –PERALTA, José, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, ps. 106-107.

modo inexistente"[20], intensificándose dicha actividad guiada fundamentalmente por su vocación de constituirse a través de elaboraciones jurídicas más racionales[21].

Esta intensa actividad interpretativa de los órganos judiciales y de la dogmática penal, nos alerta sobre la existencia de un efectivo cumplimiento del mandato de determinación por parte del legislador, en tanto leyes claras no requerirían profundos debates respecto de su sentido y alcance. Dicho panorama resulta más desolador frente a la creciente normativa penal que incorpora en sus textos expresiones que responden retóricamente a la situación actual del Derecho penal posmoderno[22].

Frente a este estado de imprecisión jurídica, la jurisdicción ha encontrado razón en basar sus decisiones en preceptos constitucionales, de los cuales muchas veces infiere directamente -por encima de las normas penales concretas- la solución de los casos bajo análisis. En general, la desconfianza endilgada por la magistratura a la legislación penal ha derivado en un frecuente activismo judicial por fuera de los marcos normativos[23].

Es así que, expresa y constantemente, la resolución de los casos penales se basa en las normas fundamentales de los sistemas utilizando para ello la denominada "interpretación conforme a la Constitución". Debe advertirse sobre este punto, que si bien nadie desconoce que dichas prescripciones son jerárquicamente superiores y operativas en su funcionamiento, no deben relegar el papel de la legislación como modo de ordenamiento social más directo y previsible para los ciudadanos.

Como vemos, la legislación penal puede acarrear problemas en orden a la indeterminación de sus textos, al tiempo que dicha indeterminación ha favorecido el uso de métodos interpretativos por los cuales se evade la disposición legal y se subsumen los casos directamente en normas constitucionales de cuño más amplio, todo lo cual torna difuso lo punible. Ante esta situación y en tiempos previos a una reforma, luce necesario acordar sobre los aspectos mínimos que involucra la identificación de las normas penales en los procesos interpretativos en pos de cumplimentar el mandato de determinación, la igualdad de trato y la división de poderes.

V. Posiciones relativas a la interpretación de los enunciados de derecho

Pues bien, no caben dudas a estas alturas que una norma indeterminada es inconstitucional por contrariar el precepto de la *lex certa*. Sin embargo, varias han sido las formas de abordar el problema, siendo que no todas tienen como resultado la declaración de invalidez del mandato cuestionado por adolecer de una clara

---

[20] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho Penal*, J M Bosch Editor SA, Barcelona, 1992, p. 43. En similar sentido, ROXIN, ob. cit., ps. 224-225. En nuestra doctrina local, LASCANO, ob. cit., p. 181.

[21] Se sostiene que esta mayor cuota de racionabilidad motiva a que la tarea dogmática asuma el carácter prescriptivo de sus enunciados, olvidando con ello su carencia de legitimidad política, lo que fundamenta que su trabajo encuentra marcadas diferencias con el que realiza el juez o el legislador, véase al respecto MANRIQUE- NAVARRO - PERALTA, ob. cit., *passim.*

[22] Entre la bibliografía destacada que describe este fenómeno, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 1° ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, 2° ed. revisada y ampliada 2001, 1° ed., ps. 17-18. Esto último ha sido considerado en la exposición de motivos del ACP como formas de punitivismo vindicativo cuya erradicación resulta un criterio ponderado para la reforma, aunque luego su texto incorpora múltiples formas de criminalidad relativa a delitos de peligro abstracto, criminalidad económica, ambiental, etc., que también responden a nuevas formas de penalidad que flexibilizan la determinación de los presupuestos normativos.

[23] En ese sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, pub. cit., p. 490

determinación del hecho punible y de la pena. En ocasiones, mediante la actividad interpretativa, puede encubrirse la prohibición que comentamos asignándole un contenido distinto al precepto analizado.

Existe un consenso generalizado sobre el rechazo de una concepción mecanicista de la aplicación del derecho augurada por Beccaria y Montesquieu. Pero excluida esta posibilidad las opiniones varían sobre la base de teorías interpretativas diferentes pero vinculadas al mandato de determinación. Por su extensión y variedad, no es este el momento para analizar cada una de ellas, sino contraponer algunas de las más relevantes –sobre todo aquellas desarrolladas en la jurisprudencia y dogmática penal o con gran influencia en este ámbito de estudio- para finalmente tomar una que guiará nuestra propuestas.

1. Una primera posición sostiene que, en rigor, son pocas las leyes que resultan inconstitucionales por imprecisas, a pesar de que en la actualidad son innumerables aquellas que contienen expresiones vagas y necesitadas de complemento valorativo[24]. Así, *"el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación. Por consiguiente, la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal sólo es "determinado", en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial",* tomando como límite de dicha actividad el tenor literal posible[25]. Es decir, para este autor, la disposición normativa no es precisa *per se* sino que cumplirá el mandato de determinación siempre que interpretándola sea posible derivar la norma penal correspondiente.

Además, sobre las expresiones contenidas en los enunciados normativos se afirma que *"nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones (cfr. ya nm. 27). El punto neurálgico lo constituyen sobre todo los "conceptos necesitados de complementación valorativa", que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo"* (como son las expresiones "motivos abyectos", "reprochable", etc.)[26]. De este modo, la precisión de un precepto penal se mide según el *"claro fin de protección del legislador",* además que el tenor literal debe seguir limitando una extensión arbitraria de la interpretación[27].

2. Otra tesis presupone que la legislación no debe valorar casos individuales en su conformación, sino atender como garantía de objetividad a la mayor generalidad posible a fin de evitar manipulaciones. En especial, ello ocurre cuando se detallan los

---

[24] ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, ps. 147-149, 169-172.
[25] ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, ps. 148-149.
[26] ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 170.
[27] *"Sólo se podrá declarar la total nulidad de un precepto por indeterminación cuando no sea posible reducirlo a un núcleo determinable*", ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 172; en igual sentido, en nuestra doctrina local LASCANO, *Derecho Penal. Parte General*, AAVV, 2005, p. 181 y ss. Lo expuesto no desatiende que esta concepción *"se sigue alejando de la total vinculación a la ley, que tenían en mente los padres del principio de legalidad"*, pues el juez decide en el marco de varias posibilidades interpretativas fijadas previamente por el tenor literal de las disposiciones jurídicas examinadas, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 150. Esta teoría limita con aquella que se sustenta en la idea de la *ponderación*, sobre la cual sostiene que conlleva a una solución objetable porque con ella se relativiza de modo inadmisible el principio de legalidad, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 171.

enunciados de la parte general del Derecho Penal (imputación objetiva, omisión impropia, tentativa, participación, etc.)[28].

Pero este nivel de generalización no es tal en la descripción de los tipos de la parte especial. Así, quien pretenda aplicar a un caso individual preceptos de la parte general deberá demarcar los mismos con mayor precisión que en la disposición de los delitos en particular, en tanto los últimos proporcionan todo el material disponible para la formación del sistema[29].

En cuanto a la tarea del legislador, se advierte que una exhaustiva precisión de la ley podría impedir su aplicación por resultar muy difícil que el supuesto descripto se llegue a producir. Como contrapartida, la norma debe determinar qué elementos pretende proteger - y no constituir una norma en blanco que remita a su vez a las normas necesarias, por ejemplo, para la convivencia-, evitando una indeterminación innecesaria. Mientras exista una variante más precisa, hay que optar por ella, siempre cuidando que el desborde de exactitud complique su aplicación[30].

3. Desde una posición convencionalista y garantista del derecho penal[31], se señala que el principio de mera legalidad está dirigido al juez, pero el de estricta legalidad al legislador[32]. Bajo esta concepción, la verificabilidad jurídica (subsunción de hechos en el derecho) se vincula con la semántica del lenguaje legal y la verificabilidad y refutabilidad jurídica depende del principio de estricta legalidad (como regla semántica meta-legal, de formación del lenguaje legal).

En ese marco, las definiciones legales de los conceptos penales deben ser lo suficientemente precisas como para permitir la denotación de hechos empíricos exactamente determinados, lo que no ocurre cuando la ley emplea términos vagos (es decir, de connotación indeterminada), o valorativos (esto es, con connotación indeterminada e indeterminable, por hacer referencia no a datos objetivos, sino a apreciaciones subjetivas del observador)[33].

---

[28] JAKOBS, Günter, *Derecho Penal, Parte General*, ps. 89-91. Un caso que escapa a esta lógica fue el error de prohibición en el § 17 del Código Penal alemán.

[29] JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, p. 91.

[30] Conforme JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, ps. 95-99, 171.

[31] Esta concepción –sustentada con mayor fuerza por Ferrajoli- parte de la idea que la separación entre legitimación externa e interna es el presupuesto teórico y axiológico del modelo penal garantista, en cuanto exige que su legitimación política sea externa, sólo fundada en valores e intereses individuales o colectivos efectivamente tutelados por él, y que su legitimación jurídica sea sólo interna, esto es, *"fundada en la ley de manera hasta donde sea posible, exclusiva en cuanto a las fuentes y exhaustiva en cuanto a los contenidos según los principios convencionalistas y cognoscitivistas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad"* (FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 216). Dicha postura se contrapone a todo modelo sustancialista caracterizado por la confusión de ambas legitimaciones.
Luego, se aclara que la separación entre ambas legitimaciones es una condición necesaria pero no suficiente para fundamentar un modelo penal garantista. Pues si rige un principio de mera legalidad, en lugar del de estricta legalidad, ello dará paso a la arbitrariedad judicial, p. 217.

[32] FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, ps. 35 y 373.

[33] Por ello, conforme a esta regla, *"las figuras abstractas de delito deben ser connotadas por la ley mediante propiedades o características esenciales (elementos constitutivos de los delitos: acción, resultado, y culpabilidad) idóneas para determinar su campo de denotación (o de aplicación) de manera exhaustiva, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera exclusiva, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes"*, FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 120

A pesar de ello, se reconoce que siempre existe un margen insuprimible de incertidumbre (y –por ende- de discrecionalidad) en la interpretación de la ley (zona de penumbra, según Hart). Pero puede haber una mayor o menor aproximación (grado de) a la certeza según el lenguaje legal sea preciso o vago, denote hechos o exprese valores, y esté libre o no de antinomia semánticas[34].

4. En similares términos, se califica que la interpretación –entendida como el proceso a partir del cual es posible identificar una norma- implica "*determinar el significado de las formulaciones jurídicas de manera literal y aislada, con absoluta independencia del resto de las disposiciones integrantes del sistema jurídico"*[35]. Esta tesis sigue la idea de Raz relativa a la conveniencia de identificar/individualizar a las normas jurídicas de manera aislada[36]. Considera la idea de que la literalidad requiere una congruencia entre la disposición presuntamente identificada y la norma emergente de la identificación, presuponiendo la relevancia de la hipótesis semántica literal por sobre supuestas intenciones o valoraciones subjetivas presuntas del legislador o reales del intérprete[37].

Desde esta perspectiva, se sitúa principalmente entre las dificultades interpretativas a los denominados "problemas de indeterminación semántica", entre los que se enuncian la ambigüedad –que surge cuando de la formulación normativa es posible derivar dos o más normas diferentes- y la vaguedad –por la cual, si bien acarrea mayores inconvenientes en la aplicación de las normas, puede traer ciertas consecuencias en cuanto a la identificación de ciertas propiedades genéricas incluidas en las normas-[38].

Esta posición postula al modelo de la coherencia como posible solución de los problemas de ambigüedad y de vaguedad, en tanto resuelve estas cuestiones de manera no arbitraria, aunque acepta que en algunos casos no es posible establecer cuál de las posiciones es la más adecuada mientras se encuentren en pie de igualdad[39].

5. Por último, desde otra perspectiva no se propone una tesis interpretativa que deba guiar la actividad de los operadores jurídicos, sino que aquí se marcan los límites que dicha tarea trae aparejados. De este modo, se sostiene que el principio de legalidad

---

[34] FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, ps. 123-124.

[35] ALONSO, ob. cit., p. 49. Téngase en cuenta que el autor indica que los problemas de semántica jurídica (es decir, la determinación del significado de las palabras de la ley) no difieren de los de semántica del lenguaje ordinario, ps. 41-48. Al respecto, Genaro Carrió en *Notas sobre Derecho y lenguaje",* 5° ed. reimp, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, afirma la naturaleza convencional del lenguaje con que se expresan los enunciados jurídicos (ps. 91-93, 115) y, por ende, sostiene que el lenguaje jurídico tiene las mismas características que el lenguaje natural (ps. 55, 27, 92).

[36] Esto es, sin considerar eventuales excepciones, calificaciones o aclaraciones dispuestas en otros enunciados del sistema, ALONSO, ob. cit., ps. 23-25, 47.

[37] ALONSO, ob. cit., p. 47.

[38] ALONSO, ob. cit., ps. 49-58. Véase también sobre los defectos endémicos del lenguaje (ambigüedad, vaguedad –particularmente sobre la textura abierta- y lenguaje emotivo) en CARRIÓ, ob. cit., ps. 28-36, 92-94. El autor coincide en que estas cuestiones tienen una enorme importancia para los problemas de interpretación (p. 36).

[39] ALONSO, ob. cit. ps. 58 y 65, particularmente ello ocurre según el autor con el requisito de la pena para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Además, en cuanto a la utilización de la "interpretación subjetiva" como estrategia para resolver los problemas de indeterminación semántica, considera que no debería utilizarse aisladamente sino en el marco de una estrategia general unificada, admitiéndoselo como un modo de complementación de los problemas de indeterminación que son irresolubles para la literalidad, encuadrando como un modo específico del género "coherencia", ALONSO, ob. cit., ps. 70-71.

incide sobre la actividad hermenéutica marcándole el perímetro sobre el cual puede desplegarse.

Más precisamente, se señala que el intérprete no puede efectuar interpretaciones "extravagantes" y mucho menos interpretar analógicamente. Sin embargo, se reconoce que resulta difícil encontrar un criterio que defina la extravagancia de una interpretación o los márgenes entre la analogía y otras formas de interpretación extensiva, condiciones que son realizadas con un bajo grado de exigencia que nada tiene que ver con la decidida actitud exigida por el mandato de determinación[40]. Desde esta perspectiva, se abordan dos cuestiones: una relativa a los límites que deben regir en la interpretación e integración de las disposiciones legales, y la otra, vinculada los métodos utilizados para ejecutar dichas actividades.

A. Acerca de los límites que restringen la interpretación de las leyes, se señala que han fracasado los intentos por precisar conceptualmente los contornos de la integración del Derecho -con las restricciones propias de la prohibición de analogía en perjuicio del reo- y su diferencia con otras técnicas de interpretación e integración[41].

En rigor, el problema radica en que *"el compromiso del penalista académico no es con el principio de Estado de Derecho y con la separación de poderes sino con la limitación del poder punitivo del Estado, como demuestra la mayoritaria admisión sin tapujos de la analogía favorable al reo".* Esto último no deja de ser un objetivo loable, pero debe advertirse que *"las líneas maestras de la coordinación social las debe sentar el legislador, y no el aplicador del Derecho"*, siempre en el marco de los límites constitucionales[42].

Además, si bien resulta una obviedad que la labor del aplicador de la norma tiene en miras tanto la ley como la Constitución, ello no significa que cualquier desviación de la justicia material de un caso en el que se aplique una disposición penal tenga relevancia constitucional, así como tampoco cuando el legislador no respeta los límites constitucionales el juez ordinario quede automáticamente legitimado para corregirlo por medio de la interpretación o integración del Derecho[43].

Es que debe recordarse que las normas obtenidas mediante la interpretación pueden ser tanto sobreinclusivas como infrainclusivas de los casos individuales en función de las razones que subyacen a éstas. Es decir, existirán casos recalcitrantes en la medida que existe necesariamente una distancia entre la subsunción de un hecho a la

---

[40] ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 179.

[41] Esta carencia de un modelo metodológico coherente expone *"permanentemente la prohibición de la analogía al ridículo y al fraude de etiquetas",* siendo un claro ejemplo de ello cuando *"se aceptan en ciertos casos interpretaciones extensivas y se niega rotundamente la analogía, para acto seguido definir la interpretación extensiva mimetizada con esta última",* ORTIZ de URIBINA, ob. cit., p. 179-180, quien cita en ese sentido a Juan Pablo Montiel.

[42] ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps. 181-182, y precisa más adelante que "*Sin duda alguna la Constitución marca límites al legislador y habilita a ciertos operadores jurídicos (pero no a todos) a expulsar del ordenamiento normas de rango legal e incluso sentar su interpretación en un determinado sentido. Pero esta capacidad de corrección de la labor legislativa sin intervención del parlamento se reserva para la infracción crasa de preceptos constitucionales con un contenido más específico que la idea de justicia, y resulta desproporcionado utilizarlo para acabar con una injusticia de la magnitud de la que se está hablando"*, p. 186.

[43] ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 182.

norma que no responda a tales razones[44]. Sin embargo, no es posible -como en otras ramas del derecho- resolver la injusticia de estas soluciones mediante el *espíritu de la ley*, pues en derecho penal existe la prohibición de analogía y el límite del tenor literal.

Otro problema que se presenta, como vimos en párrafos previos, es que la cantidad de preceptos constitucionales hace más fáciles las cosas *"dado que para superar el tenor literal de la disposición sólo hace falta saltar de la interpretación legal a la llamada <<interpretación del Derecho>>, que incluye la Constitución".* Así, *"las soluciones que se consideran injustas se consideran contrarias a la propia Constitución, y por tanto obstáculos a superar mediante la interpretación que, si no puede ser la le da la ley, será la de todo el ordenamiento (<<el Derecho>>)".* Como consecuencia de ello, *"la superación de las posibilidades interpretativas del tenor literal se justifica como una <<interpretación conforme a la Constitución>>"*[45].

B. Ahora bien, la diversa aplicación de los cánones interpretativos y su falta de orden de prelación ha favorecido la libertad irrestricta del intérprete[46]. Al respecto, se advierte que existe un tratamiento deficitario de la cuestión, ya sea por su ausencia, su estudio poco claro o la elección de algún criterio hermenéutico sin mayores justificaciones[47].

Es por ello que con la pretensión de señalar las líneas maestras del modelo que se considera óptimo, se incluye la decisión sobre la aplicabilidad de los cánones interpretativos y su orden de prelación así como también la determinación del objetivo de la interpretación.

Sobre lo primero, se propone que se conceda una prioridad absoluta a la no muy afortunadamente llamada "interpretación gramatical" -que bien entendida incluye la sistemática-, admitir la teleológica sólo dentro del ámbito de sentidos posibles delimitado por la interpretación gramatical y prescindir por completo de la interpretación histórica[48]. Se afirma que la interpretación gramatical indaga el sentido de las expresiones contenidas en el texto normativo (y no sólo el significado individual de las palabras), que no puede obtenerse por fuentes distintas de las expresiones efectivamente utilizadas por el legislador, como puedan ser los discursos parlamentarios o la evolución

---

[44] Es probable que existan *"soluciones legales injustas en algunos casos individuales lo cual es algo que debe admitir todo aquel que no sea un partidario extremo del legalismo ético, el iusnaturalismo o el escepticismo en materia ética",* ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps. 182-183.

[45] ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 184. Al respecto, se opina que *"Si bien no se puede decir que la situación de descrédito de la legislación sea desmerecida, la estrategia escogida para enfrentarse a ella, el encumbramiento de la interpretación y de la libertad del intérprete frente al texto de la disposición, no resulta adecuada",* ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps. 187 y 196.

[46] El problema principal es que en ocasiones se afirma que el "sentido literal posible" es el límite de la interpretación, pero no se aclara con qué cánones interpretativos ha de operarse para determinar tal "sentido literal posible", y aunque el canon gramatical pueda parecer el candidato más probable, ello no excluye por completo otras posibilidades, ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 199.

[47] Dicha afirmación se justifica en el análisis de los pronunciamientos expuestos en *"quince manuales, monografías sobre el método jurídico-penal y comentarios al Código Penal"*. A partir del mismo, se observa que *"en más de un tercio de los casos (seis) ni siquiera se alude a la existencia de estos cánones, mientras que en el resto apenas se propone algún tipo de jerarquización y cuando se hace no suele ser muy clara"*, ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 199.

[48] ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 198. Sobre la validez de estos métodos de interpretación vistos en el marco de la justificación de la pena en NINO, Carlos Santiago, *Límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito,* Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 312 y ss.

histórica de la institución jurídica (objeto del canon histórico) o de las necesidades sociales (objeto del canon teleológico)[49].

Una aclaración sobre lo dicho. En primer lugar, no siempre es posible alcanzar un único sentido: por el contrario, se admite expresamente que en ocasiones podemos encontrar varios sentidos posibles a una expresión y que en estos casos hay que elegir, y se propone elegir entonces conforme a criterios teleológicos. Tampoco significa que, entre las posibilidades que ofrece el sentido literal posible, haya de escogerse siempre las más estrictas posible, sea esta favorable o desfavorable al reo[50]. Por último, se insiste en la restricción de la interpretación a el/los sentido/s literal/es posible/s no significa que se piense que la mejor manera de indagar estos consista en hacer un uso exclusivo del diccionario y las reglas de la gramática, en tanto en la indagación de sentido comunicativo también es necesario acudir a la pragmática y los usos lingüísticos de la comunidad que, pueden diferir de lo prescrito por la utilización conjunta del diccionario y las reglas de la gramática[51].

Finalmente, anula la relevancia del canon interpretativo histórico que importa dos aspectos diferentes: por un lado, se hace referencia a la evolución de la institución de que se trate, antes y después de la disposición que se quiere interpretar; y, por el otro, a la tramitación del texto que finalmente resultó aprobado (esto es, al trámite parlamentario). Ello por cuanto se asume que el problema de la interpretación histórica radica en que, en el primero de los sentidos aludidos, no aporta gran información[52], y en el segundo se corre el riesgo de incentivar a los parlamentarios a aportar demasiada, que puede originar dudas acerca del alcance de algún elemento incorporado a la disposición jurídica –se podrían preguntar por qué el legislador no colocó una norma expresa que marque las razones de la inclusión o la exclusión de ciertos aspectos contenidos en la discusión parlamentaria-[53].

Las cuestiones relativas al alcance de todos estos cánones interpretativos se vinculan con aquella que alude al objeto de la interpretación, sobre el cual se excluye la indagación acerca de la intención del legislador, pregonándose la del sentido del texto. Así, se otorga prelación lexicográfica a la interpretación literal, que se justifica

---

[49] ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps 200-201. Sobre la base de esta propuesta, se advierte que la argumentación teleológica – es decir, según Engisch aquella que "*indaga la finalidad, la ratio, la idea rectora del precepto legal y a partir de ella comunica su sentido"*- sólo puede tener lugar dentro del campo determinado por los tenores literales posibles, p. 201.

[50] Con ello no se hace referencia a la aplicación o no del principio del *in dubio pro reo* respecto de dos tesis interpretativas contradictorias de una misma disposición jurídica. Sino que no se privilegia interpretaciones restrictivas de los textos como modo más favorable al agente pues puede ocurrir que un sentido más restringido de un texto normativo puede derivar en la captación de la conducta dentro del mismo y, por el contrario, uno más amplio puede generar su exclusión, ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps. 202-203.

[51] ORTIZ de URBINA, ob. cit., ps. 201-202.

[52] Además, cuando se indaga sobre las diferencias entre la regulación actual y la anterior puede ocurrir que éstas sean amplias, y entonces el canon pierde valor, dado que de lo que se trataría sería precisamente de determinar qué implica la nueva; también puede ocurrir que haya similitudes y diferencias, y en tal caso las diferencias entre la nueva disposición y la anterior pueden interpretarse como un signo de la distancia entre ambas y como el intento de introducir un cambio de sentido, pero del mismo modo puede considerarse como un supuesto de <<error>> del legislador en la redacción de una disposición que pretende, lo que apuntaría a mantener el *statu quo* sin alejarse del sentido previamente determinado, ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 203.

[53] ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 204. En ambos casos, se rebaja la importancia de la interpretación del tenor literal y no se le ofrecen al legislador incentivos adecuados para hacer bien su trabajo, ps. 203

especialmente por el respeto en los sistemas democráticos a la legislación, y no al legislador[54].

En resumen se sostiene que al legislador ha de exigírsele la redacción de leyes taxativas, pero a los intérpretes *"hemos de exigirles interpretarlas estrictamente y con deferencia al texto aprobado*"[55].

VI. Nuestra propuesta

Luego de enunciar estas perspectivas interpretativas, mostraremos cuál nos resulta más razonable y es fundante de nuestra propuesta de incorporar una disposición legislativa al ACP que precise los métodos de interpretación válidos y su jerarquía.

En primer lugar, todos los autores reseñados aceptan que existe un grado de indeterminación legal insuprimible por la misma naturaleza del lenguaje. El legislador ha seleccionado este medio para comunicar las prohibiciones o mandatos penales a los destinatarios de dichas disposiciones, en razón del código común existente entre el emisor del mensaje y su receptor. De ello se infiere que, expresa o implícitamente, los autores citados siguen una tesis convencionalista a partir de la cual siendo el lenguaje el resultado de convenciones sociales, es adecuada su utilización como medio para comprender las normas penales[56].

Sin embargo, las diferencias surgen a poco de pasar este acuerdo. Así, desde un mayor grado de exigencia, para algunos se infringe el mandato de la *lex certa* cuando el legislador utiliza preceptos valorativos o que no puedan reflejarse objetivamente; otros distinguen según la materia que se regula siendo más estrictos respecto de la definición de los delitos en particular, relajando los límites en cuanto a los principios generales que luego serán integrados por el intérprete –privilegiándose al dogmático por su aporte racional-; también hallamos a quienes son más tolerantes admitiendo conceptos valorativos siempre que sea posible determinar el propósito del legislador dentro del tenor literal del texto.

En primer lugar, compartimos la idea que sostiene que la evaluación sobre la determinación de las leyes penales no es igual según se interprete una proposición normativa que regula la conducta delictiva (caso genérico-tipo penal) y su consecuencia punitiva, o una disposición jurídica que contenga principios generales que en sí misma no dispone un núcleo normativo autónomo (vgr. reglas vinculadas a la tentativa, participación, concurso de delitos, etc.). Para la primera se exigirá un grado óptimo de precisión para motivar a los agentes según la materia que se trate (no será igual definir tipos culposos que dolosos con específicos modos comisivos); en cambio, para la segunda se admite mayor flexibilidad en atención a que su objeto se orienta a

---

[54] De allí que menos aún *"puede procederse a la corrección de un texto apelando a la voluntad de un legislador ideal, pues si bien ello probablemente induciría al legislador real a ser más cuidadoso, anticipando la intervención de los intérpretes y aplicadores, la apelación a tal legislador ideal no es admisible por otro motivo: tal legislador ideal no existe y con su invocación en realidad se está aludiendo a lo que el propio intérprete o aplicador considera adecuado. Con el insuperable problema de que carecen de la legitimación democrática necesaria para tomar la decisión*" ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 205.

[55] ORTIZ de URBINA, ob. cit., p. 205.

[56] ALONSO, ob. cit., ps. 45-46, MANRIQUE-NAVARRO-PERALTA, ob. cit., ps. 77, 79, CARRIÓ, ob. cit., ps. 91-93, 115.

comprender varias disposiciones particulares[57]. Sobre esto último, aunque se resalta la labor del dogmático como intérprete privilegiado para delimitar ambas clases de proposiciones, consideramos que esta visión debe relativizarse[58].

Pues bien, pasado el primer filtro vinculado al grado de tolerancia de indeterminación del lenguaje, estimamos que es necesario estipular un orden de prelación de los métodos interpretativos para la definición de las normas penales. Así, nos resulta relevante destacar que los intérpretes se valen de la propia indeterminación del lenguaje para auscultar su significado mediante el uso indiscriminado de técnicas interpretativas, sin advertir que el método elegido condicionará la norma resultante del mismo. De allí consideramos importante delimitar cuál es el camino prevaleciente dentro del grupo de técnicas comúnmente utilizadas y estamparlo en una proposición normativa penal[59], máxime en un sistema jurídico como el nuestro en donde los controles hermenéuticos se encuentras descentralizados y, por ende, debilitados.

De este modo, la primera técnica a la que debe acudir el intérprete es necesariamente la gramatical pues de lo contrario no tendría sentido la utilización del lenguaje como medio de comunicación de las prohibiciones o mandatos, con el aditamento que su significado literal puede ser estimado no sólo en función de connotaciones lexicográficas sino también, y fundamentalmente, según el contexto social en el cual las palabras son utilizadas y los avances científicos y disciplinarios que las expresiones sujetas a interpretación importen.

Además, en dicha consideración no es posible observar aisladamente las expresiones típicas pues estas se integran en un ordenamiento jurídico-penal que establece conexiones entre ellas, lo cual resulta útil a la hora de definir el texto de la ley. La utilidad de esta técnica consiste en que es el mismo legislador el que elabora todos los enunciados jurídico-penales, reiterando ciertas expresiones para delimitar la conducta punible. Además, bien o mal, en los Códigos es habitual encontrar definiciones "auténticas" –técnica que se replica y amplia en el ACP-, es decir, elaboradas por el propio legislador a partir de las cuales se estipula una extensión de los términos distinta a la de su sentido gramatical, definiciones que se proyectarán en los dispositivos que las contengan (vgr. arts. 77 CP determina que el término "violencia" implica el uso de medios hipnóticos y narcóticos, lo que excede su marco literal, debiéndose contemplar ese sentido en los tipos penales en los que ha sido empleado, vgr. arts. 87, 95, 158, 164).

No debe confundirse este medio de interpretación así entendido con otras reseñas sobre el mismo en las cuales se comparan los elementos constitutivos de diferentes enunciados penales para inducir el fin que los rige, el cual luego actúa como guía para la determinación de los conceptos contenidos en aquéllos, que incluso puede derivar en una

[57] Más allá de la intensa discusión sobre la distinción entre normas y principios, dicho alcance se evidencia en que resulta sumamente dificultoso diferenciar estos últimos de las disposiciones jurídicas contenidas en las partes generales de los códigos, v. ALCHOURRÓN-BULYGIN, ob. cit., ps. 129-130.

[58] Sobre este punto véase CARRIÓ, ob. cit., p. 140 y con mayor precisión MANRIQUE-NAVARRO-PERALTA, ob. cit., Capítulo Tercero.

[59] Ello no es tan novedoso, ver art. 13 del nuevo Código Orgánico Integral Penal de Ecuador sancionado el 3/02/2014. También resulta relevante el análisis efectuado en los distintos Estados de US por Abbe Gluck, Gluck, Abbe R., "The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism" (2010). Faculty Scholarship Series. Paper 3813. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3813

variación su sentido literal[60]. En rigor, estimamos que esta clase de técnica -conforme la entendemos- es siempre complementaria de la gramatical, actuando en función de las reglas de uso de la palabra utilizada en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la idea de prelación de cánones interpretativos presupone la posibilidad de varios significados de las palabras de la ley. En ocasiones, esta indefinición puede mantenerse aún luego de la actividad hermenéutica relativa a su significado literal (con el alcance asignado), lo que convoca a otros métodos para inclinarnos por alguna de las opciones. De allí, que nos resulta atractivo el método teleológico el cual implica que dentro de varias posiciones se tomará aquella que respeta los fines político-criminales contenidos en el orden jurídico constitucional y en la proposición jurídica examinada[61].

Por último, descartamos el valor interpretativo de las circunstancias históricas que sean contingentes y que no contribuyan a definir el fin concreto perseguido por la ley como método secundario de interpretación utilizado frente a los casos de indeterminación semántica apuntado en el párrafo anterior. Es decir, a diferencia de opiniones vertidas previamente, si del debate parlamentario o de circunstancias que rodean la creación de las normas es evidente el fin seguido por el precepto sujeto a interpretación, dichas consideraciones servirán para el método teleológico. Pero, si ello no ocurre y no es posible imprimir algún grado válido de precisión para distinguir la adecuación de un concepto a la ley, entonces tales consideraciones no pueden ser consideradas para la determinación de los términos legales. Ello teniendo en miras las críticas apuntadas anteriormente, que sostienen que esta técnica carece de una medida unívoca para jerarquizar las variaciones legislativas en el tiempo y los argumentos dados por los parlamentarios, siendo que, en la mayoría de los casos, su peso responderá al interés del intérprete.

Norma propuesta:
Art… Las disposiciones jurídicas de este Código deberán interpretarse conforme a las siguientes reglas:

1. Los tipos penales y sus consecuencias penales se interpretarán conforme a su sentido gramatical y sistemático del Código, siendo prohibida la interpretación analógica en perjuicio del reo.

2. En caso de existir más de un significado posible según la regla precedente, las expresiones de la ley deberán fijarse de acuerdo a los fines contenidos en el sistema jurídico constitucional, de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y de la proposición jurídica examinada.

[60] Ello se infiere de algunos ejemplos postulados como modos de interpretación sistemática y la definición que de ellos se infiere, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Objeto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 52-59.
[61] Lo que no se corresponde estrictamente con la propiedad de "interpretar conforme a la Constitución" antes apuntada.

Legalidad y justificación en los delitos impropios de omisión

José Milton Peralta

Contenido

I. Introducción; II. Dos posiciones, a) Castigar la omisión según el 79 es legal, b) Castigar la omisión según el 79 es ilegal; III. La irrelevancia de los otros artículos del CP, a) Del art. 106 del CP; b) Del § 13 del StGB y el art. 11 del CP español; IV. *Lex certa* y delitos *mala in se*; V. Prohibido matar a otro como enunciado práctico; VI. Posición de garante y *lex stricta*.

Abstract: En este trabajo defiendo las siguientes tesis: a) Para determinar si un delito impropio de omisión es típico es insuficiente con demostrar su igualdad valorativa con los delitos de acción: se debe aportar también un argumento lingüístico. b) Las palabras del lenguaje natural no son unívocas: tienen zonas claras donde su aplicación no presenta problemas, zonas "obscuras" donde su *no* aplicabilidad no presenta problemas y zonas de penumbra donde su aplicabilidad es dudosa. Los delitos impropios de omisión se ubican, en su mayoría, dentro de la zona de penumbra. c) Para resolver los casos de penumbra se debe recurrir a argumentos valorativos, pues dentro de ese margen, y solo dentro de ese margen, estos son decisivos. d) Hay razones valorativas para incluir la mayoría de los delitos impropios de omisión dentro del uso del verbo matar. e) El tipo penal que prohíbe el homicidio en Argentina padece de una indeterminación amplia, pero esto no presenta problemas por tratarse de un delito *mala in se*.

Palabras clave: delitos impropios de omisión, principio de legalidad, causalidad, delitos *mala in se* y *mala prohibita*, indeterminación del lenguaje.

I. Introducción

Los "delitos impropios de omisión" (d.i.o.) plantean al menos dos desafíos de orden constitucional. Uno de ellos se vincula con el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, uno podría preguntarse qué pena corresponde imponerle a quien, a través de una omisión, deja que se produzca cierto resultado disvalioso. Para una respuesta precisa a este interrogante se hace necesaria una primera distinción ya entre los mismos delitos de omisión, pues, al parecer, no todas las omisiones valen lo mismo. La idea dominante en la dogmática penal es que solo son realmente graves las omisiones de aquellas personas que tienen algún tipo de deber especial para con la respectiva víctima. Estas son las llamadas omisiones "impropias". Pero aun frente a estas omisiones realmente graves cabe preguntarse si corresponde un castigo similar al previsto para las acciones. Si esto no fuera así y sin embargo se sancionaran con ese rigor, se violaría el principio de culpabilidad.

El segundo aspecto relevante de orden constitucional hace referencia al principio de legalidad. El punto a dilucidar aquí es si los d.i.o. están previstos en el Código Penal argentino y, en su caso, dónde y de qué manera. La primera era una pregunta eminentemente valorativa[1], cuya respuesta no dependía de lo establecido en cierto

[1] Por valorativo (o normativo) se hace referencia a que la respuesta depende exclusivamente de premisas morales y de ninguna manera de hechos. En este sentido, como es usual en la dogmática penal, valorativo (o normativo) se opone a positivo, a lo que efectivamente ocurre o es. Los textos legales son el producto de ciertos hechos. Por supuesto, estos hechos cuentan porque hay una norma que dice que cuentan, pero si

ordenamiento jurídico, sino de lo que es correcto desde una perspectiva moral. Cierto ordenamiento pudo, en el caso concreto, haber dado tal o cual respuesta al interrogante, pero la corrección de esa respuesta no depende de eso.

El aspecto de la legalidad, en cambio, tiene algo de descriptivo, pues para elucidarlo, en principio, se tiene que hacer referencia a lo que cierto ordenamiento jurídico efectivamente *dice*. La regulación de los d.i.o. *depende* de un *hecho*, en concreto, de un hecho social, de lo que los legisladores hayan plasmado en cierto texto de un código. De otro modo, el principio de legalidad, como algo que debe vincular al Estado, sería simplemente una quimera. El sentido de este principio es, pues, que, más allá del acierto valorativo del legislador, hay conductas que están prohibidas y otras que no. La idea de que esto es así "más allá del acierto del legislador" es justamente lo que le garantiza al ciudadano no estar sometido a la espontaneidad estatal, a decisiones imprevisibles.

Sin embargo, y a pesar del énfasis puesto en este último párrafo, la conclusión precedente debe ser matizada, pues no es del todo cierto que, para determinar qué está prohibido, uno pueda basarse *exclusivamente* en un hecho social. Esto se debe a que el legislador, para definir aquello que censura, se vale del lenguaje ordinario (o natural) y este tiene un defecto: es, invariablemente, indeterminado[2]. Respecto de las palabras del lenguaje ordinario se dice, metafóricamente, que existen tres zonas que refieren a su aplicabilidad: "una de claridad, constituida por hechos denotados con certeza por el término", "otra de oscuridad, formada por hechos respecto de los cuales se sabe con seguridad que la palabra no se aplica" y una última "de penumbra, constituida por casos apropósito de los cuales dudamos en aplicar o no el término"[3]. Para resolver si los casos que se ubican en la zona de penumbra deben ser abarcados o no por el término, ya no es suficiente con recurrir a las palabras del legislador (si no, no serían casos de penumbra). Es necesario otro procedimiento. Según una práctica jurisprudencial y científica uniforme, ese procedimiento es la interpretación[4].

La interpretación, al menos hoy en día[5], no se concibe como una tarea aséptica donde quien la practica desentraña la voluntad de una norma con independencia de ciertas valoraciones. Como Nino reclamó desde sus primeros trabajos sobre Derecho penal[6] y Roxin plasmó en su fabuloso programa "Política criminal y sistema de Derecho penal"[7], la tarea del intérprete es evaluativa. Es decir, una tarea que requiere de quien la desempeña una *toma de posición*. Este debe elegir aquella comprensión del texto legal

---

los legisladores no *hacen* ciertas cosas no hay norma y si lo hacen *hay* norma, más allá del contenido y el valor que esta pueda tener.

[2] Hart, *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 160 y s.

[3] Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 264.

[4] Existen dos ideas de interpretación. Una según la cual todo lenguaje debe ser interpretado, así incluso hasta la palabra matar requiere una "traducción" a un lenguaje jurídico, donde por tal se entiende, por ejemplo, "crear un riesgo no permitido de muerte que se realice en el resultado". La segunda, afirma que, en muchos casos, se puede usar la palabra matar sin necesidad de interpretación. Sólo basta con entender cómo se la utiliza. En esta acepción, la interpretación es más bien algo propio de los casos "marginales", de aquellos que no están claramente abarcados por el texto (Cfr. al respecto, Guastini, *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, en él mismo, Estudios sobre la interpretación jurídica, UNAM, México D.F., 1999, pp. 3 y ss.) Aquí utilizo este segundo sentido, sin negar la posibilidad del primero.

[5] Y es probable que, en cierto sentido, siempre; cfr. Ortiz de Urbina, Íñigo, *La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo*, en elDial - DCA21, 2006, passim

[6] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 75 y 79 ss.

[7] Roxin, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2da. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

que considere la más adecuada conforme a ciertas premisas valorativas. Si esto es cierto, hay un punto, entonces, en que saber si una conducta está o no prohibida requiere que primero se establezca si esa conducta *debe estar o no prohibida*. Así, argumentos evaluativos, como los hacían referencia al principio de culpabilidad, pueden tener un espacio dentro de este marco. Pero, vale repetir, esto solo ocurre *dentro de ese marco*. El lenguaje solo otorga un espacio limitado para interpretar.

En este trabajo, voy a partir de lo que creo es una convicción arraigada: hay supuestos de omitir que pueden ser tan graves como actuar. Voy a centrarme, por el contrario, en relación entre los d.i.o. y el principio de legalidad. En la búsqueda de simpleza utilizaré como ejemplo el delito de homicidio, aunque, probablemente, las conclusiones a las que arribe puedan ser útiles también para otros delitos de resultado.

En esta tarea, en primer lugar, voy a presentar, esquemáticamente, dos posturas enfrentadas. La que afirma que el tipo penal que prohíbe matar (art. 79 del CP) censura tanto acciones como omisiones y la que le niega a ese delito tal amplitud y, por ende, entiende que castigar omisiones (según ese tipo penal) es ir más allá de la ley. Intentaré mostrar que ambas posturas, tal como a veces se las presenta, son defectuosas (punto II).

Luego, para eliminar distorsiones en la argumentación, mostraré que *la existencia* del artículo 106 en el Código Penal argentino, que prevé el castigo de omisiones que puedan tener como resultado una muerte, no sirve para solucionar el problema aquí planteado. Su presencia no prueba nada. Argumentaré, además, que tampoco el hecho de que otros ordenamientos jurídicos prevean las llamadas "cláusulas de equiparación" (según las cuales los d.i.o. puedan ser castigados según los verbos típicos de la parte especial), es útil para nuestra discusión (punto III).

Posteriormente, me valdré de la clásica distinción entre delitos *mala in se* y *mala prohibita* para mostrar que tiene sentido ser menos exigente con el principio de legalidad cuando estamos ante delitos del primer tipo. La palabra matar, como prototipo de un delito incorrecto en sí mismo, es bastante indeterminada y es correcto que así sea (punto IV).

En el punto siguiente me avocaré a precisar qué puede significar el verbo "matar", qué es lo vinculante de la ley en un sentido *descriptivo* y cuál es la tarea de interpretación que resta por realizar. Creo que la mayoría de los d.i.o. se ubican en la zona de penumbra del término y que los casos claros de matar tienen un sentido práctico que puede extenderse a los primeros (punto V).

Como punto final, analizaré, brevemente, cuál es la relevancia de las fuentes de posición de garante para precisar la responsabilidad por omisión y cuál es su vinculación con el principio de legalidad (punto VI).

II. Dos posiciones

Existen, a grandes rasgos, dos posturas encontradas en cuanto a la relación entre los d.i.o. y el principio de legalidad penal. Por un lado, está la que sostiene que es indudable que los d.i.o. se encuentran abarcados por el artículo 79 del CP[8]. La segunda, afirma justamente lo opuesto, que lo que está claro es que los d.i.o. *no* se encuentran abarcados por ese artículo. Si esto último fuera cierto, el castigo de estos delitos como homicidio sería inconstitucional.

[8] Artículo 79 del CP argentino: "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena."

a) Castigar la omisión según el 79 es legal

Los que sostienen la legalidad de la penalización de los d.i.o. se apoyan, especialmente, en un criterio valorativo o, como usualmente se lo suele denominar, "normativo". Calificaré a esta la postura, por eso, de "normativista". Ella ha sido expresada, por ejemplo, por el Tribunal Oral argentino que tuvo que decidir la causa "Chabán"[9]. Allí se dijo que "la punición de [la] comisión por omisión no es inconstitucional por resultar directamente subsumible]s[en los tipos activos de la parte especial [de] que se trate", ello en virtud de que acción y omisión impropia "normativamente son lo mismo". Para explicar esta afirmación, el tribunal agrega: "la asunción de un compromiso, más su vulneración implican un control de riesgo idéntico al que se tiene por creación activa". Y continúa, "]n[adie racionalmente podrá negar que la seguridad de los espectadores a un evento masivo puede verse en peligro tanto si una persona desata un incendio de mano propia, como asimismo si una vez generadas las condiciones de su inminente producción, aquellos que tienen el deber de actuar y además detentan el dominio o control sobre esa situación, omiten evitarlo"[10,11].

Se observa aquí que en ningún lado se hace referencia a lo que efectivamente dice el legislador en el CP. Se considera suficiente con que se pueda predicar la igualdad valorativa entre el comportarse activamente y el omitir. La visión normativista así descripta parece simplemente desentenderse del problema de la legalidad al poder prescindir de cualquier análisis lingüístico. Pero en derecho penal, en la medida en que el principio de legalidad importa, las palabras que usa el legislador *tienen* que ser relevantes. Son estas, y no nuestras valoraciones, las que deben circunscribir lo prohibido[12].

Otro buen ejemplo de que los normativistas proceden, algunas veces, de este modo lo brinda el tratamiento que estos le dan a los delitos de "propia mano". Cuando un delito es de propia mano y al autor inmediato le falta dolo, quien lo haya determinado a actuar debería quedar, en principio, impune. En estos casos no es posible la autoría mediata (por ser de propia mano) ni la participación (al menos si se sigue a la doctrina que exige, para la participación, dolo de injusto en el autor principal). Este era el caso en la vieja regulación del delito de violación en el CP argentino, que exigía que el autor "tuviera acceso carnal" con la víctima, y sucede actualmente con la regulación que protege la vida no nacida cuando se castiga a la mujer que "practique su propio aborto". En ambos casos, uno puede prever normas de cobertura (como de hecho pasa con el aborto), pero no se puede decir, como lo hace, por ejemplo, Roxin que esas normas castigan también a quien se vale de otro para agredir a su víctima,

---

[9] Causa Nro. 2517, Tribunal Oral en lo Criminal número 24 de la Capital Federal, 19/9/2009.

[10] El fallo hace referencia al artículo 186 del CP argentino que establece lo siguiente: "El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido…". Luego de ello sigue una enumeración casuística.

[11] En el mismo sentido Herzberg en Hefendehl (ed.) "Empirische und dogmatische Fundamente, krimilarpolitischer Impetus, Karl Heymanns, Colonia (entre otras), 2005, pp. 41 y ss. Al hablar de la responsabilidad de homicidio por omisión en el supuesto de que la madre deje morir a su hijo de hambre y de daño por omisión del padre que, pudiendo hacerlo, no evita que su hijo arroje una piedra en contra de una ventana, afirma que ambos casos se pueden subsumir en los respectivos tipos penales porque "la responsabilidad especial de la madre y del padre por la evitación del resultado típico está fuera de toda duda".

[12] Así, Schünemann, Nulla poena sine lege?, De Gruyter, Berlin-New York, 1978, p. 4 y s.

argumentando que las palabras de la ley deben ser entendidas en un "sentido material"[13]. No hay mucha diferencia entre decir esto y decir que las palabras no cuentan.

Este modo de razonar algunas veces se manifiesta así, sin más, y otras de modos un poco más sofisticados. Es común entre los penalistas, por ejemplo, distinguir entre "tipo de texto" y "tipo de interpretación"[14]. El primero hace referencia a lo que se puede entender de la mera lectura de un enunciado legal. El segundo, a lo uno puede entender leyendo los textos donde los dogmáticos interpretan esos enunciados legales. Eduardo Riggi, al tratar justamente el problema de los d.i.o., afirma que es cierto que el tipo (v.gr. el de homicidio) en su tenor literal solo incluye conductas activas, pero que, de todos modos, castigar estos delitos es lícito, pues están incluidos en el tipo de interpretación[15].

Así, parece que el tipo de interpretación puede independizarse del de texto, a punto tal que puede decir *más* de lo que dice este último. Entonces, cabe preguntarse, ¿dónde queda la idea de la legalidad como atadura a los jueces? La construcción del tipo de interpretación pareciera tener justamente ese objetivo, el de deshacerse de esas limitaciones. Riggi es felizmente expreso en este punto. Él dice: "La forma no puede ocultar el verdadero contenido material de la norma, que consiste en la prohibición de arrogarse esferas de organización ajenas"[16]. Una interpretación "formalista" "relega la función primordial del DP [Derecho penal], esto es, la protección de bienes jurídicos."[17]. En otros términos lo que Riggi afirma es que el significado de las palabras no puede ocultar el verdadero objetivo de la ley. Este modo de argumentar olvida que, según el principio de legalidad, el objetivo de la ley solo debe alcanzarse a través de lo expresado por el legislador; no de otro modo.

Silva Sánchez, al tratar la relación entre d.i.o. y principio de legalidad advierte este problema y exige que solo se pueda admitir el castigo de los d.i.o., según el tipo de interpretación, si el tipo de texto admite la "posibilidad de encuadrar las omisiones en el precepto legal"[18]. Pero incluso aquí esto no parece ser más que una declaración de intenciones que luego no tiene concreción en su análisis del tipo. En efecto, este autor no indaga en el tipo de texto y centra su análisis solo en el tipo de interpretación. Simplemente afirma que "tanto el uso del lenguaje, como consideraciones históricas y derivadas de los restantes criterios de interpretación permiten concluir que los preceptos legales relativos a los delitos de resultado que nos ocupan" admiten ser cometidos por omisión[19]. Pero ¿cómo se sabe o, mejor dicho, cómo se demuestra que el lenguaje permite esto?

Quizás cierto esfuerzo en este sentido pueda verse en Silva Sánchez cuando afirma que el lenguaje de los ordenamientos legales es "adscriptivo" y no "prescriptivo"[20]. Sin embargo, tampoco explica aquí cómo es que esto repercute en la

---

[13] Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t.II, CH Beck, Múnich, 2003, 25/289 y s. y 298.
[14] Sancinetti, *Casos de Derecho penal, Parte general*, 3ra. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 309; Riggi, *Interpretación y ley penal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 159. Sobre el uso de esta distinción en Silva Sánchez ver infra.
[15] Riggi, (n.14), p. 159; en el mismo sentido, aparentemente, Sancinetti, (n.14), p. 309.
[16] Riggi, (n.14), p. 160.
[17] Riggi, (n.14), pp. 157 y 172.
[18] Silva Sánchez, *El delito omisión, concepto y sistema*, 2da. ed., BdeF, Montevideo, 2003, pp. 459 y 461.
[19] Silva Sánchez, (n. 18), especialmente pp. 461 y ss.
[20] Silva Sánchez, (n. 18), p. 460.

comprensión de las palabras de la ley. Quizás lo que tenga en mente es que "el que matare a otro" debe ser entendido como "el que sea responsable por una muerte de otro"[21]. Pero esto sería otra vez una modificación del significado de las palabras.

Además, esta propuesta de solución parece concederle demasiado valor al "uso que se le puede dar al lenguaje" soslayando la importancia de su "contenido semántico". Más estos son dos planos que si bien se influyen recíprocamente no deben confundirse[22]. Pensemos cuando se usa el lenguaje para averiguar algo. Es posible que yo pueda entender perfectamente que se me está formulando una pregunta (por la entonación del emisor, por su actitud corporal, por el orden gramatical de la oración, etc.), pero que sin embargo tenga dudas sobre cuál es exactamente la información que se me requiere[23]. Esto ocurre también cuando con el lenguaje se pretende atribuir responsabilidad, lo cual es fácil de percibir si se tiene presente que *todo* el CP es adscriptivo, pero muchas veces no sabemos qué es lo que se pretende adscribir. Es decir, no sabemos *de qué* se quiere hacer a alguien responsable.

La importancia de la distinción entre los usos del lenguaje y su contenido semántico es más fuerte si uno se percata de que la *primera función* de las previsiones legales es la de guiar las conductas de los ciudadanos, la de "dar órdenes". Este uso del lenguaje es conceptualmente prioritario a su función adscriptiva, porque al sujeto se le adscribe responsabilidad *si es que ha incumplido* con lo que se le ordenaba. Por eso es importante entender qué es lo que se está exigiendo. De otro modo, el destinatario de la norma se verá obligado a evitar conductas "por si acaso", es decir, no por haber conocido el contenido del mandato, sino justamente por desconocer su alcance.

En cierta medida, los normativistas parecen formar parte de aquella concepción del derecho que se ha denominado "realismo jurídico"[24]. Como los teóricos de esta concepción, afirman, de manera más o menos explícita, que las palabras no tienen un significado previo al que determinen los jueces. Si, como es usual, la dogmática es concebida como una manera de generar proyectos de decisión judicial, entonces, las palabras, al final, significan lo que los dogmáticos dicen que significan. Según una postura tal "los enunciados interpretativos no son ni verdaderos ni falsos…, sino que proponen conferir a ese término o a esa expresión un significado con preferencia sobre otro"[25]. Las normas jurídicas no "preexisten a la interpretación, sino que son su resultado"[26].

El problema de esta forma de ver la interpretación, como sostiene Guastini, es que "descuida los vínculos y los límites objetivos a los que los intérpretes están fatalmente sujetos"[27]. Aún cuando el lenguaje sea contextual y, en este caso, su significado sea en parte dependiente de lo que se quiera lograr con él, tiene solo una

---

[21] En este sentido, Riggi, (n.14), siguiendo las premisas de Silva Sánchez.
[22] Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3ra. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pp. 18 y ss.
[23] "En tu teléfono celular, ¿tienes también la hora de Alemania?". Mi interlocutor, ¿sólo quiere saber las propiedades de mi teléfono o quiere saber qué hora es en este momento en Alemania? Probablemente solo quepa repreguntar.
[24] Guastini, (n.4), pp. 15 y s.
[25] Cfr. Guastini, (n.4), p. 15.
[26] Guastini, (n.4), p. 15.
[27] Guastini, (n.4), p. 16.

gama posible de significados, fuera de los cuales ya no se está interpretando sino creando derecho[28].

Cabe aclarar, el objetivo de este punto de la exposición es mostrar que los defensores de la punibilidad de los d.i.o. se han desentendido del análisis lingüístico que exige el principio de legalidad. Esto no implica, empero, que el castigo de estos delitos sea ilegal. Solo significa que no se ha hecho el esfuerzo pertinente por demostrar su compatibilidad con las palabras de la ley.

b) Castigar la omisión según el 79 es ilegal

Para sostener la ilegalidad de los d.i.o. se esgrimen dos argumentos. Los dos tienen que ver con el principio de legalidad. Según el primero, no existe una *lex scripta* que prevea el castigo de estos delitos. El otro dice que para subsanar ese defecto se viola la *lex stricta* y se pena con apoyo en normas jurídicas extrapenales.

Según el primer argumento, los d.i.o. no están previstos en el CP por el artículo que prohíbe matar. Se sostiene que quien omite velar por otro –que finalmente muere- no hace esto, sino que solo "deja morir". Mal que nos pese, dicen Zaffaroni/Slokar/Alagia, matar y dejar morir son dos cosas distintas[29].

De manera acertada, los defensores de esta posición distinguen el aspecto lingüístico del normativo. Si bien, en general, se manifiestan escépticos acerca de la posibilidad de tratar a la omisión impropia con la misma severidad que a la acción[30], expresan que esta es una cuestión distinta de la de comprobar qué es lo que ha prohibido el legislador. Basados en esta distinción, critican a la postura anterior pues su único argumento es que sería "inadmisible o escandalosa la imaginada impunidad de los impropios delitos no escritos de omisión"[31], y deja de lado, así, el significado de las palabras. Llamaré al enfoque que analizo aquí "positivista". Con ello quiero dar a entender que para determinar lo prohibido se apoya exclusivamente en *hechos* lingüísticos.

Lo dicho por los positivistas representa un avance en comparación con el enfoque anterior, pues se preocupa por el contenido semántico de los términos. Pero tiene el defecto de presentar a las palabras como si fueran completamente diáfanas, y su significado independiente del contexto lingüístico y de la situación dentro de la cual se las utiliza[32]. Esta representación del lenguaje traería consecuencias absurdas y, además, es falsa. Pensemos en otros casos.

La palabra "él" significa una cosa si uno la encuentra escrita sobre la puerta del baño de un bar y otra si uno la lee en alguna norma del Código Penal (v.gr. el delito de usura -174 inc. 2-[33]). Mientras que en el primer lugar tiene por finalidad inequívoca dar

---

[28] Por otra parte, ser un realista jurídico significa negar que pueda existir algo así como el principio de legalidad.

[29] Zaffaroni/Slokar/Alagia, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 582.

[30] Zaffaroni/Slokar/Alagia, *Derecho Penal, Parte General*, p. 582.

[31] Zaffaroni/Slokar/Alagia, *Derecho Penal, Parte General*, p. 581. Por supuesto lo de "no escritos" es lo que estos autores no se esmeran en demostrar.

[32] Carrió, (n.22), p. 29; Guastini, (n.4), pp. 13 y s.

[33] Artículo 174 inc. 2: "Sufrirá prisión de dos a seis años: El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo."

a entender que el acceso a ese espacio es exclusivo para varones, en el Código Penal una comprensión estrictamente masculina del término traería consecuencias insensatas (solo podría ser sujeto pasivo del delito de usura un hombre). Lo mismo ocurre con la palabra "otro". Si no, en la Argentina solo estaría prohibido matar hombres. Nadie afirma semejante cosa y esa palabra es entendida del modo más razonable: apelando a su significado más amplio, aunque el otro también es, en otro contexto, posible.

Y así se piensan en general los términos que usa el CP. La palabra cosa también admite varios alcances, pero hemos priorizado aquel según el cual los animales quedan incluidos. No hace falta mencionar que los defensores de los derechos de los animales pretenden afirmar justamente lo contrario, que los animales (o al menos algunos de ellos) no son cosas. Esta discrepancia se debe a los defensores de los animales y el CP persiguen objetivos distintos con el uso de ese término[34]. Lo mismo puede decirse de la comprensión de la palabra "documento" que en el ámbito penal abarca, en algunos casos, la chapa-patente de un auto, mientras que su uso vulgar solo incluye algo escrito sobre un papel o representado virtualmente "como si" fuera un papel.

Estos ejemplos, además de mostrar que es absurdo asumir que las palabras tienen siempre una única compresión posible, demuestran que es falso. Lo que pretendo decir es que así como el más normativista necesita atender no solo a la justificación político criminal del castigo, sino también a lo que el legislador de hecho dijo, el más positivista necesita apelar a algún criterio de racionalidad –normativa- para darle sentido a las palabras cuando estas presentan ambigüedad o indeterminación y todas las palabras son actual o potencialmente ambiguas o indeterminadas.

Puesto que es falso que los términos tengan un único significado posible, el positivista necesariamente *elige* alguna de las acepciones disponibles. Solo que no lo hace de manera transparente y presenta esa elección como un descubrimiento o una constatación[35].

Los positivistas afirman, por otra parte, que las fuentes de deber que fundamentan las diferentes posiciones de garante no tienen un origen penal. Si se castigan los d.i.o. (*como* d.i.o.) se viola el principio de legalidad en su manifestación de *lex stricta*[36]. Su punibilidad no dependería de lo que dice la ley penal, sino de lo que está previsto en leyes de otro tipo, predominantemente civiles o administrativas. Pero claro, este argumento solo podría tener éxito si el anterior fuera verdadero. Como he tratado de demostrar, los positivistas no han logrado justificar su afirmación de que "matar" no incluye ningún caso de "dejar morir". Si esto fuera falso, la punibilidad de al menos algunos d.i.o. tendría un origen penal y las fuentes de posición de garante no fundamentarían castigo, sino que, por el contrario, lo restringirían. Las posiciones de garante distinguen distintos casos de "dejar morir" y solo consideran que algunos de ellos merecen un castigo especialmente severo. Tal como usualmente se concibe al

[34] Mientras el CP persigue *proteger* a los animales al menos como cosas, de otro modo su destrucción sería impune; aquellos persiguen elevar aún más su estatus.

[35] Hart, (n.2), p. 161; Guastini, (n.4), pp. 13 y s. Creo que en este sentido la diferenciación entre argumentos normativos y lingüísticos que dicen presentar los positivistas es falsa. Cfr. sobre críticas a una toma de posición encubierta, Nino *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 75 y 79 ss. Zaffaroni/Slokar/Alagia, de hecho, también sostienen que no es lo mismo causar que omitir desde una perspectiva normativa (cf. *Derecho Penal, Parte General*, p.582). Que justo coincida el significado de las palabras con lo que ellos consideran correcto parece más que una coincidencia.

[36] Zaffaroni/Slokar/Alagia, *Derecho Penal, Parte General*, p. 581.

principio de legalidad, restringir la punibilidad "autorizada" por el legislador no es un problema.

III. La irrelevancia de los otros artículos del CP

Para defender la ilegalidad del castigo de los d.i.o. se han utilizado también argumentos de otra índole. Estos no tendrían la virtud analítica de señalar errores entre quienes se pronuncian por la legalidad de castigar las omisiones, pero sí mostrarían que para los legisladores, en general, esos delitos no están contemplados en el 79.

a) Del art. 106 del CP

En primer lugar, se hace referencia al art. 106 del CP argentino, que castiga el abandono de personas y la colocación en situación de desamparo[37]. Se afirma que no puede interpretarse que el art. 79 abarca los d.i.o., porque si no aquel artículo quedaría huérfano de contenido[38].

El argumento es persuasivo, pero, en rigor, no ayuda a dirimir la cuestión. La existencia del art. 106 no excluye la posibilidad de que el 79 *también* regule los d.i.o. Explico esto mostrando casos similares. Si uno pregunta hoy en Argentina, por ejemplo, si el homicidio por odio racial está regulado en el art. 79 podría recibir por respuesta un "no", con la aclaración de que está en el 80[39]. Esto no generaría perplejidad alguna para el conocedor que escuchara ese diálogo. Pero si se quisiera responder aún con más precisión, se tendría que decir que el homicidio por odio racial está *también* en el artículo 79. Si derogáramos la figura del 80, aquella clase de homicidios seguiría siendo un delito conforme a aquel artículo. La relación del 80 con el 79 es de un concurso aparente de leyes por especialidad[40]. Todo lo que está en el 80 está en el 79, aunque no se pueda predicar lo mismo a la inversa.

Esto ocurre de la misma manera con otros casos. Pensemos en la relación ente los delitos de extorsión (art. 168 CP, especialmente su primer supuesto[41]) y chantaje (art. 169 CP[42]) y el delito de coacción (art. 149 bis., segundo párrafo, CP[43]). Si

---

[37] Art. 106 del CP argentino: "El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión."

[38] Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa Cabral, JA 1995-I-396, de fecha 23/8/1994.

[39] Art. 80 inc. 4: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare… 4) por odio racial o religioso…"

[40] Y también por subsidiariedad según las propias palabras de la ley.

[41] Artículo 168 del CP argentino: "Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito."

[42] Art. 169: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente."

[43] Art. 149 bis, segundo parrafo: "Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad."

derogáramos las dos primeras figuras, las conductas allí descriptas quedarían abarcadas sin más por esta última. Y probablemente esto ocurría también con otros delitos. No porque sí se afirma que la coacción es un tipo básico del CP en relación a otras figuras especiales[44], como el robo o la violación, a más de las recién nombradas.

Por ello, la afirmación de que existe otra norma que regula casos de omisión no excluye *per se* que la omisión *también* esté en el artículo 79. Se trataría solo de que por cuestiones de especialidad (privilegiada) se debería aplicar el 106 en lugar del 79[45].

A primera vista, esto parece tener solo una relevancia teórica y potencial, sin que cambie en nada el hecho de que los d.i.o. deben ser castigados conforme al art. 106 y no al 79. Pero esto tampoco es cierto. Pues si los d.i.o. están en "los dos lados" ahora hay que responder a la pregunta concreta y actual de si *todos* los d.i.o. han sido desplazados por el 106 o solo alguno de ellos. En este sentido, Sancinetti sostiene que la diferencia entre el homicidio por omisión y el abandono de personas pasa por el tipo de riesgo presente en cada uno de ellos: el segundo prevé un riesgo "abierto", "general"[46], mientras que el primero hace referencia a uno definido y concreto[47].

Por supuesto, la pregunta por la línea que demarca el límite entre el 79 y el 106 solo es relevante para aquel que considera que el primer artículo también prohíbe omisiones. Para el que cree que esto no es así, no hay ninguna cuestión límite que discutir, pues estos solo se encontrarían previstos en el 106. Mi único punto aquí es que la existencia de este último artículo no responde la pregunta central, pues esta pasa por otro lado, por el significado posible de la palabra "matar".

b) Del § 13 del StGB y el art. 11 del CP español

Haciéndose referencia a la existencia de otros artículos, se llama la atención sobre el *hecho* de que ordenamientos jurídicos similares al nuestro prevén cláusulas específicas para el castigo de los d.i.o., a pesar de que en su parte especial también prohíben matar a otro sin más. Esto ocurre en Alemania, con el parágrafo 13 del StGB, y en España, con el art. 11 de su CP. El razonamiento sería siguiente: si los tipos "activos" también cubrieran las omisiones, estas normas de equiparación no hubieran sido necesarias[48].

Pero esto también es desacertado. Lo que a lo sumo demuestra la existencia de esas normas es que *los legisladores* que las han promulgado *han creído* que los artículos que regulan el homicidio en cada uno de esos países no abarcan casos de omisión. Pero no demuestra que, *en efecto,* no lo hagan. De otro modo, bastaría con contar con suficiente apoyo en el Congreso para ganar cualquier discusión penal. La norma que prevé la equiparación puede, simplemente, ser una norma redundante[49].

IV. *Lex certa* y delitos *mala in se*

---

[44] Cfr. Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 14ta. ed., Tiran lo Blanch, 2002, p. 155.
[45] Por supuesto, también es posible que el 106 cubra delitos de omisión que no están cubiertos por el 79 y que el 79 cubra delitos de omisión que no estén cubiertos por el 106. Sobre esto, ver la afirmación de Sancinetti en lo que sigue del texto. Ella puede ser entendida también en este sentido.
[46] Sancinetti, (n.14), p. 315.
[47] Sancinetti, (n.14), p. 316.
[48] Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa Cabral, JA 1995-I-396, de fecha 23/8/1994.
[49] De hecho, en Alemania, esto se afirma expresamente. Ver, por todos, Herzberg (n.10), p. 41 y s.

Queda aún por determinar, entonces, qué puede significar matar. Pero antes de entrar en ello, quiero hacer una reflexión, más general, sobre el peso que debe tener el principio de legalidad en su manifestación de *lex certa*. Me interesa saber cuánta certeza se debe exigir de ese "hecho semántico" que promulga el legislador [50], especialmente, si esta debe ser igual en todos lados.[51]

Sabemos ya, por lo visto en el punto II, que el principio de legalidad solo *puede* ofrecer precisión de un modo aproximado. La naturaleza porosa del lenguaje natural torna inevitable las zonas de penumbra. De todos modos, aunque todos los términos sean vagos por su propia naturaleza, no lo son todos con la misma intensidad. Es usual entre los penalistas, justamente para defender la *lex certa*, afirmar que, de entre las opciones disponibles, el legislador debe optar *siempre* por aquella terminología que sea lo más precisa posible. Pero la precisión es costosa, pues acarrea inevitablemente infrainclusión. La exactitud "impone una inevitable distancia conceptual de las reglas frente a sus razones subyacentes"[52], de tal modo que mientras más detallada es la norma, menos casos a los que se refiere su justificación abarca. Explico esto con un ejemplo.

Una norma (1) prohíbe "lesionar a otro". Tal norma tiene como razón subyacente la prohibición de perjudicar a otro. ¿Podría ser esa norma más precisa? Seguro, podría generase la norma (2) que castigue a "quien cause a otro, mediante un ataque con su cuerpo, irritaciones o dolor corporal". Ambas normas tienen la misma razón subyacente, pero la segunda, al ser más precisa, excluye más casos. No incluye lesiones con instrumentos ni afectaciones psíquicas. Por supuesto, uno puede seguir generando más y más normas detalladas tratando de que no queden supuestos importantes fuera, es solo que si las normas son realmente precisas la exclusión de supuestos es *inevitable*. Es lógicamente imposible cubrir todos los casos concebibles mediante un número finito de normas precisas. Esta es una de las razones por las que el derecho penal es fragmentario. En otras palabras, la precisión tiene un costo y lo que aquí propongo es evaluar si siempre vale la pena pagarlo.

Lo primero que hay que hacer es diferenciar el derecho penal nuclear del derecho penal accesorio. Aunque esta clásica distinción quizás sea mostrada de un modo más gráfico, al menos teniendo en cuenta los objetivos que persigo, con las categorías ilícitos *mala in se* y *mala prohibita*[53]. Los primeros, hacen referencia a esas conductas que son incorrectas antes y más allá del derecho, i.e. que son moralmente censurables. Allí el legislador simplemente cambia de estatus esas conductas, las que, a partir de ese momento, pasan a ser, además, jurídicamente incorrectas. A diferencia de ello, los ilícitos *mala prohibita* no son incorrectos de manera previa a su tipificación por el derecho. La función de las normas legislativas es aquí constitutiva de la prohibición. Solo de ellas depende que algo sea, en algún sentido, socialmente desvalorado.

La distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* es conceptual. En la práctica, justamente por la vaguedad inherente al lenguaje, puede que a veces sea difícil determinar dónde debe ser colocado cierto ilícito. Algunos de ellos, incluso, puede que

---

[50] Navarro/Manrique, *El desafío de la taxatividad*, ADPCP, vol. LVIII, 2005, p. 808.
[51] Navarro/Manrique, (n.50), p. 808.
[52] Navarro/Manrique/Peralta, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 119.
[53] Husak, *Overcriminalization*, Oxford University Press, Oxford, p. 36 y ss.

tengan un poco de cada categoría y sean así híbridos[54]. Todo esto, empero, no hace mella en el hecho de que hay casos claros en ambos lados que es lo que acá importa.

Si esto es así, creo que la pretensión de exactitud puede ser menor cuando sabemos de qué estamos hablando, es decir en los casos de ilícitos *mala in se*. Y dentro de estos, sin duda, entra el de homicidio. En este caso, se puede ser menos puntual en el uso del lenguaje que para establecer qué es un ilícito tributario o uno contra el medio ambiente. Todos sabemos lo que aquello significa. Allí, como en la parte general del derecho penal, existe una materia moral que funciona como referencia para el legislador[55]. Si se recogen sus puntos centrales, es suficiente. Los límites, aquí, a diferencia de lo que sucede en otras partes del derecho penal, se pueden definir y redefinir en un trabajo judicial de evaluación constante.

El tratamiento que se le da al error de prohibición demuestra que la distinción propuesta es plausible. Más allá de cuál sea exactamente el objeto que se debe conocer para afirmar que (al menos) se pudo acceder al mandato, la relevancia de este error es distinta según se trate de delitos *mala in se* o *mala prohibita*. Para los primeros se impone aún la pena del delito doloso, mientras que para los segundos se sugiere un tratamiento similar al del error de tipo. La justificación estándar para este tratamiento diferenciado la brinda Roxin. Él dice que quien yerra sobre la licitud de un supuesto *mala in se* sabe, de todos modos, que está "quebrantando normas éticas fundamentales" y eso alcanza para el castigo[56]. En los casos de *mala prohibita*, en cambio, quien se equivoca no tiene noción de estar quebrantando nada.

La conclusión a la que se puede arribar en este punto, teniendo en cuenta la vaguedad intrínseca del lenguaje y que la precisión puede ser más o menos relevante según el ámbito del derecho penal de que se trate, es que el de legalidad es, en efecto, solo un *principio* y no una regla. Los principios, a diferencia de las reglas, no son una cuestión de todo o nada, sino que su alcance y fuerza dependen de su peso relativo en contraste con los de otros principios (o intereses)[57]. El costo de la imprecisión aquí es bajo, justamente, porque nadie puede decirse sorprendido si lo castigan por una acción que es reprochable ya desde un punto de vista social (i.e. no jurídico). Por ello se puede dar espacio a una norma más abarcativa. En el Derecho penal accesorio ocurre justamente lo contrario, la imprecisión hace que las decisiones judiciales sean impredecibles, pues no existe punto de referencia prejurídico alguno. Por eso allí se debe priorizar la exactitud, aunque esto tenga inevitablemente y por definición, el costo de una infrainclusión de supuestos merecedores de pena.

De hecho, los homicidios dolosos, incluso aunque se sostenga que el art. 79 del CP solo incluye conductas activas, han sido regulados por una norma bien amplia. Lo mismo sucede con los homicidios culposos. Y esto no ha generado ni en doctrina ni en jurisprudencia prácticamente protesta alguna. En ambos casos, al ser la sustancia

---

[54] Husak, (n.53), p.106

[55] Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2da. ed., Berlin, New York 1991, nm. 4/15: "… la prudencia de la ley al determinar las características generales del delito tiene por función reconocerle validez a esas características "a partir de la propia materia"".

[56] Roxin, *Derecho Penal, Parte General,* 2da. ed., Civitas, Madrid, 1997, nm. 21/56. Tengo mis reservas de que el conocimiento de normas morales sirva para atribuir responsabilidad penal. Pero sí creo que es difícil hablar de error sobre normas jurídicas, cuando se violan normas morales centrales para la vida en comunidad. Lamentablemente, no puedo extenderme sobre esto aquí.

[57] Navarro/Manrique, (n.50), pp. 835 y s.

regulada lo suficientemente clara, no se ve afectada aquí la idea de que se debe impedir que el Estado tome decisiones arbitrarias.

V. Prohibido matar a otro como enunciado práctico

Una vez establecidas ciertas bases para un análisis de lo que significa y puede significar matar, es necesario realizar un examen más concreto, que aquí solo voy a desarrollar a modo de ensayo.

Las *acciones* que producen una muerte (como apuñalar, disparar, ahorcar), generalmente, se ubican dentro de los casos claros del uso de la palabra matar. Cuando un caso genérico de algo es claro, para subsumirlo en la regla jurídica (o en la que sea), no es necesario recurrir a argumentos interpretativos. Basta con valerse del "uso lingüístico preponderante"[58]. Por eso es que son claros. Creo que esto no sucede solo con los supuestos activos, sino también con algunos omisivos. Me refiero a los casos de responsabilidad por injerencia. El uso normal del lenguaje permite decir que quien arrolla a otro con el auto y luego no lo socorre, razón por la cual este muere, lo ha matado, aunque la falta de auxilio haya sido lo decisivo. Lo mismo para quien cava un pozo con el objetivo de que su vecino caiga en él y perezca luego al no poder ser allí encontrado por nadie. Creo entonces, que es falso, incluso bajo una mirada "positivista", que todos los casos de omisión queden fuera de la regla del homicidio.

Sin embargo, la mayoría de los supuestos genéricos de d.i.o. no pueden ser solucionados por medio del uso lingüístico preponderante. No es obvio que se pueda usar la palabra matar para describir la conducta de la madre que omite darle de comer a su hijo hasta que muere; ni tampoco la del guía de montaña que deja que el turista descuidado vaya por caminos en los que seguramente tendrá un accidente con consecuencias fatales. No existen dudas sobre su responsabilidad moral, lo dudoso es que puedan ser penalmente castigados. Para dilucidar la cuestión lingüística, como hablantes competentes de nuestra lengua, simplemente hay que hacer el ejercicio de usar la palabra matar en esos casos. Supongamos que tenemos que poner el título de un periódico describiendo esos eventos. ¿Sería la siguiente una descripción adecuado del caso del guía de montaña?: "Guía turístico mató a uno de los visitantes de las sierras de Córdoba que estaban bajo su responsabilidad". Un enunciado de este tipo induciría a pensar que el guía enloqueció y apuñaló a alguno de los visitantes o algo en esa dirección.

Creo, no obstante, que tampoco es claro que *no* se pueda usar la palabra matar si uno luego lee la explicación que el periodista hace del evento más abajo: "Según cuenta el resto de los allí presentes, el guía vio cómo el visitante se dirigía a la zona en la que encontraría una muerte segura y no le advirtió del peligro como le correspondía. Previamente entre ellos había habido una fuerte discusión que sería un buen indicio de que dicha omisión no fue casual". Uno concluye que el guía quería que muriera, y logró hacerlo al no advertirle de los peligros. Creo, en suma, que los supuestos de omisión como el de la madre y el del guía son supuestos de penumbra, donde no es claro ni que se pueda ni que no se pueda usar la palabra matar para describirlos. Si tengo razón, es aquí donde resulta necesario "*decidir*", conforme a algún parámetro extra semántico, "si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, a ese respecto, son indeterminadas"[59]. O, mejor dicho, si *deben* quedar abarcados no por ellas.

[58] Carrió, (n.22), p. 57.
[59] Carrió, (n.22), p. 57.

Aquí, el intérprete le adjudica a la regla "un sentido que hasta el momento no tenía". Y para hacer esto no puede basarse en "hábitos lingüísticos establecidos"[60], no es el uso normal del lenguaje lo que decide aquí, sino que solo alcanza con que este "no lo impida" (i.e. que sea efectivamente un caso de penumbra).

En la doctrina, la cuestión ha sido zanjada por los positivistas, simplemente afirmando que la palabra matar *no* se puede usar para describir estos eventos. Como esto, según entiendo, no es obvio, es necesario valerse de algún argumento adicional. Los positivistas no dan este argumento, pero este parece pasar por la idea de que no se suele usar la palabra matar en situaciones donde no hay una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado a imputar y que hacerlo sería, *además*, incorrecto[61]. Esto implica otorgarle a una idea de causalidad relevancia lingüística y normativa y asumir, además, que las omisiones no causan resultados[62]. Trataré de mostrar aquí, siguiendo un texto de Marcelo Ferrante, que si bien, en un sentido, las omisiones no causan, no es cierto que para usar la palabra matar sea necesaria una relación de causalidad y que tampoco es cierto que la idea de causalidad aquí supuesta tenga la fuerza normativa que se le adjudica.

Ferrante, en un trabajo titulado "Causalidad y responsabilidad penal", sostiene, en principio, la tesis según la cual las omisiones no causan, pero que, no obstante, pueden ser subsumidas en la norma que prohíbe matar. Al respecto dice que si por causalidad se entiende solamente alguna especie de conexión física entre acción y resultado, i.e. lo que se conoce como "causalidad como producción"[63], de tal modo que ambos "deben estar conectados entre sí a través de una cadena espaciotemporalmente contigua"[64] y donde se "requiere objetos en el mundo que puedan conservar o transmitir energía o ímpetu, cosas reales que puedan realizar los empujones, movimientos, quemaduras..." etc., esto solo es posible a través de un evento existente, i.e. a través de una acción. Las omisiones son la ausencia de algo y por ende no pueden causar nada.

Ahora bien, si el único criterio relevante para poder afirmar que alguien ha matado a otro fuera esta causalidad, tendríamos serios problemas con una constelación de casos que Ferrante llama de la "doble evitación". El ejemplo que él propone para entender la idea de doble evitación es el siguiente: "el avión 1 está a punto de bombardear y hundir al barco enemigo *E*. Al mismo tiempo, el avión 2 está a punto de dispararle al avión 1 para impedir el bombardeo, pero el avión 3 le dispara al avión 2 antes. Así, el avión 1 bombardea a *E* según lo planeado". Según la idea de causalidad como producción, el avión 3 no causa el hundimiento del barco *E*. La causa es el bombardeo del avión 1. La acción del avión 3 simplemente evita que el avión 2 evite el bombardeo del avión 1.

Si es correcto que solo se puede predicar de alguien que destruye algo cuando su acción es causal y la conducta del avión 3 no puede ser descrita en esos términos, tendremos problemas con muchos casos a los que le aplicamos de manera indiscutida la

---

[60] Carrió, (n.22), p. 57.

[61] Referencias al respecto en Silva Sánchez, (n. 18), pp. 451 y s.; Riggi, (n.14), pp. 155 y s.

[62] La idea misma de causalidad es harto discutida, cfr. p. ej. Ferrante, *Causalidad y responsabilidad penal*, en él mismo, Filosofía y Derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aries, 2013, pp. 244 y s., Engisch, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, pp. 61 y ss. En este sentido, Silva Sánchez, (n. 18), p. 452, parece aceptar una idea de causalidad como "la vinculante" sin dar razones al respecto. Describe allí a toda otra idea de causalidad como el uso analogía.

[63] Ferrante, (n.62), p. 219.

[64] Ferrante, (n.62), p. 220.

palabra matar. Por ejemplo, es conocido que muchas inyecciones con venenos letales no producen *directamente* la muerte, sino que inhiben las medidas defensivas del propio organismo permitiendo que un tercer argente la produzca. Pero este modo en que opera el veneno no impide que usualmente se afirme que quien envenena a otro mortalmente (aun de este modo) lo mata. Ferrante dice al respecto, que este uso del lenguaje es correcto. Pensábamos, antes, que matar dependía de causar un resultado, pero ante estos casos debemos revisar nuestra acepción de matar e identificarla con otra cosa.

Otra vez, en palabras de Ferrante: "El contraste entre el caso del veneno que causa y el veneno que doble evita pretende resaltar que la diferencia entre la causalidad como producción y la doble evitación no tiene ninguna relevancia práctica en absoluto"[65]. Ello es debido a que "diferencias empíricas de una clase tan impráctica no pueden generar significativamente distinciones morales de la especie requerida por la causalidad como producción[66]. En otras palabras, que diferencias tan sutiles no importan.

El significado del verbo matar o cualquier otro de este tipo, "no tiene que ver con el proceso físico subyacente, sino solo con propiedades de nivel superior a partir de las cuales podemos explicar la ocurrencia de R (algo) teniendo en miras nuestra habilidad de manipular el mundo para controlar la ocurrencia de R (algo)"[67]. Lo importante es que ciertos eventos del mundo dependen de nosotros y en esto la causación es solo un dato más, una manera más de dependencia[68].

Si este caso claro de matar, que podemos identificar simplemente recurriendo al uso del lenguaje, prescinde de la causalidad y la reemplaza por la idea de dependencia, hay buenas razones para que el caso de penumbra de matar, como los casos omisivos ejemplificados aquí, sean incluidos en la regla. En efecto, lo que pasa en la doble evitación, también pasa en la omisión: "al explicar una ocurrencia señalando una ausencia… exhibimos lo que podría haber sucedido en un número de mundos o escenarios posibles suficientemente parecidos al mundo real"[69] y logramos entender lo que realmente sucedió: que a raíz de nuestra inacción algo se ha producido. Así es como logramos explicar, por ejemplo, que las plantas mueren porque *no* se las riega.

Esta idea es la que, probablemente, explica que en la imprudencia se haya afirmado la posibilidad de responsabilidad por omisión sin más. Se sabe que violar ciertas reglas desencadena ciertos resultados, con independencia de si existe causalidad o no[70]. Por cierto, esto sucede también con el 106 del CP, cuando la omisión se agrava por el resultado. Si no fuera posible establecer alguna vinculación práctica entre este y la omisión, la agravante sería simplemente arbitraria.

Pese a lo dicho, hay un caso de omisión que no se ubica ni en la zona clara ni en la zona de penumbra de la palabra matar. Esto sucede cuando en el hecho interviene otro agente dolosamente (al menos) y produce de propia mano el resultado indeseado.

---

[65] Ferrante, (n.62), p. 233.
[66] Ferrante, (n.62), p. 233.
[67] Ferrante, (n.62), p. 234.
[68] Hasta aquí en el mismo sentido Schünemann en García Valdés, entre otros (coord.), Homenaje a Gimbernat, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1620, siguiendo la idea del "dominio del hecho", aunque sin un análisis lingüístico. Digo "hasta aquí" porque él cree que el dominio de la situación es condición necesaria y suficiente. En el punto siguiente yo afirmo que no es condición suficiente.
[69] Ferrante, (n.62), p. 243.
[70] Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, 5ta. ed., Reppertor, Barcelona, 1998, p. 302; Sancinetti, (n.14), p. 311. Para quien "matar" y "causar la muerte" es lo mismo.

Por ejemplo, cuando la madre omite evitar que el padrastro golpee a su hijo (al de ella) hasta matarlo, cuando le resultaba sencillo hacerlo. La descripción de un hecho como ese bajo el título "madre mató a su hijo" resultaría incomprensible incluso luego de una explicación del evento. Es que nuestro interlocutor diría: "no, la madre no lo mató, lo mató el padre, la madre, en todo caso, no evitó que esto sucediera". Exactamente las mismas razones explican también la reticencia, de parte de la doctrina, de considerar a la madre *autora* del hecho. Se dice que su hecho "sólo posee la significación complicidad". [71] Nada de esto hace mella, de todos modos, en su responsabilidad por lo ocurrido. Otra vez, solo se trata de un hecho lingüístico, que corta la realidad en un punto quizás arbitrario. Esto no es óbice, igualmente, a que la madre sea responsable por complicidad o conforme a alguna otra forma colaboración. Esto depende de las reglas que delimitan la participación. El punto es que no se podrá decir de ella que mató a su hijo.

VI. Posición de garante y *lex stricta*

Como todo lenguaje, y entre ellos el lenguaje jurídico, es vago y requiere "contextualización", he podido concluir, siguiendo el trabajo de Ferrante, que "matar", en el Código penal, no debe ser entendido como un enunciado causal, sino como un enunciado práctico básicamente derivado de la idea de dependencia entre el comportamiento de un agente y un resultado. Así, muchos casos de omisión quedan abarcados por el tipo del homicidio tal y como está redactado en este momento en el art. 79 del CP. Esta es, por otra parte, una interpretación de las palabras del Código Penal que no asume la falacia de que porque "tiene que estar prohibido" está prohibido. Si el legislador hubiera usado otros términos, quizás la omisión podría haber quedado completamente fuera. Se trata de que él término matar, en general, *no excluye* supuestos omisivos. Esto es lo decisivo para respetar la legalidad. Solo hay un supuesto de omisión que debe quedar forzosamente fuera si no queremos deformar el lenguaje y ahí sí obrar al margen de la ley. Ese supuesto, en el que interviene otro actor dolosamente, entonces, no puede ser castigado por el 79.

Ahora bien. Una vez dicho esto, si uno se toma en serio la idea práctica de la "dependencia" parece que el tipo penal del homicidio (o cualquier otro que prohíba dañar) es ahora excesivamente amplio. De tal modo que *cualquiera* de cuyo comportamiento (activo u omisivo) dependa el resultado, debe ser tenido por homicida. Después de todo, el vecino que puede darle el antídoto a quien acaba de ser envenenado por su pareja tiene el mismo dominio sobre el resultado que quien acaba de envenenarlo y, si fuera casualmente un estudiante de medicina, quizás aún más. La dependencia fáctica es independiente de que exista posición de garante[72]. ¿Estaríamos dispuestos a decir que en ese caso el vecino mató *conforme al 79 del CP?*

Se impone aquí una respuesta negativa. Pero esto no se debe a que no la haya matado en un sentido práctico, sino a que el requisito de la dependencia constituye solo

[71] Cfr. por todos, Stratenwerth, *Derecho penal, Parte general I,* Hammurabi, Buenos Aries, 2005, pp. 491 y s., con referencias ulteriores.

[72] Algunos autores insisten en lo contrario Silva Sánchez, (n. 18), p. 465; en el mismo sentido Riggi, (n.14), p. 169. Para ambos solo puede controlar el riesgo quien tiene posición de garante. Pero esto es claramente contingente como lo indica el ejemplo de mencionado. Otra cosa, distinta, es decir que solo quien tiene posición de garante es responsable, "verdaderamente", de esa muerte. Pero esto pasa por una cuestión normativa, no fáctica.

una condición necesaria para afirmar que ha existido una muerte en sentido jurídico. Luego deben adicionarse criterios estrictamente normativos de atribución de responsabilidad para terminar de definir qué significa matar en el ámbito penal[73].

En este sentido, los criterios de posición de garante, al revés de lo que asumen sus críticos, no fundamentan responsabilidad penal por fuera del CP, sino que reducen su alcance. Lo mismo ocurre, en rigor, con los delitos causales. Los criterios de imputación objetiva (también en este sentido extrajurídicos) restringen la punibilidad que la mera afirmación de la causalidad admitiría. En este sentido, Sancinetti sostiene que en los delitos de acción también existe una "posición de garante" "que decae por prohibición de regreso, por principio de confianza o por imputación a la víctima"[74].

Las razones por las qué en los casos de omisión no somos todos responsables por todo lo que podemos evitar es algo sobre lo que aún hay que reflexionar. Es probable, como dice Gardner, que siempre que sin costo podemos evitar un resultado disvalioso, seamos todos igualmente responsables en sentido moral (no importa el lugar que ocupemos, es una obligación humana)[75]. Las razones para reducir el círculo de autores puede tener que ver con necesidades de organización. Mientras cumplir con un mandato de omisión es sencillo: todos podemos hacerlo al mismo tiempo, cumplir con mandatos de deber de actuar requiere que nos organicemos, para no fraguar nosotros mismos el objetivo general al no saber en cada caso cómo proceder[76]. Por ello desarrollamos como sociedad instituciones encargadas de velar por la ayuda a ciertas personas.

Esto, por otra parte, maximiza el uso de nuestra energía racional en la medida en que, como ya está establecido quién se va a encargar de qué cosa, cada uno puede seguir con sus tareas. Esto permite, a la vez, el desarrollo de nuestra autonomía. Nadie podría ser quien es si tuviera que ocuparse constantemente de los demás.

En todo caso, para lo que aquí importa, la posición de garante no viola el principio de legalidad en el sentido de *lex stricta*, sino que limita el alcance de una ley por razones materiales[77]. Si esto es correcto, el castigo de ciertas omisiones de las que resulta una muerte no viola el principio de legalidad.

---

[73] Sobre la metodología concreta para determinar si nuestras afirmaciones normativas son compatibles con el significado del lenguaje, Schünemann afirma que una vez determinado lo que *puede* significar un verbo típico luego hay que constatarlo con lo que este *de hecho* significa en el lenguaje vulgar (Cfr. Schünemann, (n.12), pp. 19 y ss. Aquí he seguido un procedimiento inverso, pero en lo central equivalente: se trata de no olvidar que ambas cosas pueden no coincidir.

[74] Sancinetti, (n.14), p. 309.

[75] Gardner, *Complicidad y causalidad* en él mismo, Ofensas y defensas, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2012, p. 83.

[76] Ferrante, (n.62), pp. 222 y ss.

[77] Silva mismo reconoce que esta es una posibilidad Silva, (n.18), p. 466.

Informe sobre la regulación del error en el Anteproyecto de Código Penal

María Antonia De La Rúa y Ana Inés Pagliano

ANÁLISIS

- Siguiendo el modelo del Código Penal actual, en la línea de austeridad en la reforma que persigue el Anteproyecto; en dos dispositivos legales, se regulan distintos institutos entre los que se encuentra el que nos ocupa: el error.

- En primer lugar, pensamos que la propuesta de regular los diferentes institutos abarcados por los arts. 5 y 6, siguiendo el orden de las categorías jurídico-dogmáticas del delito, a lo largo de los sucesivos incisos de estos dos artículos, significa un gran avance en orden a dotar de claridad, sencillez y precisión a la legislación para facilitar y contribuir a la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de la ley penal por parte de los operadores jurídicos.

- En lo sustancial, el Anteproyecto bajo este acápite, innova conforme la evolución conceptual expresada en los códigos penales del Reino de España y de la República Alemana. Además, fundamentalmente en materia de error, se adecua a las exigencias de los distintos principios que consagra nuestra Constitución Nacional y los pactos internacionales incorporados, especialmente en un afinamiento de los estándares necesarios para asegurar el principio de culpabilidad como límite único y exclusivo de la responsabilidad por del acto propio. Así, se despoja al Código Penal de resabios, mínimos por cierto, pero existentes al fin, que nos recuerdan al ya desaparecido derecho penal de autor fundado en la necesidad de defensa social o de sostenimiento de la peligrosidad como base o causal de agravamiento de la punición.

- Es claro que el anteproyecto se pronuncia por la construcción dogmática del tipo penal complejo, distinguiendo el tratamiento del error de hecho -error de tipo- contemplado en el inc. 1 del art. 34 del Código vigente, del tratamiento del error de prohibición, regulado más adelante, conforme al orden de las categorías del delito. Ésta es quizás una de las reformas más trascendentes del anteproyecto, por cuanto significa la reinstauración del principio de culpabilidad –"no hay pena sin culpa"– que la práctica jurisprudencial mayoritaria durante mucho tiempo había derogado al no admitir en razón de la regulación del Código, el error de derecho penal o de prohibición.

- A la construcción dogmática del error de prohibición, instituto no contemplado en la legislación vigente, se llega por vía de la integración de la ley penal sustantiva con el principio de culpabilidad. Haciéndose cargo de esta laguna normativa, el Anteproyecto viene a zanjar las dificultades interpretativas

generadas por tal razón, contribuyendo, en consecuencia, a la seguridad jurídica y a la efectiva aplicación del principio de culpabilidad. Avanza sobre el Código Penal español y alemán, al regular de manera expresa, con diferencias en su conceptualización, el error directo e indirecto de prohibición, caracterizando a este último como el que recayere sobre una causa de justificación.

- A nuestro criterio, la regulación propuesta aporta sin lugar a dudas un sustento normativo fácilmente asequible para el dictado de pronunciamientos más justos, en orden a la aplicación irrestricta de garantías consagradas constitucionalmente, como lo es el principio de culpabilidad. En otras palabras, como se viene sosteniendo, el Anteproyecto le asignaría –por fin– el carácter de ley puesta a las consecuencias o efectos que despliega el principio de culpabilidad en la teoría del delito. La recepción jurisprudencial de esta construcción dogmática ha tenido acogida en un fallo de la Corte a través del dictamen del procurador general, in re Schifrin, en el que se sostiene que "Advertida la presencia de un error de prohibición o sobre la antijuridiciad, resulta imperativo para el juzgador fundamentar racionalmente la verosimilitud o inverosimilitud de éste y, en caso, su correlato necesario que es la vencibilidad o invencibilidad de ese error, so pena de incurrir en un pronunciamiento arbitrario".

CRÍTICA

- Como se advierte, coincidimos en líneas generales con el tratamiento que el Anteproyecto le otorga al error, discriminando asimismo los supuestos de error invencible y vencible. Ahora bien, tras cartón se nos plantea el interrogante acerca de los criterios para evaluar la vencibilidad del error. Es que el juicio respecto a la invencibilidad o vencibilidad del error se convierte en un punto neurálgico. Por tanto, definir el contenido de tal fórmula, es una exigencia de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad.

- Al tratar de dotar de contenido material a dicho juicio, algunos autores son renuentes a establecer criterios de validez general y el procedimiento se acerca a lo tópico: caso concreto, particularidades de cada caso, circunstancias del caso según el sector vital del individuo etc. Otros recurren a ciertos deberes de "reflexión e información" del autor del hecho y al parámetro del "sujeto prudente de igual capacidad intelectual del autor que no hubiera tenido motivos para sospechar de la antijuricidad de su accionar". La cuestión es compleja, y reflejo de ello es el disímil tratamiento que le brinda la doctrina.

- Nos preguntamos entonces: ¿no sería conveniente que el legislador establezca alguna pauta, aunque amplia, de sujeción para el intérprete? Creemos que sí. Y para ello, lo importante es descartar de plano cualquier criterio que nos lleve a admitir una suerte de responsabilidad objetiva. La conducta siempre debe valorarse en relación al sujeto en concreto y a sus circunstancias. La

invencibilidad o no del error debe determinarse conforme las condiciones personales del agente y nunca en función de una pretendida objetividad que acuda al parámetro del hombre normal, el hombre medio, etc. Puede ser útil a la hora de establecer dicha pauta, seguir lo dispuesto en el art. 18 del anteproyecto a los fines de la determinación de la pena, cuando refiere en el apartado b) "la capacidad de decisión en la situación concreta" y en el apartado c) Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación"

El sistema de imputabilidad en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal elaborado por la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/12

José Daniel Cesano

1. Introducción

Con el propósito de analizar las características que asume la regulación de la imputabilidad penal en el texto del Anteproyecto, comenzaremos por realizar una síntesis de las principales cuestiones desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia en relación con la fórmula vigente. Esto, a su vez, exigirá una referencia a la evolución de las ideas psiquiátricas, dada la indudable incidencia que los conceptos de este saber disciplinar proyecta sobre el elemento biológico de nuestra fórmula mixta; referencia que deberá reparar en ciertos desarrollos de las neurociencias; una de cuyas sub-disciplinas es la neuropsiquiatría. Sobre esta base, previo describir el texto proyectado, evaluaremos los alcances de la reforma; para concluir formulando con una valoración personal al respecto.

Queremos aclarar que **no** nos ocuparemos aquí, por una cuestión de delimitación temática, de dos aspectos: a) el tema de la madurez mental y, por tanto, de la **imputabilidad del menor** y b) las **consecuencias jurídico penales** que se derivan de la comisión de un hecho típico y antijurídico por parte de un mayor incapaz de culpabilidad. Queda, por lo tanto **excluido** de esta presentación tanto el denominado derecho penal de menores como las medidas de seguridad para inimputables adultos; las que, tal vez en un futuro, merezcan nuestro análisis.

2. El sistema de la imputabilidad en el Código penal argentino: Su estructura y la incidencia de la evolución del saber psiquiátrico

A) Introducción

Existe consenso doctrinario en orden a que el Código penal argentino vigente ha adoptado un sistema **mixto** para la determinación de la imputabilidad penal[1]; el cual se puede caracterizar como **psiquiátrico – psicológico - valorativo**[2].

De acuerdo al artículo 34, inciso 1º, el presupuesto biológico de la imputabilidad penal está definido en forma negativa[3]; esto es: **inexistencia** de una alteración morbosa de las facultades mentales; de una insuficiencia de éstas o de una grave perturbación de la conciencia.

B) El presupuesto biológico

Tanto la insuficiencia como la alteración morbosa de las facultades constituyen enfermedades de la mente[4]. Esta conceptualización puede ser generadora de ciertas tensiones por cuanto, su determinación busca referencia en el saber psiquiátrico; tensiones que resultan visibles cuando se emplean algunas concepciones de la

---

[1] De esta opinión, DE LA RÚA, Jorge, *Código penal argentino*. Parte general, 2ª edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, p. 456. En igual dirección, cfr., entre otros, RIGHI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2003, p. 118.

[2] En nuestro ámbito cultural, esta es la opinión de FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Capacidad de culpabilidad penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1994, pp. 186/187.

[3] NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho penal*. Parte general, 4ª edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 182.

[4] NÚÑEZ, Manual…, op. cit, p. 182.

psiquiatría forense que reconstruyen su objeto a partir de **investigaciones categoriales**. Martínez Pina ha descrito este paradigma apelando a una metáfora muy gráfica: "(…) el paradigma actual de la especialidad (…) defiende que la Psiquiatría (…) [es] un jardín botánico de reducidas dimensiones, con un número limitado de especies de arbustos, **los diagnósticos categoriales**, plantas estas que las visualiza sin raíces, como seres evanescentes sostenidos en el aire, sin origen ni conexión con su entorno, sin crecimiento programado, ni movilidad supuesta, como una naturaleza muerta. Nada que ver con el modelo de entramado de redes neuronales del fundamento biológico que sustenta la actividad cerebral (…)"[5]. Por eso, el mantenimiento de esta suerte de "botanización kraepeliana decimonónica, como pensamiento absoluto para la Psiquiatría", inmersa ya en la era de la Biología molecular, hace que existan más trastornos fuera del DSM[6] que dentro de él, y que "la especialidad siga convertida en una máquina de hacer fotografías unidimensionales y crear diagnósticos estáticos (…)"[7].

Quizá por esto se explique aquel escepticismo de alguna doctrina reciente cuando señala que la descripción legal de las posibles causas de exclusión de la imputabilidad genera especiales dificultades, en la medida en que se apoya "**en sistemas psiquiátricos de clasificación que están discutidos y, al menos en parte superados**"[8].

Esta afirmación es correcta en la medida en que se la acompañe de dos precisiones íntimamente vinculadas.

Por una parte, el concepto de este presupuesto biológico está ligado a la **evolución** de la psiquiatría en general (y de la psiquiatría forense en especial); lo cual exige reconocer **el carácter esencialmente dinámico de su objeto**. En efecto, si se repara en el tratamiento que de esta cuestión viene haciendo la doctrina vernácula – lo cual es extensible, desde luego, a los desarrollos científicos foráneos – podrá observarse, por lo menos, tres momentos respecto a la definición de enfermedad mental. Así, en un principio, la denominada tesis alienista (desarrollada, en nuestro ámbito, por Nerio Rojas y Emilio Federico Bonnet) equiparó el concepto de enfermedad mental a un trastorno psicopatológico **de la esfera intelectual** (psicosis). Sin embargo, con posterioridad, esta conceptualización fue criticada porque no tenía en cuenta al sujeto en su totalidad sino que lo dividía en diferentes esferas, **donde las funciones afectivas y volitivas no eran debidamente atendidas**[9].

---

[5] Cfr. MARTÍNEZ PINA, Ángel, Psiquiatría y psicoanálisis en el marco de las neurociencias, Ed. Biblioteca nueva, Madrid, 2008, p.15.

[6] Con esta abreviatura se indica al *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (*Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*).

[7] Cfr. MARTÍNEZ PINA, op. cit., p. 16. Críticamente respecto de los sistemas de clasificación, cfr., también, BERRIOS, Germán E., *Hacia una nueva epistemología de la psiquiatría*, Ed. Polemos, Bs. As., 2011, p. 118. De hecho, el propio DSM-5 expresamente realiza advertencias respecto de la utilización de su sistema clasificatorio para la psiquiatría forense. Al respecto, cfr. American Psychiatric Association, Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5, Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, pp. 13/14.

[8] Cfr. RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2007, p. 331.

[9] Cfr. SILVA, Daniel H. – MERCURIO, Ezequiel N. – LÓPEZ, Florencia C., *Imputabilidad penal y neurociencias. La inimputabilidad por razones psiquiátricas a la luz de las neurociencias actuales*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2012, p. 57. Siguiendo esta crítica, NÚÑEZ, op. cit., p. 183, señaló: "La psiquiatría - a la que corresponde la decisión – partiendo ahora de la unidad de la mente humana, ha ampliado la noción de enfermedad mental a los trastornos de otra índole, particularmente afectivos, y comprende en el concepto las neurosis y las personalidades psicopáticas". Por su parte, en la doctrina española,

En este contexto evolutivo, actualmente, el concepto de enfermedad mental no debiera prescindir de las perspectivas de la neuropsiquiatría; entendiendo por tal al entrecruzamiento de disciplinas clínicas que relacionan las afecciones mentales o emocionales a una función cerebral alterada[10]. Las modernas neurociencias - se señala - "han demostrado, a través del análisis de pacientes con lesiones en lóbulo frontal, que no se requiere únicamente un conocimiento teórico sobre lo bueno y lo malo para que dicha información factual se traduzca en comportamientos socialmente adaptados, sino que se requiere algo del orden emocional para que dichos conocimientos se traduzcan en inhibiciones efectivas"[11].

La segunda precisión se vincula con el estatuto deontológico de la actividad pericial en psiquiatría forense. En efecto, el escepticismo explicitado en la expresión doctrinaria trascripta cobra gran significación en la medida en que se olvide que la formación de aquel especialista debe ser necesariamente continua; con una actualización permanente. Como lo recuerda Castex: junto a una burocracia positivista y decadente (identificada con postulados alienistas) se impuso una postura del perito psiquiatra que asumía roles cuasi oraculares; cuando, en realidad, su contribución para el esclarecimiento de las cuestiones sometidas a su saber debe partir de una clara conciencia de sus propios límites[12].

Los señalamientos efectuados deben ponernos en alerta respecto de la gravitación **del componente valorativo** en la fórmula legal que analizamos. En este sentido, resulta muy atinada la observación efectuada por Sánchez – Ostiz Gutiérrez en el sentido que no puede reducirse la inimputabilidad a una operación de subsunción en la ley. Por el contrario, **se trata de un juicio de atribución** y no hay que sucumbir a la tentación de convertir las causas de inimputabilidad en "tipos legales" en los que se subsume la situación fáctica que afecta a la imputabilidad (su presupuesto empírico – biológico). Dicho planteamiento supondría aproximar culpabilidad y tipicidad, cuando se trata de juicios que responden a operaciones de diversa entidad: una es de atribución, de imputación; mientras que la otra es de valoración de los datos fácticos y subsunción bajo la ley[13].

También dentro del presupuesto biológico la ley refiere que el agente, para ser considerado imputable, no debe encontrarse en estado de inconsciencia. La doctrina,

---

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 365, define esta categoría como la "exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos –**cognitivos y afectivos**– de la decisión de voluntad que dio lugar a la realización del delito".

[10] Desde otra perspectiva (**concepción restringida**) la neuropsiquiatría es definida como aquella disciplina que se ocupa de las complicaciones psiquiátricas de las enfermedades neurológicas.

[11] Cfr. MERCURIO, Ezequiel N., "Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas para viejos problemas", *Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría*, Volumen XX, Nº 83, Bs. As., Enero – Febrero 2009, p. 68. **De hecho, en el próximo acápite intentaremos demostrar la fecundidad de esta interrelación**.

[12] Cfr. CASTEX, Mariano N., "Función psiquiátrica psicológica forense y valoración jurídica normativa de las conductas tipificadas penalmente", en *Daño psíquico y otros temas forenses*, Ed. Tekné, Bs. As., 1997, p. 103.

[13] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, "Recensión a Lucía Martínez Garay, La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos", *InDret . Revista para el análisis del Derecho*, N° 4/2009, Barcelona, Octubre de 2009, p. 5. Disponible en: http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/141390/192901. Accedido: 14/7/2014.

acertadamente, ha señalado la incorrección del giro utilizado por el codificador en la medida en que un estado absoluto de inconsciencia provocaría la exclusión de la acción; motivo por el cual, en estos casos, sólo será necesario una grave perturbación de la consciencia.

Normalmente las categorías dogmáticas vinculadas con las fórmulas de la imputabilidad penal – como sucede con el artículo 34, inciso 1º, del Código penal argentino o sus equivalente en el derecho comparado – se refieren a formulaciones normativas que a veces no reparan, adecuadamente, en los efectos que pueden aparejar determinadas forma de daño cerebral sobre el autocontrol del individuo que ha delinquido. Esto se agrava aún más cuando no se trata de lesiones cerebrales adquiridas; con lo cual el conocimiento de aquel daño no tiene un antecedente externo que permita inferirlo.

Lleva razón Weiβer cuando sostiene que, con respecto a esta constelación de casos y de la posible incidencia, a su respecto, de causas de exención de la responsabilidad (inimputabilidad), es donde cobra su real significación el examen cuidadoso de los resultados neurocientíficos para determinar qué daños en la estructura del cerebro pueden provocar (en el agente) comportamientos típicos y antijurídicos. Es en este contexto, **en la evaluación de posibles trastornos mentales**, donde habría que considerar los avances de aquella disciplina[14].

Junto a estas investigaciones que demuestran cierta relación entre aumento de agresividad y daños lobulares, también las neurociencias – aunque en un estadio menor de desarrollo respecto de las indagaciones anteriores – vienen analizando la cuestión de la vinculación entre alteraciones cerebrales y las personalidades psicopáticas. El tema no es menor porque, como es sabido, este aspecto merece un tratamiento jurídico dispar (en orden a su imputabilidad) por parte de nuestra literatura científica. Antes de sistematizar los argumentos jurídicos al respecto, nos detendremos, brevemente, en cómo ha sido caracterizada esta cuestión (personalidades psicopáticas) por parte de las ciencias psico-médicas.

En sentido estricto, la psicopatía no ingresa en el DSM-IV[15], aunque se reconoce algunas de sus características a través del trastorno antisocial de la personalidad. Por ello, el diagnóstico y la definición de aquel concepto dependen de instrumentos de análisis externos de conducta; en particular el Psychopathy Checklist / Revised (PLC-R), elaborada por el psicólogo canadiense Robert D. Hare, mediante el cual se obtiene una puntuación (en principio sobre 20 ítems) en atención a que concurran en la persona determinadas características de personalidad que se expresan en su conducta. Sobre tal base, la psicopatía es caracterizada como "una completa ausencia de empatía, lo que conduce al psicópata a una disposición anormal que puede calificarse de 'daltonismo

[14] WEIBER, Bettina, "¿Refutan las ideas de la neurociencia el concepto de culpabilidad del § 20 del Código penal?", en Eduardo DEMETRIO CRESPO (Director) – Manuel MAROTTO CALATAYUD (Coordinador), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico – penal de la peligrosidad*, Coedición Edisofer S.L. – BdeF, Madrid – Bs. As., - Montevideo, 2013, p. 478.

[15] La versión traducida del **DSM-5** tampoco incluye, como unidad nosológica autónoma, a las psicopatías. No obstante, y al igual que en la versión anterior, algunos de los criterios propios de la definición de la psicopatía se indican dentro de los Trastornos destructivos del control de los impulsos y de la conducta.

moral': los psicópatas presentan una completa ausencia de frenos inhibitorios respecto de la realización de comportamientos socialmente desvalorados"[16].

Actualmente, la investigación científica respecto de las psicopatías está siendo objeto de profundización. Los protagonistas de esta evolución son tanto los métodos de neuroimágen estructurales o morfológicas (tales como la tomografía computarizada y el Positron emission tomography), como el procedimiento del escáner cerebral, conocido como functional magnetic resonance imaging[17]. Estas nuevas tecnologías abren fecundas perspectivas para el estudio de la psicopatía al desplazar la metodología utilizada hasta el momento (que se aproxima al fenómeno desde fuera, esto es, desde el comportamiento externo de quien padece la afección), por otra que prioriza la observación directa del funcionamiento del cerebro, identificando así diferencias anatómico – funcionales entre psicópatas y no psicópatas. Estos estudios – señala Cancio Meliá – "en rapidísimo progreso en la actualidad, han generado, en lo esencial, dos hipótesis: por un lado, varios autores apuntan a diferencias morfológicas en el sistema de respuesta emocional (amígdala y sistema paralímbico…); por otro, a diferencias en el ciclo de ansiedad / atención (…). Al lego, en todo caso, le llaman la atención los paralelismos entre sujetos psicópatas y personas que han sufrido lesiones en el córtex ventromedial prefrontal (…)"[18].

C) Los efectos psicológicos

Hemos señalado que la fórmula legal de la imputabilidad utilizada por el Código penal argentino es mixta. Y uno de los aspectos más complejos de esta estructura dogmática se relaciona con la capacidad, que se requiere al sujeto, **para captar y aprehender el valor**; esto es: la **capacidad de valorar**.

Nuestro código, para explicitar el **efecto psicológico** que debe acompañar al presupuesto biológico, utiliza la expresión "comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

En la doctrina vernácula – y especialmente al analizar la cuestión de la imputabilidad de las personalidades psicopáticas – existen autores que consideran que la expresión "**comprender**" debe considerarse como abarcadora sólo de la incapacidad intelectual y volitiva; de tal modo que, admitida teóricamente una incapacidad puramente emocional, no cabría en los términos de la ley[19]. Incluso, en forma más reciente, Tenca señala "que el psicópata es un ser sociable, en tanto carece de toda patología orgánica; conoce y quiere, está en condiciones de saber que a su conducta la amenaza una pena y al contramotivarse igualmente elige cometer el delito. Además,

---

[16] Cfr. CANCIO MELÍA, Manuel, "Psicopatía y Derecho penal: Algunas consideraciones introductorias", en Bernardo Feijoo Sánchez (Editor), Derecho penal de la culpabilidad…, op. cit., p. 266. Pese a lo que decimos en la nota Nº 43 (respecto a la falta de inclusión expresa de la personalidad psicopática en el DSM-5), al abordar los Trastornos destructivos del control de los impulsos y de la conducta, entre los criterios diagnósticos del Trastorno de la Conducta, se incluye la evaluación de de la ausencia de remordimientos o culpabilidad y de la carencia de empatía.

[17] Al respecto, cfr. CORDA, Alessandro, "Neurociencias y Derecho penal desde el prisma de la dimensión procesal", en Michele TARUFFO - Jordi NIEVA FENOLL (dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid – Bs. As., 2013, p.110/111.

[18] Cfr. CANCIO MELÍA, op. cit., p. 269.

[19] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 4ª edición, Ed. Abeledo – Perrot, Bs. As., 1964, p.185.

también vivencia los valores, porque está capacitado para sentirse culpable y sentir el reproche"[20].

Sin embargo, otro sector de nuestra literatura científica admite, en estos casos, la posibilidad de la inimputabilidad. De la Rúa, por ejemplo, expresa que: "Es correcto el planteamiento en relación al efecto psicológico, pues la condición biológica, como insuficiencia o alteración de facultades, comprende el plano emocional en el que se desenvuelve la psicopatía. El grado de afectación de los poderes de comprensión y de gobierno debe ser examinado en el caso concreto, atento la diversidad de formas y grados de la categoría de psicópatas y su eventual confluencia con otros factores, determinando su falta completa (inimputabilidad) o su disminución (semiimputabilidad)"[21].

Ciertamente, estas cavilaciones no son patrimonio exclusivo de nuestro derecho. Por el contrario, en la doctrina italiana, a partir de la fórmula del artículo 85 del Código penal[22], también se plantean perplejidades similares. Así Fiandaca y Musco, al analizar las expresiones capacità di intendere e di volere, coinciden en que "la mención legislativa particularizada de la capacidad de 'entender' y de la capacidad de 'querer', considerada a la luz de los modernos conocimientos psicológicos, suscita algunas reservas, puesto que la psique del hombre es una entidad fundamentalmente unitaria, por lo que sus diversas funciones se relacionan entre sí, y se influyen recíprocamente. También se ha objetado - en verdad, no sin fundamento – que las funciones psíquicas relevantes a los fines de la imputabilidad no pueden limitarse solo a la esfera intelectiva y volitiva, en cuanto el comportamiento humano es en gran parte condicionado también (o sobre todo) por los sentimientos y los afectos"[23].

¿Pueden, las investigaciones en neurociencias, introducir algún aporte en esta discusión?

En nuestra opinión, la respuesta a este interrogante debe ser afirmativa.

Para llegar a esta conclusión estimamos conducente realizar dos precisiones:

En primer término, comulgamos con la tesis que sostiene que "la comprensión de la criminalidad del acto a la que se refiere el código de fondo argentino, presupone la internalización o introyección de un valor, y no el mero conocimiento teórico de la diferencia entre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo. Se requiere algo más que lucidez perceptiva, se requiere capacidad valorativa para internalizar, introyectar, en definitiva para comprender"[24].

Indudablemente – y esta es la segunda precisión – la caracterización que acabamos de realizar supone definir el término comprensión, desde una perspectiva que integra también **lo emocional**. Dicho sintéticamente: lo que está ausente (o seriamente disminuido) en las personalidades psicopáticas "es la capacidad de comprender a los demás, y, por ello, de sentir emociones de cierta profundidad, y, en última instancia, también la de comprender emocionalmente lo que está bien"[25].

---

[20] Cfr. TENCA, Adrián Marcelo, *Imputabilidad del psicópata*, Ed. Astrea, Bs. As., 2009, p. 133.
[21] Cfr. DE LA RÚA, op. cit., pp. 468/469.
[22] Dispone el artículo 85: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere".
[23] Cfr. FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, Derecho penal. Parte general, Ed. Temis, Bogotá, 2006 (Traducción Luis Niño), p. 332.
[24] Cfr. MERCURIO, "Neurociencias y derecho penal (…)", op. cit., p.67.
[25] Cfr. CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 280.

¿Qué contribución realiza la neurociencia al respecto?

Uno de los aportes que merece ser atendido es el de las **relaciones** entre **daño cerebral** y **capacidad de empatía**. Investigaciones recientes han demostrado que las personas afectadas de daño cerebral sobrevenido o adquirido presentan, con frecuencia, diversos trastornos neurocognitivos y emocionales, incluyendo en ellos cambios en sus capacidades de empatía; entendiendo por tal a la capacidad de comprender, ser consciente, ser sensible o experimentar los sentimientos, pensamientos y experiencias de otros, sin que éstos hayan sido comunicados de manera objetiva o explícita[26]. En efecto, los estudios practicados por Jiménez – Cortés y colaboradores indican que "los pacientes con lesiones frontotemporales derechas tienen peores puntuaciones en la dimensión 'preocupación empática' (tienen más dificultades para tener sentimientos de compasión y preocupación hacia otros). Estos hallazgos son congruentes con los múltiples estudios que han puesto de relieve que la interrupción de los circuitos frontotemporales derechos (corteza orbito-frontal, amígdala, ínsula, polo anterior temporal…), incluyendo la corteza frontal ventromedial, son cruciales en la aparición de trastornos en la cognición social en el concepto amplio del término"[27].

Los resultados de estas investigaciones coadyuvan a brindar argumentos empíricos que justifican la **extensión** del concepto de comprensión de la criminalidad que hemos postulado. En tal sentido, existe cierto consenso respecto a que algunas lesiones cerebrales interfieren en la capacidad para traducir el conocimiento puramente intelectual, racional, en acciones socialmente aceptables. En otras palabras, aunque se conozca la diferencia teórica entre lo correcto y lo incorrecto – lo que en la psiquiatría forense tradicional ya permitiría postular que el sujeto puede estar en juicio y, desde el punto de vista nosológico ser imputable -, las afectaciones lobulares pueden impedir que este conocimiento se traduzca en un proceso de inhibición efectiva[28].

3) La cuestión de la imputabilidad por enfermedad mental en el Anteproyecto de reforma de Código penal elaborado por la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/12

¿Cuál es el perfil del sistema de imputabilidad penal que diseña el Anteproyecto?

Dispone el artículo 5º, inciso h), del Anteproyecto que no es punible: "El que a causa de cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica permanente o transitoria, no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión".

Como podrá observarse, el texto trascripto abandona la vieja nomenclatura que aún utiliza el Código vigente; optando, como expresan los autores del anteproyecto, por una fórmula sintética, que depura y precisa los términos involucrados[29].

---

[26] Cfr. JIMÉNEZ-CORTÉS, Marta P. - PELEGRÍN-VALERO, Carmelo- TIRAPU-USTÁRROZ, Javier - GUALLART-BALET, María - BENABARRE-CIRIA, Sergio - OLIVERA-PUEYO, Javier, "Trastornos de la empatía en el daño cerebral traumático", Rev Neurol 2012; 55 (1), p. 1. Disponible en: http://es.scribd.com/doc/99470730/Trastornos-de-la-empatia-en-el-dano-cerebral-traumatico. Accedido: 19/7/2014.

[27] Jiménez-Cortés, Marta P. - Pelegrín-Valero, Carmelo- Tirapu-Ustárroz, Javier - Guallart-Balet, María - Benabarre-Ciria, Sergio - Olivera-Pueyo, Javier, "Trastornos de la empatía…", op. cit., p. 8.

[28] Cfr. MERCURIO, "Neurociencias y derecho penal (…)", op. cit., p.68.

[29] Cfr. *Anteproyecto de Código Procesal de la Nación*, Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Bs. As., 2014, p. 68.

Coincidimos con esta apreciación por cuanto, en nuestra opinión, la sustitución del giro "alteración morbosa", por la de "cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica" – fórmula que se aproxima a la metodología empleada por el Código penal español, en su artículo 20, inciso 1º - resulta atinada, al dejar de lado la antigua discusión desarrollada en derredor del primer concepto; especialmente respecto a su identificación (con efecto excluyente) con ciertas patologías puntuales (psicosis), en desmedro de otras afecciones[30].

Si se analizan algunos modelos legislativos del derecho continental europeo se podrá apreciar que, la redacción propuesta al momento de definir el efecto psicológico del presupuesto biológico, es no sólo más adecuada que la ofrecida por la ley vigente sino que, además, se muestra superior al de aquellos textos extranjeros. En efecto, el artículo 20, inciso 1º, del Código penal español determina este efecto expresando que, para que la patología psiquiátrica pueda excluir la imputabilidad, la consecuencia de aquélla no debe permitir "comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión". Por su parte, el parágrafo 20 del Código penal alemán señala: "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".

En el texto del Anteproyecto, el efecto – que es lo fundamental para la inimputabilidad – es que al momento del hecho (es decir, de la conducta) debe darse una incapacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones **conforme a esa comprensión**. Como lo señalan los redactores, en la Exposición de Motivos, "Se propone mantener, por tanto, la exigencia del momento del hecho (o sea, de la acción o conducta), de la posibilidad de comprensión (**no bastando con el mero conocimiento**) y de la criminalidad (**no siendo suficiente con la mera ilicitud o antijuridicidad**)"[31].

El Anteproyecto ha incluido dentro de la fórmula que analizamos los casos de personalidades psicopáticas. En tal sentido, sus autores han indicado que aquélla categoría nosológica "de existir una atrofia completa o una verdadera incapacidad profunda de internalización o introyección de valores (…) implica inimputabilidad, dado que el agente carecería por completo de la capacidad de comprender la criminalidad. A este respecto debe observarse que media una enorme diferencia entre conocer y comprender: conoce quien sabe que algo existe en el mundo, pero para que los valores determinen conducta no basta con conocerlos, sino que es menester incorporarlos (internalizarlos), o sea, comprenderlos. Por esta razón se propone mantener en la fórmula legal el tradicional requisito de la capacidad de comprensión, sobre el cual se construye la eximente"[32].

---

[30] Cfr. MERCURIO, "Neurociencias y derecho penal (…)", op. cit., p.67. La Exposición de Motivos resalta la virtud de la fórmula propuesta al señalar que: "Se ha considerado preferible renunciar a cualquier indicación psiquiátrica precisa de orden etiológico, teniendo en cuenta que la identificación con nociones nosotáxicas de las expresiones de la vigente fórmula, a lo largo de los años ha variado notoriamente y hasta perdió significado por efecto del desarrollo de la psiquiatría, acarreando más dificultades que ventajas. Sin lugar a dudas las ciencias de la conductas aportarán nuevas entidades o conceptos en el futuro, por lo que se ha preferido omitir toda referencia a éstos que, por otra parte, son absolutamente innecesarias" (Cfr. A*nteproyecto*…, op. cit., p. 68).

[31] Cfr. *Anteproyecto*…, op. cit., pp. 68/69. El énfasis nos corresponde.

[32] Cfr. *Anteproyecto*…, op. cit., p. 71.

Por otra parte, el texto proyectado introduce una categoría que viene siendo reclamada insistentemente por la doctrina vernácula[33], y cuya imprevisión conduce a la judicatura actual a la búsqueda de soluciones sobre la base de una atenuación en el marco de la determinación de la pena. Nos referimos a la **imputabilidad disminuida** (o semi-imputabilidad). En efecto, el artículo 6°, en su inciso 3° dispone: "Según las circunstancias del caso, el juez podrá disminuir la pena conforme a la escala señalada en el inciso anterior a quien, en el momento del hecho, tuviere considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión".

La doctrina científica que se ha ocupado de estos preceptos del Anteproyecto, observa en los mismos una apertura hacia los casos entre los que "se cuentan los denunciados en los últimos años por la neurociencia"; visualizándose una suerte de causal abierta, que posibilitaría "la inserción de toda nueva patología o estado que impida la plena comprensión del hecho y la dirección de las acciones"[34].

Coincidimos con esta apreciación. En efecto, la regulación propuesta no sólo ha dado solución – a través de la semi-imputabilidad – a aquellas hipótesis en donde la alteración que importa la psicopatía genera una **disminución** en la comprensión de la criminalidad sino que, además, de las propias palabras de los redactores se desprende que el concepto de comprensión no se agota en el mero conocimiento; exigiendo un verdadero proceso de internalización valorativa; lo que permite trazar un punto de conexión entre los resultados investigativos de las neurociencias, que diéramos cuenta en acápites anteriores, y el sistema de imputabilidad penal.

4) Valoración final

La fórmula propuesta en el Anteproyecto resulta muy superior al texto vigente que rige.

En este sentido debe **valorarse positivamente**:

a) La no utilización de clasificaciones nosológicas; así como el abandono de la expresión alteración morbosa de las facultades;

b) la explicitación respecto a que la inimputabilidad también alcanza los supuestos de anomalías, alteraciones o trastornos transitorios;

c) la recepción de la imputabilidad disminuida; y

d) finalmente, si se consulta el texto del artículo 5°, inciso h), a partir de cánones lingüísticos y de interpretación subjetiva (Exposición de Motivos, al contener la voluntad de los proyectistas) pareciera que el trastorno y la alteración psíquica no tienen que ser necesariamente patológicos, sino que pueden ser resultado normal de situaciones

[33] La imputabilidad disminuida es una categoría que, en el pasado, mereció ciertos debates. Así, en la literatura psiquiátrica europea de la primera década del siglo XX, fue célebre la disputa entre Grasset, a favor de su previsión, y Ballet, quien se mostró contrario a la misma. Esta disputa se trasladó a las elaboraciones de los médicos legistas argentinos de inicios del siglo pasado. Con el tiempo, sin embargo, la doctrina jurídica vernácula se pronunció, de *lege ferenda*, a favor de su previsión; constituyendo un tema de agenda en diversos proyectos de reforma. En este sentido, el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal, redactado a instancias del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el año 2006, propuso la inclusión de una regulación expresa de esta institución (artículo 35, inciso "e"); texto que mereció el respaldo doctrinario en distintos eventos académicos.

[34] Balcarce, Fabián I., Derecho penal y neurociencia: aproximaciones. Actualidad jurídica. Derecho penal y Procedimiento penal, volumen 195, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2014, p. 5269 y ss.

vivenciales, como el miedo intenso, el pánico, el terror, o bien de estados por los que pasa necesariamente cualquier persona, como el agotamiento o el sueño.

Indudablemente, esta caracterización no sería admisible en algunos sistemas legislativos que, como el italiano (artículo 88) excluye la capacidad de entender y de querer, "por enfermedad". La solución adoptada por el Anteproyecto parece razonable. Es que – y aunque admitimos el carácter opinable de nuestra apreciación – consideramos que lo decisivo al momento de determinar las características de la inimputabilidad penal es que no se haya visto afectado, de manera relevante, la estructura de los procesos psíquicos –cognitivos, afectivos y emotivos –; alteración que muy frecuentemente habrá de coincidir con estados patológicos, que se traducen en una enfermedad mental; pero que pueden exceder a ésta en su etiología.

En función de lo expuesto, en nuestra opinión, los textos del anteproyecto en materia de imputabilidad penal deben ser considerados de una factura técnica altamente superior a la fórmula vigente, lo que justifica su aprobación.

Regulación de la tentativa, participación criminal y concurso de delitos en el Anteproyecto de Código Penal 2014

Horacio A. Carranza Tagle

Introducción

El objetivo de este breve dictamen consiste en emitir mi opinión sobre el contenido del Anteproyecto de Código Penal de 2014, en cuanto a los siguientes temas: tentativa, desistimiento y delito imposible, participación criminal y concurso de delitos.

Tentativa. Desistimiento (art. 7)

El Anteproyecto mantiene la fórmula vigente en cuanto a la *definición* de tentativa, lo cual me parece prudente, pues permite seguir aprovechando los aportes dogmáticos producidos hasta el presente sobre este punto.

Además, al seguir optando por disminuir *la pena* para el delito tentado, con respecto al consumado, el Anteproyecto es respetuoso de nuestra actual cultura jurídica, la cual entiende como algo más injusto la lesión de un bien jurídico penal, que su mera puesta en peligro. Ello así, más allá de las interesantes razones brindadas por los defensores de un modelo subjetivo del injusto (Zielinski, Sancinetti), para entender que ello implica castigar por algo (el resultado) que no es enteramente dominable por el autor[1].

Por otra parte, en cuanto a la *escala de la tentativa*, la propia Exposición de Motivos ya aclara que se zanja la discusión existente acerca de cómo calcularla. Y lo hace optando por la solución actualmente mayoritaria a nivel jurisprudencial a partir del Plenario Villarino de la Cámara Nacional de Casación Penal (dicha posición sostiene que el actual código, tal como los precedentes, y al igual que con respecto al delito imposible, alude a una tasa de reducción, y no a una escala penal). Remarco que se utilizan argumentos similares a los empleados en su momento por Rodolfo Moreno en la época de sanción del CP de 1921 (escala amplia para lograr una mejor individualización de la pena en cada caso, esto es, al decir de la comisión, según la proximidad con la consumación, y su probabilidad, o si hubo o no lesiones durante el *iter criminis* (tentativas calificadas).

Por último, con respecto al *desistimiento*, la fórmula aclara toda posible discusión, en cuanto se trata de algo que sólo beneficia al partícipe "en sentido amplio" que desiste, y no a los restantes, y en cuanto a que, para desistir ante una tentativa acabada, hay que impedir la consumación del delito (desistimiento activo).

Delito imposible (art. 8)

A partir de la lectura del respectivo artículo sobre el delito imposible, resulta claro que se acepta, sólo ante un *medio inidóneo*, una gradación de pena (entendemos que menor a la tentativa, pero sería correcto aclararlo), según el peligro corrido por el bien jurídico. Y se postula la carencia de tipo ante un *objeto inidóneo*.

Lo primero que observo es que se admite el castigo del delito imposible aún frente a un peligro abstracto (peligro estadístico). Es que, si el medio es "manifiestamente inidóneo" (como lo exige el art. 8), hay menos peligro que en la tentativa idónea, esto es, menos peligro que el peligro concreto.

---

[1] Ver, por todos, SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, *passim.*

Ahora bien, ello contradiría el artículo 1, inc. c, del Anteproyecto, pues allí se consagra el principio de ofensividad ("...No hay delito sin lesión o *peligro efectivo* para algún bien jurídico"), aclarando la Comisión que no se admite el peligro abstracto[2].

Me parece correcto castigar el delito imposible cuando genere un peligro abstracto, pues adhiero a las razones brindadas por Pinedo en su disidencia[3]. Por ello, para salvar esta contradicción, bastaría con no definir "peligro efectivo" (art. 1 Anteproy.) como "peligro concreto", sino como "peligro real -aún abstracto-, no imaginario".

A su vez, resulta interesante el distingo entre ausencia de tipo (falta aludir también al sujeto inidóneo) e inidoneidad en el medio. Ya sostenía Zaffaroni, en su primer tratado, que quien dispara contra un cadáver no intenta matar a otro, porque falta el "otro" del tipo objetivo de homicidio, el cual no puede ser suplido por la mera imaginación del autor[4].

Ahora bien, si se acepta la *teoría de la imputación objetiva* como camino para interpretar los tipos penales, esto es, si se la considera como un elemento normativo implícito del tipo objetivo (el cual exigiría que la conducta, *ex ante*, cree un peligro concreto de lesión), resulta claro que cuando se pretende llevar a cabo un delito con medios manifiestamente inidóneos (al igual que ante un objeto o sujeto inidóneo), tampoco se realizaría un hecho típico.

Al respecto, me parece claro que en el delito imposible punible, al aludirse a un mero peligro abstracto, se amplía el campo de lo penalmente relevante ("se ensancha el tipo hacia atrás"), por lo cual no resulta correcto seguir tomando como parámetro el tipo del delito consumado (el cual alude a un peligro concreto luego realizado en un resultado), para postular una *carencia de tipo* ante un medio, objeto o sujeto inidóneo. Entiendo que ese distingo propiciado en el Anteproyecto hoy ya no está a la altura de la evolución dogmática. Era válido antes de que existiera un consenso mayoritario acerca de la teoría de la imputación objetiva como método de interpretación de lo penalmente relevante.

---

[2] En términos de la comisión: "Como es notorio, se ha abusado del nebuloso concepto de peligro abstracto para anular la premisa general mediante la apelación a peligros muy remotos o inexistentes (mediante una presunción *juris* de peligro). Por tal razón se exige que el peligro sea efectivo, lo que para el lego parece obvio, pero para el penalista y, en función de la experiencia sufrida, se hace menester expresarlo a fin de que los jueces no se confundan con racionalizaciones".

[3] Pinedo sostiene: "Discrepamos con la exigencia de que el peligro para el bien jurídico deba ser efectivo, con lo que – conforme lo sostenido en la exposición de motivos – se pretende eliminar la posibilidad de legislar y sancionar delitos que puedan entenderse como de peligro abstracto. El principio de ofensividad incluye el peligro estadístico, y en esto consiste el peligro abstracto. Por lo tanto nos parece inconveniente pretender su eliminación, siendo que vivimos en una sociedad de riesgos (como se caracteriza a la sociedad moderna) que impone la necesidad de cautelar esos riesgos con la mayor amplitud posible. El peligro abstracto no es un no peligro ni tampoco una presunción de peligro; es un concepto necesario para mucha de la legislación penal vinculada con modernas actividades peligrosas". Ello surge claro incluso en el Anteproyecto, el cual castiga, p.e., la tenencia o portación de armas de fuego, así como también la tenencia o comercialización de estupefacientes, siendo éstos claros delitos de peligro abstracto.

Debo aclarar que, durante mi exposición algunos miembros de la Academia manifestaron su desacuerdo con la punición del delito imposible, ya sea porque se vulnera el principio de lesividad, al castigar un mero peligro abstracto (María Cristina Barberá), o porque se trata de un resabio del peligrosismo, ya superado (Carlos Lascano, Juan I. Martínez Casas).

[4] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1980 (impresión de 1998), T. IV, págs. 463 a 471.

Por ello, propongo que el art. 8 quede redactado del siguiente modo: "*Si el sujeto, objeto o el medio hubieren sido manifiestamente inidóneos para cometer el hecho, la pena, que será siempre menor a la de la tentativa, podrá reducirse hasta el mínimo legal de su especie. Se eximirá de pena cuando no hubiere mediado peligro alguno para el bien jurídico*."

Participación criminal (art. 9).
Se mantiene la fórmula vigente en cuanto a las diferentes formas de participación (ejecutores, determinadores y auxiliadores o cooperadores imprescindibles con idéntica pena a la del autor, y cooperadores no imprescindibles, y ayudantes posteriores en base a promesa anterior, con pena disminuida), y la accesoriedad de los cómplices e instigadores con respecto al hecho de los co-autores, con lo cual siguen vigentes las propuestas doctrinarias y jurisprudenciales al respecto.

Objeto que se siga estableciendo para todos los casos que *el ayudante posterior en base a promesa anterior* reciba la misma pena que el cómplice no necesario, siendo que dicho aporte a veces puede llegar a ser imprescindible para que el hecho pueda llevarse a cabo con éxito. Para advertir lo anterior, piénsese en el ejemplo de quien retira raudamente del lugar a quienes acaban de asaltar un banco en plena City. Por ello, suprimiría dicha alusión.

Por otra parte, advierto (sin objetarlo) que, en cuanto a la *escala de la complicidad secundaria*, se es más benévolo que el código vigente, pues también el máximo se reduce a la mitad.

En cuanto a esto último, también se aclara más la escala penal correspondiente al cómplice no necesario frente a un delito tentado. Pero, al postularse la referida reducción de la escala sólo con respecto a dicha categoría de cómplice, ello se presta a equívoco con respecto al cómplice necesario (¿también se beneficia con una reducción en caso de delito tentado? En su caso, ¿cuál será la escala de dicha reducción?).

Para despejar estos interrogantes, estipulando una pena idéntica a la prevista para el autor de tentativa[5], propongo agregar un segundo párrafo al apartado primero, que rece: "*Si el hecho no se consumare, se les impondrá la pena conforme a la escala del correspondiente delito reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo*".

Con buen tino, también se ha aclarado lo previsto en el art. 47 también se aplica en favor del determinador, y no sólo en favor del cómplice.

Por último, en cuanto a la *no comunicabilidad de las circunstancias, relaciones o calidades personales agravantes*, aun si son conocidas por quien no las posee, se es respetuoso del principio de accesoriedad limitada, tal como lo sostiene la exposición de motivos. En definitiva, las circunstancias relativas a la culpabilidad no se comunican a quien no las posee.

La fórmula actual es sumamente difícil de interpretar a la luz del mentado principio. Incluso, si la comunicabilidad es también del cómplice al autor, se estaría invirtiendo, en este único párrafo, el sentido de la accesoriedad y al hacerlo, se estaría incurriendo en el campo de la teoría del autor único, que no es el sistema adoptado por nuestra ley penal.

[5] Este aporte fue de Maximiliano Vargas.

Concurso de delitos (art. 11 a 14).
El anteproyecto opta por regular expresamente el concurso aparente de leyes, y el delito continuado y mantener un distinto trato punitivo a la unidad o pluralidad delictiva (*absorción simple* para el concurso ideal, *acumulación jurídica* para el concurso real, con un límite relativo –el doble del máximo mayor- y otro absoluto –treinta años), utilizando como criterio de conteo el de la "unidad de conducta".

Al respecto, entiendo que *el sentido de la distinción entre las distintas categorías concursales depende del trato punitivo que se brinde a cada una de ellas.*

Así, p.e., si se prevé para el concurso ideal de delitos el sistema de absorción simple (pena más grave), incluso con el efecto de clausura del mínimo mayor, no tiene mucho sentido práctico el distingo entre el concurso de leyes y el concurso ideal, puesto que (salvo la concurrencia de una figura atenuada, en cuyo caso resultará obvia la aplicación de la escala más leve allí prevista) en ambos casos se procederá del mismo modo, a saber: aplicando la escala penal más grave, teniendo en cuenta el mínimo mayor, y eligiendo la pena concreta teniendo en cuenta las particularidades del caso.

Por otra parte, el origen histórico de las distintas formas de unidad delictiva (concurso ideal, delito continuado) se debió al duro trato punitivo brindado por entonces a la pluralidad delictiva (suma aritmética)[6].

A su vez, hay muchos países que regulan de manera unitaria el concurso real e ideal de delitos, por lo cual se desvanece la discusión relativa a los criterios de conteo de los mismos. En estos casos, también desaparece el interés en el delito continuado[7]. Lo único que sí resulta provechoso diferenciar –frente a un tratamiento unitario- es entre el concurso aparente de leyes (o impropio de delitos, en cuyo caso sólo se aplicará la escala penal del tipo que específicamente describe lo que ocurrió), y el concurso de delitos (en cuyo caso, se aplicará una escala penal aumentada, según el método seguido por el respectivo código).

---

[6] Ver, por todos, SANZ MORÁN, ANGEL JOSÉ, *El concurso de delitos. Aspectos de política criminal*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, págs. 43 a 46, y 51.

[7] Al respecto, SANZ MORÁN (*op. cit.*, págs. 57 a 73) aborda el estudio de las legislaciones que prevén las mismas consecuencias para cualquier clase de concurso de delitos. Así, comienza con el **art. 5 del C.P. francés**, el cual establece la regla del no-cúmulo (principio de absorción). Al existir este sólo principio punitivo, no resulta tan importante distinguir entre unidad y pluralidad delictiva. Sin embargo, se mencionan algunos fenómenos de unidad delictiva (delito complejo, delito continuado, etc.) frente a los cuales no se aplica el art. 5 del C.P.. A continuación, reseña la legislación de **Austria**. En dicho país impera el principio de absorción, y la concurrencia de delitos es considerada como una circunstancia agravante en relación a la escala penal más grave. No tiene relevancia alguna la distinción entre concurso ideal y concurso real, así como tampoco entre concurso homogéneo o heterogéneo. En la última reforma se perfeccionó el principio de absorción, receptándose el principio de combinación con respecto a los límites inferiores y a las penas accesorias. **Suiza** recepta el criterio de la asperación de la pena más grave, considerando cualquier supuesto de concurso de delitos como una mera circunstancia agravante. Como en todos los países donde rige un solo criterio de pena para los supuestos concursales, la teoría del concurso pierde importancia práctica. **Portugal**, a partir del C.P. de 1982, recepta la tesis de la pluralidad (tantos delitos cuantos tipos penales lesionados, independientemente de la cantidad de acciones humanas realizadas), y aplica, como regla general, una pena unitaria frente a todo concurso de delitos (excepto en los casos de pena de multa, y de delito continuado). Finalmente, las ex **Repúblicas Socialistas Europeas** también se caracterizan por el tratamiento unitario de los diferentes supuestos de concurso de delitos, adoptando el criterio de la absorción, o el de la asperación facultativa.
También regula unitariamente el concurso de delitos el C.P. de **Colombia** (art. 31).

A partir de lo anterior, frente a un Anteproyecto de reforma (esto es, *de lege ferenda*) se impone la siguiente pregunta: ¿cuál de los dos modelos anteriores –tratamiento unitario o diferenciado- es el más justo?

Se pretendió postular que lo más justo es el modelo de trato diferenciado porque siempre es más grave cometer varios resultados a partir de varias conductas, que a partir de una sola. Sin embargo, entiendo que ello no siempre es así. De hecho, por esta razón (porque no siempre es así), muchos países otorgan un trato punitivo idéntico al concurso de delitos.

A mi juicio, hay casos y casos. En principio es cierto que es más grave cometer *varios resultados inmateriales* mediante conductas separadas, esto es, en contextos espacio-temporales distintos (p.e., varias injurias a lo largo del tiempo a distintas personas), que hacerlo mediante la misma conducta (mediante una injuria en juicio, a la vez cometo falso testimonio). Ahora bien, cuando se trata de *resultados materiales*, parece ser lo contrario. Así, si mato a alguien y luego a otra persona a partir de conductas distintas, es menos grave –o al menos igual de grave- que hacerlo mediante una única conducta (mediante una bomba, p.e.). Es que en ese último caso, se muestra un refinamiento delictivo mayor[8]. En definitiva, no resulta del todo cierto que varias conductas delictivas sean siempre más graves que una sola. *La pluralidad de conductas no siempre es demostrativa de una mayor gravedad delictiva*.

Ergo, si establecemos el principio de combinación (mínimo mayor[9], suma limitada de los máximos[10] hasta la mitad del máximo más grave, y con un tope de treinta años[11]), desaparece la razón de ser de varias formas de unidad delictiva (concurso ideal y delito continuado), y permitimos al juez construir una escala penal acorde a la gravedad del caso. Finalmente, acepto que el máximo pueda alcanzar el doble del máximo mayor, ante delitos con penas de prisión no superiores a los tres años de prisión, para no generar un trato excesivamente benigno frente a plurales delitos menores[12].

La única regla diría: *"Si mediante una única o varias conductas se cometen plurales delitos reprimidos con pena de prisión, se impondrá una pena que oscilará entre el mínimo más grave de las correspondientes a los delitos concurrentes, y el*

---

[8] Así pensaban muchos de los juristas alemanes que debatían cómo regular este instituto antes de la reforma de 1975. Al respecto, ESTRELLA ESCUCHURRI AISA trae a colación dichas posturas críticas, que señalan que el tratamiento diferenciado contradice el sentido de justicia, porque la comisión de una o varias acciones para cometer plurales delitos no tiene que ver tanto con la intensidad delictiva, sino que depende muchas veces de la redacción de los tipos penales (delitos de varios actos, compuestos, permanentes...) y de puras casualidades, agregando que la comisión de varios resultados a partir de un único movimiento corporal, puede ser expresión de especial escrupulosidad o habilidad delictiva. cita a Puppe, quien se apoya en Binding. Este jurista señalaba que la acumulación de delitos en un hecho individual puede mostrar una proclividad delictiva mayor, una meditación criminal más refinada, siendo por tanto reflejo de un delincuente más peligroso que quien tras graves vacilaciones vuelve a caer en la tentación. Y agrega la posición de Wegscheider, quien opina que, desde el punto de vista del disvalor de resultado, es indiferente de la pluralidad de ellos se debió a una o varias acciones (cfr. autora cit., en *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004, págs. 86 a 89).

[9] El mínimo mayor se impone, porque nadie puede beneficiarse por haber cometido dos o más delitos en lugar de uno, por más que ello se haya llevado a cabo con una sola conducta.

[10] Para no generar escalas penales draconianas.

[11] Para respetar la pena máxima prevista en nuestro actual derecho interno, en virtud de la ley 26.200, que implementa el Estatuto de Roma.

[12] Acepto, así, la observación que me formuló Valeria Trotti.

máximo más grave, al cual se le podrá adicionar hasta la mitad del mismo. Dicha suma podrá alcanzar hasta el doble del máximo mayor, ante penas no superiores a los tres años., y nunca será mayor al máximo legal de treinta años. Respecto de las demás penas se aplicarán reglas similares" (art. 12[13]).

Ahora bien, en cuanto al *concurso aparente de leyes* (o concurso impropio de delitos), otra originalidad del Anteproyecto, con respecto al código vigente, es la regulación de supuestos relativos al mismo. Se justifica esto aludiendo a la necesidad de evitar sentencias ridículas (condenas por homicidio y daño a la ropa del muerto, o por tentativa de homicidio y homicidio, porque la primer bala no fue letal).

Se ha legislado sobre especialidad, consunción y subsidiariedad, aclarando que no sobre alternatividad por entender que no se trata de una cuarta hipótesis, sino del resultado de la aplicación de las tres anteriores.

A mi juicio, dada la actual discusión acerca del tema (monistas v.s. pluralistas)[14], regularía la cuestión de manera más general sólo estableciendo que "*Si una conducta cae bajo más de una disposición penal, y una de ellas fuera prevaleciente, se aplicará esta última*" (art. 11).

Con ello abarco todas las posibles relaciones de concurso aparente, y dejo la puerta abierta a la discusión doctrinaria.

Y lo haría antes del artículo anterior por mi propuesto (esto es, el que regula de manera unitaria el concurso de delitos), porque se trata de una cuestión previa al mismo, esto es, sólo si se determina que frente a un caso concreto no existe un concurso aparente de leyes, podemos luego predicar un concurso de delitos.

[13] Al final explico por qué este número de orden.

[14] Ver Sanz Morán, *op. cit.*, pág. 121, y Escuchurri Aísa, *op. cit.*, págs. 107 y 109.

ISSN 2469-2085

La actuación en lugar de otro y las sanciones a las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014

Carlos Julio Lascano

I. Introducción

Los espacios de impunidad que suelen originarse por diversas razones en los delitos cometidos en el marco de actuación de empresas, han suscitado la justificada inquietud de encontrar nuevas soluciones que la dogmática penal tradicional -basada en categorías del delito más apropiadas para la protección de los clásicos bienes jurídicos individuales, especialmente los derechos patrimoniales- difícilmente podía brindar.

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 directivos de las corporaciones y 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 que algunos llaman 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.

Coincidimos –en lo sustancial- con la opinión del Profesor Emérito de Derecho Penal de nuestra Universidad, Dr. Jorge de la Rúa[1], quien apunta que, entre los cambios significativos en la Parte General, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación[2] (en adelante "AP 14") propone como una de sus novedades, la cláusula de la actuación en lugar de otro, que salva una falencia del actual Código, que había sido señalada de modo uniforme. En esa misma línea incluye "la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que se sigue el arbitrario concepto antropomórfico". Nos ocuparemos de ambos temas**.**

2. La actuación en lugar de otro

El parágrafo 14 del Código Penal alemán, ubicado en la Parte General, insertó por primera vez la cláusula del "*actuar por otro*", que permite evitar la impunidad de los delitos en los que el ejecutor obra en representación o interés de otro (por ejemplo, una persona jurídica), pero no puede ser imputado sin lesionar el principio de legalidad, porque en su persona no se reúnen los caracteres exigidos por el tipo de autor calificado en un delito propio.

---

[1] *Reformas propuestas al Código Penal como alternativas a la prisión. Vigencia, eficiencia y oportunidad*, "La Ley", Año LXXVIII N° 152, Buenos Aires, jueves 14 de agosto de 2014, p. 1.

[2] Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 6768/12).

La Parte General del Código Penal argentino carece de una previsión de tal naturaleza. Este vacío legal es parcialmente llenado –para las insolvencias punibles- con una disposición de la Parte Especial que –si bien no es estrictamente una cláusula del actuar por otro- cumple parecida función: el art. 178 que regula lo que se conoce como "*quiebra impropia*", entendida como una prolongación de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable, que incorpora como sujetos activos a los directivos y colaboradores de una persona jurídica declarada en quiebra.

Entre las leyes especiales encontramos algunas disposiciones similares: art. 37 de la ley de warrants n° 9643; art. 57 de la ley de residuos peligrosos n° 24.051; art. 32 inc. 5° de la ley de riesgos del trabajo n° 24.557; art. 14 del régimen penal tributario (ley n° 24.769). El art. 27 de la ley de estupefacientes n° 23.737 contiene la cláusula de actuación por otro, porque hace expresa referencia a la característica típica transferida desde la persona jurídica a la persona física.

El art. 43 del título VI ("Autoría y participación criminal") del Anteproyecto de 2006 (en lo sucesivo "AP 06") contiene una cláusula general referida al actuar en nombre de otro.

El art. 10 del AP 14 se inscribe en la misma orientación de su antecesor, en tanto prescribe la actuación en lugar de otro en los siguientes términos: "*1°) El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro, responderá por el hecho punible, aunque no concurrieren en él las calidades legales de aquel, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare. 2°) Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz*" (art. 10).

De esta manera, en el inc. 1°) se quiere evitar la atipicidad de quien actúa en lugar de otro, cuando aquél no reúna los requisitos específicos exigidos para ser considerado autor de un delito especial, aunque no se ciñe a los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas, "pues trata fundamentalmente de conductas individuales, lo que no excluye el caso de que una persona jurídica actúe en nombre de otra, dado que no precisa el alcance de quien ni del otro", según surge de la exposición de motivos.

La propuesta de los AP 06 y 14 -con ligeras diferencias entre sí- contiene la solución dogmáticamente correcta, pues tanto las doctrinas actuales como las nuevas legislaciones están receptando la figura de la "*actuación en lugar de otro*" para cubrir las lagunas de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cuando, por ejemplo, son cometidos por directores, administradores, miembros (y órganos, en general) de las personas de existencia ideal. Es el caso de España que la introdujo en el art. 15 bis del Código Penal de 1983 y la amplió en el art. 31 del Código Penal de 1995.

3. Sanciones a las personas jurídicas

Es preciso reflexionar sobre los siguientes interrogantes:

a) Frente a la escisión de los elementos del tipo delictivo que se verifica en la actuación empresarial de los entes colectivos ¿debe mantenerse incólume el principio "*societas delinquere non potest*"?

b) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas específicas apropiadas para las personas jurídicas que incursionan en delitos socio-económicos?; ¿cómo debe ser caracterizada su naturaleza jurídica (penas, medidas de seguridad, medidas

administrativas o consecuencias accesorias) y de qué manera pueden ser más eficaces político-criminalmente para el resguardo de los bienes jurídicos en juego, sin menoscabo de las garantías y principios derivados del Estado de Derecho consagrado por la Constitución y los pactos internacionales de Derechos Humanos?.

3.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas

Respecto de la primera cuestión, resulta curioso observar cómo un mismo argumento es utilizado -desde perspectivas diferentes- para llegar a fundamentar tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuanto la posición contraria. Así, KLAUS TIEDEMANN[3], quien les reconoce capacidad de acción y de ser destinatarias de las normas de conducta**,** sostiene que la regla de la actuación por otro del parágrafo 14 del Código Penal Alemán que atribuye responsabilidad penal al representante de una entidad colectiva en los delitos especiales, ya está dando por sentado que esta última es la real destinataria de la norma, la cual recién podrá entrar en juego cuando la persona física que actúa como órgano carezca de ciertos elementos requeridos por el tipo para ser sujeto activo, los cuales solamente están presentes en la agrupación representada.

Pero, el art. 15 bis del anterior Código Penal Español –que sigue el modelo del parágrafo 14 del StGB- constituye el punto de apoyo del correcto argumento de SANTIAGO MIR PUIG[4] para sustentar el criterio opuesto: aunque dicho precepto no se pronuncia expresamente sobre la cuestión en debate, por haber nacido para evitar las lagunas derivadas de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, significa que la está presuponiendo.

Analizaremos las posibles tensiones entre la responsabilidad penal de las personas colectivas y los principios emergentes de la Constitución.

3.2. Las normas de defensa de la competencia del Mercosur y las disposiciones del Derecho Penal especial argentino

Los arts. 2 y 4 del "Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur", suscripto en la ciudad de Fortaleza (Brasil) el 16/12/96, contiene algunas normas que permitirían construir supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas.

JOSÉ DANIEL CESANO[5] entiende que si la Constitución argentina -a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de los tratados que enumera el art. 75, inc. 22, 2ª cláusula- reconoce expresamente el principio de culpabilidad, resulta obvio que la posibilidad de construir una responsabilidad penal respecto de los entes ideales, que emana del Protocolo regional, "*estaría tensionando, abiertamente, el sistema de prelación normativa que surge del principio de supremacía*".

---

[3] NJW, 1988, p. 1172.

[4] *Derecho Penal, Parte General*, 5a. Edición, Reppertor S.L., Barcelona, 1998, p. 173, apartado 52.2.A.

[5] CESANO, José Daniel, *La responsabilidad Penal de la persona jurídica en los arts. 2° y 4° del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur. Un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional*, en "Ley, razón y justicia", Neuquén, año 5 – n° 8, setiembre de 2003 – mayo de 2004, Alveroni, p.124. El mismo autor, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 132 y ss.

Igualmente, si se ha introducido expresamente el principio de personalidad de la pena según la cual ésta *no puede trascender de la persona del delincuente* (art. 5°, inc. 3° CADDHH), ello "*impide que a través de la sanción penal de la persona jurídica se castigue indirectamente a personas físicas que no hayan cometido un entuerto en forma penalmente responsable*"[6].

Sin embargo, es atinado el interrogante de CESANO[7] "*qué sentido tiene que nos opongamos a que, en el Derecho comunitario se admitan estas formas de responsabilidad si, en nuestro propio Derecho penal especial, encontramos ejemplos de ello*".

El mismo autor[8] responde que dentro de la "*jungla del Derecho Penal Económico*", como la denomina SCHÜNEMANN, nuestro Derecho se caracteriza por su "*promiscuidad*": "*Es que, y de allí que utilicemos este calificativo- junto a un nutrido núcleo de disposiciones que intentan solucionar la problemática derivada de este tipo de delincuencia como instrumentos de imputación propios del Derecho penal convencional (por ejemplo: las cláusulas del actuar en lugar de otro o autoría mediata), rechazando, así, la responsabilidad del ente ideal, se observan algunas leyes que, directamente, establecen la imputación penal de la persona jurídica (así: en el ámbito de los delitos aduaneros, el artículo 888 de la ley 22.415; o en relación al régimen penal de defensa de la competencia que establece la ley 25.156, su artículo 47)*". Agregamos el régimen penal cambiario (ley 19.359, art. 2º, inciso "f") y la ley sobre abastecimiento nº 20.680, art. 8º. Ello entra en tensión con el sistema de garantías de la Constitución argentina y habla de una improvisada política criminal en esta materia.

Por ello, frente a una base normativa tan fragmentaria y heterogénea, en nuestra jurisprudencia existen fallos divergentes: los cuantitativamente minoritarios –que a partir de obstáculos constitucionales- son contrarios al reconocimiento de responsabilidad directa de la persona colectiva en aquellas leyes que así lo permiten; en cambio, los mayoritarios admiten tal posibilidad, para lo cual sólo reparan en la estructura lingüística de las normas que aplican.

Como muestras más significativas del primero de los lineamientos jurisprudenciales, se exhibe el voto disidente del juez Gustavo Mitchell de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal ("Peugeot Citroën Argentina S.A. s/rec. de casación"), al igual que la sentencia de la sala I de la misma Cámara Nacional de Casación, en el caso "Fly Machine".

En este último, la mencionada Sala confirmó el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, en cuanto resolvió declarar la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio (formulados por la querella y por la Fiscalía), en razón que en ellos se había imputado a una persona jurídica —la empresa "Fly Machine S.R.L."— la comisión de un delito —contrabando documentado en grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. b, 865 inc. f y 871 del Código Aduanero)—; declarándose también la nulidad de todos los actos procesales que referían a la aludida empresa como imputada.

---

[6] Fabián I. BALCARCE y José Daniel CESANO, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina*, en "Derecho Penal Económico - Parte General", tomo 1, Director Fabián I. Balcarce, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 219.

[7] *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, p. 141.

[8] Ob. cit. en nota precedente, pp. 141 y 142.

El 30 de mayo de 2006, en la causa "Fly Machine" la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto por la Dirección General de Aduanas. Aunque el voto de la mayoría de los ministros de la Corte, siguiendo el dictamen del Procurador General, rechazó la instancia extraordinaria por fundamentación insuficiente, el ministro Zaffaroni –basado en los principios constitucionales del *nulla injuria sine actione*, de culpabilidad y de personalidad de la pena- sostuvo la vigencia del aforismo "*societas delinquere non potest*".

Sin embargo, el criterio jurisprudencial prevaleciente es el que convalida la validez constitucional de las normas de Derecho Penal especial que consagran la responsabilidad penal de la persona de existencia ideal. Tal tesitura impera respecto de los delitos aduaneros, tanto en la Cámara Nacional de Casación Penal, cuanto en la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

Al respecto, ha dicho CESANO que "*...la casación nacional, en el mismo precedente "**Peugeot Citroën Argentina S.A.**", a través de los votos de los jueces Riggi y Tragant sostuvo que: el argumento que dice que responsabilizar penalmente al ente ideal afecta el principio de personalidad por cuanto la sanción alcanza a socios inocentes "**no tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad, la que si tiene reconocida capacidad penal es una persona distinta de los individuos (…) que la componen***". La misma línea argumental fue sostenida por dicha Sala en "**Inversora Kilmy S.A., s/Recurso de casación**".

En relación a la responsabilidad directa de las corporaciones en el régimen penal cambiario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación eludió la declaración de inconstitucionalidad, argumentando que aquélla era de naturaleza penal administrativa, campo en el que no necesariamente rigen los principios de culpabilidad y personalidad de la pena emanados de la Constitución[9]. Se produjo así un cambio de criterio del Alto Tribunal que anteriormente había admitido la vigencia del principio *nulla poena sine culpa* en dicho ámbito[10].

Frente a las dificultades de traslación de principio mencionado en relación a la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, NORBERTO SPOLANSKY[11] propone la siguiente fórmula constitucional: "*a) No hay pena sin culpabilidad. b) En el caso de los actos de los individuos que actúan como órganos de una persona jurídica, la pena se imputará a la persona jurídica a condición de que el acto ejecutado sea efectivamente el acto propio de la persona jurídica. El acto del órgano será considerado, a los fines penales, como efectivamente un acto de la persona jurídica, cuando de acuerdo con los antecedentes y modalidades del hecho ejecutado represente la política de la persona jurídica. La ley podrá establecer las condiciones bajo las cuales podrá suponerse que el hecho representa la política de la persona jurídica. Los interesados podrán revocar esa presunción. c) El Estado podrá, en los casos que señale la ley, imputar sanciones no penales a las personas jurídicas por actos de los individuos que actúen como órganos de las personas jurídicas, aun cuando no se satisfagan las condiciones de la sección b.*".

3.3. Las denominadas "consecuencias accesorias" aplicables a las personas ideales

[9] "Wlodavsky" (Fallos 298:440) y "Banco Santander" (L.L., 1978-D, p. 235).
[10] "Parafina del Plata", Fallos 271:298.
[11] *Derecho Penal y Constitución Nacional*, L.L., t. 156, pp. 1407 a 1411.

El Código Penal español de 1995 en el art. 129, según la L.O. 15/2003, bajo la ambigua denominación de *"consecuencias accesorias"*, reguló un repertorio de sanciones que inciden sobre la persona colectiva en sí misma.

Son notorias las discrepancias de los autores a la hora de determinar la verdadera naturaleza jurídica de dichas sanciones, pues se discute si se trata de penas, de medidas de seguridad o de otro tipo de consecuencias con naturaleza diferente. La opinión mayoritaria sostiene que son verdaderas penas y que su aplicación debe revestir las mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual.

En el Código Penal argentino no teníamos ese tipo de consecuencias jurídicas para las personas jurídicas. Únicamente existía una referencia a éstas con relación a la pena accesoria de decomiso, en el tercer párrafo del art. 23 C.P.: "*Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como* ***órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal****, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la* ***persona de existencia ideal****, el comiso se pronunciará contra éstos*".

En el Título XIII (arts. 67 y 68) del AP 06 –como lo explica su exposición de motivos- "*se regula el sistema de sanciones a la persona jurídica, tendiente también a procurar una mayor eficacia represiva en el ámbito de los delitos económicos y de los negocios. Un sistema de respuesta para las personas jurídicas que posibilite neutralizar y, en algunos casos, reparar las lesiones colectivas que producen gravísimos daños económicos y sociales. Se regula así un catálogo de consecuencias que apuntan básicamente a la prevención y reparación de los daños causados,… Su aplicación queda supeditada a la circunstancia que la entidad o persona jurídica haya tenido oportunidad de ejercitar el derecho de defensa y, obviamente, a la comprobación de un delito. Queda establecido que a esos efectos resulta suficiente que se haya demostrado el hecho típico y antijurídico*"[12].

Diferenciándose del art. 129 del C.P. español –cuyo texto luego fue modificado por L.O. 5/2010- , el AP 06 no ha adoptado un sistema de *numerus clausus*, pues no se incluyó una cláusula como la de aquél en el sentido que las consecuencias se aplicarán "*en los supuestos previstos en el Código*"; además, en la Parte Especial no realizó una conminación específica. Al tratarse de una sanción administrativa, la técnica utilizada puede afectar el principio de legalidad –aplicable también al Derecho Penal Administrativo- en la medida en que no se adscriba a cada tipo delictivo alguna de las sanciones que se establecen en el artículo 68.

El cambio de tendencia se advierte con la incorporación a nuestro Código Penal, a través de la ley 26.683[13], en el Título 13 de la Parte Especial -relativo a los delitos contra el orden económico y financiero-, luego del art. 303 que tipifica de modo autónomo el lavado de dinero, del art. 304, el cual dispone: "*Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:…*".

---

[12] Exposición de motivos del "Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación", presentación de Luigi Ferrajoli, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 70 y 71.

[13] BO del 21/6/2011.

Las leyes 26.733 y 26.734[14] agregaron otros tipos delictivos dentro del mismo título 13 del C. Penal, en los arts. 306 a 312 inclusive; la primera de las mencionadas leyes incorporó el art. 313: "*Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal*". El parráfo 2° de dicho artículo contiene una previsión especial para las personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables; el párrafo 3° prevé la situación de la persona jurídica concursada.

3.4. Las sanciones propuestas en el AP 14

Pese a las profundas divergencias, todas 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. De tal modo, la acción como conducta humana y la culpabilidad no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo construyendo 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.

Creemos se debe intentar esa clase de intervención jurídica estatal frente a a los delitos socio-económicos que puedan realizarse a través de personas colectivas, pero sin olvidar los postulados de la Constitución, que es el marco jurídico básico de cualquier sanción.

Esta conclusión tiene como consecuencia la imposibilidad de fundamentar no sólo penas en sentido estricto, sino también medidas de seguridad, pues la imposibilidad de realizar una conducta conlleva la del hecho antijurídico y la del juicio de peligrosidad, porque por definición nunca se podrá afirmar la probabilidad que la corporación cometa por sí misma delitos.

En tal sentido, sería admisible un sistema de consecuencias para las personas ideales que, por lo demás, no fuera accesorio ni subsidiario a la responsabilidad individual, sino independiente del mismo; independencia que no excluye que sea complementario y no sustitutivo de la sanción por el hecho individualmente cometido en el marco de la persona jurídica y en su beneficio.

Por todo ello, en términos generales, es correcta la propuesta contenida en el Título IX del AP 14 que prevé -cuando se cumplen los requisitos ("condiciones") fijados por el art. 59- determinadas "sanciones" enumeradas en el art. 60, a las personas jurídicas privadas, las cuales resultan "responsables", en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actuaren en beneficio o interés de ellas, aunque la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no

[14] Ambas publicadas en el B.O. 28/12/11).

generare provecho alguno para ella (art. 59 .1). 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" (art. 59.3). Estos deberes incumben a la persona física que, como órgano o representante de la persona jurídica, debía ejercer el debido control o vigilancia sobre sus subordinados, los ejecutores materiales del delito.

Efectuando un análisis comparativo de la disposición proyectada con dos antecedentes relevantes de aquélla, el art. 67 del AP 06 y el art. 31 bis del Código Penal español, introducido por el artículo único 4 de la LO 5/2010, nos parece que el art. 59 del AP 14 tiene mayor similitud con el texto español por cuanto ambos prevén que serán únicamente aplicables a un *numerus clausus* de delitos, expresamente establecidos en distintos artículos de la Parte Especial, algo que no ocurre en el AP 2006. También el mencionado art. 59 del AP 14 se distancia de las disposiciones del Código Penal vigente sobre sanciones aplicables a una persona de existencia ideal cuando los hechos delictivos "hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio" de la corporación, porque las últimas constituyen conminaciones específicas establecidas en la Parte Especial para los delitos contra el orden económico y financiero tipificados en los arts. 303 y 306 a 312 C.P., inclusive.

Sin embargo, la normativa diseñada en el AP 06 -arts. 59 ("Condiciones"), 60 ("Sanciones a las personas jurídicas"), 61 ("Aplicación de las sanciones") y 62 ("Criterios para la determinación de las sanciones")- en todos los casos hace referencia a los términos "responsables" –sin estar precedido del adverbio "penalmente" y "sanciones", sin el adjetivo "penales". Por el contrario, el art. 31 bis C.P. de España, expresamente 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 MARTÍN[15], sostiene que la reforma del año 2010 ha introducido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica en sí misma en el art. 31bis.1 C.P. y ha conminado verdaderas penas para ella en el art. 33.7.

El destacado Profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha sostiene que una interpretación sistemática del art. 31 bis.1 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 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,

[15] *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.htm1. Citado por JOSÉ DANIEL CESANO, *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de reforma del Código penal (Decreto P.E.N. 678/12)*, valioso trabajo inédito que su autor tuvo la generosidad de poner a nuestra disposición.

desde hace algunos años solucionado por el Derecho Administrativo que en materia tan importante 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", la establece la obligación de las empresas de adoptar medidas que tienen un fin 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 muy similar a la que hay que utilizar para crear medidas de control tendentes a impedir hechos delictivos por parte de los subordinados.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina española tradicional, en la cual se ubica DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA[16], 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 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 Henares[17] 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 1.° y 2.° 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, pues, no tienen capacidad para delinquir porque no realizan una acción humana, con auténtica voluntad propia y por ello no pueden ser tampoco "sujeto activo" del delito, como sigue reconociendo toda la regulación del art. 31» (que regula la actuación en lugar de otro).

Agrega LUZÓN PEÑA[18] que «por eso las sanciones para las personas jurídicas de los arts. 33.7 y concordantes no pueden considerarse auténticas penas, aunque el CP las llame así, si no se quiere vulnerar los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad por el acto, acción hecho concreto (*nulla poena sine crimine, sine actu, sine actione*), vinculado al principio de legalidad (*nulla poena sine crimine legale*), sino una tercera clase de sanciones criminales en parte similares a las medidas de seguridad».

Me inclino a favor de la última opinión, porque cuando JOSÉ DANIEL CESANO[19] analiza si el anteproyecto de 2014 consagra o no un sistema de doble responsabilidad penal uno para la persona física y otro para los entes ideales), como igualmente cuál es la naturaleza jurídica de esas "sanciones", expresa con exactitud: «los miembros de la Comisión –conscientes de la dificultad que supone este análisis y su carácter polémico y controversial– fueron muy cautos al momento de responder a esta cuestión. En efecto, en la Exposición de Motivos, redactada por Raúl Eugenio Zaffaroni, expresamente se

---

[16] *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, Cap. 11, n° 36, p. 151.
[17] Ob. cit., n° 55, p. 514.
[18] Ob. y lug. cits.
[19] *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010.*

señala: "*La Comisión no puede ocultar las discusiones que se suscitaron en su seno respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de éstas. No es del caso resumir los diferentes argumentos, que no hacen más que reiterar los que son conocidos en la doctrina*". Y luego se insistió: "*No es menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas. Por ende, se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal*».

Agrega CESANO[20]: «Indudablemente, la cautela de estas palabras, está registrando la opinión del propio Zaffaroni quién, no sólo en su obra doctrinaria sino también en su función jurisdiccional (ver su voto en la causa "Fly Machine") se ha mostrado contrario al posicionamiento que postula la responsabilidad penal directa de la persona jurídica».

Concluye diciendo con toda razón CESANO[21]: «Desde nuestra perspectiva, la reforma no introduce una responsabilidad directa de los entes ideales; al menos al estilo en que lo pretenden autores como David Baigún o algunas legislaciones comparadas».

Agregamos para reforzar su argumento que el párrafo 3 del art. 59 del AP 14 dispone: "*Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, ésta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión*". 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 administradores o representantes del ente corporativo- tienen que controlar la conducta de sus empleados y subordinados para evitar la comisión de delitos.

Nos inclinamos pues por sostener que el AP 14 –aunque en el art. 4.2 señala que el Código se aplicará a los "*hechos imputables a personas jurídicas*"- propone un **sistema vicarial de responsabilidad de la persona colectiva**, por los delitos expresamente establecidos en la Parte Especial, cometidos por sus órganos, funcionarios y empleados. Al respecto, acudiremos a la clara explicación de NIETO MARTÍN[22]: 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

[20] *La responsabilidad penal …*
[21] Ob. y lug. cits.
[22] *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010.*

responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales».

Ya vimos las razones por las cuales las "sanciones" proyectadas no son penas. «*Y tampoco son medidas de seguridad* en sentido estricto, pues éstas requieren peligrosidad criminal en el sujeto a quien se aplican, y en las "medidas" aplicables a personas jurídicas no hay peligrosidad criminal en sentido estricto en éstas, puesto que no pueden delinquir. Son realmente una tercera clase de sanciones criminales 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. Y al igual que las hasta ahora denominadas *consecuencias accesorias*, son de naturaleza jurídico penal –y 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»[23].

No podemos ocuparnos en este momento de analizar en detalle las sanciones que propicia el Anteproyecto 14, pero coincidimos con la valoración positiva general de MARCELO A. RIQUERT[24], pues "se trata da una decisión político-criminal acertada y, a esta altura, impostergable. Este juicio favorable se funda en que el cotejo de lo proyectado con las aisladas normas vigentes en el propio Código o en leyes especiales que se procura unificar permite advertir que el criterio que se adopta es superador de déficits observables en aquellos. El Título IX del Libro Primero, …, ofrece una estructura mucho más completa que establece condiciones de procedencia, un elenco de sanciones, reglas de aplicación y criterios para su determinación. Sólo eso ya es una enorme ganancia en comparación con lo que hoy está rigiendo en la materia".

Por último, el inc. 8° del art. 59 establece una excepción en materia de prescripción de la acción a favor de las personas de existencia ideal: "*La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años*".

Para justificarlo, la Exposición de Motivos expresa que la duración razonable del proceso no puede ser la misma que para un individuo "*pues semejante arrastre punitivo es susceptible de condicionar su extinción, toda vez que importa una imposibilidad de evaluar sus activos a efectos de mercado*".

Creemos que dicha cláusula debería ser suprimida, dejando vigente el régimen general de prescripción de la acción, pues el argumento de la Comisión redactora no es convincente dado que cualquier persona física sometida a proceso, especialmente si es privada de su libertad, puede sufrir consecuencias similares a las que se quieren evitar a las personas colectivas.

---

[23] LUZÓN PEÑA, ob. cit., Cap. I, n° 27, pp. 9 y 10. Distinta es la opinión de CESANO (*La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto…*, ya cit.), 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".

[24] *Breve glosa a las sanciones para las personas jurídicas en el Anteproyecto 2014*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Año IV, Número 9, octubre 2014, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 261.

La reincidencia y el Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Ana María Cortés

Introducción

El estudio del Derecho puede abordarse desde la Doctrina, la Ley y la Jurisprudencia, es así que nuestra tarea fue incursionar en estas grandes áreas lo relativo al asunto sometido a análisis.

Sabemos que la Reincidencia consiste en la situación del sujeto que habiendo cumplido en todo o en parte su condena a una pena privativa de la libertad, incurre en un nuevo delito, evidenciando así que el tratamiento penitenciario, en él, ha fracasado[1] (arts. 50 y ss del CP vigente).

Del análisis del Anteproyecto de Código Penal para la Nación presentado el 10 de diciembre de 2013, no surge que se receptara el instituto de la Reincidencia.

El Título III se denomina "De las penas y medidas", ocupándose "De las penas y su determinación" en el Capítulo I.

En el art. 17 se mencionan las penas para este Código (prisión, multa e inhabilitación y, en su caso, las alternativas), seguidamente el art. 18 enuncia las causales que debe tener en cuenta el juez al individualizar las penas "in concreto" bajo el título: "Fundamentos para la determinación de la pena", exigencia de toda sentencia bajo pena de nulidad[2], como lo aclara en la Exposición de motivos. En ningún momento se dispone considerar dentro de las circunstancias de mayor o máxima gravedad, a los delitos cometidos con anterioridad al último hecho motivo de ese juzgamiento pero, al hablar del "Reemplazo de la pena de prisión" en el art. 31 se afirma que *"....Quien ha sido condenado a pena de prisión y ha cumplido todo o parte de esta pena y, en un tiempo no muy prolongado, o sea a menos de cinco años del cumplimiento de ella, comete un nuevo delito de cierta gravedad, requiere que se lo trate con mayor desconfianza en cuanto a su conducta futura… este nuevo delito de mediana gravedad está poniendo de manifiesto una considerable asunción del rol desviado."*

Artículo 18º

Fundamentos para la determinación de la pena

1. La pena se determinará conforme a la culpabilidad por el ilícito, para lo cual se tendrá en cuenta:

a) La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del daño o peligro causados.

b) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho, la capacidad de decisión en la situación concreta y la calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir.

2. Por regla general, serán ***circunstancias atenuantes:***

---

[1] Refiriéndonos a la Reincidencia real ya que, en la ficta, basta la condena anterior sin que sea necesario el cumplimiento efectivo de la pena.

[2] Barbagelata, en sus Disidencias, considera que el Anteproyecto incursiona en materia procesal sosteniendo que ello es competencia de las provincias, no así Pinedo que al referirse, en el inc 6 del art. 18 del mismo cuerpo legal, estima que resulta obvio que el juez debe fundar toda sentencia bajo pena de nulidad. Esta disposición no invade facultades legislativas procesales, pues no se refiere a ninguna condición de forma sino a un requisito de fondo. Una sentencia condenatoria que no fundamente la pena no tiene fundamento y, por lo tanto, es arbitraria y debe ser anulada.

a) Ser menor de veintiún años o mayor de setenta al momento de la ejecución del hecho.

b) Cualquier padecimiento que disminuya considerablemente las expectativas de vida.

c) Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.

d) Actuar por motivos valiosos que no eximan de responsabilidad.

e) Las consecuencias lesivas considerables que hubiere sufrido el autor o partícipe como resultado de la ejecución del hecho.

f) Haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito.

g) El comportamiento espontáneo posterior al delito, que revele su disposición a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto.

h) La cooperación en el esclarecimiento del hecho.

i) Las previstas en los incisos 2º y 3º del artículo 19º, cuando no se verificaren suficientemente los requisitos para la aplicación de aquéllas disposiciones.

3. Por regla general, serán ***circunstancias de mayor gravedad[3]:***

a) La pluralidad de agentes.

b) La alta organización.

c) La indefensión de la persona o del bien jurídico afectados.

d) Valerse de la condición de autoridad pública o de una relación de superioridad o confianza.

e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias.

f) Actuar con crueldad o inferir grave dolor físico o moral a la víctima.

g) Provocar daños o perjuicios innecesarios en la ejecución del hecho.

h) Valerse de un menor de catorce años o de una persona incapaz.

4. En todos los casos serán ***circunstancias de máxima gravedad:***

a) Valerse de un alto grado de conocimiento técnico, idóneo para producir destrucción o peligro masivo para la vida o la integridad física.

b) La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.

c) Valerse de una función relevante en una asociación ilícita de alta organización y complejidad o de una función de mando en empleo público, en la comisión de hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.

---

[3] Disidencia del Dr. Federico Pinedo. Propone incorporar como circunstancia de mayor gravedad, en el artículo 18 inciso 3, como apartado i): *Las reincidencias en que hubiere incurrido el agente.* A tal efecto, propone la inclusión en el art. 63 del Anteproyecto, de la siguiente definición: "*Se entenderá que hay reincidencia cuando el condenado a una pena por sentencia firme, cometiere un nuevo delito conminado con la misma clase de pena dentro del plazo de cinco años desde la extinción de la condena anterior*".

5. No se considerarán circunstancias agravantes las constitutivas de la descripción legal del hecho.

6. El juez deberá fundar la pena en forma precisa y circunstanciada conforme a los criterios señalados en este artículo, bajo pena de nulidad.

En la Exposición de Motivos, redactada por el Presidente de la Comisión, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, dentro de una completa reseña histórica de la evolución legislativa penal de nuestro país, se hace referencia a la "relegación"[4], copiada de la ley francesa del 27 de mayo de 1885 [5] - [6], por el Proyecto de 1891 (Rivarola, Piñero y Matienzo) origen de la relegación Argentina en Ushuaia que funcionó hasta 1947 año en el cual se cerró ese penal fueguino que tornaba más rigurosa la forma del cumplimiento de la pena pero siempre dentro de la misma medida, era una verdadera pena de deportación y se la denominó reclusión[7], manteniéndose legalmente en el art. 52 del Código Penal vigente.

A fines de 1983 se produjeron diversas reformas limitándose los efectos de la reincidencia y de la relegación del art. mencionado, introduciéndose el derecho penal de registro[8] contenido en el art. 51 del CP vigente.

Formulación del problema

El estudio sobre la naturaleza de la reincidencia plantea un problema no exento de dificultades en la estructuración del sistema del Derecho penal, ya que indirectamente, nos conduce a investigaciones relativas al fundamento, fin y eficacia de la pena; además

---

[4] Inglaterra, Rusia y Francia fijaban las residencias de los reclusos fuera de la patria (Deportación). Estas colonias penitenciarias tuvieron, en algunos casos un doble motivo; aumentar la cantidad de colonos y disminuir la cantidad de presos en la metrópoli. **Inglaterra,** en 1787 envió una flota al mando de Arthur Philips de 795 presos a Nueva Gales del sur (Australia) fue la primera colonia europea en la bahía de Boting, denominando Sydney al asentamiento. En **Francia,** para deshacerse de los criminales habituales y aumentar los colonos, el Parlamento francés aprobó una ley que "cualquiera que tuviese más de tres sentencias por robo de tres meses cada una, sería enviado a Guyane como un relegado". En 1852 llegaron a la Guayana francesa la primera carga de convictos encadenados desde Francia. Estas colonias fueron cerradas en 1951 incluida la Isla del Diablo. **Rusia,** envió sus presos a Siberia (Irkutsk) y a la isla de Sajalín al norte de Japón (motivo del libro de Antón Chejov: La isla de Sajalín).

[5] Esta ley crea la relegación para los reincidentes que por sus condiciones personales y por la cantidad y calidad de los delitos cometidos hagan presumir su incorregibilidad, se aplica a perpetuidad como complementaria de la última condena y es obligatoria para el juez. La ley anterior sustituía los trabajos forzados y galera.

Sin excluir al delincuente del país, **Alemania** incorporó a su legislación "El internamiento en custodia de seguridad" para la protección de la sociedad frente al peligroso delincuente por tendencia, respecto al cual se ha revelado ineficaz incluso la larga ejecución penitenciaria. Hasta 1945 tuvo una frecuente aplicación con el objeto de combatir la reincidencia, en adelante los Tribunales tuvieron gran cautela para aplicarla ya que desvinculada del principio de culpabilidad, prolongaba la detención (JESCHECK, Hans – Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General- Edit. Comares- Granada. 1993,* p.*739 y ss.*y 811/812). Pero en el Código de 1998 § 66 se mantiene esa medida bajo el nombre de "Internamiento en un establecimiento de custodia de seguridad" conteniendo diferentes casos del instituto que denominamos reincidencia.

[6] Norma que remplazó la ley de relegación de Napoleón III del 30 de mayo de 1854.

[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl - Alejandro Alagia- Alejandro Slokar. *Derecho Penal. Parte General.* Edit. EDIAR. Buenos Aires. 2003. p. 946 y ss.

[8] Ley 11. 752 que crea el Registro Nacional de Reincidencia.

de la peligrosidad del delincuente, conceptos de Filosofía jurídica y de Política criminal, que se traducen, en definitiva, en un distinto modo o medida de la reacción penal[9].

En general, como cuestión de fondo y, basándonos en que uno de los fines del Derecho es propender a la seguridad jurídica con su lógica consecuencia, obtener la calma social, el problema puede presentarse de la siguiente manera:

"¿Es conveniente mantener o suprimir el instituto de la reincidencia para disminuir el índice de criminalidad?"

Adelantamos que ninguna de las dos opciones, positiva o negativa, exclusivamente, podrían cumplir con ese propósito, deteniendo a un sujeto en su carrera delictiva, sino que para ello es preciso realizar un análisis sistémico de diferentes factores sociales, económicos, políticos, culturales, de valores, etc. que componen el conflicto y, a partir de ese diagnóstico, elaborar estrategias de política criminal para solucionar eficazmente la problemática detectada evitando, en la manera de lo posible, el ilícito.

En particular:

"¿Funciona la aplicación de una pena más grave para que un delincuente adquiera respeto por la ley y no la vulnere nuevamente?

Como la eliminación total de la delincuencia es una utopía, ante la comisión de un delito, se debe tender a procurar la reinserción social del delincuente (prevención especial) para ello se necesita no sólo una Ley adecuada, sino un tratamiento eficaz y una atención post-penitenciaria que colabore con el delincuente evitando que vuelva a delinquir dentro de un sistema penal de garantías tanto para el infractor como para la sociedad. Esto no es sólo responsabilidad del Estado sino que cada habitante debe respetar los valores que su misma comunidad definió como importantes y los ataques a esos valores en perjuicio de los demás integrantes deben tener como lógica consecuencia una pena adecuada al hecho y al autor.

El estado de la cuestión. Objeciones al instituto de la reincidencia

Algunas objeciones basadas en la inconstitucionalidad del instituto para mantener la Reincidencia son[10]:

- Es violatorio del principio *non bis in idem*
- Sustituye un Derecho penal de acto por un Derecho Penal de autor.
- Asienta la pena en la peligrosidad del delincuente y no en su culpabilidad por el hecho.

Seguidamente, daremos respuestas a cada una de las cuestiones que avalan la negativa de que un cuerpo legal incluya esta agravante de la pena.

A la primera cuestión:

---

[9] Conf. en lo sustancial FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Segunda Edición. Tomo III, p. 208.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970.

[10] Otros temas de análisis son: La discusión si la reclusión accesoria por tiempo indeterminado es una pena o una medida de seguridad; los principios contenidos en la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales respecto a la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, el principio de legalidad y reserva penal, la proporcionalidad de la pena, la libertad condicional, etc.

Se sostiene que erigir a la reincidencia en circunstancia determinante de agravación de la pena violaría el principio *non bis in idem* ya que la misma debe guardar justa proporción con el delito, importando la retribución matemática del mal que con él se causó. Un nuevo delito debe ser reprimido con idéntico criterio y no puede modificarse por el hecho de que un delito anterior motivara una condena. El delincuente ya ha expiado el delito anterior, el cual, por lo tanto, no es justo tener en cuenta al castigar otro delito posterior.[11]

A ello se puede responder con las palabras de Carrara quien encontró la razón de ese plus en la insuficiencia de la pena ordinaria demostrada por el nuevo delito y aclara en sus Opúsculos*: "Al castigar más al reincidente, no se le reprocha de nuevo el delito precedente; no se toma en cuenta la maldad del hombre, no se mortifica porque no se haya sido correcto. No sucede nada de esto. La imputación queda la misma. Pero el hecho ha probado que la pena es insuficiente en relación a la sensibilidad de ese hombre. Por lo tanto, para no realizar un acto insuficiente de defensa, es necesario aumentarla"*

En el Programa, se lee*: "No se puede afirmar que, a causa de la reincidencia se aumente la cantidad del segundo delito, pues ella no es ningún motivo para aumentar la imputación, y este supuesto fue el error que ocasionó tan graves objeciones contra la pena de la reincidencia. Se afirma que el reo ha saldado ya la primera partida y sería injusto ponérsela en cuenta por segunda vez. En vano los moralistas declaman contra la mayor perversidad del reincidente, pues el derecho penal, juez competente de la maldad de un acto, no puede mirar a la maldad del hombre, sino traspasando sus límites. Estas censuras, sostenidas por notables criminalista (como Carnot, Tissot, etc.) no tendrían réplica si se quisiera considerar como correspondiente a un aumento de imputación, el aumento de rigor contra los reincidentes".*

En el parágrafo siguiente sostiene: *"De manera que la única razón aceptable para aumentar la pena del reincidente consiste en la insuficiencia relativa de la pena ordinaria; y esta insuficiencia la demuestra el reo mismo con su propio hecho, es decir con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena"* [12]

La segunda y tercera cuestión, pueden tratarse conjuntamente:

Para Núñez, dentro de un criterio objetivo / subjetivo, puede decirse que el fundamento de la pena es la culpabilidad y la medida de ella es la peligrosidad del sujeto[13] pero que se lo pena por lo que hace, no por su modo de ser.

La reincidencia no representa una causa de incremento de la culpabilidad como sostiene Maurach, siendo el autor más gravemente castigado por la mayor culpabilidad derivada del hecho determinante de la reincidencia; ni como sostiene Sauer quien sitúa a la reincidencia como un grado entre los tipos de intensidad de la culpabilidad crónica que hace ir desde la que llama mera reincidencia del mismo delito hasta "la culpabilidad elevada de energía y tenacidad" de quienes hacen del delito su medio de vida[14]

---

[11] BAUMAN, *Strafrecht*, p. 267 mencionado por Fontán Balestra en ob. cit.T. III, p. 209

[12] CARRARA, Francesco. *Opusculi*. Vol. II pp. 127 y ss. Citado por Fontán Balestra , p 210. Y en su *Programa de Derecho Criminal*. Tomo II. Parágrafos 737 y 738. Editorial Temis Bogotá – Depalma. Bs. As. 1977.

[13] NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Lerner, 2009, p. 304 al tratar el art. 41 del Código penal vigente.

[14] Mencionado por Fontán Balestra, obra cit. T III, ps. 211 y ss.

En realidad, la circunstancia de que el autor de un hecho delictuoso haya purgado pena por otro anterior, no se debe considerar al juzgar la culpabilidad en el nuevo hecho por el que se lo acusa, pero si tenerse en cuenta respecto a la responsabilidad que se le atribuye y que será la consecuencia jurídica de ese injusto que se le imputa y de su conducta ilícita anterior.

Ello no implica abandonar la idea de un derecho penal de acto ni sustituir a la culpabilidad por la peligrosidad del sujeto. La culpabilidad por el hecho es un principio consolidado a través de los siglos y el agravamiento de la pena se debe a que la *recidiva*, al ser una repetición de acciones delictuosas, han revelado una mayor inclinación al delito y un mayor desprecio hacia la ley.

Para Roxin, "Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual, la punibilidad se vincula a una acción concreta descripta típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo". Agrega que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, favorece más un Derecho penal de hecho que un Derecho Penal de autor[15]. Sin embargo hace referencia en el mismo texto, a las influencias del Derecho penal de autor, agravatorias de la pena, aunque concluyendo que ello no se pueden reconocer en el Derecho penal alemán, ni en la Parte especial, ni en las regulaciones dogmáticas de la Parte General ni en la medición de la pena.

Jakobs[16] estima que la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. "Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma". De acuerdo a ello, ¿podría deducirse que en el sujeto que infringe la norma repetidamente luego de una condena firme, tendría que reafirmarse con mayor rigor la consecuencia jurídica para que se cumpla con la expectativa de evitación del conflicto?

En la Exposición de motivos del Anteproyecto se "…considera indispensable desarrollar una dogmática jurídico – penal de la cuantificación penal…" para ello establece criterios entre los cuales se encuentra la gravedad del ilícito o injusto penal, sosteniendo que "sólo se puede valorar el grado de culpabilidad en relación siempre al concreto injusto que se reprocha o pretende reprochar y no a otro" y para ello establece tres criterios: la comprensión de la criminalidad del injusto, las circunstancias que rodean la conducta y los motivos que son un componente a tener en cuenta en la valoración del reproche y que hacen a la culpabilidad.

Al hablar de las circunstancias de gravedad máxima que los jueces deben considerar siempre, en los casos en los cuales el autor es depositario de conocimientos técnicos, aclara que "No se agrava aquí por la peligrosidad del sujeto activo, sino que se le agrava el reproche por la mayor exigibilidad a su respecto"

---

[15] ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General.* T. I, Edit. Civitas. S.A. 1997, p. 176 y ss.

[16] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997. p. 14. Ver, además: *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente.* Trad. de Teresa Manzo Porto, en "Revista peruana de Ciencias Penales". Año VII – VIII Edición especial Nº 12 y *Derecho Penal del enemigo* (expresión acuñada en 1985). Cuadernos Civitas. Madrid, 2003. Este autor crítica la "custodia de seguridad" contenida en el Código Penal Alemán posición que luego varía fundamentando el Derecho Penal del enemigo en el derecho de los ciudadanos a la obtención de un mínimo de seguridad frente a quienes no cabe establecer expectativas cognitivas.

No se discute que en un Derecho Penal liberal la responsabilidad se asienta en la culpabilidad del sujeto, pero el injusto o los injustos anteriores deben ser considerados como un antecedente objetivo al momento de proceder a individualizar la pena.

Al referirnos al **antecedente** estamos hablando del hombre y su historia delictiva, no del hombre peligroso de la escuela del Positivismo criminológico, determinado a delinquir.

El Anteproyecto agrega al hablar de los motivos: "… Pero cuando no están considerados como agravantes o como atenuantes, no por eso deben dejar de tenerse en cuenta para graduar la culpabilidad a fin de establecer la penalidad dentro de la respectiva escala" esto también podría aplicarse para considerar el antecedente penal. De igual manera se hace referencia a que "Con el mismo criterio de indicación general se proyectan las circunstancias que por lo regular, indican una mayor gravedad del hecho"

Seguidamente nos referiremos a algunos casos de **Jurisprudencia** relativos a los temas tratados.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso de hecho. Arévalo, Martín Salomón s/causa nº 11.835. del 27 de mayo de 2014, dispone.

"Que la cuestión relativa al planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia, resulta sustancialmente análoga a la resuelta en "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938), "L` Eveque" (Fallos 311; 1451), y "Gramajo" (Fallos 329;3680) – especialmente, considerandos 12 á 18 del voto del juez Petracchi-, y a ellos corresponde remitir en lo pertinente". En este fallo se sostiene, como ejes del dictamen, con el voto de Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Carlos Fayt, que: "El sistema de reincidencia es válido porque sólo toma en cuenta el dato objetivo de la anterior pena para ajustar el tratamiento penitenciario que corresponde aplicarle a quien comete un nuevo delito (…) esta valoración no implica volver a castigar el primer delito". El Tribunal "refutó la tesis de que con este sistema se castigue a una persona por lo que es y no por lo que haya hecho (…) la mayor severidad en el cumplimiento de la nueva sanción no se debe a la mera circunstancia de que el sujeto haya cometido antes un delito, sino al mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito".

- **Gómez Dávalos, Sinforiano. s/recurso de revisión.** Fallos 308; 1938 (1986). SUMARIOS[17]:

El instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito.

Lo que interesa a los fines de la reincidencia es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual, reincide demostrando su

[17] Núcleo de la cuestión: Cumplimiento parcial de la pena.

insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce.

A los fines de la reincidencia, es suficiente contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena.

Si al momento de cometer en prisión el segundo delito, el condenado lleva cumplido efectivamente como penado – desde la fecha de la primera condena y sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva – un período de encierro de ocho años y once meses, éste resulta suficientemente amplio para considerar que en la especie ha mediado cumplimiento parcial de la condena anterior en los término del art. 50 del código Penal, lo que autoriza la declaración de reincidencia impugnada confirmándose la decisión apelada.

José Severo Caballero – Augusto César Belluscio – Carlos S, Fait – Enrique Santiago Petracchi – Jorge Antonio Bacqué.

Recurso de hecho. Gómez, Humberto Rodolfo s/causa Nº 13.074. (5 de febrero de 2013).

Se niega el recurso extraordinario presentado por la Defensora Oficial de Humberto Rodolfo Gómez originando la queja que se considera inadmisible según los artículos 280 del CPP de la Nación. - Ricardo Luis Lorenzetti – Elena Highton de Nolasco – Enrique Petracchi – Luis Carlos Maqueda – Carmen Argibay.

Disidencia del Ministro de la Corte Eugenio Raúl Zaffaroni.

En los Considerandos de su voto, se lee que Humberto Rodolfo Gómez fue condenado con fecha 2 de abril de 2010 a la pena única de prisión de 8 años y se le mantuvo la declaración de la reincidencia. En los inicios de 2011 la defensa solicitó su libertad condicional basada en el tiempo transcurrido y en las buenas calificaciones obtenidas en el informe practicado por el Servicio Penitenciario.

El juez a cargo de las tareas de Ejecución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Córdoba, con fecha 6 de septiembre de 2010 concedió la libertad del condenado e hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal tal como fuera solicitado por la defensa. El Fiscal General interpuso Recurso de Casación que le fue concedido. La Sala III de la Cámara de Casación resolvió por unanimidad hacer lugar al recurso interpuesto por la Fiscalía denegando la libertad condicional, teniendo en cuenta lo que se había fallado en otras causas y especialmente en diferentes Fallos de la Corte.

Resumiendo, en su disidencia, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene la inconstitucionalidad de la reincidencia y "la violación del principio que prohíbe la doble punición, pues el plus de pena o cualquier agravación de ésta que se imponga al segundo delito, lo será en función de "un delito" que se ha juzgado y penado". Agravar por un segundo hecho, instala una idea de "peligrosidad" de la persona, sobre conjeturas. Rechaza la teoría el "desprecio del valor admonitorio de la condena" y señala que en los intentos históricos por sostener la reincidencia hay una "obstinación doctrinaria" y "ninguna obstinación de esta naturaleza ha sido gratuita a lo largo de la historia del derecho penal, sino que siempre ha respondido a las dificultades políticas coyunturales y a la posibilidad del escándalo mediático".

- **Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad**. 5 de febrero de 2013.

Con el voto de la Dra. Carmen M. Argibay y la disidencia del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, se sostiene que "…el principio de culpabilidad exige para sancionar a una persona por un hecho determinado, éste tiene que poder serle imputado tanto objetiva como subjetivamente, extremo que ha sido explicado como la posibilidad real que tienen las personas de ajustar su conducta a los mandatos de la ley. Esta exigencia forma parte del principio esencial propio de un Estado de Derecho según el cual sólo puede constituir objeto del reproche penal un comportamiento orientado a quebrantar una norma de tal carácter…. Dicho principio no puede llevarse al extremo de una inviable simplificación que despoje a la conducta de una serie de circunstancias que están estrechamente ligadas a ella y pueden, eventualmente, fundar un mayor grado de injusto o culpabilidad, según el caso"

Desde otro costado se manifiesta que "Tampoco resulta admisible la afirmación del impugnante en relación al derecho penal de autor, pues no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente a una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos[18] pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta a tales fines el modo en el que el individuo ha conducido en general su vida o las características esenciales de su personalidad, tales como raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas, condición social, etcétera.

"En estrecha vinculación con la cuestión que aquí se trata, se encuentra el instituto de la reincidencia, pues también presupone un agravamiento de la pena – para obtener la libertad condicional – para quien es sancionado criminalmente y registrase una condena previa. La validez constitucional de este instituto fue declarada por esta Corte Federal hace más de dos décadas, ocasión en la que se afirmó que haber sido condenado en una oportunidad anterior implica un mayor grado de culpabilidad por el desprecio que se manifiesta frente a la eventualidad de un nuevo reproche penal".

- **L'Eveque, Ramón Rafael. p/robo.** Fallos 311:1451 (1988)

Procede el recurso extraordinario si se ha puesto en tela de juicio la validez del art. 14 del Código Penal y la sentencia apelada es contraria a esa validez.

La prohibición de la doble persecución penal tiene rango constitucional.

El principio "non bis in idem" prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena – entendida esta como un dato objetivo y formal – a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal.

La mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del

[18] Sancionado judicialmente por el uso de armas en delitos dolosos contra la vida o integridad física de las personas. La pena de 14 años y 6 meses que se le impusiera a Maciel respondió a la unificación de la pena impuesta por el hecho imputado en esta causa, con otra pena única referida a un conjunto de delitos de marcada gravedad por los que el encartado fuera declarado autor responsable.

desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito.

La garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no será arbitraria, no configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable.

El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que le ha sido impuesta.

Gramajo, Marcelo. CSJN. S / Inconstitucionalidad art. 52 del Código Penal
(Fallos 329:3680 – 5 septiembre de 2006)

En este meduloso fallo de la CSJN (Ministros: Enrique Santiago Petracchi - Elena Highton de Nolasco – Carlos S. Fayt – Juan Carlos Maqueda – E. Raúl Zaffaroni – Ricardo Luis Lorenzetti – Carmen M. Argibay) se establece: "Que de acuerdo a lo hasta aquí expuesto, habrá de declararse que, **en el caso concreto**[19], la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) apartándose del precedente "Sosa" (Fallos 324:2153)[20]

En el cuerpo del fallo, se menciona que la facultad del Legislador no ofende la letra Constitucional al establecer escalas penales adicionando a ellas una amenaza secundaria que se reservará para aquellos individuos que por condenas anteriores y por las reincidencias en que hubieren incurrido representen un peligro concreto para la sociedad. Además, se considera si la reclusión accesoria por tiempo indeterminado es una pena o una medida de seguridad, los principios de legalidad, culpabilidad y persecución penal múltiple consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, se explicita el origen histórico y legal del artículo 52 del CP, el derecho penal de autor, el principio de reserva y autonomía personal (art. 19 CN), la proporcionalidad de las penas, la peligrosidad del agente, etc.

Nuestra posición

Nos pronunciamos negativamente a la exclusión radical del antecedente para determinar la pena en el caso concreto, ya que una cosa es aceptar la Reclusión accesoria por tiempo indeterminado (como un *plus*) a la última condena y otra considerar el antecedente en la individualización judicial de la pena.

Atento a que la conminación legal de la consecuencia jurídica del ilícito está establecida de manera flexible, es decir entre un mínimo y un máximo, el art. 18 del Anteproyecto considera circunstancias atenuantes y agravantes. Entre las agravantes menciona a las "circunstancias de mayor gravedad" y "circunstancia de máxima

[19] El remarcado nos pertenece.

[20] En este caso concreto, Gramajo había sido sentenciado a dos años de prisión más la Reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del Código Penal, por un Robo en grado de Tentativa, que lo lleva a una pena de doce años, cinco de los cuales los cumpliría extramuros.

gravedad". Estimamos que en las de mayor gravedad debería incluirse el antecedente delictivo.

En consecuencia, adherimos a lo manifestado por el Dr. Federico Pinedo en sus Disidencias cuando propone incorporar como circunstancia de mayor severidad en el artículo 18 del Anteproyecto

Art. 18:
Apartado i) *Las reincidencias en que hubiere incurrido el agente.*

A tal efecto propone la inclusión en el art. 63 del Anteproyecto al referirse a la Significación de conceptos empleados en el Código:

> *"Se entenderá que hay reincidencia cuando el condenado a una pena por sentencia firme, cometiere un nuevo delito conminado con la misma clase de pena dentro del plazo de cinco años desde la extinción de la condena anterior"*

Esta disposición zanjaría la disyuntiva de si los delitos deben ser dolosos o culposos, si nos referimos a una reincidencia genérica o específica y si solamente debe hablarse de penas privativas de la libertad y no de otra clase de pena[21].

La prevención especial de la pena cobra particular importancia al momento de considerar el tema bajo análisis ya que si la prevención general negativa, contenida en la amenaza penal no cumplió su función disuasoria en el caso concreto, debe buscarse otro medio para que el sujeto reflexione, adquiera respeto por la ley y se lo motive para que no vuelva a delinquir, siendo conscientes que un aumento en la cantidad del encierro por sí sólo no basta para alcanzar el fin específico de la pena.

El tema del Registro del antecedente ya es otra cuestión motivo de un estudio específico.

Bibliografía

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal.* Tomo II. Editorial Temis Bogotá – Depalma. Bs. As. 1977.
FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Segunda Edición. Tomo III, p. 208.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970.
JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación.* Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997.
JESCHECK, Hans – Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*- Edit. Comares - Granada. 1993.
LASCANO, Carlos. *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio.* Edit. Advocatus. Córdoba, 2002.
MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* 4ª Edición. PPU. SA. Barcelona. 1996.
NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Lerner, 2009.
ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General.* T. I, Edit. Civitas. S.A. 1997.
SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Edit. TEA. Buenos Aires, 1976.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl - Alejandro Alagia- Alejandro Slokar. *Derecho Penal. Parte General.* Edit. EDIAR. Buenos Aires. 2003.
DERECHO COMPARADO.
JURISPRUDENCIA: FALLOS CSJN

[21] De la manera que está presentado el concepto se apartaría de lo dispuesto por el CP vigente que dispone que la pena privativa de la libertad dispuesta en la condena debe cumplirse en todo o en parte.

El instituto de la reincidencia en el Anteproyecto de Código Penal 2014 —test de compatibilidad—

Diego A. Peretti Ávila

I. Introducción

La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto 678/2012 del 7 de mayo de 2012 se propuso como tarea, entre otros temas, abordar la posibilidad de modificación del instituto de la reincidencia, regulado en los arts. 50 al 52 del Código Penal vigente.

En el informe técnico correspondiente al Anteproyecto presentado se evidencian dos posiciones respecto del abordaje de la referida institución:

a) **Una primera y mayoritaria**: que propone la vigencia de los principios de la reincidencia sólo a los efectos de la ejecución de la pena, eliminando sus consecuencias a los fines de la extensión de la sanción[1]. Conforme este punto de vista, la reincidencia sólo incidiría en la posibilidad de reemplazo del lapso total de la condena de cumplimiento efectivo por los dos tercios de ésta en las penas que van desde los tres hasta los diez años de prisión; puesto que, en lo que respecta a las inferiores, la limitación no sería obligatoria para el juez y, en lo relativo a las sanciones consideradas "graves" -que superan el límite de la década-, la regla general propuesta es la de la prohibición de dicha sustitución y

b) **Una segunda postura minoritaria, propiciada por el Dr. Federico Pinedo**: que propone la incorporación de la reincidencia al texto del artículo 18º del Proyecto como una circunstancia agravante para la determinación de la sanción y, a su vez, como una accesoria a la pena de prisión para ciertos delitos cometidos en circunstancias de máxima gravedad; por entender éste que es importante asegurar a la comunidad frente a personas con criterios individuales favorables al delito.

El instituto de la reincidencia es un elemento que se encuentra inserto en el engranaje de nuestro universo jurídico y, ante la posible desaparición del mismo en lo que respecta a su incidencia como circunstancia agravante en el proceso de determinación de la pena, se impone el deber inevitable de analizar esta modificación desde una perspectiva general, a los fines de proyectar las consecuencias que puede esto llegar a ocasionar o no en el resto del sistema.

II. Formulación del problema

De acuerdo a lo desarrollado, el objeto de esta investigación se puede formular de la siguiente manera: *¿Corresponde introducir del instituto de la Reincidencia como circunstancia agravante en el proceso de determinación de la pena?*

III. Antecedentes

Aclaramos, en primer orden, que existen infinitos matices entre los diferentes puntos de vista de los autores que han abordado esta problemática y que son muchas las diversas

[1] Cabe destacar que la solución que propone la Comisión es análoga a la contemplada en el Código Penal Alemán, que ha derogado el instituto de la Reincidencia como condición agravante de la pena –viejo § 48- y la ha mantenido a los efectos de la disminución del tiempo efectivo de la condena Strafgezsetzbuch § 57.

formulaciones. Hemos decidido, de antemano, excluir la consideración de las antecedentes que identifican al instituto de la reincidencia desde la perspectiva del "*peligrosismo*" o del "*modo de ser de delincuente*"; debido a que ese planteo es ajeno al punto de partida de derecho penal liberal de neto corte garantista, desde donde vamos a encarar esta investigación.

Las posiciones que expondremos aquí son:

III.1. La reincidencia debe desaparecer del Derecho penal como circunstancia agravante de la pena

Esta tesis es defendida por numerosos autores de gran prestigio, tanto en el plano internacional como local.

Exponentes como el célebre Luigi Ferrajoli, al llevar a cabo su configuración garantista del esquema jurídico penal, analiza a la culpabilidad como elemento normativo del delito –no del autor del hecho- que se puede traducir en términos de exigibilidad o inexigibilidad.

Para el jurista florentino, la condición deóntica de este elemento del ilícito penal, impone un juicio que puede traducirse en términos aléticos – valores de verdad en razón de categorías de necesario, contingente, posible e imposible – de actuar o no hacerlo de otro modo.

La alésis, al ser una propiedad de la lógica, sólo puede aplicarse a las conductas y no a las personas, debido a que se atribuye a través de esta, como es natural de pensarse sólo a las acciones que se pueden traducir en proposiciones y no a los sujetos que revisten la condición de agentes y, respecto de los cuáles, nada puede afirmarse inicialmente en esos términos.

La culpa así concebida deviene una modalidad que presupone el libre albedrío –caso contrario no existe alésis- y que conecta lógicamente a ambos extremos a través de un juicio de reprochabilidad, el cual se dirige, como es natural de afirmarse, sólo a una conducta considerada en sí misma.

El autor italiano termina concluyendo su argumentación del siguiente modo: "*Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría de peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal,* ***la reincidencia****, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad*"[2].

En idéntico sentido parece expedirse Roxin al decir que al no haberse podido encontrar otro fundamento distinto del derecho penal de autor –inconciliable con el principio de culpabilidad- en el agravamiento de la pena a causa de la reincidencia, se procedió a su derogación del Código Penal Alemán[3].

De igual modo, en nuestro plano, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, presidente de la comisión reformadora, aboga por la desaparición del instituto, por entender que resulta imposible de justificar cualquier tipo de agravamiento de la pena en razón de una

---

[2] FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y Razón –Teoría del garantismo penal-*; traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés; editorial Trotta, Madrid, 1995, pág 500. La negrita me pertenece.

[3] ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal –Parte General-*; traducción al español de la 2da. edición alemana a cargo de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, editorial Civitas, 1ra. edición, Madrid, 1997, T. I. pág. 186.

categoría tan primitiva como la reincidencia, por entender que: "*La culpabilidad del acto no puede explicar la agravación por reincidencia ni ninguna otra figura que pretenda fundarse en una condena anterior, porque conforme a los datos de las ciencias sociales, cada intervención del poder punitivo limita aun más la autonomía de la voluntad de la persona y su espacio social*"[4].

El jurista argentino desarrolla aún más su postura en contra de la institución atacando las posiciones que sostienen a la reincidencia como refuerzo de la pena o como incremento en el grado de culpabilidad cuando refiere: "*En lugar de una mayor conciencia de antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito, puesto que si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia –siendo sorprendente que no sean mayores sus índices-, el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar*"[5]. Citando seguidamente a Mittermaier, revalida su razonamiento diciendo que es el propio Estado el que debe cargar con la responsabilidad de la reincidencia de las personas, sumando a esto la afirmación que sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que lleva a exaltar como valor la obediencia en sí misma, que conduce a que el Estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es, que viola la prohibición de doble punición y de doble juzgamiento y que esquizofreniza al derecho penal después de haber producido tanto o más dolor y muerte que la analogía y la tortura[6].

Entre quiénes propugnan la desaparición de la reincidencia a los efectos de la aplicación de la sanción penal se encuentran también Baumann, Carmignani y Merkel, por citar a algunos.

III.2. Es necesaria la presencia en el derecho penal de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena

III.2.1. La reincidencia como refuerzo de la pena

En esta primera postura se destaca como uno de sus principales exponentes a Francesco Carrara quién relaciona la reincidencia con el fin disuasorio de la pena puesto que entiende que el Legislador, al establecer la sanción para un delito en particular, se impone la previsión de una "determinada cantidad de mal" *–possa essere pena bastevole una data quantità di male-* a los fines que funcione ésta como efecto disuasorio.

Asimismo, en el momento de aplicar la sanción, el juez es quién calcula, dentro de las posibilidades que ofrece la ley, esa "cantidad de mal" a los efectos que esta sirva

---

[4] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Hacia un realismo jurídico penal marginal*; Monte Ávila –Editores Latinoamericana-; 1ra. edición; Caracas; 1993; pág. 108. Se puede ver en más detalle la opinión de este prestigioso autor en su voto de disidencia en la causa tramitada ante la C.S.J.N. caratulada: "*Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Humberto Rodolfo Gómez en la causa Gómez, Humberta Rodolfo si causa n° 13.074*" –Fallos, G. 506 XLVII, 2013.

[5] ZAFFARONI, EUGENIO – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho Penal - Parte General-*; ed. Ediar; 2ª edición; Bs. As.; 2002; pág. 1059.

[6] ZAFFARONI, EUGENIO – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho Penal - Parte General*; Op. cit.; pág. 1061.

para disuadir en el futuro al condenado de volver a cometer este tipo de delito *–che l'esperienza del male che lo colpisca per primo sullo fatto, siagli lezione bastante per l'avvenire-*.

Cuando un sujeto, a pesar de haber recibido la pena por parte del Estado, reincide en el delito, queda demostrado, a las luces del juicio de la experiencia confirmatorio de la necesidad de la pena, que dicha "*cantidad de mal*" no ha funcionado para éste de acuerdo a las expectativas tanto del Juez, como del Legislador; por lo que, aplicar contra el mismo igual cantidad de pena resulta en todo fútil, debido a que la presunción de suficiencia relativa de la fuerza física objetiva de la pena *–la presunzione di sufficienza relativa della forza oggettiva di quella penalità-* se encuentra contradicha por el nuevo hecho llevado a cabo por el agente; por lo que corresponde aumentar la cantidad sanción en su contra a los efectos de obtener la finalidad de disuasión ínsita de dicha institución[7].

III.3.2.2. La reincidencia como elemento relacionado con la culpabilidad.

En esta última posición se repara en la Reincidencia como un aumento de la culpabilidad del agente.

Autores como Sauer llegan a expresar que esta institución representa un grado entre los tipos de intensidad de la culpabilidad crónica, que hace ir desde la que llama mera reincidencia del mismo delito o de los tipos relacionados entre sí, hasta la "culpabilidad de energía elevada y tenacidad" de quienes hacen del delito su medio de vida[8].

En esta misma línea de pensamiento podemos encontrar a Reinhart Maurach quién refiere que la admonición de la primera condena generaría en el agente una mayor y más actual consciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor grado de culpabilidad[9].

IV. Posición del autor —test de compatibilidad—

Respecto de la compatibilidad o no de la reincidencia con un sistema penal de neto corte liberal y de la congruencia de la estructura esta institución con los principios que sustentan a la legislación penal argentina, afirmo que corresponde hacer un análisis de la misma, preferentemente, abordándola desde las tres dimensiones más reconocidas de la pena como son la culpabilidad, por un lado, la prevención general y la específica, por el otro.

Este análisis de la institución, habrá de ser llevado adelante de este modo, en atención de tratarse de un fenómeno complejo que, a esta altura de la ciencia y de la historia no puede ser abordado desde una posición unidireccional y totalizante, sino que

---

[7] CARRARA, FRANCESCO: Programma del Corso di Diritto Criminale; Tip. Canovetti, Lucca, 1863, §§ 738 a 742.

[8] SAUER, WILHELM: Derecho Penal –Parte General-, (§ 20 II), citado por FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho Penal (Introducción y Parte General) –actualizado por Guillermo A. C. Ledesma-*; editorial Abeledo-Perrot, Bs. As.; 1998; pág. 515.

[9] MAURACH, REINHART –GÖSSEL, KARL HEINZ-ZIPF, HEINZ: *Derecho Penal –Parte General-;* ed. Astrea; traducción de la 7ª edición alemana a cargo de Jorge Bofill Genzsch, Bs. As., 1992, T. II, pág. 783. Sin embargo, el jurista alemán aclara que las penas anteriores, desde el punto de vista de la culpabilidad, no tiene necesariamente un efecto desfavorable; sino que esto depende del hecho que el autor haya ignorado de manera reprochable el efecto de advertencia emanado de las penas anteriores.

corresponde llevar a cabo su tratamiento basado en el principio del pensamiento "tópico", característico de la época en que vivimos.

Para aceptar el test de compatibilidad, la reincidencia deberá satisfacer los estándares fijados para cada una de las dimensiones en las que nos vamos a manejar a partir de ahora.

IV.1. La reincidencia en la dimensión de la culpabilidad

Resulta muy claro y convincente el argumento de neto corte lógico planteado por Ferrajoli, en el sentido que los juicios aléticos –propios de una estructura orientada directamente al derecho penal del hecho-, para poder encuadrar en el engranaje regido por el principio "nulla poena sine culpa", sólo pueden llevarse a cabo en el caso de tratarse de acciones o conductas, por lo que la reincidencia, al revestir para el jurista italiano –y para Zaffaroni- una condición personal o "modo de ser" del autor, resultaría írrita a la constitución de un sistema de neto corte liberal y garantista. Para poder avanzar en un sentido válido, si es que se quiere argumentar en favor de la continuidad del instituto como medida de aplicación de la pena, considero necesario, en primer orden, abordar esta importante objeción.

Comparto formalmente el razonamiento que lleva a cabo Ferrajoli, puesto que es indiscutible que los juicios de corte alético sólo se pueden referir a acciones y no a condiciones personales, en el contexto en que nos referimos. Sin embargo, me aparto de la conclusión a la que arriba el maestro del garantismo penal, en razón que entiendo que la reincidencia representa un incremento en el grado de culpabilidad del autor del delito.

Me estoy refiriendo específicamente a la **reprochabilidad penal**, puesto que el reincidente, en razón de haber sufrido los efectos de una condena anterior, se encuentra en una situación de mayor posibilidad de contra motivarse para llevar a la práctica el injusto.

El efecto de la condena no incide en modo determinante en la representación de los presupuestos objetivos del hecho típico que pueda llegar a realizarse el sujeto, ni en la voluntad de configurar la realidad de ese modo; puesto que, en este sentido, el hecho nuevo es independiente del anterior y, en ese caso –considerar a la reincidencia como incremento del grado del dolo- se estaría concediendo la razón a los detractores del instituto. Si lo que va a incidir sobre la medición de la pena está dirigido al sujeto en razón de haber éste recibido una condena anterior, la pregunta que se impone, forzosamente, es la siguiente: ¿**Qué tiene que ver el efecto de la pena cumplida con la representación dolosa del hecho**? -personalmente, estimo que muy poco o casi nada-.

El mismo argumento se puede aplicar para rebatir la tesis de Maurach, el hecho de haber sufrido una condena anterior no debe, **necesariamente**, incidir sobre la conciencia de antijuridicidad del agente.

El efecto de la pena está dirigido a **condicionar psicológicamente al sujeto –determinarlo es imposible- a que no vuelva a delinquir, no a inhibir su capacidad de incurrir en conductas típicas**, por ejemplo, el caso de esta última clase de acciones que se encuentran amparados en causas de justificación, lo que implica que la **asociación negativa de la condena sufrida** con anterioridad por haber infringido la ley penal **operará, como ya referimos, como un motivo disuasorio** para llevar a cabo el proyecto delictivo, asociación negativa que no posee en el mismo grado quién no se encuentra en su situación, lo que justifica un incremento en la reprochabilidad de su

conducta y, por ende, hace necesaria la toma en cuenta por parte del juzgador de esta circunstancia entre los parámetros de medición y aplicación de la pena.

Hacemos una salvedad que estimamos aquí se impone con toda necesidad, **en la reincidencia, configurada desde un esquema liberal, no se tiene en cuenta la comisión de un delito anterior en sí misma** –esta es una deuda que ya se encuentra completamente saldada con la sociedad-; puesto que, de hacerse, se estaría violando, no solamente el principio "non bis in idem", sino que se estarían minando los cimientos mismos de la estructura que sostiene nuestro sistema constitucional, basado en la dignidad del sujeto. No se tiene en cuenta el hecho que el agente cometió en el pasado; **sino el efecto disuasorio de la condena por él sufrida** que debe operar, para que nuestra estructura –no sólo dogmática, sino también legislativa siga siendo congruente- como la contra-cara de "***la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir***", que hacen a la reprochabilidad misma como elemento constitutivo de la responsabilidad penal .

La inclusión de la reincidencia dentro de los parámetros de medición y aplicación de la pena no significa que la condena habrá de agravarse en función de ésta siempre; lo que, estimamos, resulta innegable es que esta circunstancia debe tenerse en cuenta a los fines de efectuar el tribunal dicha operación.

Lo afirmado hasta aquí no implica que nos manifestemos a favor de una escala propia de la reincidencia al estilo del artículo 99 del Código Penal italiano, de la cual aquí nos expresamos en contra; mas ese no es el tema de discusión, sino que aquí se trata de la posibilidad de consideración de este instituto a los fines de determinación de la pena.

Retomando la objeción de Ferrajoli, ahora sí podemos incluir a la reincidencia dentro de las variables de ponderación de los juicios aléticos, porque no estamos hablando de una condición personal en sí misma del sujeto, **sino de un dato que resulta esencial a los efectos de la valoración de la acción llevada a cabo por el autor de un hecho delictivo**.

Distinto es el fundamento esgrimido por la mayoría de la C.S.J.N., a través de la opinión del Dr. Petracchi, en la causa "Gramajo",[10] fallo donde se puede leer: "*Que con*

---

[10] Fallos 329: 3680, considerando Nº 12. En idéntico sentido, véase C.S.J.N. en: "**Gomez Dávalos**" (Fallos 308:1938); "**L'Eveque**" (Fallos 311:1451) y "**Arévalo**", sentencia del 27/05/2014. En el mismo sentido, parece expresarse la Corte Suprema de los Estados Unidos que sostiene que el agravamiento de una pena a causa de la reincidencia no constituye una violación del principio "non bis in idem" –"double jeopardy" en su versión anglosajona- sino que el incremento de la pena se da en razón de este nuevo hecho que constituye una repetición –por lo que devendría más reprochable-: "*The sentence as a fourth offender or habitual criminals is not to be viewed as either a new jeopardy or additional penalty for the earlier crime. It is a stiffened penalty for the latest crime, which is considered to be an aggravated offense because a repetitive one*" S.C.of U.S.A. in re: "**Gryger vs. Burke**" 334. U.S. 728 -1948-. En idéntico sentido se expresa en : "Witte vs. United States" 515 U.S. 389, 399 (1995) –en este caso se asienta la reprochabilidad en el hecho de haberse puesto el sujeto voluntariamente en la condición de reincidente: "*The accused is not again punished for the first offence, because, the punishment is for the last offence committed, and it is rendered more severe in consequence of the situation into which the party had previously brought himself*"-; "Almendárez Torres vs. United States" 523 U.S. 224, 230 (1998) y "Erwing vs. California" 538 U.S. ___(2003) . Con otros fundamentos defiende el T.S.C. español al instituto de la reincidencia, entre los que se destaca el siguiente, que suena parecido –pero es diferente- al de "Gryger". El S.T.C. afirma: "..*En consecuencia y considerada no arbitraria la opción legislativa de aumentar la pena a imponer al delincuente reincidente, forzoso es concluir que de la misma regulación legal de la agravante de reincidencia se desprenden los criterios objetivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer un trato punitivo distinto para los delincuentes reincidentes respecto de los no*

relación a la reincidencia (simple, art. 50, Código Penal) el Tribunal, en su momento, entendió que dicho instituto se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quién, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce (caso "Gómez Dávalos", en Fallos: 308: 1938) . Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho..", que, a pesar de coincidir en la conclusión con la idea que aquí desarrollamos, se diferencia, en principio, en las razones que la fundamentan.

Estimo, respetuosamente, que ese punto de vista incurre en un error de apreciación o incompletitud por considerar que el sólo hecho de haber sufrido una condena previa, no es razón suficiente para vincular al agente a una mayor reprochabilidad; puesto que el **respeto por la pena anterior** –lo contrario al desprecio que manifiesta el reincidente, según este criterio- al ser ésta un mero instrumento contramotivador en sí mismo de la norma, no representa un elemento integrante del marco de la reprochabilidad compatible con un derecho penal del hecho –dicho de otra manera, **al derecho no le interesa que las penas sufridas sean respetadas en el futuro; sino que se hayan cumplido y se cumplan conforme a los parámetros dispuestos y autorizados**-.

El efecto contramotivador de la pena al que aquí hacemos referencia, nada tiene que ver con el "respeto" o "desprecio" por la misma –términos que sugieren la idea de la sanción penal como un instituto con contenido ético o de reprochabilidad propio, una especie de bien jurídico específico anexado al que intenta proteger y preservar el tipo penal, lo que nos llevaría a considerar, necesariamente, la posibilidad de una violación, por parte de quienes afirman esta tesis, al principio de legalidad-.

El respeto o desprecio por la pena, para concluir, **es** un aspecto vinculado con la actitud de un sujeto hacia la misma y, por lo tanto, **una condición personal** que no puede ser incorporada a la categoría de la culpabilidad; mientras que el vencimiento de la defensa interpuesta por el efecto contramotivador de la pena por parte de la voluntad criminal, es una característica propia de la concreta acción delictiva, he aquí la diferencia.

Coincidimos con Schmidhäuser en el sentido que la pena, en principio, carece de sentido para el condenado –mucho menos puede pedir el derecho respeto por la misma-, sino que ésta comporta, inevitablemente una cierta instrumentalización del sujeto; ahora bien: "*Al limitar la pena al injusto culpable, la instrumentalización del delincuente encuentra, por lo menos un importante paliativo: se hace recaer la pena en el delincuente sólo cuando éste ha decidido cometer el hecho con arreglo a su capacidad de autodirección normal, consciente de que el delinquir iba a suponerle el*

---

reincidentes. Como señala el Abogado del Estado, tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la C.E.." **S.T.C. 150/1991**, del 04 de julio. Texto citado por: RODRIGUEZ RAMOS, LUIS (Director), MARTÍNEZ GUERRA, AMPARO (Coordinadora) y Ot.: Código Penal –comentado y con jurisprudencia-; ed. La Ley; 3ra. ed.; Madrid; 2009; pág. 223. Estimamos que el argumento es equivocado en el sentido que no se puede ver, desde el punto de vista racional, como, por ejemplo, un segundo homicidio puede representar una lesión más grave al bien jurídico vida humana que su predecesor.

riesgo de ser castigado. De este modo la pena apela a la autonomía y responsabilidad de un sujeto racional"[11].

La reincidencia incluida, precisamente, dentro del esquema de la "exigibilidad", como aquí postulamos, la hace compatible con el principio "*nullum crimen sine culpa*" que, al decir de Bacigalupo, engloba dentro de sí los siguientes tópicos: "*En términos generales puede decirse, entonces, que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo a las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido*"[12].

Salvado este sustancial escollo de la culpabilidad, estimo que estamos en condiciones de adentrarnos dentro de la siguiente área de análisis.

IV.2. La reincidencia desde la dimensión de la prevención general

Cabe señalar que, en lo que respecta a este tópico, llevo a cabo el análisis adhiriendo a la teoría formulada por Antonio Pagliaro de la "prevención general expansiva" –*prevenzione generale allargata*- que sostiene que el efecto comunicativo de la norma penal, para ser efectivo, no debe corresponderse con la "severidad" de la sanción, sino con la "justicia" de la misma[13].

En efecto, el jurista italiano parte del principio que la prevención constituye el fundamento ético del derecho penal y que los objetivos de esta función constituyen un límite a la gravedad de las sanciones.

Todo el derecho, en especial en su función penal, posee la capacidad de inculcar ciertos juicios de valor en la población, los cuáles se manifiestan en esquemas comunes de comportamiento que representan una barrera contra las tendencias delictivas. Esta función de orientación cultural está inseparablemente ligada a la efectiva aplicación de las leyes penales –una norma aplicada en modo efectivo tiende a generar en el resto de los conciudadanos la correspondencia de esta a una necesidad ética; por otra parte, una norma aplicada en modo no efectivo o desaplicada, tiende a debilitar esta convicción en la comunidad, al punto de terminar desapareciendo-.

Existe, pues un efecto de "*convalidación normativa*" –*convalida normativa*-. El efectivo castigo de una conducta puede reflejar, reforzar o, aún más, impulsar la condena social expresada por dicha acción.

El hecho que la pena sea asimilada por el conjunto de la sociedad como una "retribución" por el mal cometido, reduce las posibilidades de la venganza privada, en cuanto suprime la motivación de ésta y se transforma en un importante sostén de la paz interna del Estado (obra aquí el principio "*ne cives ad arma veniant*").

---

[11] MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del Derecho Penal –concepto y método-*. ; Julio César Faira –editor-; 2da. edición –reimpresión, Montevideo, 2003, pág. 139.

[12] BACIGALUPO, ENRIQUE: *Principios Constitucionales de derecho penal*; ed. Hammurabi; Bs. As.; 1999; pág. 140.

[13] PAGLIARO, ANTONIO: IL DIRITTO PENALE FRA NORMA E SOCIETÀ -Scritti 1956-2008, Vol. II Monografie di Parte Speciale, Giuffrè Editore, Milano, 2009, La prevenzione generale e specifica (o speciale), ps. 1068 – 1073.

Es muy importante, para llevar a cabo esta función, el hecho que dicha pena sea tenida como "**justa**" por el resto de los conciudadanos, esto es lo que habrá de reforzar la fe de aquellos en el ordenamiento jurídico, favorecerá la adhesión y volverá más espontáneo el comportamiento observante de las normas jurídicas. De esta manera, cuando una sanción penal no pueda ser asimilada como "justa" por parte de la comunidad en la que se aplica, se estará contradiciendo la función preventiva de la misma y contribuyendo a producir el efecto contrario que se quiere lograr con ella.

Vista de este modo, la prevención general no tiene sólo un efecto disuasorio, sino también integrador y aglutinador. La tarea preventiva no se verá favorecida por el mero recrudecimiento de las sanciones, sino por la armonización de su estructura al del contexto socio-cultural y axiológico en el que éstas se apliquen[14].

La prevención general, así entendida, se basará en **la justicia**, **certeza** y **prontitud** de las sanciones, no en su severidad disuasoria.

De este punto de vista se deriva, a mi entender, que, siempre basándome en las consideraciones precedentes –sobre todo en lo tocante a la reincidencia vista como un incremento de la culpabilidad-; si la pena debe ser justa, la extensión de la misma no puede ser determinada en forma arbitraria o aritmética, sino que debe, por fuerza, llevar a cabo discriminaciones en cuanto a su mayor lenidad o severidad, cuando existan circunstancias que así lo justifiquen –sólo igualdad en iguales circunstancias-. Esta afirmación vale y debe valer, sobre todo desde esta dimensión, para el momento de la conminación de las mismas a través del Código Penal.

Si la reincidencia representa, como he afirmado ya, un incremento en la culpabilidad, desde este tópico en el que me estoy refiriendo, la posibilidad de su contemplación debe surgir del mismo Código Penal como una circunstancia agravante en el proceso de determinación de la pena y, por ende, debe incorporarse al texto del art.18º del proyecto.

IV.3. La reincidencia desde la dimensión de la prevención específica

Resulta mucho más fácil abordar el instituto dentro de este ámbito en razón de tratarse la pena de un castigo que tiene o, al menos busca tener, un efecto disuasorio.

Dentro de la dimensión de la prevención especial, la ejecución de la condena trae consigo un mensaje para el receptor de la misma y, el mismo es: "*no vuelvas a delinquir*". La pena, así vista, se transforma en un aprendizaje caracterizado, en su mayor parte, por una asociación negativa, traducible en una expresión proposicional y,

---

[14] Esta es una visión de la prevención general que Pagliaro describe como "nueva". Por nuestra parte, sabemos que no es así, basta sólo con releer la exposición de motivos del Proyecto de 1960, donde Sebastián Soler, con su meridiana claridad característica, expresaba su visión de la pena del siguiente modo: "*Es un error grave, sin embargo, el de creer que la función de la pena consiste en suprimir el delito, pues tal idea conduce a un perpetuo aumento de las escalas penales, al verificarse que no obstante la gravedad alcanzada por alguna de ellas, los hombres siguen delinquiendo. Por ese camino, que la historia de la penalidad ha recorrido, por cierto, y muy penosamente, se llega también a una sola pena máxima y uniforme, incluso para las más triviales infracciones. Este es otro de los aspectos que muestran la necesidad de una jerarquía de penas, la necesidad de ciertos topes máximos, dados precisamente por una escala objetiva de valores. Un derecho penal civilizado es un derecho en el cual existen una serie de valores que defiende. Además, y por fortuna, un derecho penal eficaz no parece ser el más severo, sino aquel que en sus valoraciones guarda un mayor ajuste con los valores sociales realmente vigentes en un pueblo dado y en un momento dado*". ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL DR. SEBASTIÁN SOLER –DECRETO 7292-, Talleres Gráficos Dependientes de la Dirección Nacional de Institutos Penales, Penitenciaría Nacional (U.I), Buenos Aires, 1960 -Exposición de Motivos- § 50.

como en todo acto comunicativo –para que éste sea exitoso-, no se puede soslayar el grado de asimilación del mensaje que posee el receptor y la intensidad del medio expresivo será graduada en función, también, de esta variable.

V. Conclusiones finales

En base a lo expuesto hasta aquí y si el test que acabamos de proponer resulta correcto, nos vemos autorizados a afirmar que representa, a nuestro juicio, un error el excluir el instituto de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, en atención a que dicha institución no afecta el principio "*non bis in idem*"; como así tampoco se manifiesta como una instituto orientado hacia el "*derecho penal de autor*", en el que se termina castigando a un sujeto basándonos en un parámetro de tipo meramente caracteriológico, sino que, a diferencia de lo que aparece a simple vista, creemos haber demostrado que se trata de una institución directamente vinculada, desde la dimensión de la culpa, a la acción y, fundamentalmente, a la apreciación del contexto en el que esta acción ha tenido lugar.

Si el contexto es un elemento determinante en la valoración de una acción específica, el hecho de sesgar componentes esenciales del mismo -como por ejemplo, los motivos especiales que el agente tenía en su caso para no delinquir- representa un menoscabo a la justicia y legitimidad de las decisiones judiciales y un paso en dirección a la estandarización –a manera de formulario prefabricado- ilegítima e irrazonable de las mismas. Para que pueda comprenderse lo que aquí afirmo, soslayar el instituto de la reincidencia del artículo 18 del Anteproyecto implica una injusticia o estandarización de la misma magnitud que suprimir de la fórmula: "*la capacidad de decisión en la situación concreta y la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir*".

Asimismo, no quisiera terminar este trabajo sin exponer que, respetuosamente estimo, peca de inconsistencia, en razón de los argumentos sustentados por aquellos miembros de la Comisión que han decidido excluir a la reincidencia del art. 18, el hecho que la reincidencia siga latente y produciendo efectos en el ámbito de la ejecución de la pena que es la instancia en donde más se debe valorar el progreso del interno en el tratamiento carcelario y sus posibilidades de resocialización y es la etapa en donde mayormente se deben evitar las fórmulas estandarizadas para atenerse a los signos concretos -positivos o negativos- evidenciados por el interno durante el transcurso de su institucionalización.

Finalmente, estimo que corresponde llevar a cabo la aclaración que, para que las operaciones de elaboración, interpretación y comentario de un código penal o anteproyecto no devengan absurdas debemos necesariamente partir del principio que **las distintas especies de penas funcionan en la realidad como elementos disuasorios**. Afirmar lo contrario, es decir que las penas privativas no cumplen sus objetivos –es más, que en la mayoría de los casos, operan como elementos coadyuvantes de nuevas y más profundas incursiones en el terreno del delito-, tiene el efecto de deslegitimar la sanción penal, transformándola en arbitraria, irrazonable y hasta irracional. Visto el panorama desde esta perspectiva, sería insensato establecer penas mayores para aquellos casos de delitos más graves –por ejemplo penar más un homicidio calificado que uno simple- o, es más aún, aplicar una pena privativa de la libertad para cualquier delito. Si la pena fuese un elemento coadyuvante para la recaída o perfeccionamiento del agente en su carrera delictiva, sería menester no castigar nunca, para poder, al menos, mantener la capacidad ofensiva del agente en status quo sin incrementarla. El mismo Código

Penal, analizando la pena desde este punto de vista, al conminar la sanción, implícitamente, estaría diciendo: "***A aquél que cometa un delito, se le ha de aplicar una pena a los fines que dicho agente pueda perpetrar otro peor en el futuro***"; "***en caso de delitos mayores, se aplican sanciones directamente proporcionales a los efectos de aumentar en modo exponencial el nivel de depravación y dañosidad de las conductas futuras de ese mismo sujeto transgresor en contra de la sociedad***". Lo que el Código penal estaría haciendo sería incitar a la realización de nuevos y más atroces delitos -en contra de la Constitución y todo principio de razón conocido- con la utilización de penas privativas de la libertad. Estimamos, como dijimos, que es un sinsentido hacer dogmática penal partiendo de este principio y, evidentemente, he basado mis consideraciones y el test que presento en este trabajo, en la tesis contraria.

El principio de insignificancia en el tipo de injusto penal

Juan I. Martínez Casas

1. Concepto de insignificancia

Según el diccionario de la Real Academia Española *insignificancia* significa pequeñez, insuficiencia o inutilidad y algo es *insignificante* cuando es baladí, pequeño o despreciable. En el lenguaje jurídico-penal, podemos definirlo, en líneas generales, como aquel principio limitativo del poder punitivo estatal, según el cual, determinado hecho, pese a encuadrar formalmente en una figura delictiva, su escasa afectación del bien jurídico *penal* respectivo o disvalor del resultado, o bien de un ínfimo disvalor de acción, obsta a que el Estado considere la conducta en cuestión como penalmente reprochable.

Sin embargo, algunos autores distinguen la insignificancia *del hecho* de la insignificancia *del delito*, o lo que podríamos denominar, por qué no, insignificancia *propia* o *material* e insignificancia *impropia* o *procesal*, respectivamente, siendo la primera aquella conducta que aún cuando formalmente encuadre en el tipo legal no importe una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en tanto que la segunda, se refiere a aquellos hechos que "si bien superan el standard de ofensividad requerido por una tipicidad penal constitucionalmente orientada, aún así continúan reportando un disvalor pequeño (pero superador de la insignificancia) y por ello pueden conducir a la perforación de los mínimos establecidos en las escalas penales"[1].

No obstante, ponemos de relieve, que la tesis que admite la distinción entre una insignificancia *propia* e *impropia*, traería aparejado, a la vez, ciertas consecuencias sustanciales y procesales. En este sentido, Finkelstein Nappi[2] sostiene que el *hecho* insignificante debe resolverse en el plano de la tipicidad penal objetiva, en tanto que cuando se trata de un *delito* insignificante cabría aplicar el mínimo de la escala penal, o bien perforar el mínimo adecuando la pena al grado de disvalor de injusto como atenuante de la culpabilidad, o bien declarar la inconstitucionalidad de la escala penal para el caso en concreto.

Argumenta el citado autor que los *hechos* insignificantes no deberían superar el inicio del proceso penal, debiendo dictarse el archivo, dada la inexistencia del delito, en cambio, en los *delitos* insignificantes debería llegarse a la etapa de juicio, momento en que tiene lugar la cuantificación en concreto de la pena[3]. Finalmente, entiende que los *hechos* insignificantes cancelan el proceso penal aún con la vigencia del principio de legalidad, en tanto que los *delitos* insignificantes pueden no ser perseguidos en aquellos ordenamientos que prevean la oportunidad.[4]

Esta distinción, con consecuencias tanto teóricas como prácticas, permitiría, en todo caso, acordar un punto de contacto entre las perspectivas sustancialistas y procesalistas, hoy innegables protagonistas de la discusión de este principio, en punto a "que la insignificancia opera como criterio de oportunidad cuando conforme al principio

---

[1] FINKESLTEIN NAPPI, JUAN LUCAS, "La atipicidad por insignificancia en la Cámara del Crimen de la Capital Federal", *La Ley*, 2006-D, p. 113, nota 16.

[2] FINKELSTEIN NAPPI, JUAN LUCAS, "Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo 'Sepúlveda'", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, nº 13, Buenos Aires, 2005, p.

[3] FINKELSTEIN NAPPI, ob. cit., p. 1408.

[4] FINKELSTEIN NAPPI, ob. cit., p. 1409.

de proporcionalidad no se llega al grado necesario para afirmar la atipicidad de la conducta."[5]

Pero, advertimos, que se observan inconvenientes en discernir en la práctica un límite general entre aquella conducta que no alcanza siquiera a ofender o lesionar un bien jurídico, de aquella otra que supere mínimamente la prueba de lesividad, pues podría igualmente afectarse el principio de igualdad ante la ley, ya que en la praxis judicial la situación variaría considerablemente si la insignificancia procesal fuera receptada o no por cada legislación procesal de cada provincia y en qué medida.

Por nuestra parte, nos permitimos discrepar con la distinción entre la insignificancia sustancial y la procesal. Dudamos de que sea válido hablar de una insignificancia procesal, porque si se permite al titular de la acción penal, iniciarla o desistir de ella, cuando el hecho no reviste gravedad, ello debería ocurrir no porque ese sector del derecho lo postule entre sus normas (aún por atendibles necesidades de economía y eficacia), sino porque *sustancialmente* un determinado hecho no afecta significativamente un bien jurídico.

En cualquier otro supuesto, que quiera ser enmarcado en una insignificancia procesal, no estaríamos hablando de insignificancia, sino de una cosa distinta.

Cabe agregar, que si la insignificancia es una condición que enerva lo ilícito penalmente y, consecuentemente con ello, su aplicación implicaría la descriminalización de ciertas conductas formalmente subsumibles en el tipo legal, necesariamente también conduciría a cumplir con los objetivos de eficacia en la persecución que persigue el derecho procesal.

Creemos que, en última instancia, en los casos de *insignificancia impropia o procesal* la mejor forma de evitar vulneraciones del principio de igualdad ante la ley (dado que las Provincias son las que regulan la materia procesal), sería admitir, en todo caso, que las condiciones para que el Ministerio Público pueda en forma reglada decidir no promover acción penal o desistir de la ya iniciada, estén fijadas en el propio Código Penal.[6]

En suma, un derecho penal sustantivo respetuoso de los principios de *última ratio*, proporcionalidad, lesividad, fragmentariedad y subsidiariedad, no puede renunciar a establecer en su seno los límites al poder punitivo del Estado, que de lo contrario, lo llevaría a cometer excesos indeseables, amén de las lógicas consecuencias económicas perjudiciales para el sistema procesal, derivado de la escasez de recursos para su investigación que, incluso, se observan aún cuando tiene que esclarecer los delitos más graves.

En otros términos, en un Estado Social y Democrático de Derecho no cabe preguntarse si en hechos de escasa gravedad o significación el encargado de promover la acción penal debe renunciar o desistir de ella en miras de una mayor eficacia en la persecución, sino que debemos interrogarnos si conceptualmente debería ser deseable o

---

[5] AGUAD, DOLORES – BAZÁN, NATALIA – BIANCOTTI, DANIELA – GORGAS, MILAGROS – OLMEDO, BERENICE, *La regulación provincial del principio de oportunidad*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Ciencias Penales, disponible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de/?searchterm=oportunidad, p. 5. Fecha de consulta: 26/08/2011.

[6] Tal como hace el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014, sobre el cual nos referiremos infra.

aceptable que el poder punitivo los considere penalmente ilícitos y, por ende, los persiga y castigue.

2. Su recepción en la jurisprudencia

Nuestros tribunales han desandado el camino sobre el tópico que tratamos de forma contradictoria. Por un lado, han rechazado la posibilidad de aplicar el criterio de la bagatela, pero también, por otro lado, la han admitido, aunque los fundamentos para esto último han sido variados, siendo considerado desde una causa de atipicidad del delito, pasando por un supuesto de atenuación de la pena e, incluso, hasta llegar a declarar inconstitucional un delito por lo desproporcionado de la sanción.

Resulta paradójico, en este sentido, que desde la jurisprudencia, por regla general, para solucionar estos casos, se ha echado mano a la teoría del delito o de la pena, pero llamativamente quienes más han enarbolado la bandera de este instituto en el ámbito académico han sido importantes sectores de la doctrina procesalista que, como resultado de ello, han propugnado su incorporación numerosos códigos procesales penales provinciales como un supuesto del principio de oportunidad reglada.

El primer antecedente que registran nuestros tribunales sobre el principio de insignificancia data del año 1981, en la causa "Lucero"[7], donde nada más y nada menos que a Zaffaroni le tocó decidir si un colectivero, quien no detuvo el ómnibus en la parada solicitada previamente por los damnificados, haciéndolo recién varias cuadras después, debía responder como autor de privación ilegítima de la libertad.[8][9]

El prestigioso jurista argentino entendió que la conducta atribuida a "Lucero" era atípica por aplicación del principio de insignificancia, toda vez que –de acuerdo a su postura– los tipos exigen afectaciones a bienes jurídicos, las penas reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica y, por lo tanto, deben guardar cierta proporción con la magnitud de afectación al bien; si ésta es ínfima, se quiebra esa proporcionalidad necesaria, revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar esas conductas con afectaciones insignificantes. Sostiene que, de lo contrario, se afectaría la garantía constitucional que prohíbe las penas crueles, porque –en su opinión– pena cruel no es antónimo de pena piadosa, sino de pena racional, adecuada a la magnitud del injusto. Por último, concluye que ello encuentra fundamento también en el principio republicano de gobierno y en que el orden jurídico se relaciona directamente con su fin más específico, la seguridad jurídica.

La resolución del prestigioso magistrado fue revocada con el argumento de que la privación ilegítima de la libertad quedó configurada en el caso, independientemente de su duración, por mínima que sea y que, en todo caso, su menor o mayor extensión, se debe ponderar a los efectos de la cuantificación de la sanción. Por último, rechazó la

---

[7] C.C. y C. de la Cap., Sala II, causa 25.868, "Lucero, Ángel Carlos s/ privación ilegítima de la libertad", *Doctrina Penal*, nº 5, 1982, p. 278, con comentario de Malamud Goti, Jaime, "Transporte público y libertad ambulatoria", pp. 275/278.

[8] Al comenzar con la fundamentación del fallo, Zaffaroni se asombraba de que este caso de la vida cotidiana corresponda a uno de los ejemplos de "gabinete" que Welzel ilustraba al desarrollar su teoría de la adecuación social, aunque el magistrado no la siga. (Sobre los casos de conductas adecuadas socialmente, Cfr. CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 22.)

[9] Critica encendida y enjundiosamente los argumentos de ese fallo, SPINKA, ROBERTO E., *El principio de la insignificancia o de bagatela (¿Una solución de base legal o de justicia abstracta?)*, en "Opúsculos de derecho penal y criminología", nº 15, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.

aplicación del principio de insignificancia en el caso concreto, porque –a juicio de la alzada– la conducta desplegada por el imputado no era insignificante.

A partir de allí, podemos decir que paulatinamente la jurisprudencia comenzaría a debatir, a través de sus pronunciamientos judiciales, la posibilidad de admitir el principio de insignificancia en nuestro derecho argentino, aunque los fallos en este sentido han sido más bien excepcionales[10].

Ha sido admitido para excluir de penalidad en virtud del principio de insignificancia, en una estafa reiterada donde el empleado de un estacionamiento asentaba en el recibo duplicado perteneciente al empleador una suma menor a la que constaba en el original entregado antes al cliente, quedándose con la diferencia[11]; en el delito de daño en el que el autor arrojó al suelo dos grandes macetas en el fragor de una discusión entre vecinos[12]; en el delito de impedimento de contacto de menores con padres no convivientes por no llevar a los hijos a trece visitas prefijadas en el lapso de dos años[13]; en el delito de circulación de moneda falsa a quien compró golosinas por tres pesos en un kiosco con un billete apócrifo de cincuenta[14]; en el delito de cohecho activo quien en un control preventivo en la vía pública por personal policial y luego de que advirtiera que pesaba sobre él un pedido de captura, para evitar su detención, intentó sobornarlos con diez pesos[15]; en el delito de omisión de deberes de un funcionario público que se rehusó a realizar actos de oficio al no haber admitido a la víctima como querellante particular dentro del plazo legal[16]; en el delito de peculado de una escasa e indeterminada cantidad de combustible[17]; en el delito de hurto de una

---

[10] Así lo entiende GARCÍA VITOR, ENRIQUE ULISES, *La insignificancia en el derecho penal. Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 16 y manifiesta su preocupación porque los jueces han recurrido a métodos para-procesales para excluir estos casos del sistema. En igual sentido se expresa MEDINA FERNÁNDEZ, FEDERICO, *El principio de insignificancia*, p. 6, disponible en www.bcra.gov.ar (fecha de consulta: 10/09/2011). Opinaba contrario a ello y entendía que la aplicación de este principio se volvería mayoritaria, SPINKA, ROBERTO E., ob. cit., pp. 8/9.

[11] CNCrim. y Correc., sala VI, 2006/03/15, "Gómez, Justo Ceferino", *La Ley*, 2006-D, pp. 115/116, con notas de Finkelstein Nappi, Juan Lucas, "La atipicidad por insignificancia en la Cámara del Crimen de la Capital Federal, pp. 109/113 y Báez, Julio C. y Guido J. Aguirre, *La Ley*, 2006-F, "La insignificancia penal", pp. 370/373. En este fallo el ponente Bunge Campos logra hacer unánime su posición con una distinta integración de la Cámara, en la que él había sido antes minoría en el caso "Bargas".

[12] Juzg. Corr. Morón nº 2, 29/9/2000, "Sepúlveda, María del C.", *Revista de derecho Penal y Procesal Penal*, nº 13, Buenos Aires, 2005, p. 1397, con comentario de FINKELSTEIN NAPPI, JUAN LUCAS, "Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo 'Sepúlveda'", pp. 1400/1409.

[13] Cámara de Acusación de Córdoba, AI nº 426, 20/12/2007, "Loutayf, Hilda Cristina Antonia", *Revista de Derecho Penal*, nº 97.

[14] Cám. Federal Córdoba, Sala B, 17/05/2011, "Murúa, Laura p.s.a. Circulación de moneda falsa", *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho Penal*, nº 164, disponible en www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia_viewview.php?id=15374 (Fecha de consulta: 26/09/2011).

[15] Juzg. Control Penal Económico de Cba., AI nº 47, 04/11/2010, "Domínguez, Melinton Eduardo p.s.a. Cohecho activo", *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho Penal*, nº 158, disponible en http://www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia_viewview.php?id=14825 (Fecha de consulta: 26/09/2011), con nota –bastante crítica- de IGNACIO RÍOS, CARLOS, *Una coima de bagatela –A propósito del fallo del Juzgado en lo Penal Económico "Domínguez, Melinton"*, en "Actualidad Jurídica. Revista de Derecho Penal", nº 161, disponible en http://www.actualidadjuridica.com.ar/oldoctrina_viewview.php?id=733, (Fecha de consulta: 26/09/2011).

[16] Juzg. Control Penal Económico de Cba., AI nº 12, 17/03/2008, "Denuncia formulada por Pioli, Raúl Francisco c/ Chiapero, Víctor Hugo", *Revista de Derecho Penal*, nº 135.

[17] Caso citado por García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., p. 83.

batería en desuso de una chacharita[18], o de medio sándwich de jamón y queso perteneciente a un funcionario judicial que un imputado se comió mientras prestaba declaración indagatoria[19], o en el intento de sustraer dos cortes de carne tipo "palomita" de un supermercado[20]; y también en el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal[21].

En estos casos, la solución desincriminante viene dada, por regla general, por la atipicidad de la conducta en razón de que –pese a la existencia de una tipicidad formal– la ausencia de lesividad penalmente relevante del bien jurídico protegido, su falta de dañosidad social, obsta su configuración.

Excepcionalmente, se ha admitido por otra vía distinta, cual es la declaración de inconstitucionalidad de la pena fijada en abstracto por entenderse desproporcionada a la conducta enrostrada.[22]

De otro costado, se ha rechazado su aplicación, por ejemplo, en los casos de tentativa de hurto de cuatro pesos extraídos de una cabina telefónica[23] o en el intento de realizar idéntica acción con un pedazo de alambre[24]; en la sustracción de tres farolitos plásticos de dos automóviles estacionados en la vía pública[25]; en el desapoderamiento de un prolongador eléctrico[26]; en el corte total de una ruta en el marco de una protesta social[27]; y también en la tenencia de estupefacientes para consumo personal[28].

Básicamente, el argumento que se ha esgrimido para arribar a una solución incriminatoria ha sido, en general, que nuestra legislación no prevé grados ni límites respecto de cuál es la magnitud mínima de lesión requerida por el orden jurídico para que se considere afectado el bien jurídico involucrado. Por lo tanto, cualquier menoscabo del interés tutelado, por nimio que sea, es suficiente para configurar el ilícito penal.

---

[18] TCasación Penal de Buenos Aires, 2011/04/26, "O., N. M.", Sala III, *Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 20/07/2011, pp. 38/41, con nota a fallo de CROSETTI, ANDRÉS ALEJANDRO, *La persecución penal ante la afectación mínima del bien jurídico.*

[19] Caso citado por MAIER, JULIO B.J., ob. cit., p. 829, nota 30, publicado en "No Hay Derecho", 1994, nº 11, p. 35.

[20] CFCP, Sala II, 31/10/2012, causa 15.556, "G.H.H. s/ recurso de casación".

[21] Sobre la cambiante jurisprudencia a este respecto, Cfr. GARCÍA VITOR, ENRIQUE ULISES, ob. cit., pp. 79/87. Agregamos por nuestra parte que la jurisprudencia de la CSJN en este tema lejos de ser pacífica ha sido zigzagueante. Así en "Colavini" (Fallos 300:254) sostuvo su criminalización; en "Bazterrica" (Fallos 308:1392) se apartó de esa doctrina, pero retornó a la primera en "Montalvo" (Fallos 313:1333) y, finalmente, en "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080, A. 891. XLIV", volvió al precedente "Bazterrica".

[22] Así, en el caso "Sepúlveda" ya citado.

[23] CNCrim. y Correc., sala VI, 2004/11/05, "Bargas, Matías E.", *La Ley*, 2005-B, pp. 145/148, con nota de BÁEZ, JULIO C. "El hurto tentado de cuatro pesos y la insignificancia penal". También, otro caso similar de tentativa de hurto, CNCrim. y Correc., Sala VII, 31/03/1987, "Manes, Pascual R.", *La Ley*, 1987-E, pp. 438/439.

[24] CNCrim. y Correc., Sala VI, 01/03/2007, "Rosich, Eric Adrián", *Revista de Derecho Penal*, nº 90.

[25] Fallos, 308:1797 in re "Adami, Leonardo Esteban; Vázquez Fendrik, Horacio Daniel s/ hurto".

[26] CNCrim. y Correc., Sala I, 2000/04/05, "Cabrera, Norma G.", *La Ley*, 2000-E, pp. 815/817.

[27] Cám. Fed. de Ap. de Salta, 12/05/2010, "Argañarás, Rubén y otros, *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho penal*, nº 158, http://www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia_viewview.php?id=14822, (Fecha de consulta: 26/09/2011).

[28] Sobre la cambiante jurisprudencia a este respecto, Cfr. GARCÍA VITOR, ENRIQUE ULISES, ob. cit., pp. 79/87.

Esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el famoso caso "Adami", sobre el hurto de los farolitos, donde sostuvo que "la figura protege el derecho de propiedad en sentido amplísimo… 'los farolitos' en cuestión satisfacen el concepto de cosa empleado en el tipo… en consecuencia, de la manera como se encuentra legislado el hurto, cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido art. 162."[29]

Concluye el máximo tribunal que el mayor o menor valor de la cosa es un aspecto determinante sólo a los fines de graduar la pena[30].

En el fallo "Godoy" dictado con posterioridad a "Adami" se argumentó, en un caso donde se discutía la sanción a aplicar como consecuencia de incumplimientos formales en la confección de una factura fiscal, que el principio de insignificancia no ha sido receptado por nuestro derecho argentino.[31]

3. Su ubicación sistemática en la teoría del delito

a. El estado actual de la cuestión

Es un hecho que en la actualidad el principio bagatelar gana cada vez más adeptos. Sin embargo, las posiciones se hallan sumamente divididas en cuanto a qué sector del derecho penal debe captarlo. Están aquellos que lo invocan como un supuesto de disponibilidad de la acción penal dentro del ámbito del derecho procesal, están aquellos que lo sustentan dentro del derecho penal sustancial en lo relativo al ejercicio de la acción y, por último, los que lo emplean como fundamento para excluir el delito.

Pero aún dentro de esta última postura, que denominamos sustancialista, se debate si el principio de insignificancia excluye la tipicidad, o la antijuridicidad, o en definitiva si se trata de un principio interpretativo, advirtiéndose predominante este último criterio.

En lo que a nosotros concierne, nos centraremos en el análisis de la visión sustancialista pretendiendo descubrir qué elemento de la teoría del delito es el que se ve comprometido por la aplicación del principio de insignificancia, para lo cual, creemos oportuno primero pasar revista de las principales posturas esgrimidas al respecto.

Para Schünemann se trataría de un principio que restringe la aplicación de los tipos pues deben excluirse desde el comienzo las injerencias mínimas en el bien jurídico protegido por determinados tipos penales.[32] Esta es la posición seguida en nuestro país por García Vitor, para quien el principio de insignificancia "representa un criterio de índole interpretativo, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la

---

[29] Fallos, 307:1798, consid. 3, agregando que la insignificancia "sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter". Dicha afirmación, es acertadamente criticada por Medina Fernández, Federico, ob. cit., p. 8 al decir que "no se entiende, en mi opinión, cómo podría existir insignificancia si la cosa perdiera su carácter, pues en tal caso, parece que no existiría delito por no tratarse de una cosa y, por lo tanto, no adecuarse al tipo penal, y no por su insignificancia."

[30] Así lo había entendido, *mutatis mutandi*, el Tribunal que revocó la sentencia absolutoria dictada por el entonces juez Zaffaroni en el caso "Lucero". En idéntico sentido, en los casos "Bargas", "Manes" y "Cabrera", ya citados.

[31] Fallos, 316:1237, 8/06/93, "Godoy, Roberto Carlos".

[32] GARCÍA VITOR, ob. cit., p. 37

consideración del bien jurídico –conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad–, y en la medida de su lesión o puesta en peligro."[33]

En este sentido, Roxin, al referirse a los delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado, acude al criterio de interpretación restrictiva del tipo, el que puede excluirse cuando "las infracciones mínimas, que ya *in abstracto* no menoscaben el bien jurídico protegido"[34].

Mir Puig sostiene que en los casos de insignificancia falta la tipicidad penal, pues desde una interpretación restrictiva, cabe excluir la conducta que no afecte suficientemente el bien jurídico, pese a encajar en la literalidad típica.[35]

Pero Jakobs, entiende que el hecho insignificante no importa siquiera una perturbación social, aunque no impide la configuración del tipo.[36]

Para Zaffaroni "la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma"[37] y derivado del principio de *ultima ratio* y proporcionalidad "como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición."[38]

b. *La insignificancia como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal*[39]

Desde nuestro punto de vista, el principio de insignificancia o de bagatela, según lo pretendemos demostrar en este trabajo, importa una causa de exclusión del injusto penal. Ello presupone descartar dos cosas: primero, como ya ha sido puesto de relieve, excluir los casos de bagatela del ámbito del derecho procesal y, por tanto, concebirlos como pertenecientes al derecho penal material; segundo, dentro de éste, desplazarlo del eje del ejercicio de la acción penal sustantiva prevista actualmente en el Título XI del CP, hacia el Título V donde, en términos generales, se regulan las causas que excluyen el delito, proponiendo, en definitiva, receptar el principio de insignificancia dentro del art. 34 del CP como un hecho no punible.

---

[33] Ibídem, p. 40.

[34] ROXIN, CLAUS, ob. cit., §11, 126/410.

[35] MIR PUIG, SANTIAGO, ob. cit., §6/33, p. 132.

[36] JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General,* 2ª ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 422/423, nota 10ª.

[37] ZAFFARONI, *Tratado…*, p. 555, aunque reconoce que "las consecuencias del principio de insignificancia o de bagatela fueron alcanzadas por vías intuitivas y aún no pueden ser totalmente admitidas cuando se pretende sostener puntos de vista científicos parcializados y sectarios. La experiencia judicial nos enseña que cualquier juez medianamente razonable al que se le denuncie un hurto de una cerilla o la privación de libertad cometida mediante el transporte de los pasajeros una parada más adelante, pensará con método 'tópico', es decir, partiendo de la premisa que eso no puede ser penado como delito, tratará de hallar la forma de instrumentar la solución."

[38] ZAFFARONI, *Derecho Penal…,* p. 495.

[39] Para la solución de los casos de insignificancia dentro de la teoría del delito, seguiremos la posición de nuestro Maestro, LASCANO, CARLOS J. (h), *La antijuridicidad esepcíficamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio,* en LASCANO, CARLOS (H), GONELLA, CARLOS Y TAPIA JOSÉ E., "Temas actuales del Derecho penal parte general", Mediterránea, Córdoba, pp. 209/226, quien se inspira en la teoría de GÜNTHER, HANS-LUDWIG, *La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, en "Causas de justificación y de antijuridicidad en Derecho penal", Luzón Peña, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago (coords.), Aranzadi, 1995, p. 45/66. Es también la posición de Balcarce, Fabián, ob. cit. pp. 375/378 y pp. 404/405.

Aclaramos, que este anclaje que proponemos se limitaría a los casos de insignificancia propia, pero no a los casos de insignificancia impropia, donde creemos que podría quedar enmarcada en el ejercicio de la acción penal o como un supuesto de reducción de pena, tal como lo hace el Anteproyecto de Código Penal de 2014.

Para arribar a esa conclusión, debemos hacer unas breves consideraciones previas en torno a las distintas posturas dentro de la sistemática del delito que deberemos de asumir para una mayor claridad y coherencia, aún reconociendo las falencias que ello podría traer aparejado.

Así, partimos de la base de un concepto bipartito de la teoría del delito, es decir, aquél que distingue entre injusto penal (acción típicamente antijurídica) y culpabilidad, lo que necesariamente nos debería llevar a una tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad[40] y cuyas causas de exclusión del injusto, al menos desde nuestro punto de vista, deberían darse dentro del marco de la teoría de los elementos negativos del tipo[41]. No desarrollaremos las implicancias sistemáticas que la adopción de dichas premisas importan, ni tampoco sus críticas, ventajas o desventajas, pues ello excede ampliamente el modesto cometido de este trabajo.

Efectuadas estas aclaraciones previas, cabe advertir, siguiendo a Günther, que "todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal, un injusto penal jurídicopenalmente relevante."[42] Sostiene el autor, que el injusto penal "es una forma cualificada de injusto"[43] y la razón de ello reside en el "especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprochabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción)."[44]

Agrega Günther, que en virtud del principio de legalidad, el merecimiento de pena es consagrado por el legislador a través de la redacción del tipo penal, pero añade que, en el marco de la interpretación teleológica también le corresponde a quien aplica la ley "la misión de excluir lesiones-bagatela de bienes jurídicos, que formalmente se ajustan al tenor legal"[45]. Esto último encuentra fundamento para el citado autor en consideraciones constitucionales y políticocriminales, ya que si "castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la *forma más intensa de desaprobación de una conducta* que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal (principio de proporcionalidad de los medios estatales, prohibición de exceso, subsidiariedad del Derecho penal).[46]

De allí entonces, decimos nosotros, que una afectación nimia del bien jurídico protegido (v.gr., propiedad, libertad, etc.), implicará siempre una vulneración del orden jurídico (antijuridicidad general), lo que autorizará a perseguir su reparación o restablecimiento por las otras ramas del ordenamiento que resulten más idóneas (Derecho civil, administrativo, etc.), pero excluirá su merecimiento de pena, dada su

---

[40] Al respecto, BALCARCE, FABIÁN, ob. cit., pp. 385 a 389.
[41] Por todos, MIR PUIG, SANTIAGO, ob. cit., §6/18 a 34, pp. 128 a 133 y nota 23; §16/5 y 6, pp. 416/417.
[42] GÜNTHER, HANS-LUDWIG, ob. cit., p. 47.
[43] Ibídem.
[44] Ibídem.
[45] Ibídem.
[46] Ibídem.

escasa gravedad, y, con ello, no habrá injusto o acción típicamente antijurídica porque faltará la antijuridicidad específicamente penal.

Dicho en otros términos, como juiciosamente lo afirma Balcarce, "la antijuridicidad *general* es receptada como condición necesaria, pero no suficiente para que exista entuerto penal. Es indispensable que se corrobore la *antijuridicidad específica* (penal)."[47]

En consecuencia, de acuerdo con la teoría de Günther, una insignificante lesión al bien jurídico no amerita una reacción especialmente intensa del orden jurídico (penal), porque no respondería al mandato constitucional de un Derecho penal como *extrema ratio.*

Por eso, entendemos que la insignificancia opera como una causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal, al no verificarse un menoscabo importante o relevante del bien jurídico, lo que conduciría sin más, a excluir el tipo de injusto penal, sin perjuicio de que subsistan otras formas de sanción más acordes (civil, administriativa, etc.).

El principio de insignificancia, "no es más que su recepción dogmática a nivel de teoría del delito en el estrato analítico de la *antijuridicidad específica.*"[48]

Lo hasta aquí expuesto, permitiría neutralizar aquella crítica formulada por Spinka al principio de insignificancia en el sentido de que hechos de esa naturaleza "no traen aparejada ninguna consecuencia, serán conductas permitidas."[49]

Ello olvida, a nuestro modo de ver, que justamente el hecho de que una conducta sea considerada insignificante penalmente, no puede –o no debería– implicar dejar al ciudadano sin resguardo o desamparo u obligado a soportar dicha conducta, toda vez, que ella seguirá siendo antijurídica en general.

Por otra parte, entendemos –aún cuando el tema se presenta como ciertamente opinable– que la forma más adecuada de resolver estos casos es a través de la teoría del delito, como causa de exclusión del injusto, y que las soluciones procesales que se esbozan conllevan una afectación seria del principio de seguridad jurídica y del principio constitucional de igualdad ante la ley[50], máxime teniendo en cuenta nuestro particular sistema federal, donde cada provincia se reserva el derecho de legislar su régimen procedimental.

Tampoco somos partícipes de la idea de que los casos de insignificancia propia deban resolverse sustancialmente como una facultad a renunciar a la acción penal (art. 71, CP), por cuanto la bagatela no presupone la existencia de un *delito perseguible*, sino, antes bien, como ha quedado dicho, como no se llega a cumplir con los requisitos para la configuración del injusto penal, *ergo*, no hay delito que perseguir.

En el sentido que propugnamos, por ejemplo, ha sido resuelto legislativamente por los códigos penales austríaco[51], polaco[52] e indio[53].

---

[47] BALCARCE, FABIÁN, ob. cit., p. 378.
[48] BALCARCE, FABIÁN, ob. cit., p. 406.
[49] SPINKA, ob. cit., pp. 38/39.
[50] LASCANO, CARLOS J. (h), *La antijuridicidad específicamente penal…*, p. 213.
[51] §42.1. Si el hecho es perseguible de oficio y sólo está amenazado con pena de multa, pena privativa de libertad no superior a un año o pena privativa de libertad de esta magnitud y multa, no será punible si concurren las siguientes condiciones: …2) El hecho no ha tenido consecuencias o éstas sólo son insignificantes. 2. La decisión sobre la concurrencia de los presupuestos establecidos en el párr. 1º está reservada al Tribunal; si éstos se cumplen el proceso debe sobreseerse independientemente de la situación en la que se encuentre. (Citado por GARCÍA VITOR, ENRIQUE ULISES, ob. cit., p. 94 y

Concluimos, compartiendo las certeras palabras de Günther, quien expresa que "en cuanto a la mención que a veces se hace de las posibilidades de suspensión o sobreseimiento en tales casos conforme al Derecho procesal, en mi opinión es una declaración de quiebra o bancarrota de la dogmática del Derecho penal: pues ni el más convencido partidario de las reglas unitarias de justificación osará afirmar seriamente que las decisiones por razones de oportunidad dejadas al arbitrio del correspondiente Fiscal o Tribunal [nosotros, por nuestra parte agregamos, por la correspondientes provincias que lo regulen] van a suponer una mayor ganancia en cuanto a seguridad jurídica que las limitaciones de la dogmática penal a la punibilidad dentro del marco de los requisitos del delito."[54]

Es hora de que los límites del poder punitivo, consagrados en los principios de *ultima ratio*, lesividad, fragmentariedad, intervención mínima y proporcionalidad, dejen de ser sólo parte de las más loables intenciones de los académicos liberales y respetuosos de los Derechos Humanos, que reiteradamente se enaltecen en conferencias, aulas de enseñanaza y en vastas publicaciones, y pasen a tener una expresa concreción legislativa, precisamente para evitar muchas veces su vulneración en la práctica, tal como ocurriría en los casos de insignificancia.

4. La recepción del principio de insignificancia en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación (2014)

En lo atinente a los casos de bagatela, el Anteproyecto que analizamos aborda la cuestión de dos formas distintas, aunque relacionadas entre sí, en una gradación de menor a mayor, como veremos seguidamente. Pero antes entrar en su estudio, y por todas las razones antes expuestas, celebramos que el proyectista haya decidido incorporar la insignificancia al Código Penal como un criterio que restringe la aplicación de los tipos penales a un caso concreto, dada su escasa o nula afectación al bien jurídico y, en definitiva, para lograr un adecuado y concreto respeto de los principios constitucionales de *ultima ratio*, proporcionalidad, lesividad e intervención mínima que se desprenden de nuestra Constitución Nacional.

a. *Insignificancia propiamente dicha*

El Título III, denominado "De las penas y medidas", en el art. 19 donde contempla el catálogo de casos que merecen una exención o reducción de pena, establece en forma *obligatoria* para el Juez no imponer pena o sanción alguna en aquellos casos en que en que el daño o peligro para el bien jurídico fueren insignificantes.

En la exposición de motivos del Anteproyecto parece adherirse a la tesis que hemos propuesto en este trabajo, donde con toda claridad se distingue la antijuridicidad general de la específicamente penal y de que, en muchos casos, otros sectores del orden jurídico son más eficaces para sancionar o reparar el daño causado por hechos de

---

BACIGALUPO, ENRIQUE, ob. cit., p. 501.) En el mismo sentido, ROXIN, CLAUS, ob. cit., §23/58, p. 991, nota 75.

[52] Así lo refiere BACIGALUPO, ENRIQUE, ob. cit., p. 501, cuyo §26.1 del código penal, establece que "un hecho cuya peligrosidad social es pequeña no constituye un hecho punible."

[53] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho Penal…*, p. 494, nota 57 refiriéndose al §95 del código penal que lo recepta con el nombre de "triviality".

[54] GÜNTHER, HANS-LUDWIG, ibídem, p. 51.

naturaleza bagatelar. En este sentido, el proyectista ha dicho que *"Muchas de estas conductas insignificantes pero que son susceptibles de causar algunas molestias, podrían hallar ubicación en un orden sancionatorio de menor gravedad o cuantía que el penal, como puede ser el administrativo o el contravencional, pero como es obvio, eso no es materia del Código Penal, que en este aspecto debería limitarse a señalarle a las competencias provinciales y administrativas que deja estas conductas libradas a su decisión sancionatoria. Quede claro, pues, que si en la mayoría de los casos no se trata de conductas dignas de encomio, el derecho posee resortes sancionatorios adecuados en otras ramas jurídicas para ocuparse de ellas, sin hacer que la potestad punitiva del Estado quede en ridículo."* (Exposición de Motivos, p. 93).

Sin embargo, nos preguntamos si la ubicación del principio de insignificancia como un supuesto de exención de pena representa la mejor solución desde el punto de vista teórico y también práctico.

Es que si hemos sostenido que los casos de bagatela excluyen el injusto penal, al no verificarse la antijuridicidad específicamente penal derivado de una nula o escasa afectación del bien jurídico, ¿Acaso no hubiera sido más coherente incluirlo dentro de los hechos que se consideran no punibles y que se regulan en el Anteproyecto en el Título II, "Hecho Punible", en particular en el art. 5 denominado "Eximentes"?

Con arreglo al modelo que presenta el Anteproyecto, quizás no se lograrían los fines nobles perseguidos por la norma bajo análisis, ya que del art. 19 parecería desprenderse que antes de llegar a la exención de la pena en casos de insignificancia, habría que transitar primero por todo el proceso penal hasta que sea el Juez de sentencia el que defina en última instancia si el hecho es insignificante o no y, de ser así, eximir de pena al justiciable. Esto se deduciría de la ubicación sistemática de la disposición en estudio y de la categórica expresión *"No se impondrá pena alguna"*.

Pero a nuestro modo de ver quedaría todavía otro interrogante aún más inquietante ¿El Juez de la causa, antes de decidir no imponer pena en el caso concreto, decidirá declarar penalmente responsable al imputado?

Amén de las observaciones que aquí planteamos, la solución que aquí se propugna de algún modo se ve sustentada en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, al explicitarse los fundamentos del art. 42 inc. 3. a) que confiere al Ministerio Público la facultad de no promover la acción penal o desistir de ella cuando el hecho fuera de menor significación, toda vez que allí se dice expresamente que este supuesto (el del art. 42) no tiene nada que ver con el del art. 19 inc. 1º que recepta un caso de atipicidad (Exposición de Motivos, p. 134). Por lo tanto, ello abona aún más nuestra posición en el sentido de que el principio de insignificancia viene a excluir el delito y no la imposición de la pena, pues, ¿qué sentido tiene para el Juez preguntarse si va a imponer una pena o no, es decir, si va a definir el hecho como insignificante o no, si previamente el hecho es atípico?

Por esas razones, nos parece que del modo en que este principio ha sido receptado, no cumpliría acabadamente con los objetivos del Derecho Penal y del Derecho Procesal en particular, esto es, de que sólo ingresen al sistema las conductas más graves y lesivas de los bienes jurídicos, con la consabida economización de recursos y mayor eficacia en la persecución.

Para concluir, sostenemos que quizás hubiera sido más sano incluir los casos de insignificancia como un supuesto contemplado dentro del art. 5 del Anteproyecto. Por ello, y siendo conscientes de nuestras limitaciones en materia de técnica legislativa,

arriesgamos la siguiente fórmula: *"No es punible:… l) El que, según las circunstancias del caso, hubiera cometido un hecho cuyo daño o peligro para el bien jurídico fuere insignificante."*

La solución que propugnamos reportaría, a nuestro modo de ver, dos grandes ventajas: *i)* Importaría su aplicación inmediata, operativa y en forma obligatoria, impidiendo a los operadores judiciales iniciar o continuar el proceso penal por un hecho insignificante (sería un caso de archivo o sobreseimiento por atipicidad); *ii)* Respetaría los principios de igualdad y de seguridad jurídica, ya que no dependería de que cada Provincia lo recepte o no.

b. *Hechos de menor significación (insignificancia impropia)*

El inc. 3º del art. 19 recepta los casos en que, de verificarse, facultan al Juez a imponer una pena por debajo del mínimo, pero sin habilitarlo a prescindir de ella.

La norma en cuestión abarcaría aquel universo de casos que hablamos al principio de este trabajo, es decir, hechos que "si bien superan el standard de ofensividad requerido por una tipicidad penal constitucionalmente orientada, aún así continúan reportando un disvalor pequeño (pero superador de la insignificancia) y por ello pueden conducir a la perforación de los mínimos establecidos en las escalas penales"[55].

Creemos también positiva la incorporación de esta disposición y no objetamos en esta oportunidad su ubicación sistemática. Si bien es cierto que seguramente se plantearán dificultades en torno a distinguir cuándo se trataría de un supuesto insignificante propiamente que obliga al Juez a no imponer pena, o según nosotros a considerarlo lisa y llanamente como un hecho no punible, de aquel otro cuya significación es escasa pero que merece y obliga a la imposición de una pena menor, no por ello se debe renunciar a contar con herramientas que permitan una aplicación más racional y más justa del Derecho Penal.

Por otra parte, los delitos de menor significación también han sido objeto de regulación en el art. 42 inc. 3. a) en lo referido al ejercicio de la acción penal, facultando al Ministerio Público a no promoverla o desistir de la ya iniciada antes de la fijación de la fecha para el debate oral.

En la Exposición de Motivos el proyectista aclara expresamente que este supuesto (insignificancia impropia) no se refiere al previsto por el art. 19 inc. 1) que postula el caso de la insignificancia propiamente dicha, donde como ya dijimos el mismo Anteproyecto propugna se resuelva por la atipicidad de la conducta.

De lo expuesto se podría colegir que existirían dos sujetos legitimados para decidir la irrelevancia penal de un delito sometido a su conocimiento. En un primer momento, esa facultad sería conferida al Fiscal de la causa, en las condiciones que exige el art. 42 inc. 3. a) y, en un segunda oportunidad, con arreglo al art. 19 inc. 3, al Juez que debe dictar sentencia para que en el momento de la individualización judicial de la pena decida en forma facultativa aplicar una pena por debajo del mínimo.

Podría pensarse rápidamente que se trataría de una contradicción entre los arts. 42 inc. 3. a) y 19 inc. 3, pero a poco que se reflexione más detenidamente la cuestión puede inferirse que en realidad se trata de dos filtros que permitirían dejar fuera de persecución penal hechos de escasa gravedad, aún cuando superen el test de lesividad.

---

[55] FINKELSTEIN NAPPI, JUAN LUCAS, ob. cit. supra nota 1.

La llamada "pena natural" (*poena naturalis*), con específica referencia al Anteproyecto de Código Penal del año 2014

Por Álvaro E. Crespo

Introducción. 1. Breve cuestión preliminar: la culpabilidad como garantía y como categoría del delito. 2. La pena natural en el marco de la teoría de la compensación de la culpabilidad y de la derivada ausencia de necesidad preventiva (Bacigalupo). 3. La pena natural en el marco de la racionalidad de la pena en el caso concreto, del principio de proporcionalidad entre delito y pena y del principio de humanidad (Zaffaroni). 4. La fundamentación de la pena natural en los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, y su eventual regulación como atenuante general: dificultades (Patricia Ziffer). 5. Roxin y su categoría de "responsabilidad" como culpabilidad más finalidades preventivas (nuestra propuesta de ubicación sistemática en esa categoría). 6. La cuestión en los delitos dolosos. 7. Nuestra posición. 8. La pena natural en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014. 9. Nuestra postura sobre el Anteproyecto.10. Propuesta final. Bibliografía.

Introducción

El tema bajo estudio es de aquellos que presentan un costado simple y otro complejo. En efecto, la sola denominación "pena natural" se nos presenta, *prima facie*, como un concepto de simple abordaje intelectual y parece reflejar una institución jurídica –*de lege ferenda*[1]– derivada del sentido común y de la naturaleza de las cosas. Aun así, presenta muchos costados espinosos, pues –por empezar– no deja de ser controvertible para la gente común que una persona sea eximida de pena por haber sufrido un daño *a causa de su propio hecho delictivo* (la sociedad actual –o gran parte de ella– considera indispensable castigar todos los delitos de manera rigurosa e incluso crear nuevas figuras delictivas como solución al problema de la delincuencia[2]).

No obstante, los tribunales comienzan a aplicar poco a poco ese instituto, principalmente respecto de los delitos *culposos*, invocando principios fijados por tratados internacionales de jerarquía constitucional (humanidad de las penas, proporcionalidad, mínima intervención del derecho penal, etcétera)[3]. Más discutida es, en cambio, la cuestión en los delitos *dolosos*, aunque existen autores[4] y jurisprudencia[5] que extienden la figura hacia tales delitos.

---

1 Nos referimos a su eventual futura regulación por el Código Penal de la Nación, sin que obste a que ya se encuentre regulada como instituto procesal en varios códigos provinciales, y prevista en el anteproyecto de reforma del CP del año 2006 y en el anteproyecto del año 2014.

2 Sobre la expansión desmesurada –y meramente simbólica- de la legislación penal y el alejamiento de principios rectores del derecho penal liberal puede verse, entre muchos otros: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.

3 Puede verse el siguiente fallo sobre un accidente de tránsito con resultado de lesiones graves en la esposa del conductor imputado y lesiones leves en el hijo de ambos, ilustrativo por contener interesantes citas de doctrina y jurisprudencia: Causa N°19.007 - 'B., J. S. s/recurso de casación' – Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala II - 16/08/2007.

4 Como Bacigalupo y Zaffaroni, de acuerdo a los ejemplos que brindan al tratar el tema.

5 "Un juez penal de Rosario aplicó la pena natural a un acusado de robo que sufrió paraplejia al tirotearse con la policía. El magistrado sostuvo el criterio de oportunidad según el cual ésta tiene lugar por las

Otra cuestión problemática es la relativa a la ubicación de la *poena naturalis* en la dogmática penal, ya que no sólo puede plantearse como un principio de oportunidad bajo la órbita de la disponibilidad de la acción y, por ende, objeto de regulación por parte de la legislación procesal penal (o aun por el código de fondo, pero manteniéndose en el ámbito del ejercicio de la acción penal[6]), sino que también puede plausiblemente ser considerado *en el marco de la teoría del delito* con relación a la categoría de la culpabilidad (compensación de una culpabilidad cuantificable), o como una pauta de mensuración en el marco de la teoría de la pena, o como una excusa absolutoria (punibilidad).

En nuestro país se postula comúnmente la regulación de la pena natural como *criterio de oportunidad* para el ejercicio de la acción penal pública, y se la ubica, por ende, en el marco del derecho penal adjetivo; es lo que sucede actualmente con su reciente legislación en algunas provincias argentinas[7]. No obstante, su conceptualización también puede realizarse –y esta será nuestra propuesta– en el ámbito de la *teoría del delito* y, en consecuencia, su regulación legal en el derecho penal sustantivo (Código Penal de la Nación) como materia ajena al ejercicio de la acción penal. Esto traerá aparejado –lo que consideramos de fundamental importancia– la uniformidad legislativa en nuestro país sobre las consecuencias de la pena natural, y la aplicación del instituto de manera ajena a la mera discrecionalidad del órgano persecutor.

Es positivo, en ese sentido, que el Anteproyecto de Código Penal de la Nación del año 2014 contenga disposiciones que la contemplan. En efecto, como se verá al final del presente trabajo, se la regula como una *circunstancia atenuante en la determinación de la pena*, por un lado, y como *causa de posible exención de la pena* (delitos culposos) o de *disminución por debajo del mínimo de la escala penal* (delitos culposos y dolosos), por el otro. En ambos casos, en el título dedicado a las penas y medidas, y en el capítulo que trata de las penas y su determinación.

A su vez, el mismo Anteproyecto la regula también como un *criterio de oportunidad* en el ejercicio de la accion penal.

Entre nosotros, Carlos Lascano[8] adscribe a la existencia de una *antijuridicidad específicamente penal*, aplicable a los supuestos incluidos en los llamados *criterios de*

'consecuencias del hecho sufridas que sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público'. También señaló el principio de humanidad y la propia víctima consintió la medida". Noticia publicada en internet, en sitio web www.diariojudicial.com, edición de fecha 31 de Agosto de 2011, donde se puede consultar el fallo completo.

6 Tal es lo que sucede con el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2006.

7 Puede verse al respecto un reciente trabajo sobre el estado de la legislación en nuestro país de los llamados criterios de oportunidad: AGUAD, Dolores, BAZÁN, Natalia, BIANCIOTTI, Daniela, GORGAS, Milagros, OLMEDO, Berenice, "La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal", Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011 (puede consultarse en la página web oficial de la Academia).

8 Coordinador de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, bajo cuya dirección se efectuó el presente trabajo, junto a otros relativos a la cuestión general acerca de los principios de oportunidad y, específicamente, sobre el llamado principio de insignificancia (los que ya fueran expuestos oralmente en la sede del mencionado Instituto en el mes de septiembre de 2011 por los abogados Juan Ignacio MARTÍNEZ CASAS, Carlos GONELLA y Facundo TROTTA, miembros agregados del Instituto).

oportunidad procesal en la disponibilidad de la acción penal[9]. Su propuesta es enmarcarlos en la teoría del delito y ubicarlos sistemáticamente no en el marco de la punibilidad como excusas absolutorias, sino dentro del *tipo de injusto*. Así sucede con el *principio de insignificancia* (aplicable a los "delitos de bagatela"), al que se ha ubicado sistemáticamente en el ámbito de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, y que para el citado autor constituye una *causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal* que como tal elimina el tipo de injusto. En cuanto a la *pena natural*, propone su ubicación sistemática en el ámbito de la *categoría de la imputación personal*, como un *supuesto concreto de exclusión de la necesidad preventiva general*, que implica la recepción del principio de *racionalidad* de la pena.

Empero, reiteramos que no existe unanimidad entre los autores en orden a la ubicación precisa de la pena natural en el ámbito de las categorías del delito, ni respecto de su aplicación a los delitos dolosos. El objeto del presente trabajo será fijar posición al respecto (siempre de manera provisional, dejando abierta la posibilidad de distintas interpretaciones igualmente plausibles), y comentar la regulación que se efectúa en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 y la justificación que de ella se plasma en la Exposición de Motivos[10].

1. Breve cuestión preliminar: la culpabilidad como garantía y como categoría del delito.

Pero antes de ingresar específicamente al análisis del tema que nos ocupa, es necesario efectuar a manera de introducción –lo que de alguna manera adelanta nuestra postura– algunas consideraciones previas sobre el concepto de culpabilidad.

El vocablo culpabilidad admite, desde lo jurídico-penal, dos significados:

1) *Culpabilidad como garantía individual*. Se habla del principio de culpabilidad dentro del conjunto de postulados esenciales a todo Estado de derecho. Opera como límite de la potestad punitiva. Se traduce en un conjunto de condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal cuanto para la imposición de pena[11]. En palabras de Mir Puig, es el límite político criminal del *ius puniendi*, que exige como presupuesto de la pena que pueda "culparse" a quien la sufra del hecho que la motiva, y que incluye el principio de personalidad de la pena, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal[12].

2) *Culpabilidad como categoría o elemento del delito*. Se la concibe como la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico (concepción normativa), o bien como un puro juicio de reproche del autor (concepción finalista)[13]. Mir Puig utiliza el término "imputación personal" en vez de culpabilidad, término que considera más correcto por

---

9 LASCANO, Carlos J. (h), "La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio", trabajo inédito.

10 La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por Decreto Ley 678/2012, delegó la redacción de la Exposición de Motivos en su Presidente, Dr. E. Raúl Zaffaroni. Sus restantes miembros son: León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

11 AGOSTINELLI, Marcelo Javier, "La culpabilidad", en *Derecho Penal Parte General*, Carlos J. LASCANO (director), Advocatus, Córdoba, 2005, p. 475/6.

12 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 9a ed., BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 125/126.

13 AGOSTINELLI, obra y lugar citados.

cuanto deja más claro que en la segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor (imputación personal de un hecho antijurídico a un sujeto responsable). No se castiga -dice el citado autor- una "culpabilidad" del sujeto entendida en sentido moralizante, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a su autor[14]. Se trata del "principio según el cual la pena presupone la imputación personal del injusto"[15].

Ambos conceptos, empero, están íntimamente ligados, especialmente si se repara en que el principio de culpabilidad como garantía constitucional (principio de culpabilidad en sentido amplio) contiene al principio de culpabilidad como imputación personal (culpabilidad en sentido estricto).

El principio de culpabilidad, según Jescheck-Weigend, es el *presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal*, pues la pena criminal sólo 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, aquélla nunca puede ser más grave que lo que el autor se merece según su culpabilidad[16].

En similar sentido, Kaufmann lo considera *la verdadera y más profunda justificación del derecho penal*[17]. Y Roxin lo reputa como el *criterio central de toda imputación*, la columna vertebral de la imputación objetiva y subjetiva, a tal punto que llega a afirmar que "la imputación de un acontecimiento externo a un sujeto determinado… constituye el único contenido de la dogmática penal"[18].

El principio de culpabilidad, a decir de Jescheck y Weigend, tiene como presupuesto lógico la *libertad de decisión* de la persona, pues sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales[19].

Al respecto, Roxin (funcionalismo moderado) sostiene que existe una conciencia de libertad que puede fundamentar una convención social, una regla de juego social, una imposición normativa, pero que no es un hecho científicamente demostrable; la base real de la determinación de la culpabilidad es la *capacidad de reaccionar ante la norma*, no la libertad humana de acción[20].

Aquí vamos a tomar partido –conforme se ampliará *infra*– por la concepción de culpabilidad de Roxin, la que junto a las finalidades preventivas integra la categoría de *responsabilidad*. Pondremos especial atención en la relación entre la culpabilidad, la pena y los fines preventivos, que será determinante en la posición que asumamos respecto de la pena natural.

Pero pasemos previamente a examinar las distintas posturas.

2. La pena natural en el marco de la teoría de la compensación de la culpabilidad, y de la derivada ausencia de necesidad preventiva (Bacigalupo).

---

14 MIR PUIG, op. cit., p. 534 y 138

15 MIR PUIG, op. cit., p. 544.

16 JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002., p. 437

17 KAUFMANN, Arthur, citado por JESCHECK-WEIGEND, cit., p. 437, nota 2.

18 ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/b, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 479/497.

19 JESCHECK-WEIGEND, *Tratado…*, p. 437.

20 ROXIN, "Culpabilidad…", p. 485/488.

Bacigalupo, en un breve trabajo sobre el principio de culpabilidad y la pena natural[21], y en el marco de una concepción de *culpabilidad cuantificable* que tiene su origen principalmente en Kant, trata acerca de lo que denomina "la cuestión de la compensación de la culpabilidad", afirmando que ella se refiere a las *modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho*, y que se trata de una cuestión vinculada con la extinción de la culpabilidad o con su reducción parcial. Es una problemática tradicional –continúa– de la *teoría de la culpabilidad* y está implícita en su carácter cuantificable. Y precisamente por ser cuantificable –agrega– la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria.

Afirma que la compensación de la culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: una *compensación socialmente constructiva* de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada (arrepentimiento y reparación); y una *compensación socialmente destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad, y cuyo prototipo es la *pena*, la que cumplida extingue la culpabilidad por compensación total.

La compensación destructiva de la culpabilidad –para Bacigalupo– tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena, mal que puede ser jurídico o natural, y este último da lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis* (ejemplifica con el ladrón que al huir cale del tejado y queda tetrapléjico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo). Sostiene –citando a Jeschek y Weigend– que en estos casos se prescinde de pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena (*poena naturalis*) y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva.

Como se verá más adelante, creemos que la referencia de Bacigalupo a la inexistencia de necesidades preventivas (con cita de Jescheck y Weigend) no hace sino acercar su postura a la de Roxin, en cuanto a la existencia de una íntima conexión entre culpabilidad, prevención y pena. De esta manera, el concepto de pena natural como "culpabilidad compensada", que parece *prima facie* reflejar una mera *retribución* (teoría absoluta de la pena), se completa con la existencia de *finalidades preventivas* que necesariamente deben ser consideradas (teoría unitaria de la pena)[22].

---

21 BACIGALUPO, Enrique, "Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual", en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, Nº2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ed. Lerner, 1998, p. 73/101.

22 Sintéticamente, recordamos aquí que las teorías *absolutas* de la pena "centran el motivo jurídico y el sentido de la pena sólo en la retribución, en cuya virtud debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho… el único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad"; las teorías *relativas*, en cambio, consideran que la pena "sirve exclusivamente para la protección de la sociedad… no es un fin en sí mismo, sino que es tan sólo un medio cuya finalidad es evitar acciones punibles futuras"; las teorías *unitarias* "aúnan la prevención general y la retribución en la experiencia de que sólo una pena justa adecuada a la culpabilidad disuade y educa en un sentido social-pedagógico... La teoría unitaria está caracterizada, según ello, por un concepto de pena pluridimensional que se orienta al pensamiento de la retribución aunque sin ceñirse sólo a ella" (JESCHECK - WEIGEND, *Tratado…*, p. 75 y ss.). En esta concepción unitaria se ubica Roxin, como se verá más adelante.

Cabe traer a colación que Bacigalupo crea una categoría nueva del delito, situada entre la ilicitud y la culpabilidad: la categoría de *responsabilidad por el hecho* (atribuibilidad, desaprobación jurídico-penal). Es por él considerada como una categoría autónoma de exclusión de la punibilidad, intermedia entre la *ilicitud* (desaprobación del orden jurídico en su totalidad) y la *culpabilidad* (capacidad de obrar de otra manera, o de motivarse por el derecho). En tal categoría ubica casos de renuncia del legislador a la aplicación de una sanción en hechos típicos y antijurídicos, que incluso pueden ser culpables; comportamientos típicos no atribuibles, contrarios al orden jurídico pero no merecedores de pena, aun si hubiese podido comportarse de otra manera. Afirma que la explicación dogmática de esa categoría no es la reducción de la gravedad de la culpabilidad como tal, sino la disminución de la ilicitud. Incluye las tradicionalmente llamadas causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad disculpante, coacción o amenazas, exceso en el ejercicio de una causa de justificación), y las llamadas excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la punibilidad[23].

Evidentemente, la pena natural no puede ser ubicada en esa nueva categoría, por la simple razón de que no disminuye la ilicitud del hecho sino que *compensa* la culpabilidad. Queda, pues, la ubicación que expresa Bacigalupo: en el marco de la *culpabilidad cuantificable* que es compensada por el hecho padecido por el autor a causa de su delito (concepción de Kant[24]). Pareciera reflejar, así, una concepción *puramente retributiva* de la culpabilidad (y una teoría absoluta de la pena), aunque –reiteramos– la cita que realiza de los autores alemanes (Jescheck y Weigend) parece acercar su posición a la de Roxin, al especificar que compensada la culpabilidad por la pena natural, no existe necesidad preventiva. Lo que Roxin –más prolijamente a nuestro entender– explica de otro modo: sólo la necesidad preventiva, con la existencia previa de culpabilidad (y sin exceder su medida), ambas cobijadas bajo la categoría de responsabilidad, es lo que permite imputar un hecho a un sujeto determinado. No incorpora Roxin expresamente la pena natural en esa categoría, aunque pensamos que ello sí puede realizarse satisfactoriamente.

3. La pena natural en el marco de la racionalidad de la pena en el caso concreto, del principio de proporcionalidad entre delito y pena y del principio de humanidad (Zaffaroni).

Zaffaroni, en su *Derecho Penal Parte General*[25], analiza el tema de la *pena natural*, en primer lugar, al tratar acerca de los "principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos humanos"[26], y específicamente al considerar el *principio de humanidad.* Sostiene que una pena puede no ser cruel en abstracto, es decir, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero sí resultar *cruel en concreto*, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Afirma que uno de estos claros supuestos es aquel en que la persona ha sufrido un grave

23 BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 121 y ss.

24 "Para Kant la ley penal es un imperativo categórico, esto es, un mandato de la justicia libre de toda consideración final… El único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad" (JESCHECK – WEIGEND, *Tratado…*, p. 75).

25 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

26 ZAFFARONI…, p. 126.

castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho. Y agrega más adelante que el temor de nuestra doctrina a tocar los mínimos de las escalas penales la lleva a no relevar estos casos, cuando, en rigor, los mínimos no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala penal lesionan el principio de humanidad[27].

Vuelve el autor a considerar el tema al tratar sobre la cuantificación y la individualización de la pena. En ese contexto, sostiene que los *límites mínimos* fijados por las escalas legislativas penales tienen el valor de regla general, pero que no rigen cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es *irracional en el caso concreto*. Lo correcto –sostiene– es asignarles *valor indicativo*, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los *otros parámetros legales de mayor jerarquía*, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos. En ese sentido, señala como *casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos* en supuestos concretos aquellos en los que se hubiesen operado las llamadas *penas naturales*, y en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona *penas ilícitas*[28].

El citado autor explicita –en lo que aquí nos interesa– que se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida -dice- la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de *proporcionalidad* entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el *principio de humanidad*, y que también extremaría la *irracionalidad del poder punitivo*, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. No puede descartarse -agrega- que en hipótesis extremas, la *poena naturalis* cancele toda posibilidad de otra pena estatal (ejemplifica el citado autor con el caso del conductor imprudente que causa la muerte de toda su familia, que queda parapléjico, ciego, etc.)[29].

Agrega que la idea de *compensación* viene impuesta por la necesidad liberal de una medida y equilibrio para todas las cosas –incluso para la reacción punitiva– lo que lleva a considerar los casos de *poena naturalis* como supuestos especiales de *renuncia estatal de la pena* en base a que su imposición resultaría notoriamente errónea[30].

Expresa que la pena natural se la autoinfringe el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro. Y que no hay razón para limitar la pérdida del autor a las de naturaleza física o corporal, sino que también puede ser económica o de cualquier otro carácter, con tal que lo sea con motivo de su delito, y sin que obste que haya sido previsible o prevista, siempre que lesione los principios constitucionales señalados (irracionalidad mínima y humanidad)[31].

Considera el ministro de la Corte que la pena natural está comprendida en el art. 41 del código penal, que impone al juez la obligación de tomar conocimiento de las

27 ZAFFARONI…, p. 132/133.
28 ZAFFARONI…, p. 995/996.
29 ZAFFARONI…, p. 996.
30 ZAFFARONI…, p. 997.
31 ZAFFARONI…, p. 997.

demás circunstancias de hecho en la medida requerida para cada caso"[32]. No quedan dudas, pues, de que el citado autor ubica la cuestión en el marco de la *teoría de la pena*.

Finalmente, Zaffaroni trabaja la pena natural tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Así, sostiene a modo de ejemplo que no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia[33].

En conclusión, la teoría de Zaffaroni hace hincapié en la proporcionalidad entre delito y pena, en la racionalidad del poder punitivo y en el principio de humanidad de la pena (pena natural más pena legal implica: desproporción entre delito y pena, irracionalidad, e inhumanidad). Ahora bien, creemos que la exclusión de la pena en casos como el presente (*poena naturalis*) debe trasladarse del ámbito de la individualización de la pena al de la culpabilidad, y surgir de la ausencia de necesidades preventivas. El principio de proporcionalidad –afirma Roxin– es aplicable sólo en casos de sanciones impuestas de manera preventiva (medidas de seguridad), pero no de las penas cuyo límite máximo estará dado por la medida de la culpabilidad y su mínimo (hasta su exclusión) por la necesidad preventiva[34]. Es lo que expondremos más adelante.

4. La fundamentación de la pena natural en los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, y su eventual regulación como atenuante general: dificultades (Patricia Ziffer).

También entre nosotros, Patricia Ziffer afirma que la *poena naturalis* puede hallar diversos fundamentos constitucionales, al menos en el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad[35].

En cuanto al primero (*principio de culpabilidad*), sostiene que si el autor sufre un daño con motivo u ocasión del hecho punible, ya ha visto *retribuida* al menos una parte de su "reprochabilidad" y *compensado* en igual medida el provecho eventualmente obtenido). Fácil es advertir que se trata de una postura similar a la de Bacigalupo, pues

---

32 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 744. Y la ubicación del tema en el "Manual…" es coherente con ello (Tercera parte: Teoría de la responsabilidad punitiva - Capítulo 29: El marco legal de la respuesta punitiva); como también lo es la ubicación en su "Derecho Penal…" ("sobre la cuantificación y la individualización de la pena").

33 *Manual…*, p. 743.

34 ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 102/105: "En ocasiones se ha intentado renunciar por completo al principio de culpabilidad, afectado por su anterior vinculación con la teoría retributiva y por las controversias filosóficas, y poner en manos del principio de proporcionalidad la necesaria limitación de la pena. Pero éste no es el camino idóneo para la solución del problema" [p. 102]. "El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad" [p. 103]. "La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena" [p. 105]. "La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales" [p. 103].

35 ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 141 a 143.

parece reflejar el concepto de culpabilidad como mera retribución, sin relación con elementos preventivos.

Pero agrega la autora que en caso de daños sufridos por azar y, en ese sentido, no imputables, el fundamento a invocar sería más bien el *principio de proporcionalidad*, porque desde una teoría de la imputación bien refinada ese daño no es imputable a la culpabilidad del autor. En este aspecto, es similar a la interpretación de, por ejemplo, Zaffaroni.

Objeta Ziffer que la mayor dificultad reside en cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, cómo medir el sufrimiento. Afirma que la valoración sólo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo que conduciría a una *atenuante general*. Pero que ello se puede cuestionar, por ejemplo, en casos de homicidios causados imprudentemente a parientes cercanos: con frecuencia será posible afirmar un deber de cuidado mayor, por lo que una atenuación general no necesariamente representa una solución más justa para todos los supuestos (la imprudencia respecto de la vida de un pariente, que debería motivar una agravación de la pena, termina tratando al autor en forma más benigna que respecto de la imprudencia respecto de terceros). Concluye afirmando que si bien el principio de la *poena naturalis* puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema del hecho punible sin incurrir en contradicciones[36].

5. Roxin y su categoría de "responsabilidad" como culpabilidad más finalidades preventivas (nuestra propuesta de ubicación sistemática en esa categoría).

Como ya se adelantó, proponemos la ubicación dogmática de la pena natural en la categoría de "responsabilidad" pergeñada por Roxin como amalgama de culpabilidad y prevención. No obstante, intentaremos brindar cuidadosamente los fundamentos de esta postura, pues se trata de una interpretación propia con base en la nueva categoría del delito propuesta por el citado autor.

En su breve trabajo titulado "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", considera Roxin –como referimos antes– que el *principio de culpabilidad* es el criterio central de toda imputación, la columna vertebral de la imputación objetiva y subjetiva, a tal punto que llega a afirmar que "la imputación de un acontecimiento externo a un sujeto determinado… constituye el único contenido de la

36 Pensamos nosotros que la dificultad en medir el sufrimiento del autor no es superior, por ejemplo, a la de evaluar el estado de conmoción violenta del ánimo propio del homicidio (o de las lesiones o del abuso de armas) en estado de emoción violenta. Ambas –el sufrimiento, el estado de conmoción– son situaciones subjetivas que sólo podrán derivarse de la consideración de circunstancias externas (objetivas). Sin embargo, a pesar de tales dificultades, el legislador consideró razonable fijar una figura atenuada del homicidio, de las lesiones y del abuso de armas, esto es, estimó correcto que dicha circunstancia subjetiva de dificultosa captación por el juzgador sea aplicable como atenuante a todos los casos en que se cometieren los delitos mencionados. Más aún, consideramos que es menos dificultosa la captación de la subjetividad en la pena natural que en el ejemplo de la emoción violenta, pues los hechos externos de que aquí se trata (muerte de un pariente cercano, amputación de un miembro, etc.) demuestran claramente un perjuicio gravísimo en la persona del autor y su consecuente sufrimiento. Por lo demás, la agravación de la pena para los delitos imprudentes cuando la víctima sea un pariente, de aceptarse, no obsta a que el grave daño que recibe naturalmente el autor –piénsese en la muerte de un hijo- compense sobremanera su imprudencia. Necesariamente todo caso de pena natural implica un tratamiento más benigno por parte de la ley, en el sentido de que el castigo que ésta impone –con fines retributivos y preventivos- ya se dio naturalmente y se torna innecesario –atento a tales fines- agregar más castigo aún.

dogmática penal". En este sentido, expresa que la dogmática penal sólo trata de establecer bajo qué condiciones y en qué medida alguien puede ser hecho *responsable* por un acto social dañoso, y agrega que en la determinación de la responsabilidad, el principio de culpabilidad juega un papel preponderante, si bien *no exclusivo*[37].

En ese marco, la *culpabilidad* es definida por Roxin como "la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada"[38], o con otras palabras, como "un actuar antijurídico en el caso de capacidad de reacción ante la norma"[39]. Afirma que la base real de la determinación de la culpabilidad es la capacidad de reaccionar ante la norma (accesible a constataciones empíricas y, en principio, demostrable) y no la libertad humana de acción (regla de juego social, imposición normativa, pero no un hecho demostrable)[40]. Descarta otras concepciones de culpabilidad: la culpabilidad como actitud anímica reprochable (Jeschek, entre otros), la culpabilidad como responsabilidad por el propio carácter (Schopenhauer), y la culpabilidad como imputación por necesidades de prevención general (Jakobs)[41]. Expresa que aquel a quien, a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma, actúa en forma contraria, a él se le imputa su actuar como culpabilidad[42].

Ahora bien, a renglón seguido afirma que el problema *no se agota* con definir la culpabilidad de esa forma, pues existen causas de exculpación (v.gr., estado de necesidad disculpante y exceso en la legítima defensa) en las que la capacidad de reaccionar ante la norma, por regla general, no está excluida. A ello agrega que tampoco el concepto de culpabilidad como capacidad de reaccionar ante la norma explica una disposición como la de la edad de imputabilidad: dice que sería absurdo suponer que con la llegada a la edad de imputabilidad (14 años), una persona ingresa repentinamente a una capacidad de culpabilidad (de reaccionar ante la norma) de la que antes carecía completamente. Tales tres casos, a su entender, no implican una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una *causa de atenuación* de ella: *se desiste de un castigo porque el legislador no lo considera necesario o lo considera dañoso, por razones de prevención especial o general*[43].

Concluye de lo dicho que lo que se llama *exclusión de la culpabilidad*, si bien se basa en parte en la falta o en la disminución de la *culpabilidad*, en parte también lo hace en consideraciones de *prevención especial y general* sobre la posibilidad de prescindencia de la pena. Para la imputación subjetiva de un actuar ilícito deben concurrir *culpabilidad* del autor y una *necesidad preventiva* de castigo. Propone llamar a la categoría del delito que sigue al injusto no culpabilidad, sino *responsabilidad*[44].

De esta manera, afirma que en la teoría de la imputación subjetiva deben ser integrados junto a la culpabilidad también aspectos preventivos, de modo que la culpabilidad sólo constituye un aspecto parcial, si bien esencial, de lo que denomina *responsabilidad*. Reconoce que todo esto tiene importantes efectos en la

---

37 ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", en Nueva Doctrina Penal, 1996/b, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 479.
38 Ibídem, p. 481/2.
39 Ibídem, p. 485.
40 Ibídem, p. 486.
41 Ibídem, p. 482/5.
42 Ibídem, p. 488.
43 Ibídem, p. 488/491.
44 Ibídem, p. 491 y ss.

fundamentación dogmática del derecho penal, pero también en el alcance práctico de las posibilidades de exención de la pena”[45].

Lo explica en los siguientes términos:

“…Para la determinación de la pena, esto significa que cada pena presupone culpabilidad y no debe superar la medida de la culpabilidad, y que la pena debe ser también siempre preventivamente imprescindible. La pena puede quedarse atrás de la medida de la culpabilidad, si las necesidades preventivas hacen innecesario un agotamiento de la medida de la culpabilidad e incluso lo hacen parecer desaconsejable (…) Así, se adopta una posición liberal, acorde al Estado de Derecho, que coloca al poder estatal límites tan estrechos, como sea socialmente justificable. No se puede penar ni aun en caso de una gran necesidad de prevención especial o general, cuando el autor actúa sin culpabilidad. (Pero) incluso cuando exista una culpabilidad –disminuida–, se debe desistir de la pena si lo permiten las necesidades preventivas, naturalmente no según el criterio personal del juez, sino según disposiciones legislativas o decisiones valorativas de la ley"[46].

Al final del citado trabajo, sintetiza Roxin su postura afirmando que "aquello que tradicionalmente llamamos ‘actuar sin culpabilidad’ (es decir, exclusión de la culpabilidad o disculpa) no es sólo la falta de capacidad de reaccionar ante la norma sino, a menudo, también una exclusión de la responsabilidad basada en la falta de necesidad preventiva de sanción, en vinculación con una culpabilidad atenuada”[47].

Por otro lado, en su *Derecho Penal Parte General* no encontramos desarrollada la cuestión de la pena natural, sino tan sólo una breve referencia a la norma del C.P. alemán que la recepta, sin emitir el citado autor opinión alguna respecto de su ubicación. Según la citada disposición, en las penas de prisión de hasta un año el tribunal dispensará de la pena "si las consecuencias del hecho que hayan afectado al autor son tan graves que sería evidentemente equivocado imponer una pena"(§ 60). Afirma el autor alemán que dicha norma prevé el supuesto de que el sujeto ya haya sido "suficientemente castigado" por las repercusiones de su delito (ejemplifica con el automovilista que ha provocado culposamente un accidente, y sufre él mismo en el accidente graves lesiones con peligro para su vida). Opina que el precepto legal es digno de alabanza por su *orientación hacia las finalidades preventivas del Derecho penal*[48].

Esta referencia a las finalidades preventivas nos habilita a ubicar la *poena naturalis* en la categoría de “responsabilidad” del profesor alemán. Así, nos permite sostener que en la *pena natural,* si bien la culpabilidad permanece, no existe en cambio responsabilidad por el hecho debido a que *no existen razones de prevención general o especial que tornen necesario un castigo*.

Pero en la citada obra Roxin efectúa otras consideraciones que –según creemos- confirman nuestra interpretación. Así, sobre el *principio de oportunidad* dice:

“Si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al Derecho procesal es sólo porque en tales constelaciones el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena, sino que se la ha encomendado al arbitrio —que queda al margen del hecho— del Ministerio Fiscal y del

45 Ibídem, p. 491.
46 Ibídem, p. 491/493.
47 Ibidem, p. 497.
48 ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 130. Agrega que en el año 1991 se dispensó de pena en 684 casos.

tribunal. Por tanto, ha querido dejar mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas. Si por el contrario hubiera una formulación acorde con el principio de determinación o precisión y una exclusión obligatoria de la pena, habría que calificar las actuales 'situaciones de oportunidad' en parte como causas de exclusión de la responsabilidad y en parte como causas de exclusión de la punibilidad"[49].

¿En cuál de esas causales ubicaría Roxin a la pena natural? Para responder, sigamos interpretando su texto. Distingue el autor estas dos causas diciendo que en la segunda (exclusión de la punibilidad) existen, a diferencia de la primera (exclusión de la responsabilidad), finalidades extra-penales que "*tienen prioridad frente a la necesidad de pena"*[50]. Y más adelante, en el mismo sentido, sostiene que si en las *causas de exclusión de la responsabilidad* hay merecimiento de pena (culpabilidad) pero no hay necesidad de pena (prevención), en las *causas de exclusión de la punibilidad* existe tanto merecimiento como necesidad, pero sólo finalidades extrapenales hacen que se exima de pena[51].

En ese marco, interpretamos nosotros que la pena natural es una *causa de exclusión de la responsabilidad* porque permanece la culpabilidad, pero desaparece la necesidad de prevención ante el perjuicio sufrido por el autor. La pena natural *no es*, en cambio, causa de exclusión de la punibilidad, porque en ésta no desaparece la responsabilidad (esto es, ni la culpabilidad ni la necesidad de prevención), sino que se excluye la pena en razón de finalidades extra-penales.

Creemos que esta postura es la más adecuada, por cuanto recepta tanto las finalidades retributivas como las preventivas del derecho penal[52].

Ahora bien, la propuesta de Roxin –con base en la cual, a su vez, fundamos la nuestra– no está exenta de críticas en su propio país. Hirsch, en un breve artículo sobre la justificación y la exculpación en la teoría del delito, dice que la opinión dominante en

---

49 Ibídem, p. 991.

50 Ibídem, p. 977.

51 Ibídem, p. 983/984. He aquí el texto: "Pues bien, se puede discutir si es necesaria o no la distinción conceptual entre merecimiento y necesidad de pena; pero en cualquier caso, tal como la efectúan los citados autores, remite a la diferenciación que aquí se ha hecho dentro de la categoría de la responsabilidad. Conforme a la misma, se dará el "merecimiento de pena" cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una "posibilidad de punición"); pero una conducta "merecedora de pena" sólo estará "necesitada de pena" si se añade una necesidad preventiva de punición. Ahora bien, esto pone de manifiesto que el concepto de necesidad de pena tampoco afecta a las condiciones objetivas de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, sino que abarca sólo aquellos casos en los que una conducta culpable queda impune porque no es necesaria una sanción a efectos de prevención especial ni general. Y aunque dichas constelaciones, como el yacimiento entre parientes realizado por menores (§ 173 III) o el encubrimiento a favor de parientes (§ 258 VI), se incluyen a veces equivocadamente en la cuarta categoría del delito, no obstante pertenecen a la teoría de la responsabilidad (cfr. § 22, nm. 132 s., 135). En cambio, en los casos de prioridad de finalidades extrapenales, que, como hemos visto, suponen la característica común a las condiciones de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, hay que afirmar no sólo el merecimiento de pena, sino también la necesidad de pena. Si pese a haber necesidad de pena no se castiga, es porque la necesidad de pena ha de (retro)ceder ante otras finalidades del Estado".

52 Y, en cierta manera, es similar a la de Bacigalupo, en virtud de que si bien este autor parece postular un mero retribucionismo al hablar de "compensación" de la culpabilidad, aclara que en razón de esa compensación no hay necesidad preventiva de pena. Lo que Roxin, como vimos, engloba bajo la categoría de "responsabilidad".

la bibliografía alemana rechaza una amalgama de culpabilidad y prevención, porque confunde causa y consecuencia: los criterios de prevención no son la causa de la exculpación, sin la consecuencia de que no concurre culpabilidad jurídicamente relevante (cita a Jescheck, Lenckner y otros autores)[53].

En el trabajo citado en primer término ("Culpabilidad…"), Roxin responde las críticas que le formula Hirsch: "Él opina que faltaría en mi concepción una fundamentación independiente de la culpabilidad, pues ella se fundaría a través del 'recurso a la … prevención sólo reconocida como legitimación de la pena'. Pero que con ello, el concepto de culpabilidad no puede realizar tampoco una función limitadora e independiente, especialmente frente a necesidades preventivas, dado que él mismo está predeterminado por la prevención'. Por supuesto, esto es una maliciosa interpretación de mi doctrina. Pues yo determino la culpabilidad absolutamente libre de conceptos preventivos, como 'obrar antijurídico a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma', y limito a través de ella la pena de la misma manera a como lo hace cualquier luchador consecuente por el principio de culpabilidad. Con la proposición de que la culpabilidad sólo sirve como límite de la injerencia no se discute que ella es un presupuesto constitutivo de la pena. Se discute sólo *que ella legitime una retribución*, y se discute también que la culpabilidad funde por sí sola la pena: *ella es condición necesaria, pero no suficiente de la pena*"[54].

Como puede advertirse, la crítica de Hirsch es incisiva, al considerar que la postura de Roxin reduce el fundamento de la pena a necesidades de prevención general y despoja a la culpabilidad de su función limitadora de la pena frente a aquéllas: *la culpabilidad estaría predeterminada por la prevención*. Sin embargo, consideramos nosotros que la disquisición de Roxin es clara y permite refutar la crítica efectuada por aquél: *la culpabilidad fundamenta la pena y marca su límite máximo, el que no puede ser superado por necesidades preventivas*. En consecuencia, sólo si no existe necesidad preventiva de punición se podrá excluir la pena a pesar de la culpabilidad (esto es, a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma). Pero nunca las necesidades preventivas podrán fundamentar una pena más allá de la medida de la culpabilidad[55].

6. La cuestión en los delitos dolosos

---

53 HIRSCH, "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana", en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año 2, Nro. 3, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 34.

54 ROXIN, "Culpabilidad…", p. 493, nota a pie de página N° 42.

55 ROXIN, *Derecho*…: "el defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad" [p. 99]. "Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva" [p. 101]. "El principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención" [p. 101]. "Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad también se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como "medio para el fin" y se le perjudica así en su dignidad como persona" [p. 102]. "La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales" [p. 103].

Patricia Ziffer menciona que el ejemplo frecuente de casos de pena natural es el de los delitos *imprudentes*, en los que se produce una pérdida familiar o patrimonial importante para el propio autor. Y que el concepto de *poena naturalis* es utilizado por Jakobs para fundamentar el *tratamiento más benigno de los hechos imprudentes respecto de los dolosos*: la imprudencia es menos grave que el dolo porque aquélla tiene su origen en la incompetencia del autor para administrar también sus propios asuntos. En cita textual de Jakobs: "En caso de imprudencia, el autor soporta un riesgo natural, que no es propio del dolo, justamente el riesgo de que también él mismo pueda resultar dañado o, si no, otra persona cuyo daño el autor sufrirá como propio (...) la imprudencia (...) está cargada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de autolesión atenúa el carácter determinante del autor imprudente, frente al autor doloso"[56].

Bacigalupo, según se expuso *supra*, ejemplifica con un delito doloso: el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetrapléjico. Y Zaffaroni, por su parte, prevé la pena natural también en los delitos dolosos. Así, sostiene a modo de ejemplo que no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia[57].

El derecho alemán, al receptar la pena natural, no discrimina entre delitos dolosos e imprudentes, pero sí limita la aplicación de la norma –como ya referimos– a los casos en los que la pena privativa de la libertad que corresponda al autor *no sea superior a un año* (parágrafo 60 del CP germano). En consecuencia, sólo los delitos leves darán lugar a la dispensa de pena allí establecida.

De acuerdo a la interpretación que aquí defendemos, la pena natural podrá aplicarse tanto a los delitos culposos como a los dolosos, pues en ambos casos el castigo podrá tornarse innecesario a los fines preventivos. Aunque debemos reconocer que al ser los primeros generalmente de menor gravedad que los segundos, será en aquéllos más factible la aplicación del instituto. Es que a mayor gravedad del delito, menor posibilidad de exclusión de responsabilidad en caso de pena natural: ésta debería erigirse en extremadamente grave para que se considere preventivamente innecesario el castigo de, por ejemplo, unas lesiones gravísimas, un robo calificado por el uso de arma, un abuso sexual con acceso carnal, etcétera. No sucederá así, en cambio, en casos de delitos dolosos de poca entidad: lesiones leves, daño, amenazas, abuso de arma, hurto, violación de domicilio, etcétera[58].

7. Conclusiones generales

Hasta aquí hemos visto que la pena natural puede ser considerada: a) como un *criterio de oportunidad* bajo la órbita de la disponibilidad de la acción; b) en el marco de la *teoría del delito* con relación a la categoría de la *culpabilidad* (compensación de una

---

56 ZIFFER, op. cit., p. 141/2.

57 ZAFFARONI, *Manual*…, p. 743.

58 Piénsese en el ingreso de una persona a una vivienda sin permiso de su propietario –violación de domicilio- que deriva en lesiones de importancia ocasionadas por el ataque de un perro guardián (amputación de un miembro); o en alguien que destruye intencionalmente la pared de una vivienda ajena -daño– y ocasiona sin quererlo la caída de ella sobre su cuerpo, quedando cuadripléjico. ¿Alguien con un mínimo de sentido de justicia, de sentido común, juzgará imprescindible, en esos casos, a los fines de prevención especial y general, imponer una pena al autor del hecho, ya suficientemente castigado por la naturaleza?

culpabilidad cuantificable), o con relación a la categoría más amplia de *responsabilidad* entendida como culpabilidad más necesidades preventivas; c) como una *pauta de mensuración* en el marco de la teoría de la pena, con base a principios superiores –humanidad, proporcionalidad, estricta necesidad, racionalidad- que podrían dar lugar al traspaso del mínimo de la escala penal hasta excluir totalmente al autor de pena; d) como una *excusa absolutoria* (punibilidad).

Nuestra propuesta final –adelantada ya en la introducción– es ubicar y tratar la pena natural en el marco de la *teoría del delito*. Ello puede ser realizado en la categoría de la *culpabilidad*, entendida a la manera de Bacigalupo como culpabilidad cuantificable y que por ende puede ser compensada por el daño sufrido por el autor, desapareciendo así la necesidad preventiva de la pena. Pero también –lo que consideramos más adecuado- en la categoría de *responsabilidad* de Roxin integrada por la culpabilidad más necesidades preventivas.

En concreto, proponemos que la pena natural sea considerada como una *causal de exclusión de responsabilidad: por razones de prevención especial y general, el castigo se torna innecesario, a pesar de la capacidad del autor de reaccionar ante la norma (culpabilidad)*[59].

Tales necesidades preventivas se pueden predicar, a nuestro entender, *tanto respecto de los delitos dolosos como de los culposos*; en ambos supuestos, la existencia de una pena natural (de un perjuicio grave en la persona del autor) determinará la exclusión de la responsabilidad por el injusto típico cometido.

---

59 Aquí discrepamos en algún aspecto con la postura asumida en el fallo que citáramos ejemplificativamente al principio del presente trabajo (v. nota a pie n°3), pues en él parece receptarse la posición de Bacigalupo y especialmente la de Zaffaroni: "se presenta aquí un caso que demuestra claramente que la verdadera esencia del Derecho Penal no se encuentra en la vulneración de la respectiva norma punitiva, sino en la pena que deberá ser aplicada. Es por ello que aún en aquellos supuestos donde se ha cometido responsablemente un delito, no puede sancionarse a su autor con la respectiva pena, cuando ello aparezca por algún motivo como *manifiestamente desproporcionado*" (voto del Dr. Mahiques). Sin embargo, tras citar *el principio de culpabilidad y la necesidad de proporcionalidad de la pena la gravedad del delito cometido* (con citas de Bacigalupo y Zaffaroni), mencionar el tratamiento de la cuestión *al momento de individualizar la pena* de acuerdo a las pautas de los arts. 40 y 41 del CP (agregando a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, el merecimiento de pena), e invocar los *principios de humanidad,estricta necesidad y racionalidad* (con cita de Zaffaroni), hace referencia a los *fines preventivos*. Y si bien tal referencia se realiza con el fin de excluir su valor para fundamentar un castigo que –aun tratándose del mínimo de la escala penal- aparece como desproporcionado a la conducta cometida por el agente, se aclara finalmente que el castigo en el caso examinado en el fallo también *es innecesario(inútil) desde el punto de vista de la prevención especial*: "XII) Por lo tanto, la única justificación racional para imponer a J. S. B. aquella sanción que se corresponde con el mínimo previsto en abstracto por el legislador, se hallaría en su necesidad preventivo general -sea positiva o negativa-, pero según lo antes referido este criterio no puede fundar por sí mismo la punición de una conducta, soslayando tanto las exigencias derivadas del principio de culpabilidad como su demostrada inutilidad preventivo especial". De lo que se deriva, en última instancia, que además de todos los principios aludidos (culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, racionalidad, etc.), entran en juego finalmente las razones de prevención especial y general, aunque al revés de lo indicado en el fallo: no para aumentar un castigo sino para eximirlo por innecesario –atento a la pena sufrida naturalmente- a pesar del actuar culpable. Es lo que nosotros –como se explicó en el presente trabajo- ubicamos en la categoría delictiva propuesta por Roxin de la responsabilidad, cuya ausencia por innecesariedad preventiva de castigo excluye directamente la existencia del delito, sin que sea necesario avanzar a la fase de individualización de la pena. Los efectos prácticos son, sin embargo, similares: la absolución del imputado.

Por lo demás, si bien es razonable que la pena natural pueda ser regulada accesoriamente por el derecho adjetivo como un criterio de oportunidad, atribuyéndose al actor penal el arbitrio para la aplicación del instituto y la consecuente disposición de la acción penal, opinamos –con Roxin– que *la regulación por el derecho penal de fondo es más acorde a un derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho, por respetar el principio de determinación o precisión de la ley* (*lex certa*), integrante del principio de legalidad, lo que implicará una *exclusión obligatoria* de la pena.

De esta manera, ante un caso de pena natural, ya no será potestad del órgano persecutor disponer de la acción sino que será *obligación* del órgano judicial resolver el cierre de la causa (sobreseimiento en la etapa investigativa o en los actos preliminares del juicio y absolución en la etapa plenaria) en razón de la presencia de una causal de *exclusión de la responsabilidad equiparable a una causal de inculpabilidad* en virtud de una interpretación *in bonam partem* de la ley (culpabilidad en sentido amplio o responsabilidad).

No estimamos correcto, en cambio, conceptuarla ni legislarla como una excusa absolutoria (aunque ésta dé también lugar al cierre del proceso), por tratarse la pena natural de un caso de innecesariedad de pena y no de exención por razones de política criminal.

Por último, pensamos que si el autor sufrió un perjuicio de escasa entidad, esto es, de valor insuficiente para excluir la responsabilidad penal de acuerdo a la gravedad del delito de que se trate, podrá tal circunstancia ser tenida en cuenta por el juzgador como *pauta de mensuración de la pena*, con invocación de los principios de humanidad y de proporcionalidad y en aras de la racionalidad del poder punitivo. En todo caso, será la relación entre la gravedad del delito de que se trate y la entidad del daño sufrido en el caso concreto la que permita definir la exclusión de la responsabilidad: obviamente los delitos graves –piénsese en lesiones gravísimas o en un homicidio- harán dificultosa o imposible tal exclusión. Cuestión discutible es la posibilidad, al individualizar la pena, de *atravesar los mínimos de las escalas penales* y eximir totalmente de castigo al autor (como propone Zaffaroni). Para nosotros, queda claro que la exención total de la pena será producto de la inexistencia de delito de acuerdo a los criterios por nosotros propuestos con base en la concepción de Roxin (ausencia de responsabilidad como categoría del delito), por lo que en principio excluimos la posibilidad de atravesar la barrera de los mínimos de las escalas penales en abstracto en la fase de individualización de la pena.

En definitiva, hasta aquí hemos intentado demostrar que la llamada pena natural, cuya legislación se procura desde el ámbito de la disponibilidad de la acción, puede ser tratada dogmática *en la teoría del delito* y legislativamente *en el ámbito del derecho penal sustantivo*, si bien no como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal (como sucede en el caso de la insignificancia), sí en el ámbito de la culpabilidad cuantificable o -mejor- en de la responsabilidad que integra la culpabilidad con las finalidades preventivas. Y, eventualmente, en el marco de la individualización de la pena (teoría de la pena), receptando principios constitucionales de jerarquía superior (humanidad, proporcionalidad y racionalidad de las penas).

8. La pena natural en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación[60] regula expresamente la pena natural en los siguientes casos:

a. Como una *circunstancia atenuante de la pena* (18,2,e);

b. Como una causa de *exención y reducción de la pena en delitos culposos* (19,2,a);

c. Como una causa de *reducción por debajo del mínimo en delitos dolosos* (19,3,b).

d. Como un *criterio de oportunidad en el marco del ejercicio de la acción penal* (42,3,b).

e. Además, se puede considerar implícita en los principios de humanidad, personalidad y proporcionalidad de las penas (art. 1, inc. 2, ap. b).

Los tres primeros casos (*a*, *b* y *c*), en el Título III (*De las penas y medidas*), Capítulo I (*De las penas y su determinación*); el cuarto caso (*d*), en el Título IV (*Del ejercicio de las acciones*).

a. La pena natural como una circunstancia atenuante de la pena (18, 2, e)

El artículo 18 del Anteproyecto trata acerca de los "Fundamentos para la determinación de la pena". En el primer párrafo se establece que "[l]a pena se determinará conforme a la culpabilidad por el ilícito", y en su segundo párrafo, se fijan *circunstancias atenuantes*, entre las que se mencionan "[l]as consecuencias lesivas considerables que hubiere sufrido el autor o partícipe como resultado de la ejecución del hecho" (inc. 2,e).

La primera parte es consecuente al principio de culpabilidad explicitado en el art. 1: "[n]o habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida..." (inc. 2, b).

En la Exposición de motivos, al explicar el art. 18, se afirma que el principio general de que la pena se cuantifica conforme a la culpabilidad es común en la codificación comparada más moderna, y se aclara que se trata de la culpabilidad por el ilícito. Asimismo, al explicar la circunstancia atenuante descripta (18, 2, e), se sostiene que la disposición prevé supuestos de pena naturales propiamente dichas, que se consideran excepcionales, y los amplía a otros casos en que el agente, si bien no sufre una lesión de tal consideración que pueda ser calificada de pena natural, sin embargo sufre considerables consecuencias lesivas y dolorosas que, de alguna manera, son una suerte de pena natural parcial. Se habla de una indicación para que el juez, por lo general, tome en cuenta esta lesión a la hora de la cuantificación de la pena. Y se afirma que si la pena consiste en provocar una contramotivación, la lesión sufrida forma parte del dolor que conduciría a ese objetivo.

b. La pena natural como una causa de exención y reducción de la pena en delitos culposos (19, 2, a).

60 La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por Decreto 678/2012 del 7 de mayo de 2012, comenzó a desarrollar sus trabajos desde esa fecha y concluyó con la firma del Anteproyecto el día 10 de diciembre de 2013. Publicado en marzo de 2014 por Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica. En línea: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf

El artículo 19 trata sobre casos de "exención y reducción de la pena". Tras disponer en el inciso primero sobre los casos de insignificancia del daño o peligro para el bien jurídico protegido, en los cuales el juez *deberá* eximir de pena, en su inciso segundo prevé casos de los que el juez *puede* eximir o reducir la pena por debajo del mínimo, y entre ellos enuncia el de la "pena natural en hechos culposos", esto es, "los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe" (19, 2, a).

La Exposición de motivos, al comentar el art. 19, sostiene que en el derecho penal de un estado constitucional de derecho, todos los mínimos de las escalas penales deben considerarse indicativos, y el juez debe respetarlos sólo en la medida en que en el caso concreto no violen principios constitucionales como la proporcionalidad y la culpabilidad, es decir, que se correspondan con el contenido ilícito del hecho (grado de lesión o peligro para el bien jurídico) y con el de reprochabilidad al autor por el hecho (culpabilidad). Es contundente, asimismo, al destacar que ninguna norma inferior a la Constitución puede obligar al juez a imponer una pena que en el caso concreto viole los principios de aquella, conforme a la regla elemental de supremacía constitucional. De ello se colige que no es el juez el que usurpa la función del legislador, sino que evita que el legislador usurpe la del constituyente.

Por otro lado, cuando comenta el supuesto de pena natural en hechos culposos (19, 2, a), se considera que dos son los principios comprometidos en los llamados casos de pena natural: el principio de humanidad y el de proporcionalidad. Se explica que se trata de casos dramáticos, en los que el agente (autor o partícipe) ha sufrido consecuencias sumamente dolorosas, que lo afecten gravemente, y que pueden ser físicas o morales, esto es, un daño en su cuerpo o en su salud, o una pérdida que lo afecte emocionalmente, por ej. lesiones o muerte de sus allegados o ruina patrimonial. Los casos más frecuentes, se afirma, son los hechos culposos de tránsito. Y se concluye rotundamente que ninguna teoría de la pena, ni siquiera la retributiva, justifica acabadamente la aplicación de la pena en estos casos de pena natural.

c. La pena natural como una causa de reducción por debajo del mínimo en delitos dolosos (19, 3, b).

Finalmente, en el inciso tercero del art. 19 se prevén casos de aplicación de la pena por debajo del mínimo, y uno de ellos es el de la "pena natural en los delitos dolosos". Hace referencia a los hechos en que "las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe" (remisión al inc. 2,a), al igual que en los delitos culposos. Pero agrega una condición: "cuando mediare una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico".

La Exposición de motivos, como hemos visto *supra*, afirma el carácter meramente indicativo de los mínimos de las escalas penales e invoca los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

En lo que hace al supuesto que aquí tratamos (pena natural en hechos dolosos, 19,3,b), se explica que operan las mismas razones que con relación a los delitos culposos. Sin embargo, se aclara que la mayor gravedad del delito doloso, que obedece a que una conducta planificada siempre es más riesgosa que una negligente, aconseja mayor prudencia a la facultad acordada al juez. Por ello no basta, como en el delito culposo, que haya una consecuencia grave para el penado, sino que se exige, además,

una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico (ej. si durante un robo el agente sufre una lesión gravísima que lo incapacita para el resto de su vida).

Pero se agrega que existen casos excepcionales en que no se produce esa desproporción pero la pena resulta inútil (se ejemplifica con el terrorista a quien le estalla el artefacto explosivo y le amputa los brazos y las piernas, con el del asaltante que resulta con un disparo en la columna que le lesiona la médula, dejándolo tetrapléjico). En tales casos, en los que la inutilidad y crueldad de la pena es evidente, el juez podrá disminuir la pena conforme el principio de humanidad o prescindir de ella conforme a principios constitucionales.

d. La pena natural como criterio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal (42.3.b y 42.4).

No obstante la regulación de la pena natural, como vimos, en el ámbito del derecho penal sustancial, y específicamente en el capítulo dedicado a la determinación de la pena, también se la regula en el ámbito del ejercicio de la acción penal pública.

Así, el art. 42 inc. 3 prescribe que el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en una serie de casos, uno de los cuales es el correspondiente a la pena natural:

"b) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fueren de tal gravedad que tornaren innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena".

El inciso 4º, a su vez, exige que "*el imputado haya reparado los daños y perjuicios en la mayor medida que le fuere posible"*.

De esta manera, el Anteproyecto prevé desde el punto del ejercicio de la acción penal un supuesto análogo a los contemplados en la individualización judicial de la pena. ¿Por qué la reiteración? ¿No era acaso suficiente con la regulación de la pena natural como causa de exención o reducción de la pena debajo del mínimo, y, en su caso, como circunstancia atenuante en la individualización de la pena? La exposición de motivos explica el sentido de esta previsión. Se sostiene que no tiene sentido que un proceso deba seguir, en todos los casos, hasta su finalización, para que sólo allí el juez prescinda de la imposición de una pena, cuando el ministerio público desde el inicio ya prevé ese futuro desenlace. Y se invoca también el carácter humanitario de la previsión: el proceso conllevaría que la persona seriamente afectada fuera sometida a un nuevo dolor y a una renovación de las circunstancias desgraciadas. De esa manera, por razones de economía procesal y por el fundamento humanitario de la regulación de la pena natural, se consideró conveniente que el propio órgano público quede habilitado para no ejercer la acción penal

e. Principios a partir de los cuales se puede derivar la exención o reducción del castigo en los casos de pena natural (1)

El primer artículo del código trata acerca de los *principios constitucionales*. En primer término, se hace una remisión a los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía (inc. 1), y luego especifica

cuatro principios: de *legalidad estricta y responsabilidad*, de *culpabilidad*, de *ofensividad*, y de *humanidad, personalidad y proporcionalidad* (inc. 2, p. a, b, c y d).

En la exposición de motivos, se afirma que "[s]i bien toda pena implica dolor, éste no puede perder su proporcionalidad con la lesión y la culpabilidad, pues de hacerlo pasa a revestir el carácter de crueldad, es decir, dolor innecesario o inadecuado al hecho". Por lo demás, se aclara allí que las penas crueles no son las abolidas por la Asamblea del año XIII ni las que violan el principio de proporcionalidad *en abstracto*, sino las que resulten tales *en el caso concreto*, por circunstancias imponderables *ex ante* y en abstracto. Se propone, finalmente, que los jueces tengan el poder de apreciar esas circunstancias excepcionales en los casos concretos, y se rechaza que ello atente contra el principio de legalidad, además de que se postula que el temor a la arbitrariedad de los jueces es propio de sistemas autoritario y no puede justificar la violación de principios de carácter constitucional.

9. Nuestra postura sobre el Anteproyecto

Los casos de pena natural previstos por el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 tienen la ya explicada ventaja de sustraer la materia del mero ámbito procesal (variable entre distintas provincias) y concretamente del mudable ámbito de los criterios de oportunidad, que deja abierta la cuestión a la absoluta discrecionalidad de los jueces. Se establecen así criterios más firmes, basados en principios constitucionales que los tribunales están obligados a acatar en la aplicación de las penas.

No obstante ello, también se la regula como un criterio de oportunidad, para los casos en que la pena naturalmente sufrida por el agente sea tan evidente, que razones de humanidad y de economía procesal determinen al órgano instructor a no promover la acción pública (o desistir de la promovida) y, de esa manera, evitar un inútil proceso que terminará con la exención de la pena. Evidentemente, esa facultad no corresponde cuando las características del hecho y del castigo natural recibido por el agente determinen una disminución de la pena por debajo del mínimo pero no su exención. Quedan fuera, por ende, los delitos dolosos, que nunca podrán determinar, de acuerdo al Anteproyecto, una exención de la pena; en estos casos, necesariamente el instructor deberá promover la acción penal, y quedará la posibilidad de aplicar las disposiciones referidas a la reducción de la pena por debajo del mínimo, o las concernientes a las pautas atenuantes de la pena. Sólo los delitos culposos, en consecuencia, podrán dar lugar a la no promoción o al desistimiento de la acción pública, porque son los que pueden determinar que se exima de pena al autor de un hecho delictivo.

Asimismo, como se advierte de la lectura de la exposición de motivos, la reforma aparece como la concreción de la postura del Dr. Zaffaroni sobre la pena natural, en tanto recepta los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas (los principios explicitados en el art. 1º del Anteproyecto y en la exposición de motivos), en el marco de una necesaria racionalidad del poder punitivo (como se dice la exposición de motivos, "la pena temporal siempre encierra una cierta cuota inevitable de irracionalidad, pero está admitido por la doctrina nacional y extranjera que esto no puede extenderse hasta llegar al absurdo, que desprestigiaría todo el sistema").

Es acertado, también, que se prevean casos de delitos dolosos, aunque limitados a la posibilidad de disminución de la pena por debajo del mínimo, sin posibilidad de exención de castigo. Con respecto a esto último, cabe una crítica: no advertimos la razón por la que un delito doloso de carácter leve que produzca una consecuencia

gravísima para el autor, de tal manera que aparezca como evidente una muy significativa desproporción entre la lesión sufrida por aquel y la causada por él al bien jurídico, no pueda estar exento de pena. Ello así si se tiene en cuenta la relevancia, como postulan los autores del Anteproyecto, de los principios constitucionales ya referidos.

Asimismo, la previsión de la pena natural como circunstancia atenuante de la pena permite aplicar también el concepto a casos en que la consecuencia dañosa en el autor no es grave con relación al hecho delictivo, o en el caso de delitos dolosos cuando no hay una significativa desproporción entre la lesión sufrida y el bien jurídico lesionado. En estos casos, aunque no sea suficiente la pena natural para eximir de pena al autor o disminuirla debajo del mínimo, sí será una circunstancia a favor a tener en cuenta por el tribunal al momento de la fijación de la pena.

Por último, creemos que sería más óptimo establecer la *obligación* (y no mera facultad) de disminuir o eximir de pena al autor del hecho delictivo que sufrió la pena natural, máxime la entidad de los principios constitucionales en juego.

10. Propuesta final

Hasta aquí, entonces, nuestras conclusiones con relación al Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Creemos que la regulación que se efectúa allí de la pena natural podría reducirse de acuerdo a las conclusiones efectuadas el punto 8 del presente trabajo: a) su previsión como una causa de **exclusión de la responsabilidad penal** entendida como culpabilidad más necesidades preventivas, y b) como una **pauta atenuante en la individualización de la pena**, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, y en la que se prevea la posibilidad de perforar los mínimos de las escalas penales como se prevé en el anteproyecto.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, "Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual", en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie, Nº2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ed. Lerner, 1998, p. 73/101.

BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

IRRIBARREN, Pablo, "Otro fallo sobre la "pena natural" (nota a fallo), Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, publicado el 16/3/10, p. 31 y ss.

JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

LASCANO, Carlos J., "La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio", artículo inédito.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 9a ed., BdeF, Buenos Aires, 2012

ROXIN, Claus, "Culpabilidad y exclusión de culpabilidad en el derecho penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007.
ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
TOLEDO Alejandro y HEIM Andrés; *El principio de insignificancia y la pena natural como causales de eximición o reducción del castigo penal*, en AAVV, *Crisis y futuro de la legislación* penal, Ediar, Buenos Aires, 2008.

ISSN 2469-2085

Las penas alternativas a la prisión en el Anteproyecto de Código Penal (o la alternativa hacia una vía de "penas diferenciadas")

Carolina Prado

Tal como lo expresa la Exposición de Motivos que acompaña el Anteproyecto de Código Penal de la Nación (en adelante, ACPN), las iniciativas de política criminal orientadas a la implementación de medidas alternativas a la prisión[1] fueron materia de amplio debate hace ya casi medio siglo. No obstante ello, su incorporación a la legislación no deja de ser una propuesta "innovadora" para nuestro sistema jurídico —según lo califica el mencionado texto[2]—, que merece la mayor atención y estudio, al proponerse, además, como modo de supresión de la condena y la libertad condicionales.

Antes de comentar el repertorio de medidas que propone el ACPN y su regulación sobre las condiciones de procedencia y aplicación, considero pertinente pasar revista al origen y sentido del debate que las penas alternativas vinieron a proponer en su momento dentro del ámbito de la penología, como una instancia más del recurrente cuestionamiento a las consecuencias negativas de la prisión. Aunque ello implique un rodeo preliminar, la contextualización del tema puede contribuir a ponderar no sólo sus posibles ventajas y dificultades, sino también el trasfondo ideológico, político y económico del debate.

Breve genealogía de las penas alternativas

Conviene no perder de vista que la irrupción de esta cuestión hacia los años sesenta y setenta del pasado siglo se debió, en buena medida, a las fuertes críticas (cuando no, al rechazo radical) que suscitaba por entonces la cárcel, al igual que todos los ámbitos de "secuestro institucional" en general. Es sabido que la preocupación por esta forma particular de castigo, así como la búsqueda de alternativas o reformas, ha sido materia de debate histórico y aspecto consustancial a la cárcel desde sus orígenes — tal como lo advierte Michel Foucault en su clásica obra sobre el nacimiento de la prisión[3]—, cuando la pena privativa de libertad se convierte, a fines del siglo dieciocho, en la modalidad de castigo por excelencia.

No sorprende entonces que, hacia fines de la década de los sesenta, en plena efervescencia de ideas y vientos de cambio en todo el escenario social y político[4], muchos observadores de diversas corrientes de pensamiento —primero en los Estados

---

[1] Cabe introducirlas aquí como aquellas formas de reacción frente a la comisión de una infracción penal por una persona responsable que no suponen privación de libertad en una institución, en la definición de CID MOLINÉ, José; "El sistema de penas, desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión", en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España,* IberIUS, Madrid, 2004.

[2] AA.VV., *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2014, págs. 101-133.

[3] "*…el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación de fracaso debidamente establecido. La 'reforma' de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa*". FOUCAULT, Michel; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 12ª ed., Siglo veintiuno, España, 2000 [1975], p. 236.

[4] Se alude aquí, en especial, al clima de protestas civiles y reclamos de derechos, que se agravarían hacia 1970 con los primeros signos de deterioro de la gran expansión económica de postguerra, en especial a partir de la crisis fiscal del Estado y la crisis de Medio Oriente y la suba del petróleo, que pronto pondrían en jaque las bases mismas del Estado de Bienestar.

Unidos de América y, más tarde, en Europa— coincidieran en remarcar la absoluta ineficacia del encierro carcelario para cumplir con los fines declarados de la pena (sobre todo, de prevención especial positiva), tras concluir que se trataba de un medio intrínsecamente disociador que conspiraba contra el propósito de rehabilitación de los presos y se erigía en un factor abiertamente criminógeno, sobre todo para el caso de los condenados a penas de corta duración. Al mismo tiempo, mientras que desde ámbitos de especialistas se cuestionaba la arbitraria intervención de un excesivo cuerpo interdisciplinario de profesionales en el manejo de la progresividad penitenciaria[5], desde ámbitos políticos y administrativos se remarcaba su coste insostenible. La célebre frase de Robert Martinson —"*nothing works"*[6]— contagiaba a todo el espectro ideológico, desde los liberales de izquierda hasta los conservadores[7].

Por fuera de aquel contexto de cuestionamientos (que, incluso, indujo por entonces cierta atmósfera propicia para el auge de la "utopía abolicionista"), el respaldo a las penas alternativas a la prisión en décadas más recientes por parte de investigadores, penalistas, legisladores, etc., suele atribuirse a dos criterios generales: uno, como posible respuesta al uso desmesurado de la prisión que ha marcado a la mayoría de los sistemas penales del mundo desde los años ochenta y, otro, a su presunta capacidad para contribuir a fines de prevención especial[8]. Sin embargo, la experiencia desmiente ambos criterios y, en tal sentido, el ACPN es claro con respecto a que la introducción de penas alternativas en nuestra legislación no está alentada por aquella clase de expectativas[9].

---

[5] Por aquello de que las medidas de rehabilitación dejaban abierto el aparato de la justicia penal a otros campos (medicina, psiquiatría, psicología, arquitectura, criminología, etc.) y lo convertían en un ámbito de convergencia de múltiples saberes. Tal conjunto de instituciones y estrategias de control del delito desarrollado en el marco del Estado de Bienestar recibió la denominación de "*penal-welfare complex"* (GARLAND, David; *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1987).

[6] MARTINSON, Robert; "What Works? – Questions and answers about prison reform" en *The Public Interest*, Nº 35, Nueva York, 1974, págs. 22-54.

[7] La desarticulación del esquema punitivo definido por la finalidad preventiva especial positiva de la pena tuvo lugar —en un marco preciso de circunstancias económicas desfavorables— a instancias de la intervención o influencia de sectores diversos, tanto teóricos como políticos, y desde posturas ideológicas opuestas, conservadoras o liberales, que (siempre en el caso de los Estados Unidos) coincidieron en una sistemática crítica al modelo de tratamiento correccional o de reforma individual. Este tema ha sido ampliamente desarrollado por autores como: RIVERA BEIRAS, Iñaki; *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006; MORRIS, Norval; "The contemporary prison, 1965-Present" en ROTHMAN, D. y MORRIS, N. (coords.), *The Oxford History of Prison. The practice of punishment in western society*, Universidad de Oxford, Nueva York, 1995, págs. 227-259; ALLEN, Francis; "The decline of the Rehabilitative Ideal" en VON HIRSCH, Andrew y ASHWORTH, Andrew (Ed.). *Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy*, 2° ed., Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 14-19; CULLEN y GILBERT; "The value of Rehabilitation" en MCLAUGHLIN, Eugene, MUNCIE, John y HUGHES, Gordon, *Criminological Perspectives*, 2° ed., Sage Publications, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003, págs. 350-356; ZYSMAN, Diego; *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012, pág. 259.

[8] CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena (coord.); *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 11.

[9] "*Cabe advertir que estas penas alternativas han provocado gran entusiasmo en el penalismo mundial en los años setenta y ochenta, pero luego se produjo cierto escepticismo a su respecto. En principio, se pensó que podían disminuir el número de presos y reducir los efectos deteriorantes de la prisión y, en muchos casos, condicionantes de las llamadas* 'carreras criminales'… *la experiencia internacional enseña que su mera introducción legislativa en ocasiones se tradujo en el mantenimiento del número de*

Para precisar esta sucinta "genealogía", no puede obviarse la mención de que, más allá de los debates de los últimos años, el origen de las penas alternativas debe rastrearse mucho más atrás en el tiempo: en Estados Unidos, en la llamada *New Penology*, que marcó un giro importante en los modelos penitenciarios en el último tercio del siglo diecinueve; en Europa, a partir de un proceso paralelo, impulsado por las prácticas de las administraciones penitenciarias, e influenciado por el positivismo criminológico. Lo cierto es que los diversos factores que llevaron a la crisis carcelaria de la época dieron lugar a cambios graduales en las prácticas y discursos penales que, a la postre, intervinieron sobre el modelo correccionalista impuesto en los primeros prototipos penitenciarios (desde *Walnut Street Jail* en adelante), para dar forma entonces al concepto de encierro marcado por la ideología terapéutica y la progresividad penitenciaria, alentadas por el ideal de la "resocialización"[10].

Con aquella "nueva penología" irrumpían en los Estados Unidos de América y en diversos países europeos las primeras alternativas al encierro, comenzando por las formas sustitutivas de la pena privativa de libertad, y siguiendo luego por formas alternativas de la pena (luego de un período de cumplimiento efectivo)[11].

Ahora bien, pese a nacer en el mismo período, los castigos alternativos a la prisión responden a motivaciones diferentes, según sus contextos en cada continente: en Europa, el uso de sanciones como la multa, la reparación o la suspensión de la pena es sustentada por la Escuela Positiva italiana y, más adelante, por la Unión Internacional de Derecho Penal, y su principal fundamento estuvo dado en la conveniencia de evitar la pena de prisión para autores de delitos leves que, desde la óptica criminológica, podían ser catalogados como meramente ocasionales. El encarcelamiento de estos delincuentes era considerado innecesario desde el punto de vista de la resocialización y, más aún, se alertaba sobre sus efectos negativos, a raíz de la probabilidad de contagio criminal. De tal modo, se asignaba a las penas alternativas un contenido meramente intimidador, al plantearse su aplicación para infractores no necesitados de rehabilitación.

Por su parte, el surgimiento de los castigos alternativos en el ámbito anglosajón, en especial la *probation*, se remonta a la práctica de los tribunales, a instancias de los "reformadores"[12] que, inicialmente respecto de jóvenes y posteriormente de adultos, solicitaban al tribunal el no encarcelamiento de la persona que había cometido un delito, con la contrapartida del compromiso de asistencia para que no volviese a hacerlo. La responsabilidad asumida judicialmente por estas personas de la comunidad (en principio, pertenecientes a organizaciones caritativas religiosas y, más tarde, ya como

---

presos —e incluso en su aumento—... o sea que, en lugar de reducir la red punitiva, resultó ampliatoria de ésta, en particular en casos de delitos de menor o mínima gravedad" (AA.VV., *op. cit.*, 101).

[10] VASS, Antony; *Alternatives to Prison. Punishment, Custody and the Community*, Sage Publication, London-Newbury Park-New Delhi, 1990, págs. 1-17.

[11] CARLÉS, Roberto Manuel; "Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal" en *Derecho Penal*, Año I Número 1, Infojus, Buenos Aires, 2012, págs. 6-8; asimismo SEVDIREN, Öznur; *Alternatives to Imprisonment in England, Wales, Germany y Turkey. A comparative Study*, Springer, Berlín, 2011, págs. 13-29.

[12] Expresión genérica usualmente utilizada para referir a los aquellos movimientos de personas y grupos que, en los Estados Unidos de América, se interesaron por los severos problemas de las cárceles en general, la esclavitud, las secuelas de la guerra civil, la pobreza y marginalidad, etc. Pertenecientes a los estratos sociales medios y altos de ese país, impulsaron con espíritu filantrópico y pragmático el proceso de reformas penales de finales del siglo diecinueve.

agentes de la *probation*) era la de ayudar al delincuente a reformarse (mediante asistencia espiritual, tratamiento para su adicción al alcohol o las drogas, fomento de hábitos de trabajo y educación, etc.). Así, a diferencia de las ideas continentales europeas respecto del tratamiento de la delincuencia, esta alternativa a la prisión hallaba justificación en su capacidad de alcanzar la resocialización de la persona[13].

Llegado a este punto, considero útil traer también a la reflexión dos tradicionales dimensiones en que suele analizarse la cuestión del castigo legal, ya que sus alcances subyacen en las interpretaciones que, por lo general, se hacen sobre la pena privativa de libertad y sus posibles sustituciones o alternativas. Una dimensión, de carácter más "ideal" o "formal", representada por su justificación filosófico-jurídica; la otra, de carácter "material", o económico-política. La primera remite a la reforma originaria, deudora de la Ilustración, que justificó una racionalidad penal impregnada del ideario humanista y liberal, y que concibió a la privación de la libertad (a través de una justa y proporcional medida de tiempo) como alternativa superadora de las modalidades de castigo características del Antiguo Régimen[14], en especial aquellas que se materializaban sobre "el cuerpo de los condenados" —al decir de Foucault—, en la forma de tormentos y pena de muerte.

La segunda dimensión remite a una perspectiva económico-política, que sitúa el origen de la prisión en las instituciones de encierro típicas del mercantilismo —las casas de corrección y casas de trabajo—, caracterizadas ya entonces por la selectividad penal y la explotación de la mano de obra reclusa. La definición de esta verdadera "economía del castigo" —emblema penal de la era capitalista—, fue desarrollada y propuesta en el período de entre guerras del siglo pasado por los frankfurtianos Georg Rusche y Otto Kirchheimer, especialmente en su obra fundamental. Para estos autores, los cambios penológicos justificados por el nuevo orden burgués y liberal no fueron simplemente el resultado de consideraciones humanitarias, sino de un desarrollo económico que revelaba el valor potencial de una masa de material humano a entera disposición del aparato administrativo[15]. Tras varias décadas de oscuridad, su pensamiento es rescatado casi simultáneamente en los años sesenta por Darío Melossi y Massimo Pavarini, por un lado, y Foucault[16], por otro, para derivar de allí las funciones de disciplinamiento social y adiestramiento para el mundo fabril e industrial que abrió la era de las revoluciones.

Esta lectura "materialista" del castigo no es traída aquí como dato marginal, sino central: tras los diversos discursos legitimadores que justificaron la prisión en sus diferentes fases históricas (el liberal humanista, el religioso de los cuáqueros en el prototipo pensilvánico, el discurso terapéutico positivista, etc.), sólo en las últimas décadas el trasfondo económico del castigo legal comenzó a ser "blanqueado", para aparecer sin veladuras en la discusión sobre la pesada carga fiscal que representan los

---

[13] CID MOLINÉ, José; *La elección del castigo. Suspensión de la pena o "probation" versus prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, págs. 19-20.

[14] Los pensadores "ilustrados" sostuvieron la superioridad de la pena privativa de la libertad respecto de otras penas, al considerar que satisfacía mejor los cuatro principios vinculados a la filosofía penal liberal: igualdad, humanidad, efectividad y proporcionalidad (PADOVANI, Tullio; *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Ed. Giuffre, Milán, 1981, págs. 8-15).

[15] RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto; *Pena y estructura social*, Ed. Temis, Bogotá, 1984 [1939], pág. 25.

[16] FOUCAULT, Michel, *op. cit.*; MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo; *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI Editores, México, 1987 [1977].

sistemas penitenciarios, desde que se han visto sobredimensionados por el inédito encarcelamiento masivo acaecido desde los años ochenta, que se muestra, por otra parte, como uno más entre los indeseables síntomas que han marcado el mundo contemporáneo. Ello pudo contribuir a repensar el uso de la prisión y a proponer soluciones alternativas.

Las penas alternativas, en el escenario de expansión y crisis de la prisión

Puede atribuirse la introducción de penas alternativas en el ACPN a una línea penal y criminológica que aboga por un concepto reduccionista en el uso de la prisión y que cuestiona su abuso. Desde esta perspectiva, existe suficiente consenso en el sentido de considerar que no es el derecho penal el instrumento idóneo para poner límites o, en todo caso, para establecer cierto grado de contención a la criminalidad, sino más bien las políticas de desarrollo social y de promoción de la igualdad social, cuando menos en aquellas áreas en las que el Estado social y democrático de derecho tiene potestad de tutela (educación, salud, trabajo, vivienda social, etc.)[17].

Contrariamente a ello, el crecimiento abusivo en el uso de las herramientas del sistema penal ha formado parte, más bien, del repertorio de políticas de control de la conflictividad social a lo largo de las últimas décadas, que se hicieron fuertes al tiempo del auge del ideario político genéricamente denominado "neoliberal". Antes que limar las aristas más lacerantes del modelo económico dominante, esas políticas acentuaron las desigualdades, la precariedad laboral, la exclusión social.

El escenario de la penalidad no siguió, lógicamente, un derrotero diferente a este contexto general y, muchas veces, las políticas criminales estuvieron signadas por típicos criterios de estigmatización y criminalización selectiva, no sólo de la pobreza o la marginalidad sino, incluso, del reclamo y la protesta social. En medio de las difíciles condiciones en que se ha venido moldeando la actual estructura de relaciones sociales (en especial, a partir de la innovación tecnológica y comunicacional aplicada a la economía y finanzas globales), la cuestión de la inseguridad, el delito y el castigo cobró una dimensión inusitada que trasvasó el esquema institucional. En la línea de pensamiento de autores como, por ejemplo, David Garland[18], entre muchos otros, se ha observado tempranamente cómo las políticas de control punitivo fueron sustraídas del ámbito de los "especialistas", y pasaron a formar parte de las estrategias de *marketing* político, demagogia electoral, *ranking* de los medios masivos y, en fin, de la difusa "opinión pública".

El neoconservadurismo de los años ochenta en el ámbito anglosajón —encarnado por Ronald Reagan en los Estados Unidos y Margaret Thatcher en el Reino Unido— y la convergencia de los partidos de izquierda y derecha en las democracias continentales europeas que borroneó sus tradicionales diferencias en torno a una praxis política casi uniforme y orientada hacia premisas neoliberales (privatizaciones, flexibilización laboral, sumisión a las exigencias del mundo financiero globalizado, etc.), aceleraron la crisis del Estado de Bienestar y, frente a la deslegitimación y

[17] CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena (coord.); *op. cit*., pág. 13.
[18] GARLAND, David; *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.

descrédito de la clase política, el gobierno de la penalidad acabó mostrando su rostro más severo en la década siguiente[19].

Muchos y muy complejos fueron los vectores que en una mayoría de países modificaron al alza el nivel de intervención de los sistemas penales y, en especial, al alza nunca antes vista del orbe penitenciario. El hecho es que el miedo, el riesgo, la inseguridad —y también, esas mismas "sensaciones" retroalimentadas mediáticamente— crearon en los años noventa el clima propicio para justificar las políticas criminales de "tolerancia cero", "excepcionalidad penal" y una suerte de ánimo vindicativo generalizado o "populismo punitivo"[20] (sostenido también, todo sea dicho, por el legítimo reclamo de las víctimas), a partir de casos delictivos de gran resonancia (narcotráfico, delitos sexuales, financieros, corrupción política, terrorismo, etc.).

No resulta extraño que, ante tal panorama de emergencias, las legislaciones de esos países hubiesen buscado "adaptarse" (léase, endurecerse) a través de diversas reformas que implicaron la consolidación de la posición de la prisión como pena por excelencia y, en lo que concierne ya a su finalidad, el sensible viraje desde la prevención especial positiva a la negativa. Siguiendo de algún modo la línea impuesta en los Estados Unidos, los sistemas penales europeos asimilaron —a despecho de la invocada función resocializadora del castigo legal— rasgos propios de los fines "incapacitadores" o "neutralizadores" de la pena[21].

Como advierte Massimo Pavarini[22], las ciencias penales y criminológicas han sufrido una suerte de "orfandad teórica" que les ha impedido explicar en forma consistente las causas por las que las cárceles del mundo han llegado a desbordar de presos, en consonancia con el cambio de ciclo económico y político iniciado en los años setenta del pasado siglo. Si bien es cierto que la dilucidación de éste y de muchos otros fenómenos indeseables del mundo contemporáneo representa una labor muy compleja, no parece arriesgado decir, cuando menos, que la etiología de tales fenómenos no puede entenderse por fuera del marco estructural capitalista y su cruda ecuación: explotación de sociedades humanas y recursos naturales hasta sus últimas consecuencias, sin importar su carácter insustentable y su daño irreparable.

Por otra parte, la paradoja penal de este período ha sido que el mayor encarcelamiento —dicho esto en términos muy generales— no se ha correspondido con índices equivalentes de delitos. Como quiera que se explique, el hecho concreto es que la inflación punitiva colocó, en el año 2013, cerca de 10,2 millones personas en las cárceles del planeta, en los cálculos más conservadores[23]. El liderazgo en esta materia está representado por los Estados Unidos de América, con un encarcelamiento de 756/100.000 presos por habitantes, esto es, más de cuatro veces por encima de la media mundial (estimada ésta última en la relación 150/100.000)[24]. Nuestro país no estuvo

---

[19] SIMON, Jonathan; *Gobernar a través del delito*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2011; DE GIORGI, Alessandro; *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueños, Madrid, 2006.

[20] FERRAJOLI, Luigi; "El populismo penal en la sociedad del miedo" en AA.VV., *La emergencia del miedo*, Ed. Ediar, Buenos, Aires, 2012, págs. 57-76.

[21] RIVERA BEIRAS, *op. cit.*, pág. 751.

[22] PAVARINI, Massimo; *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 135.

[23] PAVARINI, Massimo; *op. cit*., págs. 136.

[24] Según los datos del estudio "*World Prison Population List*", *elaborado por el International Centre for Prison Studies, King´s College*, Londres, 2013 (disponible en www.prisonstudies.org).

ausente en esta ola ascendente, ya que duplicó su población carcelaria entre 1997 y 2012. Para este último año, el SNEEP (Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena) reportó el índice de 150,82 presos cada 100.000 habitantes, es decir, una tasa equivalente a la media mundial[25].

Lógicamente, ningún sistema penitenciario del mundo pudo seguir el ritmo de este crecimiento de población carcelaria, pese a que muchos países se pusieron a la carrera en materia de construcción de cárceles. A título de ejemplo—ciertamente uno de los más extremos—, el encarcelamiento en los Estados Unidos de América, que desde la posguerra hasta los años ochenta se había mantenido con una población de presos por debajo del medio millón de personas (con un leve ascenso a partir de los años setenta), experimentó desde entonces una progresión alarmante, hasta alcanzar los dos millones y medio de presos, al año 2010. Por otra parte, el crecimiento general del sistema penal estadounidense llevó a que prácticamente uno de cada cien ciudadanos hubiese pasado por él, incluyendo cárceles federales, estatales y condales, así como la supervisión a través de la *parole* y la *probation*[26]. Sólo California, que hasta 1980 se había solventado con doce cárceles (algunas del siglo diecinueve, como la famosa de San Quintín), llegó a construir veinte más entre los años 1984 y 1997, prácticamente a razón de una y media por año.

Sin contar los daños humanos (en hacinamiento, insalubridad, violencia, violaciones a los derechos humanos, etc.), esta hipérbole carcelaria hizo colapsar los presupuestos públicos. Esta cuestión se puso en el tapete en los años recientes y la búsqueda de soluciones encontró respuestas insospechadas en algunos países. Para seguir con uno de los ejemplos más representativos, las cárceles de California debieron responder a resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos para reducir su población en forma gradual, para lo cual debieron enviar presos a jurisdicciones vecinas y, con la oposición de los sectores conservadores, disponer la liberación anticipada de muchos otros. Otro ejemplo significativo ha sido el más reciente de España, país en el que diversas estrategias de vaciamiento han conseguido transitoriamente una cierta estabilización de la población carcelaria, a través de la morigeración de penas para el tráfico de drogas, mayor flexibilidad en la libertad condicional y en la suspensión de ejecución de penas y, en especial, la expulsión de presos extranjeros (bajo ciertas condiciones) a partir de órdenes ministeriales por parte de las administraciones penitenciarias.

Aquí conviene regresar a aquellas dos dimensiones del castigo mencionadas anteriormente: la "idealista" o "formalista", que procura ajustar los principios clásicos de legalidad y proporcionalidad a cada circunstancia emergente y, en las circunstancias actuales, minimizar el daño que produce el encierro carcelario. En este sentido, si bien la introducción de las penas alternativas puede considerarse un modo de expansión del sistema penal, lo cierto es que su repertorio diferenciado contribuye a desplazar a la prisión como respuesta punitiva por antonomasia.

La otra dimensión remite al trasfondo económico (o antieconómico) que supone la pena privativa de libertad y que reclama soluciones de urgencia, en muchas situaciones, a como dé lugar: por ejemplo, en España, las cárceles catalanas llegaron recientemente incluso a suprimir la merienda de los presos para reducir el coste diario

[25]PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN; *La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual 2013* (disponible en www.ppn.gov.ar).
[26] Según datos del BJS, *U.S. Department of Justice (*disponible en www.bjs.gov).

de mantenimiento. Para tener una idea, conviene tener en cuenta que, en el caso de California, cada preso le cuesta al Estado alrededor de 45.000 dólares anuales, siendo medianamente equivalentes los niveles de costos en Europa. Si bien la cifra en Argentina es incomparablemente inferior (unos 76.000 pesos anuales por preso federal)[27], el propio ACPN no deja de mencionar las ventajas económicas que supondrá para la administración la incorporación de las penas alternativas, aunque su eficacia práctica suponga disponer de una infraestructura mínima[28].

Medidas alternativas a la prisión en el ACPN. Repertorio y condiciones de procedencia y aplicación

El Anteproyecto introduce cambios sustanciales en la regulación de la pena privativa de la libertad, que consisten en la eliminación de la pena de reclusión, la previsión de una duración mínima y máxima de la prisión (no inferior a seis meses ni superior a treinta años), la supresión de los institutos de condenación y libertad condicionales y la incorporación de un conjunto de sanciones alternativas a la prisión[29]. En cuanto a estas últimas, se trata de sanciones que pueden otorgarse para evitar la ejecución efectiva de la pena privativa de la libertad o para acortar sustancialmente su cumplimiento. La competencia de otorgamiento es judicial (no administrativa), bajo criterios o requisitos para los que imperan amplias facultades judiciales.

El régimen de sustitución de la pena varía en función del monto de la sanción: cuando la pena no exceda de tres años, no impera ningún requisito temporal (la sustitución opera en cualquier momento, pudiendo el reemplazo efectuarse en el mismo momento de la condena) (artículo 31 inciso 2°). En este caso, no se imponen condiciones en orden a la carencia de antecedentes penales del condenado. Ello implica un cambio sustancial respecto del actual instituto de condena de ejecución condicional[30]. Por su parte, cuando la pena sea superior a tres años e inferior a diez, la sustitución puede otorgarse después del cumplimiento de la mitad de la condena. Se verifica aquí la exigencia de un requisito temporal[31] (artículo 31 inciso 2°). En este supuesto, los antecedentes del condenado tienen relevancia, al agravar la pena —que sólo podrá reemplazarse después de cumplidos dos tercios de la pena— de aquellos que hubieran sufrido con anterioridad pena de prisión o sanción sustitutiva (en los cinco años anteriores a la comisión del hecho) (artículo 31 inciso 3°)[32]. Por último, cuando la

---

[27] según Asociación Civil "Unidos por la Justicia", información recogida en nota de prensa del 16.07.2009 (disponible en www.infobae.com).

[28] "*Si bien esto implica un costo presupuestario, no debe perderse de vista que, en definitiva, representa un considerable ahorro, pues el crecimiento permanente del número de presos, además de acarrear violaciones a derechos humanos, importa un alto costo, dado que la pena más cara para el Estado es la prisión*" (AA.VV.; *op. cit*., pág. 102).

[29] Libro Primero, Título III, Capítulo II "De la pena de prisión y sus alternativas".

[30] El régimen vigente exige que se trate de "primera condena" (artículo 26, CP).

[31] Se implementa, así, un régimen semejante al de la actual libertad condicional, donde el condenado egresa anticipadamente del establecimiento penitenciario, pero queda sujeto a la observancia de condiciones (artículo 13, CP). El Anteproyecto fija sin embargo un plazo menor —mitad de la pena (en lugar de dos tercios), que al presente únicamente habilita las salidas transitorias (artículo 17, Ley 24.660)—.

[32] El plazo estipulado para la sustitución es menor (un tercio de la pena) en los casos contemplados en el artículo 30 inciso 5° (condenados mayores de setenta años, mujeres embarazadas, condenados que tengan a su cargo una persona con discapacidad, madres encargadas de un menor de dieciocho años o padres como únicos encargados) (artículo 31, inciso 5°).

pena fuese superior a diez años, se exige el cumplimiento de dos tercios de su duración[33]. Cabe mencionar que la reforma estipula un requisito adicional para los delitos contra la humanidad y para cualquier delito, cuando concurran las circunstancias de máxima gravedad previstas en el artículo 18 inciso 4°: previo a la sustitución, deberá requerirse opinión fundada del Ministerio Público e informe de tres peritos como mínimo, designados por el juez y propuestos por éste, el Ministerio Público y la Universidad más cercana.

El Anteproyecto fija además una serie de pautas generales para la sustitución de la pena privativa de la libertad. Por un lado, el reemplazo puede efectuarse por una o más penas alternativas (que pueden así imponerse de manera conjunta); puede ser total o parcial (de toda la pena impuesta o de lo que resta por cumplir), y cabe además su modificación durante el curso de la ejecución (artículo 30 incisos 1º y 2º). En la conversión, debe tenerse en consideración el caso del condenado a) mayor de setenta años; b) mujer embarazada; c) a cargo de una persona con discapacidad; d) madre encargada de un menor de dieciocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél (art. 30 inciso 5º).

Se estipula, además, que la comisión de un nuevo delito por parte del penado trae aparejada la cancelación del reemplazo y el cumplimiento del resto de la pena en prisión (artículo 30 inciso 4º)[34]. Sin embargo, si el nuevo delito cometido no está conminado con pena de prisión o hubiere incumplido las penas alternativas, se contempla que —en atención a la gravedad del incumplimiento y a la predisposición del penado— el juez podrá disponer que el resto de la pena se cumpla en prisión o bien establecer un nuevo reemplazo.

Fuera ya de lo estrictamente sustancial, el Anteproyecto deja sentado que a las decisiones judiciales sobre reemplazos les comprende lo dispuesto por el artículo 20 inciso 1º, esto es, la posibilidad de revisión en las mismas instancias ordinarias y extraordinarias que se contemplen para la condenación (artículo 32 inciso 3º).

En concreto, el ACPN propone el siguiente repertorio de medidas para la sustitución de la pena de prisión (artículo 22):

DETENCIÓN DOMICILIARIA: se determina la obligación del condenado de permanecer en determinado domicilio, con posibilidad de salida únicamente por motivos justificados y previa autorización judicial. Se estipula expresamente que la carencia de domicilio previo por parte del condenado no puede ser causal de denegación de la medida[35] (artículo 23).

La reforma introduce además un régimen especial de sustitución de la prisión por detención domiciliaria por razones humanitarias (artículo 33). Las hipótesis contempladas se discriminan de acuerdo al carácter obligatorio o facultativo del reemplazo: 1. El juez debe conceder la detención domiciliaria, salvo que concurra riesgo para la víctima del delito o para los convivientes del condenado, a: a) interno que padezca enfermedad incurable en período terminal; b) interno que se encuentre enfermo,

[33] En los casos contemplados por el artículo 30 inciso 5° (referido en la nota anterior), se exige el cumplimiento de la mitad de la condena para la procedencia de la sustitución (artículo 31, inciso 5°).

[34] La Comisión se ocupa de aclarar, con pertinencia, que la cancelación de las medidas alternativas por parte del juez da lugar al cumplimiento en prisión del resto de la pena, no de su totalidad, dado que hasta el momento de la infracción el condenado habría estado cumpliendo una pena.

[35] La inclusión de dicha aclaración está justificada en la Exposición de Motivos por el propósito de evitar casos de "discriminación oculta o encubierta" en supuestos de personas sin un domicilio previo (casos más usuales de personas carenciadas, en situación de calle, personas en tránsito, etc.).

cuando la prisión le impidiere recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia siempre que no correspondiere su internación en un establecimiento hospitalario; c) interno discapacitado, cuando la prisión fuere inadecuada por su condición, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel (artículo 33, inciso 1º); 2. El juez puede conceder la detención domiciliaria, tomando en cuenta la gravedad del hecho y previo dictamen del Ministerio Público, a: a) interno mayor de setenta y cinco años; b) mujer embarazada; c) madre encargada de un menor de cinco años; d) padre encargado único de un menor de cinco años; e) padre o madre de un menor de catorce años, cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario; f) o tuviere a su cargo una persona con discapacidad (artículo 33 inciso 2º)[36].

En ambos grupos de casos, el reemplazo opera con independencia del monto de la pena impuesta, en cualquier momento (sin exigencia de cumplimiento de parte de la pena) y mediando solicitud del interesado. Se establece que la detención domiciliaria no se concederá cuando de ella se pudiere derivar riesgo o perjuicio para la persona afectada por el hecho o para los convivientes del penado. Y tal como se aclara en el régimen general de detención domiciliaria, no puede denegarse por carencia de domicilio previo del condenado.

DETENCIÓN DE FIN DE SEMANA: cumplimiento en la pena privativa de la libertad, en centros de detención especiales[37], los días sábados y domingos, durante un mínimo de treinta y seis horas y un máximo de cuarenta y ocho horas. Se contempla la posibilidad de extensión por veinticuatro horas más en días feriados que antecedan o sucedan en forma inmediata al fin de semana, así como que excepcionalmente el juez puede disponer el cumplimiento de esta pena en días diferentes (artículo 24).

OBLIGACIÓN DE RESIDENCIA: obligación de habitar dentro de un perímetro urbano o rural, o de un partido, municipio, comuna, departamento o provincia, establecido por el juez, con prohibición de salida sin autorización judicial[38] (artículo 25).

Prohibición de residencia y tránsito: impedimento de habitar dentro de un perímetro urbano o rural, o de un partido, municipio, comuna, departamento o provincia, establecido por el juez, y transitar por él sin autorización judicial[39] (artículo 26).

---

[36] Se corresponde, en esencia, con el régimen vigente de prisión domiciliaria (artículos 10 del CP y 32 de la Ley 24.660). Las modificaciones que se introducen conciernen al carácter obligatorio (ya no meramente facultativo) de la concesión de la detención domiciliaria en un primer grupo de supuestos (los contemplados en el actual instituto). A la par de ello, se amplía el número de hipótesis que habilitan su otorgamiento (en forma facultativa), añadiendo los supuestos del padre encargado de menor de cinco años, madre o padre de un menor de catorce años, y padre que tuviera a su cargo persona con discapacidad. Por último, el caso de avanzada edad del penado, se eleva de setenta a setenta y cinco años.

[37] La Exposición de Motivos refiere, en este sentido, la incompatibilidad de esta clase de pena con las instituciones carcelarias comunes, cuyo funcionamiento supone un conjunto de dispositivos y mecanismos de seguridad que inciden negativamente sobre las personas y que no son necesarios, ni corresponden, en el caso.

[38] Según expresa la Comisión, esta modalidad tiende a la prevención de conflictos, la posibilidad de un mayor control del condenado o el favorecimiento de su integración social. La extensión del ámbito de movilidad dependerá del requerimiento del fin de la pena en el caso concreto, pudiéndose disponer su ampliación en el curso de la ejecución. Asimismo se afirma que la imposición de la medida no podrá fundarse en necesidades demográficas, ni deberá elegirse parajes inhóspitos o de difícil comunicación, salvo petición del penado.

[39] Inspirada en una pena usada con otro nombre y como medida cautelar en casos de conflictos intrafamiliares, de acuerdo a la Exposición de Motivos su incorporación procura la prevención de

PRESTACIÓN DE TRABAJOS PARA LA COMUNIDAD: realización por parte del condenado de trabajo no remunerado, a cumplirse entre ocho y dieciséis horas semanales en instituciones, establecimientos u obras de bien público, bajo la supervisión de sus autoridades u otras que se designen. Se descarta expresamente que dicho control sea a cargo de organismos de seguridad. La norma estipula que la presentación de la documentación que acredite su cumplimiento estará a cargo del penado, que el trabajo será adecuado a su capacidad o habilidades, y que no afectará su dignidad ni perjudicará su actividad laboral ordinaria[40] (artículo 27).

CUMPLIMIENTO DE INSTRUCCIONES JUDICIALES: sujeción a un plan de conducta en libertad, fijado por el juez con intervención del penado. La norma contiene un catálogo de posibles directivas para ese plan[41], las que deberán guardar relación con el hecho punible. A la par de ello, regula las condiciones que deberán observarse para su determinación (no deberán afectar la dignidad del penado, su ámbito de privacidad, sus creencias religiosas o sus pautas de conducta no relacionadas con el ilícito; y tampoco podrán implicar el sometimiento a tratamientos invasivos o intervenciones en el cuerpo del condenado). Acerca de la aplicación de esta pena, se contempla la posibilidad de modificación de las instrucciones durante la ejecución de la pena, con intervención del penado; se dispone que se halla a su cargo la acreditación, ante el juez, del cumplimiento de las directivas, y se establece que su control será ejercido por el juez con la asistencia de inspectores y auxiliares, debiendo el primero elevar al juez un informe mensual sobre su cumplimiento y el segundo ayudar al condenado, funciones que no podrán ser delegadas en organismos policiales o fuerzas de seguridad (artículo 28).

MULTA REPARATORIA: obligación de pago de una suma de dinero a la víctima o a su familia. La procedencia de esta modalidad de sanción exige su aceptación por parte de la víctima o su familia[42]. En caso de mediar reparación civil, se establece

---

conflictos de índole variada (entre grupos barriales, barras bravas, u otros de los que puede derivar violencia).

[40] La disposición ha merecido el siguiente comentario en la Exposición de Motivos: "*Esta alternativa quizás sea una de las más promisorias de las proyectadas, dependiendo su éxito de la buena organización de que se la provea, para lo cual requiere una infraestructura bien montada y adecuado personal de control de su cumplimiento. En esas condiciones, resulta de las más productivas y, por eso mismo, mucho más barata que la prisión. No se trata de una simple molestia o incomodidad para el penado, lo que sólo sería válido como contramotivación, pero nunca podría erigirse en una razón suficiente para su imposición. La incorporación a un equipo que haga algo productivo o útil para sus semejantes crea una conciencia de solidaridad que es menester fomentar en los penados, al tiempo que no lo margina ni estigmatiza y, menos aún, lo aísla de la vida social*".

[41] Concretamente: a) fijar residencia; b) observar las reglas de inspección y de asistencia establecidas por el juez; c) dar satisfacción material y moral a la persona afectada en la medida de lo posible; d) adoptar un trabajo u oficio, a su elección o que le fuere provisto, o una actividad de utilidad social adecuada a su capacidad; e) concurrir a actividades educativas o de capacitación; f) someterse a un tratamiento o control médico o psicológico; g) abstenerse de concurrir a ciertos lugares o de relacionarse con determinadas personas; h) abstenerse del consumo abusivo de bebidas alcohólicas o estupefacientes y aceptar los exámenes de control (artículo 28).

[42] Los comentarios volcados por la Comisión en torno a esta modalidad dan buena cuenta de su controversia: como reminiscencia de la vieja composición, se postula allí que, en definitiva, ésta constituye un modo tradicional de resolución de conflictos, de gran eficacia y aún vigente en determinados ámbitos de nuestra cultura. A su favor, se afirma que *"Si bien la experiencia no puede trasladarse a los medios urbanos ni a la totalidad de los conflictos penalizados, lo cierto es que en muchos casos puede significar una buena solución, sobre todo porque involucra a la víctima y contempla*

que la multa reparatoria se tendrá como parte de ella. En orden a la magnitud, se dispone que la suma de dinero a pagar —proveniente del trabajo o de rentas del condenado— debe fijarse de acuerdo con la gravedad del daño causado por el delito y en un porcentaje mensual no superior al tercio de los ingresos del penado y por un período no mayor de un año, o una suma total equivalente (artículo 29).

Consideraciones finales

Tal como se advierte en el ACPN, las penas alternativas a la prisión fueron derivando, gradualmente, del entusiasmo inicial a un cierto escepticismo posterior. Si, en un principio, se pensó que su aplicación podía conllevar una disminución efectiva de la población carcelaria y, paralelamente, una contribución real a los efectos deletéreos del encierro, la experiencia de muchos países resultó decepcionante. En la Exposición de Motivos del ACPN, los autores mencionan como probables causas de su fracaso en los sistemas penales que las emplearon, en especial, a su no aplicación por parte de los jueces y a la falta de infraestructura para su correcta ejecución.

Ahora bien, hay una coincidencia bastante amplia en doctrina en el sentido de que la incorporación de las medidas alternativas a la prisión, si bien tiende a la reducción del uso de ésta, puede representar, como contrapartida, una expansión del arsenal punitivo del Estado. Mas, independientemente de estos posibles efectos, sin duda su inclusión en nuestro sistema jurídico viene a descentralizar, en parte, el papel de la pena de prisión, al desplazarla al menos del lugar preponderante que históricamente le ha sido asignado. Por otra parte, tiende al cumplimiento efectivo de la pena frente a delitos menores, que en el régimen actual queda en suspenso. Por último, deja mayor espacio a la determinación judicial de la pena, al habilitar la elección y aplicación de la sanción que, a criterio del juez, resulte más conveniente y ajustada al caso. Al respecto, la equiparación de los supuestos en que las medidas alternativas son aplicables permite una ampliación del arbitrio judicial deseable en estos casos. De tal forma, el repertorio de medidas propuestas en el ACPN aparece, pues, como una alternativa hacia una vía de "penas diferenciadas".

Según lo visto, esta amplia gama de consecuencias jurídicas contempla el reemplazo de toda pena de prisión (no únicamente la correspondiente a infracciones de menor gravedad), y suprime, al efecto, los institutos de la condena y libertad condicionales. Fiel a cierto "espíritu de época", se acomoda así a las regulaciones de los ordenamientos jurídicos comparados de las últimas décadas. En cuanto al régimen previsto (procedencia, determinación y ejecución de los diversos institutos), muestra un buen grado de razonabilidad.

Finalmente, puede decirse que resulta natural que la introducción de un sistema de penas alternativas a la prisión motive ciertas dudas o inquietudes en lo referente a su aplicación, habida cuenta de la infraestructura que conlleva su ejecución. En efecto, su operatividad presupone la implementación y articulación de una serie de dispositivos —tanto humanos como materiales— para llevar adelante su efectivo y transparente control y seguimiento[43].

---

su interés, o sea, la recupera parcialmente de la confiscación del conflicto. Por otra parte, se trata de una pena que no recarga el presupuesto estatal".

[43] Jorge DE LA RÚA ha enfatizado sus reparos en este sentido, al decir "*Pero la real existencia de las medidas alternativas no depende sólo de la mera expresión de voluntad del legislador a través de la ley, sino de un aparato jurisdiccional y administrativo vasto, complejo y costo, que permita que estas*

Ello no ha sido ajeno a la consideración de la Comisión, pero se trata de una cuestión que, por su naturaleza, excede el estricto ámbito de previsiones normativas de un código penal[44]. Si estas dificultades prácticas representan una incógnita en la incorporación de las penas alternativas a nuestro sistema jurídico, debería en todo caso ser despejada en su instancia ejecutiva.

Bibliografía

AA.VV.; *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2014.

ALLEN, Francis A.; "The decline of the Rehabilitative Ideal" en VON HIRSCH, Andrew y ASHWORTH, Andrew (Ed.). *Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy, 2° ed.*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

CARLÉS, Roberto Manuel; "Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal" en: *Derecho Penal*, Año I Número 1, Infojus, Buenos Aires, 2012.

CID MOLINÉ, José; "El sistema de penas, desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión", en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España*, IberIUS, Madrid, 2004.

CID MOLINÉ, José; *La elección del castigo. Suspensión de la pena o "probation" versus prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena (coord.); *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

CULLEN, Francis T. y GILBERT, Karen E.; "The value of Rehabilitation" en MCLAUGHLIN, Eugene, MUNCIE, John y HUGHES, Gordon, *Criminological Perspectives, 2° ed.*, Sage Publications, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003.

DE GIORGI, Alessandro; *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueños, Madrid, 2006.

DE LA RÚA, Jorge; "Reformas propuestas al Código Penal como alternativas a la prisión. Vigencia, eficiencia y oportunidad" en *La Ley* 2014-D.

FERRAJOLI, Luigi; "El populismo penal en la sociedad del miedo" en AA.VV., *La emergencia del miedo*, Ed. Ediar, Buenos, Aires, 2012, págs. 57-76.

FOUCAULT, Michel; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 12° ed., Siglo veintiuno, España, 2000 [1975].

---

medidas se cumplan con eficiencia y seriedad. Y tal estructura no existe a nivel nacional ni a nivel provincial. Ya hemos visto que el sistema no está en condiciones de llevar eficientemente la supervisión de la libertad condicional, la condena condicional y que por ende menos en condiciones estará de hacer cumplir con eficiencia las nutridas medidas sustitutivas del proyecto. Para ello será necesario el estudio de la realidad en cada jurisdicción, la creación de órganos judiciales y soportes administrativos que no existen y que deben ser especializados, y acuerdos entre Nación y provincias para planes de cooperación ante el estado exangüe de los recursos locales" ("Reformas propuestas al Código Penal como alternativas a la prisión. vigencia, eficiencia y oportunidad" en *La Ley*, 2014-D, pág. 1102).

[44] Salvo en lo que atañe a la determinación de los organismos o instituciones, así como incluso de sus características específicas (verbigracia, que sean colegiados, independientes, jurisdiccionales, administrativos, etc.), que tendrán bajo su órbita la misión de contralor y supervisión. En este sentido, la Comisión refiere que lo más recomendable sería la sanción de una ley nacional que dispusiese la formación del cuerpo de ejecución en libertad (de ser posible en el ámbito judicial). Su creación, mediante la asignación de los recursos económicos y políticos necesarios, dependerá en definitiva de la decisión política de acompañar el proyecto para propender a su funcionamiento. Como sea, conviene decir que las dificultades señaladas no se resumen a meras cuestiones presupuestarias, si se observa el costo estatal de cada preso para el Estado, en los valores antes señalados.

GARLAND, David*; Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1987.
GARLAND, David; *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
MARTINSON, Robert; "What Works? – Questions and answers about prison reform" en: *The Public Interest*, Nº 35, Nueva York, 1974.
MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo; *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI Editores, México, 1987 [1977].
MORRIS, Norval; "The contemporary prison, 1965-Present" en ROTHMAN, D. y MORRIS, N. (Coords.), *The Oxford History of Prison. The practice of punishment in western society*, Universidad de Oxford, Nueva York, 1995.
PADOVANI, Tullio; *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Ed. Giuffre, Milan, 1981.
PAVARINI, Massimo; *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 135-154.
RIVERA BEIRAS, Iñaki; *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto; *Pena y estructura social*, Ed. Temis, Bogotá, 1984 [1939].
SEVDIREN, Öznur; *Alternatives to Imprisonment in England, Wales, Germany y Turkey. A comparative Study*, Springer, Berlín, 2011, págs. 13-29.
SIMON, Jonathan; *Gobernar a través del delito*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2011.
VASS, Antony; *Alternatives to Prison. Punishment, Custody and the Community*, Sage Publication, London-Newbury Park-New Delhi, 1990.
ZYSMAN QUIRÓS, Diego; *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Ed. Didot; Buenos Aires, 2012.

El principio de oportunidad y el Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Luis María Bonetto, Ana María Cortés, Diego A. Peretti Ávila

Línea: Punibilidad. Perdonar o castigar. El principio de legalidad y el principio de oportunidad. La disponibilidad de la acción penal pública.
Área: Derecho Constitucional. Derecho penal, Derecho procesal penal.

Introducción[1]

El tema sometido a nuestra consideración, reviste especial importancia basada, entre otros, en la necesidad de un análisis realista no idealista de la fenomenología penal que tiene como objetivo central la racionalización y administración adecuada de los recursos de un Estado para intentar lograr la mayor eficiencia en la aplicación del sistema constitucional penal.

El sistema constitucional penal involucra al Derecho penal sustantivo, Derecho penal adjetivo y Derecho de ejecución penal (normas constitucionales y tratados internacionales atinentes) de los cuales surge, por ejemplo: prohibición de la delegación de la función legislativa a favor del poder ejecutivo (art. 76 C.N.) y prohibición del Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia en Derecho penal (art. 99 inc 3º C.N.), entre otros.

Desde los modernos paradigmas que incorporan los contenidos de la Política criminal de base constitucional, al análisis de los elementos del delito (solución de conflictos sociales que es la directriz en materia de causas de justificación), el tema deviene significativo al reflejarse como parte relevante, sino esencial, de la Política criminal de un estado constitucional de derecho en la asignación de sus recursos para una más justa, equitativa e igualitaria aplicación del sistema penal.

Su análisis, en cuanto a fortalezas y debilidades, tiene origen en el cuestionamiento al fundamento exclusivamente retributivo de las penas privativas de la libertad y paralelamente a la importancia de las funciones preventivas especiales y generales de la misma. También en la formulación de modelos funcionales, en los cuales, como en el sistema de Roxin, la categoría de responsabilidad expresa, junto a la culpabilidad del autor como elemento de la Teoría del delito y la necesidad de pena en el caso concreto por motivos de prevención.

De este modo, puede haber culpabilidad sin necesidad de pena en el caso concreto por falta de normalidad motivacional, no solo fundado en consideraciones psicológicas sino decisiones normativas como igualdad, atención a la desigualdad, humanidad, resocialización y pautas de mínima suficiencia.

Estas argumentaciones son el contexto histórico, cultural, social, económico y político que debe enmarcar el fenómeno bajo estudio.

Es entonces, por contrapunto, verificable que la ineficaz utilización del sistema penal tiene una de sus causas en un anacrónico apego al apotegma "*tot pena e quot delicta*",

---

[1] Las ideas centrales de este artículo se encuentran en la disertación del autor y de los Dres. Carlos J. Lascano, Gustavo Vivas Usher y Norberto Barmat el día 27 de octubre de 2011. Para mayor abundamiento sobre el tema ver: Dictamen sobre el Anteproyecto de Código Penal de Jorge De la Rúa "*Vigencia, eficiencia y oportunidad de la reforma propuesta en alternativas a la prisión"* (julio 2014*)* y *"La disponibilidad de la acción penal. Legalidad versus oportunidad, una disputa de larga data"* Ana María Cortés. Actualidad jurídica de Córdoba. Derecho Penal. Año II. Vol. 47. Agosto de 2005.

Significando, empíricamente el atascamiento del sistema, o al decir de De la Rúa, una suerte de cifra negra invisible que impide el normal funcionamiento de la ley sustantiva adjetiva y de ejecución penal y generando formas de "praxis judicial" invalidantes (fenómenos como hechos numerosos de estafas o robos por saqueo, prescripción por el transcurso del tiempo ante la ineficaz investigación, omisión del propio damnificado, omisiones del órgano requirente o del órgano jurisdiccional etc.)

El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Código Penal

El principio de oportunidad se encuentra receptado en el artículo 42 inc. 3 del Anteproyecto de Código Penal dentro del Título IV "Del ejercicio de las acciones", al tratar el Ejercicio de la acción pública.

> *"ARTICULO 42. Ejercicio de la acción pública.*
>
> *1. Las acciones penales son públicas o privadas. El Ministerio Público Fiscal deberá ejercer, de oficio, la acción penal pública, salvo en los casos en que fuere necesaria la instancia de la persona directamente ofendida por el delito.*
>
> *2. También podrá ejercerla la persona directamente ofendida en las condiciones establecidas por las leyes procesales.*
>
> *3. No obstante, el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos:*
>
> *a) Cuando se tratare de hechos de menor significación, salvo que fueren cometidos por un funcionario público en razón de su cargo o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada por razones discriminatorias.*
>
> *b) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fueren de tal gravedad que tornaren innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena.*
>
> *c) Cuando la pena en expectativa careciere de importancia con relación a otra pena ya impuesta o impetrada.*
>
> *d) En los hechos delictivos con contenido patrimonial y sin violencia sobre las personas, y en los delitos culposos sin resultado de muerte, cuando mediare conciliación o acuerdo entre las partes.*
>
> *4. En el supuesto del apartado b) del inciso 3º, será necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios en la mayor medida que le fuere posible.*
>
> *5. La persona directamente ofendida podrá interponer querella dentro del término de sesenta días hábiles desde la notificación de la decisión que admitiere el criterio de oportunidad, en cuyo caso la acción se convertirá en privada. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe en cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del apartado a) del inciso 3º. En que los efectos se extenderán a todos los intervinientes"*

El texto está indicando, implícitamente, pautas posibles de orientación de políticas de persecución penal de ilícitos múltiples, vaciamientos de instituciones

financieras o bancos, loteos fraudulentos, víctimas plúrimas (Cromagnon – Lapa - la explosión de la planta de Río tercero) donde si hacemos como Ícaro, por llegar al sol nos quemamos las alas, cuando, en realidad, como comunicación a la sociedad, demuestra una mejor respuesta un sistema que cuanto menos llega a la pena, pues de lo contrario, lo tristemente real es que hechos graves prescriban.

Luego del análisis del texto en cuestión, no compartimos la conversión de la acción penal pública en acción privada dispuesta en el art. 42 inc. 5º al notificársele a la persona ofendida la decisión que admite el principio de oportunidad.

Adelantamos que no está prohibido el asunto sometido a estudio en el sistema constitucional (art. 19 in fine C.N) y propiciamos su ubicación en el marco del Ministerio Público (art. 120 C.N en la reforma de 1994).

No se observa en los incisos 1 y 2 del art. 42, al referirse a la persona directamente ofendida por el delito, la intervención del representante legal en caso de ser la víctima un inimputable.

Diferenciación de otras situaciones que no son expresamente criterios de oportunidad

Existen otras situaciones que no constituyen, específicamente, criterios de oportunidad, pero que si expresan un notable cambio en la inflexibilidad de la aplicación "tout court" de la pena, morigerándola directamente o impidiendo mediante la extinción de la acción, su aplicación. Estas, entre otras, serian: Probación (76 bis del Código Penal vigente y ss.), figura del infiltrado (art. 31 bis incorporado por ley 24.424 ley de estupefacientes),el art. 866 del Código aduanero, disminución de pena al arrepentido (art. 29 ter incorporado por ley 24424 de la Ley estupefacientes) y en el art. 41 ter del CP sustituido por art. 12 ley 26364 año 2008, las excusas absolutorias(ej. desistimiento art. 43 CP), relaciones parentales en hurtos, defraudaciones o daños (art 185 CP), revelamiento de la conspiración (art. 217 CP.), error sobre los presupuestos de las causas de justificación, criterios en la ejecución penal de no cumplir toda la pena o no ingresar al establecimiento penitenciario (art. 13 y 26 CP), libertad asistida, nuevas modalidades de salidas transitorias, etc. (Ley 24660) prisión domiciliaria para mujeres embarazadas y madres de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo, etc. (art. 10 inc. "e" y "f" CP, incorporados por ley 26472 de enero del 2009); ejercicio de la acción privada en caso del art.73 del CP, delitos: calumnias e injurias, violación de secretos salvo el art. 154 y 157, concurrencia desleal art. 159; e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge. En el régimen de minoridad, se receptan distintos modos: a) La no imposición lisa y llana de una pena (absolución) en el caso que el menor ya haya cumplido los requisitos fijados por el art.4 ley 22.278 b) Su disminución de acuerdo con las reglas de la tentativa (art. 44 CP), etcétera.

Modelos en el Derecho Comparado para legislar sobre el tema

Pueden mencionarse, a grandes rasgos, lo siguientes modelos: a) amplio: y utilitario, de corte anglosajón y b) reglado, predominante en la mayoría de los sistemas continentales.

La idea central del segundo modelo es que tratar de un acto reglado, con pautas claras de interpretación y aplicación, fundamentalmente para evitar la arbitrariedad, sosteniendo, como núcleo del razonamiento, el concepto de "la discrecionalidad no discriminatoria" del órgano que tome la decisión de no iniciar la acción penal

Entre los sistemas de corte "continental", que son los que aquí vamos a exponer por tratarse del paradigma más compatible con nuestro sistema jurídico y con el Anteproyecto que analizamos, se pueden destacar tres modelos característicos que son, a saber:

A) Sistema Alemán.

Aquí impera el principio de "Oportunidad reglada", en atención a que el principio rector es el de legalidad y obligatoriedad de la acción penal, tal como lo consagra el § 152 –inc. 2º- del Código de Procedimiento Penal, que así lo dispone, manifestando que, excepto en aquellas ocasiones en las que la ley específicamente disponga lo contrario, el Ministerio Público se encuentra obligado a intervenir y perseguir penalmente las infracciones llevadas a cabo en contra de la ley penal.

Sin embargo, las excepciones a esta regla son numerosas, tal es así que, por ejemplo, el § 153 se concede la capacidad al Ministerio Público de no llevar adelante la persecución penal en aquellos casos en los casos de ofensas menores, con aprobación del tribunal competente –inc. 1º, primera parte- o, determinar el archivo de la causa de "motu propio", sin requerirse la conformidad del órgano judicial, en aquellos casos de insignificancia –inc. 1º, segunda parte-. Asimismo, descansa en el órgano persecutorio, el poder de solicitar el archivo de las actuaciones -§ 153, inc. 2º- en cualquier estado del proceso, siempre haciéndose referencia a los casos de delitos menores.

B) Sistema Italiano.

El Estado italiano es el único, dentro de los sistemas europeos de corte "continental" que analizamos que consagra la el principio de obligatoriedad de la persecución penal en su Constitución Nacional, tal es así que el texto de su artículo 112 refiere: *El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal*. Sin embargo, las excepciones a este principio se encuentran consagradas fundamentalmente en la ley ritual; tal es así que, por ejemplo, el caso del artículo 444 del C.P.P. –con una clara influencia de neto corte anglosajona-, que establece la posibilidad del "patteggiamento" o "pacto", que permite la aplicación por parte del juez de la pena en la especie y en la medida surgida del acuerdo entre el imputado y el ministerio público, así como también en casos en que la sanción en concreto , considerando todas las circunstancias atenuantes (como por ejemplo la confesión) y reducida hasta de un tercio, no sobrepase los dos años de privación de libertad.

A título meramente informativo, corresponde decir que la institución de la probation sólo tiene cabida en el sistema italiano en el Código de procedimiento penal para menores –Codice del Proceso Penale Minorile D.P.R. 22-9-1988 n. 448- que, en su artículo 27, bajo el título: sentencia de no lugar a proceder por irrelevancia del hecho –*Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*-. Como se puede ver la implementación de ese instituto queda justificada por la insignificancia del delito impugnado.

C) Sistema Portugués.

En el sistema luso se puede apreciar un cambio mucho más profundo, en atención a que la inserción del principio de oportunidad se basa en la revisión del derecho penal sustantivo y es, precisamente, en el Código Penal Portugués, en dónde se

pueden encontrar, a diferencia de los dos modelos anteriores, los trazados básicos de la regla de la oportunidad.

A lo largo del Código Penal se encuentran una serie de institutos vinculados con el principio de oportunidad –en otra variante reglada-, como es el caso del artículo 53 contempla la suspensión de la pena de prisión con régimen de prueba. Al respecto, refiere el Código Penal: el tribunal podrá determinar que la suspensión de la pena con régimen de prueba si lo estimare conveniente en función de la reinserción del condenado en la sociedad. -*O tribunal pode determinar que a suspensão seja acompanhada de regime de prova, se o considerar conveniente e adequado a facilitar a reintegração do condenado na sociedade*-; mientras que el artículo 74 de dicho Código hace descansar en el tribunal la facultad de dispensar de la pena al reo en los casos de delitos menores, estableciendo como condiciones: a) la insignificancia de la ilicitud y de la culpa del agente, b) la reparación del daño ocasionado y c) que la dispensa de penas no se oponga a razones de prevención - *Quando o crime for punible com pena de prisãonão superior a 6 meses, ousó com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena*-

Sistema Argentino actual[2]

En nuestras legislaciones procesales provinciales, se respeta el principio de oportunidad por ej., entre otras, en la provincia de Santa Fe (Ley 12.912 año 2007 art. 19), en la provincia de Mendoza (ley 7007, art. 26,27 28) y en la provincia de Buenos Aires (Ley 11922 art. 56 bis)

En estas provincias se observan reglas comunes, como:

a) Insignificancia en relación al hecho o al aporte del imputado en el mismo.

b) Que el daño sufrido por el imputado torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de la pena (llamada por algunos la pena natural)

c) Razones de prevención especial por multiplicidad de delitos o hechos delictivos de criminalidad de menores

Ideas sugeridas para debatir:

A) La aplicación del criterio de oportunidad, no solo al sistema penal sino también a las otras ramas del Derecho penal, esto es: a) Contravencional y b) Disciplinario.

B) La aplicación de criterios de oportunidad en materia de sanciones disciplinarias en casos de ejecución de penas privativas de la libertad, como el tema del reglamento del régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad Nº 11.661 de la provincia de Santa fe (Reglamento Nº 59 de fecha 14-4-2011) aplicación de la ley provincial de ejecución penal dictada por Santa fe en abril de 2011[3].

---

[2] El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, en sus arts. 30 y 31 hace referencia al principio de oportunidad estableciendo criterios para su aplicación. En la Exposición de Motivos, se lee que *"El proyecto añade criterios de disponibilidad de la acción, imprescindibles para descomprimir el flujo de casos y racionalizar la respuesta punitiva, tales como los supuestos de oportunidad, conversión de la acción, conciliación y suspensión del juicio a prueba".*

[3] Según el enfoque efectuado por el profesor de esta Universidad, Dr. Eduardo Valdez, especialmente en materia de sanciones en la disciplina de internos en cuanto dispone, prácticamente en los hechos un criterio de oportunidad, pues luego de fijar el criterio que la sanción disciplinaria es la *ultima ratio*, permite concretamente en el art. 63 del reglamento mecanismos de "prevención, restauración, mediación

C) El régimen penal de menores que regula penas innecesarias, expresamente consagrado en el art.4 de la ley 22278: "….si hicieren necesario aplicarle una sanción, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa….si fuera innecesaria la sanción lo absolverá"

Al respecto, se puede citar el caso planteado en la monografía de Gonzalo Patricio Frías: "Autos s.c.d. p.s.a. robo calificado" del Juzgado de Menores de cuarta nominación, Secretaria Correccional Nº 4 de Córdoba. En dicha sentencia se dispuso absolver de pena a un menor "a quien la Cámara 10º en lo Criminal de Córdoba había declarado culpable del delito de robo calificado en calidad de coautor, arts. 45 y 166, inciso 2º del Código Penal. Es necesario aclarar que, posteriormente a la comisión de los ilícitos que se le atribuyó como menor de edad y ya siendo mayor de dieciocho años, se le imputaron nuevos delitos a pesar de transitar previamente el tratamiento tutelar correspondiente a los ilícitos cometidos en su minoridad.

La representante del Ministerio Público Fiscal se pronunció por la necesidad de fijación de una pena, al entender que existía peligrosidad delictiva por la falta de recuperación del menor con fuertes indicios de proclividad a la reincidencia. Por su parte, la Asesora de menores en su carácter de defensora del menor, opinó que no era necesaria la aplicación de una pena teniendo en cuenta que la recuperación de su defendido quedó evidenciada durante su tratamiento tutelar el cual resultó positivo. Que respecto de los otros eventos que se le atribuyeron, cuya comisión fue siendo mayor de dieciocho años de edad, ya fue juzgado considerando que de no entenderlo así se conculcaría la garantía del non bis in ídem.

Finalmente el juez ponderó que, en el marco del régimen tutelar, el menor había observado con regularidad las normas de disciplina y participado en las actividades de aprendizaje escolar y de oficios, de recreación y de socialización en sus salidas. Sin embargo, cuando ese tratamiento había alcanzado una evaluación satisfactoria, se supo que habían sobrevenido nuevos hechos delictivos. Surgía una peligrosidad delictiva tanto de las modalidades de comisión del delito que se le imputaba –por el uso de arma de fuego-como del hecho de que lo satisfactorio del tratamiento había resultado insuficiente para neutralizar dicho peligro. Sin embargo, **y aquí reside el perfil novedoso del fallo bajo análisis**, el Tribunal consideró que, si bien la peligrosidad detectada en la conducta del joven es un elemento importante para fundamentar la necesidad de pena, la misma tiene el carácter de medida extrema y al respecto, el residuo de peligrosidad ya ha merecido atención mediante la sentencia del tribunal de juicio del fuero penal de mayores que le impuso la condena por los delitos sobrevinientes al cometido siendo menor de edad. El plus que subsistía entró en su valoración y de ésta surgió el tratamiento penitenciario impuesto. Concluye el juzgador citando el **principio de mínima suficiencia** (en el derecho de menores se aplica en lo tutelar-correctivo), reconocido por los instrumentos internacionales de Derechos

---

y de diálogo para resolver las diferencias de los detenidos y las diputas entre ellos". Personalmente me genera la duda sobre su utilización a conflictos entre internos con personal penitenciario, pero por aplicación del argumento de ampliación de los derechos en beneficio del interno, una suerte de ley penal más benigna, creo que tal solución se extiende también a ese caso. De la misma manera, el art. 73 el perdón de la sanción y el art. 74 Suspensión condicional de la sanción, indican claramente criterios de oportunidad en orden a la aplicación de sanciones disciplinarias en el marco de la ejecución de penas privativas de la libertad.

humanos (Jurisprudencia del TSJ y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como subyacente en los fundamentos de esta resolución. El citado principio se constituye en una de las derivaciones del llamado **interés superior del niño** consagrado en los artículos 3º de la convención internacional de los derechos del niño y 4º de la ley provincial nº 9.053 sobre protección judicial del niño y adolescente. Tal interés supremo ha sido definido como el fin de lograr el pleno desarrollo del niño en sus diferentes estadios[4].

En igual sentido y por la aplicación de la probation en el proceso correccional de menores, se expresa González del Solar, quien advierte en dicha institución una manera alternativa de evitar la "incertidumbre y desasosiego" que genera el propio juicio[5]

Como se puede observar, se equiparan las medidas tutelares provisorias a las reglas de conducta, se utilizan para diferir la fijación de la audiencia de debate, hablándose de justicia "restaurativa", por oposición a la "reparativa" o "retributiva". Se combina así un criterio de oportunidad con la Mediación.

D) Cobra especial Importancia el tema de la interdisciplinariedad, tan defendida por nuestro profesor doctor Fernando Martínez Paz.

E) Los delitos de bagatela, la pena natural, la pena ya impuesta, etc.

F) La incidencia que puede llegar a tener la redacción del apartado "C", inciso 3º del artículo 42 del Anteproyecto en el caso de juzgamiento de delitos de lesa humanidad, teniendo en cuenta la redacción del artículo 53, inc. 1º, apartado "C" –primer párrafo- del Estatuto de Roma que refiere, entre los motivos que justifican el archivo, por parte del Fiscal de la Corte Internacional, de las causas denunciadas, el caso de cuando: "*Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia*".

CONCLUSIONES

1. Consideramos positivo la incorporación en un Derecho penal sustantivo el principio de oportunidad reglada.
2. La decisión que disponga el principio de oportunidad debe ser fundada y limitado su ejercicio temporalmente.
3. Debe ser un acto reglado con pautas claras de interpretación y aplicación.
4. Se debe evitar la arbitrariedad, sosteniendo, como núcleo del razonamiento, el concepto de "discrecionalidad no discriminatoria" del órgano que tome la decisión de no iniciar la acción penal.
5. No compartimos la conversión de la acción pública en privada dispuesta en el Anteproyecto.
6. Consideramos no incluidos dentro de la órbita del principio de oportunidad los delitos de lesa humanidad.
7. La disponibilidad de la acción penal pública debe ubicarse en el marco del Ministerio Público (art. 120 de la C.N. en la reforma de 1994)

---

[4]Cfr. Patricio Frías, Gonzalo. Opúsculos de Derecho Penal y Criminología nº 102 "El principio de oportunidad en el proceso penal de menores" ob. Cit. Pag 14 y sstes.

[5]Cfr. González del Solar, José "La suspensión del juicio a prueba y su aplicación en el proceso de menores", con cita de los arts. 2 y 3 de la ley 22278 y art. 52 de la 9053

Para finalizar:

A comienzos del siglo veintiuno, con un mundo intercomunicado, pero a su vez, como bien sostiene el Dr. Andruet, nunca más solitario e individualista, donde han variado las pautas de convivencia, los estándares culturales, económicos, comunicacionales, políticos etc., donde, al menos la mejor referencia —en palabras de Popper— como idea de sociedades democráticas es la de una sociedad pluralista, tolerante y no dogmática, debemos avocarnos a la tarea de construir, de la forma más justa y eficiente posible, un modelo de principio de oportunidad que coadyuve a una mejor funcionalización del sistema penal, permitiendo la solución de conflictos sin necesidad de la aplicación de una pena o prescindiendo lisa y llanamente de ella y a su vez, la focalización de aquel en los problemas verdaderamente graves, que también deben surgir de una Política criminal y no de espasmódicas leyes coyunturales frutos de la presión de grupos de poder nacionales o internacionales.

Estudio de los artículos 49 al 53 y 281 del Anteproyecto de Código Penal

Oscar Tomás Vera Barros

Introducción

LA TÉCNICA LEGISLATIVA
Considero que en el articulado de la ley no corresponde que el número de los artículos tenga el símbolo ordinal consistente en adosarle un superíndice "º" (ejemplo: 1º, 2º). Excepcionalmente se aplica solamente a los artículos 1 al 9 (1º al 9º).

PRESCRIPCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN
En esta cuestión advierto que en el Anteproyecto (artículo 51) se incorporó el plazo de prescripción de la pena de inhabilitación, en el entendimiento de que se había omitido en el Código Penal vigente y merecía su corrección. Ello es un error, como se explica en lo que sigue.

¿SE PRESCRIBE LA PENA DE INHABILITACIÓN?
Reflexiones sobre un error conceptual y ruptura sistémica del Anteproyecto de Código Penal de 2013.

Una cuestión gramatical

Tanto en el Código Civil como en el Código Penal, en lo que hace a las regulaciones en materia de prescripción, salvo alguna excepción no se expresa que una determinada acción "prescribe" al cumplirse el plazo señalado, sino que la acción "se prescribe" por el plazo indicado.

En el Código Civil que mantiene en esta cuestión la correcta redacción, encontramos que excepto el artículo 3995, las acciones "se prescriben". Así lo vemos en los artículos 3036, 3430, 3482, 3979, 3982 y 3984 al 3999 (La numeración del Código Civil responde al Digesto Jurídico - Ley 26.939).

Lo mismo se advierte en los artículos 62 y 65 del Código Penal, en el cual también las acciones y las penas "se prescriben" aunque como lo veremos luego, hay una redacción incorrecta en el Anteproyecto de Código Penal de 2013.

Entonces, la cuestión gramatical consiste en que existe una razón para decir que cuando se indica un plazo para ejecutar una acción, que es lo que surge del Código Civil y del Penal, la redacción correcta es que la acción "se prescribe" por cierto plazo, siendo incorrecto indicar en la ley, que la acción prescribe al cumplirse el plazo.

¿Qué significa *prescribir*? Problema conceptual

Para referirnos al término "prescripción", previamente debemos acordar sobre su definición en nuestro contexto. Así, la Real Academia expresa en la primera acepción que "prescribir" es preceptuar, ordenar, determinar algo.

Sin dudas que esa definición es correcta, pues al igual que el médico *prescribe* un medicamento o un tratamiento; el legislador también *prescribe* cuando preceptúa, ordena o faculta al fiscal o al juez un determinado tiempo durante el cual se podrá ejercer la acción para investigar en el primer caso (prescripción de la acción); o en el

segundo caso (prescripción de la pena), el tiempo durante el cual se podrá ejercer la acción para ejecutar la sentencia dictada. Esta definición no contempla el caso de la "prescripción" en el sentido de extinción de un plazo, pues el empleo del término en esta última modalidad se debe solamente al uso popular.

De tal modo, podemos decir que *prescribir* significa tanto el proceso en el sentido de lo preceptuado por el legislador señalando el plazo en el cual se puede investigar o ejecutar la sentencia; como también el producto o efecto, que es la extinción de la acción una vez transcurrido el plazo señalado por la ley.

Por ello, si aludimos al momento inicial (determinación legal) decimos que la acción "se prescribe por tantos meses o años", tal como está redactado en los Códigos porque la ley prescribe el tiempo dentro del cual se puede actuar. En cambio, al referirnos al momento final decimos que la acción "prescribe a los tantos meses o años.

En el Código Penal encontramos la prescripción de la acción en el artículo 65, del cual surge que ella "se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación", indicando el tiempo dentro del cual se puede proceder a investigar la posible comisión de un delito, fijando el plazo según se trate de hechos reprimidos con reclusión o prisión, inhabilitación, y multa. Es decir, que la ley faculta al fiscal a investigar pero dentro de los plazos señalados, y sin perjuicio de la suspensión o interrupción del cómputo de dichos plazos, una vez fenecidos dichos plazos, la acción del fiscal que nació a partir de la media noche del día del hecho, queda extinguida y ya no puede iniciar la investigación ni proseguirla.

Pero, se advierte una ausencia en la prescripción de la pena del artículo 65 en el que se señala plazos de prescripción para reclusión, prisión y multa; no expresándose nada respecto a la prescripción de la pena de inhabilitación, lo cual tiene una explicación; que no es la de la imprescriptibilidad de dicha pena, como que tampoco se trata de una omisión del legislador.

¿Qué significa prescripción de la pena?

Lo que se prescribe en el Código no es ni la sentencia ni la pena en sí, sino la acción del Estado para hacerla ejecutar. La pena, como mal, no puede prescribir, porque sólo existe desde el momento que el condenado la sufre. Antes de que ello ocurra, el Estado sólo conserva el derecho de hacerla cumplir y es este derecho y deber del juzgador lo que se extingue por el transcurso del tiempo. Pero puede ocurrir que la pena se haya comenzado a ejecutar y el condenado se sustraiga a ella quebrantándola. El Estado conserva, entonces el derecho de hacer ejecutar la pena en la medida en que no fue cumplida. Vale decir, que la prescripción de la pena supone siempre su inejecución, ya sea porque no ha comenzado a cumplirse o porque el condenado ha quebrantado su ejecución (art. 66, C.P.). Por ello, mientras la pena se ejecuta, no puede hablarse de prescripción.

Cuando el juez penal condenó a encierro o a multa, debe ejecutar su propia condena, es decir, debe hacerla cumplir. Pero, en el caso de la pena de inhabilitación que es una prohibición de hacer, el juez no puede de modo alguno ejecutar (hacer cumplir) esa condena de "no hacer". Es decir que, si el condenado a inhabilitación decide quebrantar esa prohibición, no hay forma de impedirlo. Al condenado a no conducir un automotor por determinado tiempo, aunque se le retire la licencia de conductor y se prohíba que se le otorgue una nueva, puede conducir igualmente, pues la inhabilitación no es a tener licencia sino al acto material de conducir un automotor.

En el derecho civil hay obligaciones de “no hacer” que surgen de un contrato, y su quebrantamiento (imposible de evitar) se resuelve por la vía indemnizatoria o la aplicación de multa civil si hubiera sido prevista. Cuando una resolución judicial impone un “no hacer” y el obligado no la cumple, la parte interesada puede pedir sanciones conminatorias y la indemnización en caso de corresponder. En suma, el quebrantamiento de una prohibición, cuando no se puede reponer el anterior estado de cosas, se resuelve en una suma de dinero.

¿Es posible prescribir plazo para la pena de inhabilitación?

En consecuencia y volviendo al derecho penal, así como la prescripción de la acción es la facultad legal y acotada en el tiempo para que el fiscal lleve a cabo la investigación; la prescripción de la pena es el acto legislativo por el cual se prescribe una acción al juzgador, ya no para investigar, sino para que en un plazo máximo y determinado proceda a hacer cumplir su propia sentencia.

Ello nos muestra que en el caso de la prescripción de la pena (artículo 65 C.P.), es correcto que se omita señalar un plazo de prescripción para la pena de inhabilitación, pues resulta incoherente prescribirle al juez una acción que no tiene, por la imposibilidad ya apuntada de hacer cumplir efectivamente una condena de “no hacer”, ya que: acción que no nace, acción que no se prescribe.

Tal circunstancia ha llevado al legislador a incluir el artículo 281 bis (ley 23.487) que, con una solución semejante a la del derecho civil, resuelve el incumplimiento de una “prohibición de hacer” en un castigo, al elevar esa conducta a la categoría de delito: “Artículo 281 bis. El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años”.

Ruptura sistémica del Anteproyecto.

Como lo adelantáramos, en el denominado Anteproyecto de Código Penal de 2013, como consecuencia del error conceptual y gramatical apuntado, aparece una ruptura sistémica, pues en el artículo 51 (Prescripción de las penas), que es una adaptación del Código Vigente, se agregó la prescripción de la pena de inhabilitación, con el único argumento de que “no se halla prevista”, lo que es una inconsistencia al prescribir una acción que no nace.

Lo peor de ello, es que se ha repetido el artículo 281 bis vigente en el proyectado artículo 281: “Quebrantamiento de inhabilitación. Será penado con prisión de seis meses a tres años, el que quebrantare una pena de inhabilitación judicialmente impuesta por la comisión de un delito”, en el que vemos que la única diferencia es la mayor pena y la aclaración de que debe tratarse quebrantamiento de inhabilitación como pena por la comisión de delito.

La solución correcta

Todavía estamos a tiempo de corregir los errores señalados en el Anteproyecto, simplemente con eliminar el plazo de prescripción de la pena en el artículo 51, conservar el artículo 281, y adecuar el texto de los artículos del Anteproyecto con la siguiente redacción:

Propuesta

Lo anterior me hace concluir que resulta necesario cambiar la redacción del Anteproyecto en el Título V de la Parte General y desdoblando el artículo 49 en tres artículos, con modificaciones para una más clara redacción.

Nota aclaratoria: Lo que en el Anteproyecto figura como artículos 49, 50 y 51 pasan a ser artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54 y 55, como se advierte en el cuadro comparativo que sigue, con negrita lo nuevo:

CUADRO COMPARATIVO

Artículo Anteproyecto	Modificación propuesta
ARTÍCULO 49º **Prescripción de la acción penal** 1. La acción penal prescribirá en el tiempo fijado a continuación: a) Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con prisión, no pudiendo en ningún caso exceder de doce años ni bajar de dos años. b) Un año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación. c) Dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos únicamente con multa. 2. No prescribirán las acciones en los casos en que la prescripción no fuere admisible conforme a la Constitución Nacional o al derecho internacional. 3. La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere permanente o continuado, en que cesó de cometerse. Cuando la persona directamente ofendida fuere un menor de diez y seis años, correrá desde el día en que alcance esta edad.	**ARTÍCULO 49** **Prescripción de la acción penal** 1. La acción penal **se prescribe por** el tiempo fijado a continuación: a) Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con prisión, no pudiendo en ningún caso exceder de doce años ni bajar de dos años. b) Un año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación. c) Dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos únicamente con multa.
El inciso 3 del 49 pasa a ser el artículo 50	**ARTÍCULO 50** **Comienzo del cómputo** **El tiempo de prescripción** de la acción **comenzará** a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere permanente o continuado, en que cesó de cometerse. Cuando la persona directamente ofendida fuere un menor de diez y seis años, correrá desde el día en que alcance esta edad.

El inciso 2 del 49 pasa a ser el artículo 51	**ARTÍCULO 51** **Imprescriptibilidad** **No tendrá efecto el plazo de prescripción de la acción que se haya fijado, en los casos en que conforme a la Constitución Nacional o al derecho internacional el hecho sea imprescriptible**.
ARTÍCULO 50º **Causas de suspensión e interrupción de la prescripción** 1. La prescripción se suspenderá: a) En delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubieren participado, mientras cualquiera de ellos se encontrare desempeñando un cargo público en cuyo ejercicio pudiere impedir o dificultar la investigación. b) En el supuesto previsto en el artículo 45, durante el período de prueba. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción seguirá su curso. 2. La prescripción se interrumpirá solamente por: a) La comisión de otro delito sobre el que hubiere recaído sentencia condenatoria firme. b) El auto del primer llamado a indagatoria, la requisitoria de elevación y la citación a juicio, o los actos procesales de efectos análogos. c) La sentencia condenatoria, aunque no se encontrare firme. d) La oportuna declaración de rebeldía. e) La primera solicitud de extradición. 3. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus intervinientes. 4. La prescripción operará, independientemente de las suspensiones e interrupciones, una vez transcurrido el doble del máximo de la pena señalada para el delito, salvo en el supuesto del apartado a) del inciso 1º. En cualquier caso el plazo de prescripción no superará	**ARTÍCULO 52** **Causas de suspensión e interrupción de la prescripción** 1. **El cómputo del plazo de prescripción** se suspenderá: a) En delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubieren participado, mientras cualquiera de ellos se encontrare desempeñando un cargo público en cuyo ejercicio pudiere impedir o dificultar la investigación. b) En el supuesto previsto en el artículo 45, durante el período de prueba. Terminada la causa de la suspensión, **el cómputo del plazo de prescripción** seguirá su curso. 2. **El plazo de prescripción** se interrumpirá solamente por: a) La comisión de otro delito sobre el que hubiere recaído sentencia condenatoria firme. b) El auto del primer llamado a indagatoria, la requisitoria de elevación y la citación a juicio, o los actos procesales de efectos análogos. c) La sentencia condenatoria, aunque no se encontrare firme. d) La oportuna declaración de rebeldía. e) La primera solicitud de extradición. 3. **El plazo de prescripción** corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus intervinientes. 4. **El plazo de prescripción** operará, independientemente de las suspensiones e interrupciones, una vez transcurrido el doble del máximo de la pena señalada para el delito, salvo en el supuesto del

los veinte años.	apartado a) del inciso 1º. En cualquier caso el plazo de prescripción no superará los veinte años.
ARTÍCULO 51º **Prescripción de las penas** 1. Las penas prescriben en los términos siguientes: a) La de prisión o su reemplazo, junto con la inhabilitación accesoria, en un tiempo igual al de la condena. b) La de multa, a los dos años. c) La de inhabilitación, en un tiempo igual al de la condena. 2. La pena no prescribirá cuando no fuese admisible conforme a la Constitución Nacional o al derecho internacional. 3. La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al condenado o a su defensor la sentencia o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse. 4. La prescripción de la pena se interrumpirá por sentencia condenatoria firme por un nuevo delito.	**ARTÍCULO 53** **Prescripción de las penas** 1. **La acción para ejecutar las penas se prescribe por el tiempo fijado a continuación**: a) La de prisión o su reemplazo, junto con la inhabilitación accesoria, **por un tiempo** igual al de la condena. b) La de multa, **por** dos años. (queda eliminado el inciso 1.c)
El inciso 2 del 51 pasa a ser el artículo 54	**ARTÍCULO 54** **Imprescriptibilidad** **No tendrá efecto el plazo de prescripción para la ejecución de la condena, cuando no fuese admisible conforme a la Constitución Nacional o al derecho internacional**.
Los incisos 3 y 4 del 51 pasan a ser el artículo 55	**ARTÍCULO 55º** **Cómputo e interrupción** **El plazo de la acción para ejecutar la pena comenzará** a correr desde la medianoche del día en que se notificare al condenado o a su defensor la sentencia o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse. **El cómputo de este plazo de prescripción** se interrumpirá por sentencia condenatoria firme por un nuevo delito.

Observaciones al Anteproyecto de Código Penal

María Cristina Barberá de Riso

Parte General

I. PENAS

Está de acuerdo con el dictamen producido por el Señor Profesor Emérito y Consulto y Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba Dr. Jorge de la Rúa, en el sentido de no aceptar, por ahora, las penas sustitutivas de la pena privativa de la libertad que el Proyecto propicia, por carecer, a esta altura, de los mecanismos de control adecuados.

Cabe aclarar que no se está en contra de las penas sustitutivas, sino, de su aplicación no controlada, de tal manera que por esa vía venga a aceptarse un abolicionismo implícito.

II. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

Una regla de interpretación constituye una herramienta para ayudar a darle sentido y alcance a la ley, y a colaborar con la subsunción del hecho a la ley.

Una regla de interpretación "intra legem" tiene la virtud de tener tanta obligatoriedad como la ley misma que es interpretada.

Asimismo una regla de interpretación "intra legem" resulta taxativa, es decir que el intérprete no podrá agregar dentro de ese elenco otras conceptuaciones con carácter de obligatorio.

Una regla interpretativa "intra legem" debe referirse a conceptos que se encuentran en las reglas de la parte general o en los tipos delictivos de la parte especial y leyes especiales, y puede tener como base una interpretación sistemática, es decir, reforzando la noción al referir en el Código Penal una noción que se encuentra definida en la ley Civil, Comercial, del trabajo, etc.

Así las cosas, introducir como reglas de interpretación posiciones ideológicas es equivocar la expresión de las líneas de Política Criminal en las que se asienta el Proyecto Código, que naturalmente deben ser tratadas en la exposición de motivos del mismo.

Además garantías tales como las de legalidad, humanidad y culpabilidad surgen como garantías expresas en las reglas constitucionales y ninguna ley se reputa pleonástica de modo que repetir garantías que se encuentran en el cuerpo Constitucional y los Tratados Internacionales es una opción de mala técnica legislativa.

De otro costado, a un juez que se encuentra en la mayor soledad no le hace falta que se le reitere en el Código lo que está establecido constitucionalmente, pues es una forma de descreer en él, frente a una supuesta menor formación del sistema de leyes. Resulta

claro que ese Juez conoce que siempre prevalecerá la regla constitucional por encima de la legal.

Asimismo, principios implícitos como el de razonabilidad implican la natural confrontación que el intérprete hace entre la pena impuesta a un delito que responde a un determinado bien jurídico con otro que pertenece a otro bien jurídico de menor o mayor valía, comportamiento también éste que sólo descreyendo de la labor judicial debe aceptarse.

Otros principios: derecho penal de acto, exclusión de la peligrosidad como fundamento y medida de la pena, ofensividad, lesividad, entre otros, son hoy un lugar común para cualquier Juez, pues el desarrollo que ha tenido la doctrina ha llegado a todos los foros y además porque, como se ha dicho, entra dentro de los resortes de la ideología de la ley penal y propio de una exposición de motivos que dará bases científicas para una interpretación teleológica.

III. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY

Una cuestión aparentemente menor es el tratamiento que se da al principio de Real o de Defensa.

En ese sentido, el Anteproyecto se refiere a la preservación de bienes jurídicos que se encuentran en el territorio de la Nación argentina.

Por territorio de la Nación argentina no hace falta que nos extendamos porque ya es por todos conocidos su noción y, si hay divergencias, no es ése el punto que preocupa.

Lo que se quiere considerar es que los bienes jurídicos no se encuentran en territorio alguno, sino que los bienes jurídicos se encuentran implícitos dentro del concepto sustancial de delito.

No es una cuestión fáctica, sino jurídica.

Así las cosas, es científicamente inadecuado pensar en un bien jurídico que circule sobre el territorio de la Nación o que se encuentre en el territorio de la Nación.

Pero lo más importante es que, de esta manera, nuevamente no ha quedado aclarado en qué consiste el delito a distancia y el delito cuya afectación a determinado bien jurídico vulnera la soberanía del Estado.

En el delito a distancia, el efecto material de daño o peligro se produce dentro del territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción, y el comportamiento proviene materialmente de un territorio distinto al nuestro.

Al aplicar el Principio Real o de Defensa, lo que se tiene en cuenta es que el comportamiento afecta la soberanía del Estado, aunque el comportamiento se produzca dentro o fuera del territorio de la Nación Argentina.

Esta cuestión sí formaría parte del elenco de reglas de interpretación legislativa “intra legem”.

IV. LA REINCIDENCIA

No concuerda con un código penal no peligrosista el agravamiento por reincidencia. Sin embargo, es una utopía pensar que a un ciudadano que ha cometido ya una infracción y ha conocido la cárcel, no se le tenga en cuenta dicha situación para la individualización de la pena, en su caso, agravándola.

En el estado actual de la cuestión, el hecho de que el ciudadano haya sido condenado y haya conocido la cárcel, se lo tendrá como una mayor demostración de culpabilidad.

Ello exige forzosamente conocer el historial delictivo del imputado, en cuyo caso estaremos en la situación de una mayor exigibilidad de otra conducta y, consecuentemente, como se dijo, de una mayor culpabilidad por el hecho cometido.

Claro que el conocimiento del historial delictivo del imputado no sólo servirá para considerar una mayor culpabilidad en el caso que luego de haber conocido la cárcel vuelva a ser irrespetuoso frente a la ley, sino que permitirá conocer fehacientemente a quién se está juzgando, no sólo a los fines de considerar ese aspecto vinculado con lo dicho.

V. EL CONCURSO IDEAL

Este instituto debe ser definitivamente excluido, porque la doble tipificación que genera un delito se resuelve por la vía de la consunción por la estructura del tipo.

No afecta que al concurso ideal se lo haya trabajado como concurso de delitos, pues se entiende que allí estuvo el error, es un problema propio de los tipos penales que se resuelve por la vía del concurso aparente de leyes.

En verdad la jurisprudencia demuestra que la doble tipificación se produce por la concurrencia de una circunstancia extra típica (que puede constituir, en sí misma un delito) de tal suerte que resulta atraída por un tipo delictivo (como la fuerza del robo al daño).

La circunstancia que ese tipo pueda constituir a la par un delito, es lo que ha generado esta confusión de “concurso ideal de delitos”, cuando en realidad es un problema de un tipo que contiene un concepto que atrae otro tipo, que puede constituir un delito.

Deben quedar excluidas todas las agravantes genéricas, pues la experiencia indica que generan una diáspora de agravamientos de distintos tipos delictivos, imposibles de establecer a priori.

Sólo al tiempo de aplicar la ley se advierte su posible complicación. Esta situación ha generado una crítica de autorizada doctrina en el sentido que puede, en principio dar lugar a la ley incierta.

En realidad, no es así, la aplicación de una agravante genérica, no da lugar a una ley incierta, pero , efectivamente, no es una buena técnica legislativa por exige la composición de un tipo de la parte especial o de la leyes penales especiales o federales, agravado a base de una agravante que se encuentra en la parte general del Código y

puede impactar en delitos respecto de los cuales no es razonable su agravamiento, como ha ocurrido recientemente con la agravante genérica del empleo de arma de fuego.

Parte Especial

No se entrará a considerar alguno de los tipos de la parte especial, ni de leyes penales especiales o federales, en cambio considera que el legislador debe armar una herramienta de análisis para la parte especial que contemple:

1) Evitar la generación de bienes jurídicos nuevos que respondan a una ciencia jurídica seria, es decir generación de bienes jurídicos que atrapan las conductas nuevas y ya están contempladas en otro de ellos adecuadamente.
2) Obviamente viene bien efectuar igual tarea para corregir las viejas alteraciones.
3) Evitar que el Código Penal y las leyes penales especiales y federales contengan contravenciones.
4) Evitar la alternatividad, es decir que tanto quede atrapada la conducta por un tipo delictivo cuanto por otro respondiendo a distintos bienes jurídicos y, más gravemente aún, con distintas penas.
5) Si una conducta es pluriofensiva y no se tratare de un problema de consunción por estructura del tipo, la tarea política legislativa será: ubicar la conducta dentro del título del Código Penal que contenga el bien jurídico prevaleciente y, a la hora de individualizar la pena, se considerará que afecta a otro bien jurídico, salvo que, en definitiva, haya relación de subsidiariedad.

Prisión Preventiva y Sentencia Firme

Luego de ser dictada una sentencia condenatoria por el órgano competente, en el ejercicio de su competencia material, territorial y funcional, no se está de acuerdo que, para su aplicación, se exija la calidad de firme, pues —salvo que otra vez no creamos en los jueces— una sentencia se dicta con fundamento razonable y hace verosímil la imputación efectuada y, consecuentemente, debe ser aplicada.

Que al no estar firme no tendrá la calidad de condena, estoy de acuerdo, y el ciudadano quedará privado de su libertad a título de prisión preventiva, como respuesta a su verosímil culpabilidad.

La otra posición es un abolicionismo temporal implícito irrazonable.

Delitos contra la Humanidad: Genocidio, desaparición forzada de personas y otros crímenes contra la humanidad

Federico Massei

1. Introducción. Algunas aclaraciones

En esta presentación intentaré realizar algunas observaciones sobre la categoría de delitos que se introduce en el Anteproyecto de Código Penal (A.C.P.) bajo el título I "*Delitos contra la humanidad*". Particularmente, aquellos contenidos en el capítulo I: Genocidio, Desaparición forzada de personas y Otros crímenes contra la humanidad.

A modo de breve introducción, quisiera hacer algunas aclaraciones respecto del marco teórico y legal dentro del cual se desarrollará el presente trabajo.

Debe tenerse presente que las propuestas del Anteproyecto que aquí analizaré estarían ubicadas en la Parte Especial del A.C.P. Exceptuando el caso de la desaparición forzada de personas, el resto de los tipos penales aquí introducidos son novedosos, al menos para la doctrina penal local. Esto se debe, en gran medida, a que dichas figuras penales son propias del Derecho Penal Internacional, entendido éste como "*el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales*"[1].

En este punto, cabe destacar una característica propia de los tipos penales aquí analizados: no estamos ante figuras penales "comunes", desarrollados en el ámbito del Derecho Penal nuclear, sino que se trata de tipos penales que, en el contexto del Derecho Penal Internacional, tienen por objeto de persecución la *macrocriminalidad*, enten ésta como "*macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional*"[2].

Esta "macrocriminalidad" constituye un fenómeno distinto al de la criminalidad compleja (crimen organizado, terrorismo, tráfico de armas y/o estupefacientes, trata de personas, todas ellas aun cuando tengan entidad internacional), como así también a los delitos de poder ("*hechos cometidos por los 'poderosos' para la defensa de su posición de poder,*[pero donde] *estos 'poderosos' ni el 'poder' (económico) que defienden son necesariamente idénticos al Estado o al poder Estatal*"[3]. En lo macrocriminalidad **lo relevante y característico de los delitos** que se buscan prevenir y, en su caso, sancionar, **es la intervención activa del Estado,** tanto por su obrar activo y/u omisivo. A modo de síntesis: "*La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de "político". De este modo, se rechaza también* (…) *la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. Macrocriminalidad política significa, por tanto, en sentido restringido, "criminalidad fortalecida por el Estado", "crimen colectivo políticamente condicionado" o —con menor precisión— crímenes de Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental*"[4]. Sin embargo, el concepto de macro criminalidad también abarca a

[1] AMBOS, Kai; *La parte general del Derecho Penal Internacional*; editorial Fundación KONRAD-ADENAUER, Traducción de Ezequiel Malarino, Oficina Uruguay; Montevideo, 2005, p.34.
[2] *Ídem,* p. 44.
[3] *Ídem,* p. 45.
[4] *Ídem,* p. 45.

actores no estatales que por su entidad, su efectiva presencia y control fáctico sobre un territorio determinado, **reemplacen al propio Estado**.

2. Antecedentes

2.1 Fuentes del Derecho Penal Internacional

En la exposición de motivos del Anteproyecto, la Comisión redactora cita diversas fuentes normativas respecto de los delitos incluidos bajo el título "delitos contra la humanidad". Estas fuentes, particularmente del Derecho Penal Internacional, contienen algunos de los tipos penales introducidos en el A.C.P.

En efecto, tanto la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio como el Estatuto de la Corte Penal Internacional –Estatuto de Roma- son dos de los antecedentes citados que efectivamente prevén el delito de genocidio. Asimismo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional también establece los delitos contra la humanidad, otra de las figuras penales introducidas. Dicha normativa *supra* nacional ha tenido diversa recepción en los ordenamientos jurídicos internos de cada país; previo a ingresar al análisis de las propuestas de reformas específicas, propongo realizar un breve repaso a estos antecedentes.

La **Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio** fue adoptada en diciembre de 1948, entrando en vigor en enero de 1951, y fue ratificada por Argentina el 25 de abril de 1956.

Esta convención prevé, en su artículo I, que el **genocidio,** ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que las partes firmantes se comprometen a prevenir y a sancionar. En su artículo II, se define el delito de genocidio como "*cualquiera de los actos mencionados a continuación,* ***perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso****, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*".

El **Estatuto de la Corte Penal Internacional (**E.C.P.I.) fue adoptado el 17 de julio de 1998 en la ciudad de Roma, Italia (de allí también que es conocido como Estatuto de Roma). Este tratado establece la creación de la Corte Penal Internacional y su ámbito de competencia. En particular, establece aquellos delitos sobre los cuales la Corte tendrá jurisdicción, entre los que se encuentra el delito de genocidio, previsto en su artículo 6º. Aquí se reproduce exactamente el artículo II de la Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Además de estas referencias, la comisión redactora también menciona los estatutos para los Tribunales Penales para la Ex Yugoeslavia y Ruanda. Ambos estatutos reproducen de igual manera la redacción del artículo II de la Convención de 1948.

Respecto del delito de **desaparición forzada de personas,** la situación es diferente. Ello así, ya que este delito actualmente se encuentra previsto en el artículo 142 ter de nuestro Código Penal, aunque con una redacción distinta a la propuesta en el anteproyecto. Los miembros de la Comisión redactora hacen referencia a esta modificación, remitiéndose en ello específicamente a la fórmula propuesta por la **Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas** de la

O.E.A. (Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994). Allí se establece, en su artículo II, que se entenderá por desaparición forzada a la "*privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*".

En este punto cabe destacar que el E.C.P.I. también establece en su articulado a la desaparición forzada de personas, pero como una modalidad particular de los delitos contra la humanidad (artículo 7). Más adelante realizaré algunas precisiones al respecto.

Por su parte, en relación a **otros crímenes contra la humanidad**, la Comisión redactora reconoce como antecedente el artículo 7º del E.C.P.I. Sin perjuicio de algunas particularidades a las que haré referencia más adelante, dicho artículo cuenta con tres incisos; en el primero de ellos se hace referencia específicamente a qué se entiende por crimen de **lesa humanidad**: "*A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*"**.**

2.2 Recepción en el ordenamiento interno

Esta breve reseña sobre algunas de las fuentes citadas por el Anteproyecto creo es necesaria a fin de analizar cómo estos diversos tratados y convenciones internacionales han sido receptadas por nuestro ordenamiento interno.

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio establece, en su artículo V, que las Partes contratantes se comprometen a adoptar medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la Convención y a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio.

El Estatuto de Roma, por su parte, no contiene referencias expresas al modo en que los países firmantes deban recibir o implementar -dentro de su ordenamiento interno- las figuras penales allí descriptas. Si bien existen algunos dispositivos formales aislados, los más relevantes atienden a un criterio fáctico.

Principalmente, la obligación de cooperación de los estados partes (existencia de mecanismos al menos procesales que permitan dar cumplimiento al Estatuto), y el

principio de complementariedad. Este último principio importa que los estados parte deben tener la voluntad y la capacidad de perseguir la comisión de los delitos previstos por el Estatuto cuando se cometan en su territorio. La voluntad es un "presupuesto" de política criminal, mientras que la capacidad está referida a que el estado cuente con los mecanismos legales necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Estatuto. Ello, bajo la posibilidad de que la Corte Penal Internacional asuma jurisdicción sobre el caso[5].

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece en su artículo 4 que cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal.

Como puede observarse, tanto la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establecen disposiciones relativas a su implementación en los ordenamientos internos, algunas más específicas que otras.

La situación es más difusa en el caso del E.C.P.I. Por ello, a nivel de derecho comparado, existen diferentes formas de implementar dicho estatuto en los ordenamientos jurídicos de cada país, pero que según estemos ante un sistema del *common law* o bien del sistema continental, dichas formas de implementación serán diferentes. Conforme lo reseña Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO, "[*e*]*n general, el sistema continental o de civil law —al cual pertenecen también la gran mayoría de los Estados de América Latina— no permite una aplicación directa de normas (penales) internacionales o una transformación de estas normas a través de una referencia al instrumento internacional por las exigencias de los principios nullum crimen sine lege (certa) y nulla poena sine lege*"[6].

Así, las opciones para los sistemas legales "continentales" -entre el que se encuentra Argentina- quedan reducidas o bien a su incorporación en la parte especial del Código Penal, o bien al ordenamiento interno a través de una ley especial. Este último caso es el adoptado por Alemania, con la excepción del delito de genocidio, el cual se encuentra receptado en el § 220 a I nro. 1-5 del StGB.

Argentina ha suscripto y ratificado todos los tratados hasta aquí reseñado. En efecto, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio ha adquirido rango constitucional al ser incorporadas al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución.

Asimismo, mediante la Ley 26.200 (5 de enero de 2007) se implementó en nuestro país el Estatuto de Roma. Allí se refiere, en su artículo 2º, que las conductas descriptas en los artículos 6º, 7º, 8º (aquí se encuentran incluidos los delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad –entre ellos, la desaparición forzada de personas-, y los crímenes de guerra) y 70° del E.C.P.I., y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que la ley 26.200 prevé.

---

[5] Conf. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; *et al*; *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*; editorial Fundación KONRAD-ADENAUER, Oficina Uruguay; Montevideo, 2003, p. 24.

[6] *Ídem,* p. 26.

Finalmente, y como reseñé en su oportunidad, la recepción del delito de desaparición forzada de personas llegó hasta su introducción en el Código Penal como un delito autónomo, previsto por el artículo 142 ter.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, la persecución y sanción de los delitos de lesa humanidad en nuestro país que fueron cometidos en el período 1976-1983 se realiza acudiendo a la aplicación de los tipos penales "nucleares" propios del ordenamiento interno, vigentes al momento de la comisión de los hechos investigados: homicidio calificado, privación ilegítima de la libertad agravada, aplicación de vejámenes y tormentos, violación. Ello, atento a la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (fallo "Arancibia Clavel" CSJN), luego la nulidad de las llamadas leyes de "obediencia debida" y "punto final" (ley 25.779), y luego la posterior declaración de inconstitucionalidad de estas leyes (fallo "Simón" CSJN) como así también en juego con la interpretación realizada del artículo 118 de la Constitución Nacional en relación a los pactos internacionales existentes suscriptos por Argentina y vigentes al momento de los hechos.

En este punto, soy consciente de la extensa discusión existente sobre la posibilidad o no de aplicar estas figuras penales a esos hechos cometidos, como así también los problemas generados respecto de la vigencia de la acción. No pretendo ingresar en este punto a exponer los fundamentos a favor y en contra, porque claramente excede el objeto de esta presentación. Pero si considero que esta discusión doctrinaria debe tenerse presente al momento de evaluar la pertinencia, la necesidad y la utilidad de las reformas propuestas a la parte especial por el A. C.P.

3. Análisis de las propuestas de reforma

Corresponde ingresar al análisis de las propuestas del Anteproyecto, contenidas en el Título I Capítulo I de la Parte Especial.

3.1 Genocidio

El artículo 64º A.C.P. prevé la incorporación del delito de genocidio: *se impondrá prisión de VEINTE (20) a TREINTA (30) años, al que con la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio, perpetrare alguno de los siguientes hechos: a) Matanza de miembros del grupo. b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. d) Adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por la fuerza de individuos del grupo a otro grupo.*

De una lectura de este artículo, surge que el tipo objetivo del delito de genocidio consistiría en la realización de alguna o algunas de las conductas enumeradas en el artículo, dirigidas contra *un grupo de personas identificado con criterios discriminatorios*. Así, lo fundamental es el "direccionamiento" de las conductas descriptas **en contra de un grupo de personas determinada**; esta determinación debe ser realizada con un **criterio discriminatorio**.

El tipo subjetivo presenta una estructura más compleja. En efecto, tomando la definición mayoritaria en cuanto a que el tipo subjetivo se define como conocimiento e intención de realizar los elementos del tipo objetivo, en este caso sería dirigir alguna de las conductas enumeradas con conocimiento (y voluntad de hacerlo) contra un grupo de

personas identificado con criterio discriminatorio. Así, "*el sujeto activo debe saber que sus acciones se dirigen contra uno de los grupos protegidos*"[7].

Por otro lado, en este tipo penal se distingue un elemento subjetivo[8] distinto del dolo: *la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo de personas*. Este elemento "*constituye un requisito subjetivo adicional, que complementa a la intención general y va más allá de los elementos objetivos dela definición del delito*" (*ídem*, p. 48).

Claramente, estamos ante un delito que sólo podría cometerse a título doloso, el cual admitiría tentativa.

Realizada esta primera aproximación a la estructura objetiva/subjetiva del tipo penal, corresponde formular algunas precisiones. Respecto al tipo objetivo, debe tenerse presente que, si bien el Anteproyecto no hace referencia, el E.C.P.I. prevé, en su artículo 9, los llamados **elementos de los crímenes**. Estos son, según el propio estatuto, elementos que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), los cuales serán compatibles con el resto de sus disposiciones. Los elementos de los crímenes fueron aprobados por la Asamblea de Estados Partes en elEstatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el año 2002.

Estos elementos son una herramienta que considero se debe tener presente a la hora de definir el tipo objetivo. Sólo a modo de ejemplo, respecto de la primera "acción típica", matanza de miembros del grupo, se interpreta a través de estos elementos que: *1. que el autor haya dado muerte a una o más personas; 2. que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado; 3. que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; 4. que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.*

Entiendo que estos elementos pueden ser guías a tener en cuenta para solucionar problemas de interpretación. Así, surge como ejemplo burdo pero tal vez ilustrativo, el caso de una persona de creencias y convicciones racistas que tiene un grupo de amigos también racistas, con quienes comparte la idea de superioridad racial de la raza A y la necesidad de eliminar por completo a toda la población mundial de la raza B comenzando por los que viven en el pueblo Z, lugar donde todos los amigos residen. En

---

[7] AMBOS, Kai; *¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?*, en Revista Penal; editorial Tirant Lo Blanch, ISSN 1138-9168, Nº 26, 2010, p. 47

[8] Resulta interesante respecto al análisis de los elementos subjetivos distintos del dolo lo expuesto por Claus ROXIN "*…sería equivocado clasificar in abstracto un determinado elemento, como puede ser el "ánimo de enriquecimiento" como elemento del injusto o de la culpabilidad. Por el contrario, ello sólo se puede decidir específicamente para cada tipo, de tal manera que dicho criterio en el § 263 es un elemento subjetivo del tipo, ya que en el mismo caracteriza el tipo delictivo, mientras que en el § 211 (en la forma aumentada de codicia, o sea del deseo de ganancia a cualquier precio) es "un mero momento de la culpabilidad. Del mismo modo, el "propósito de destruir un grupo nacional, racial, religioso o étnico" del § 220 a (genocidio) es un elemento subjetivo del tipo, porque se refiere al bien jurídico protegido y es constitutivo para el tipo delictivo, mientras que el mismo propósito, incluido como "móvil abyecto" en el marco del § 211, sólo es un elemento que aumenta la culpabilidad"* (ROXIN, Claus; Derecho Penal. Parte General. Tomo I; editorial Civitas, Madrid, 1977, trad. de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal**;** p. 313, parágrafo 74, con cita a Jakobs.)

ese convencimiento y con esa finalidad, deciden asesinar a cien jóvenes de raza B del pueblo Z, quienes representaban el noventa por ciento de la población de raza B de ese lugar. En este caso, ¿podríamos decir que estamos ante cien homicidios agravados, ante un genocidio, o al menos, ante una tentativa de este delito? Los elementos de los crímenes pueden ser un factor decisivo a la hora de determinar las respuestas a estas preguntas.

Por otra parte, si bien tampoco surge de la exposición de motivos, el delito de genocidio puede cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra; ello, conforme surge del artículo I de la Convención de 1948.

Uno de los elementos que llaman la atención es la fórmula adoptada por la Comisión, ya que modifica la redacción utilizada tanto en la Convención como en el Estatuto. En efecto, introduce la expresión *identificado con criterio discriminatorio*, al referirse a la finalidad de eliminar total o parcialmente un grupo de personas. Dicha expresión no es la utilizada por las fuentes internacionales, las cuales especifican que estemos ante un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Se omite, por ejemplo, la referencia a motivos políticos o de género, por hacer mención a otras "razones" o "motivos".

Esta diferencia de redacción es justificada como un criterio amplio, el cuál ha sido adoptado por otros Códigos, y que en ningún sentido es violatoria del derecho internacional ya que no *estrecha* el ámbito típico sino que lo amplía.

Los fundamentos remiten al artículo 63 inciso 4º apartado *u*) del Anteproyecto, en donde se define "discriminación" y "discriminatorio" como toda distinción, exclusión,restricción o cualquier otra *conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante*. Con esta remisión parecería que, en principio, se encuentra salvada la posible crítica frente al requisito del mandato de determinación.

3.2 Desaparición forzada de personas

El artículo 65 del A.C.P. prevé el delito de ***Desaparición forzada de personas:***

1. Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años, al que con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuere seguido de la falta de suministro de información por quien tuviere o pudiere tener acceso a ella, o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

2. El máximo de la pena será de TREINTA (30) años si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, un menor, una persona mayor de setenta años o una persona discapacitada. La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

3. La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberaren a la víctima o proporcionaren información que permitiere su aparición con vida.

4. El funcionario público que, teniendo posibilidad y competencia para evitar la comisión del hecho, no lo hiciere, será reprimido con la pena disminuida en un tercio del mínimo y del máximo.

Siguiendo la metodología utilizada al analizar el delito de genocidio, trataré en primer lugar de identificar la estructura objetivo/subjetiva del tipo penal, para luego realizar algunas consideraciones. Quiero remarcar en este punto que, dado que estamos ante un delito que se encuentra previsto actualmente en nuestro ordenamiento penal, por razones de brevedad realizaré un análisis sólo sobre la fórmula propuesta por el Anteproyecto (un análisis comparativo de ambos tipos penales podría demandar un trabajo aparte).

En primer lugar, puede identificarse como tipo objetivo del delito previsto en el inciso 1°, el privar de la libertad a una o más personas, con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguido de la negativa de brindar información por parte de quien tuviera o pudiera tener acceso a dicha información, o bien de reconocer esa privación o informar sobre el paradero de la víctima. Estamos ante un tipo penal complejo, pues objetivamente requiere dos acciones típicas: primero la privación de la libertad, y luego de la privación, la negativa de brindar información o reconocer dicha privación.

Se trata de un delito que requiere un tipo especial propio; es decir, sólo podrá realizarlo aquella o aquellas personas que tuvieran *autorización, apoyo o aquiescencia del Estado*. Ahora bien, dado que el tipo penal también requiere la negativa de brindar información por parte de quien tuviera o pudiere tenerla, o bien reconocer la privación de la libertad, surge el siguiente interrogante: ¿quién es el que debe negarse a brindar la información? ¿Se trata del/los mismo que realizó/aron la privación ilegítima de la libertad, o bien un tercero que tuviera o pudiera tener la información? En principio, parecería ser que estamos ante dos autores que pueden o no ser los mismos.

El tipo subjetivo, *a priori*, genera mayores inconvenientes. Ello, toda vez que dependerá si estamos ante un autor o más de un autor, entendiéndose esto como uno de ellos que realiza la privación de la libertad, y el otro que niega la información.

En principio, el tipo subjetivo podría identificarse como el conocimiento e intención por parte del autor de que está privando de la libertad a una o más personas, -con el conocimiento de que cuenta con aquiescencia o autorización del Estado-, como **asimismo** el conocimiento de la posterior negativa a brindar información de parte de la persona que tenga o pudiera tenerla. Por otra parte, en el caso de quien tiene la información y se niega a brindarla, el tipo subjetivo requerirá el conocimiento que la persona ha sido previamente privada de la libertad por personas que contaban con autorización o apoyo del Estado.

El delito se agrava si la víctima muere, si se encuentra embarazada, si es un menor, un anciano o un discapacitado, o bien cuando la víctima naciera durante el cautiverio de la madre.

Por otra parte, la escala penal se reduce cuando un autor o partícipe del delito liberen a la víctima o bien aporten información que permita su aparición con vida.

Finalmente, el artículo establece en su inciso 4º lo que podría considerarse un tipo penal autónomo, el cual sólo podría ser cometido por un funcionario público que, teniendo posibilidad y competencia para evitar la comisión del hecho, no lo hiciere. Estamos aquí ante un delito netamente de infracción de deber, el cual sólo es posible de cometer antes de que se consume el delito del inciso 1º. En este punto surge la siguiente interrogante: en el caso de que el autor efectivamente teniendo posibilidad y competencia para evitar el hecho no lo hiciere, ¿puede también ser pasible del delito del inciso 1º, por no brindar la información a la que tuvo acceso? O bien, si siendo autor del

delito previsto en el inciso 4º y luego brindara la información que permitiere la aparición con vida de la víctima, ¿se le aplicaría la escala penal reducida del inciso 3º?

Como se advertirá, este artículo 65 del Anteproyecto presenta demasiadas aristas, las cuales requieren en principio ser clarificadas.

Ya realicé algunas consideraciones respecto a que el artículo propuesto por el Anteproyecto modifica parcialmente la actual redacción del 142 ter de nuestro Código Penal, siguiéndose la fórmula prevista por la Convención de la O.E.A. que se reseñara *supra*. La exposición de motivos no es por lo demás explícita respecto de esta modificación, a las cuales considera *de mejor técnica legislativa.*

Se presenta una particularidad en el tipo previsto por el Anteproyecto, y es su "migración" al capítulo delitos contra la humanidad, cuando el actual artículo 142 ter se encuentra en el capítulo delitos contra la libertad. Si bien los fundamentos expuestos por la Comisión parecen atendibles –la incorporación de delitos contra la humanidad importa incluir la desaparición forzada dentro de esos delitos-, lo que sí podría generar algunas dudas es el porqué de su tratamiento como tipo penal autónomo, cuando la desaparición forzada de personas se encuentra expresamente prevista como un delito contra la humanidad en el artículo 7º inciso i) del E.C.P.I., el cual es receptado casi íntegramente en el artículo 66 del Anteproyecto. De este punto surgen al menos dos observaciones: 1) en primer lugar, las consideraciones referidas al bien jurídico protegido, de lo que me referiré brevemente más adelante; 2) la falta de referencia concreta al **contexto** en donde este delito autónomo puede darse.

En efecto, no surge de la redacción proyectada que deba tratarse de un hecho que se de en el marco de un ataque sistemático y/o generalizado a una población civil, (como se verá al analizar el artículo 66), por lo que existe la posibilidad de estar ante un hecho de desaparición forzada en cualquier contexto[9]. La única explicación plausible de la autonomía de este tipo penal radica en su **relevancia y trascendencia histórica y social en Argentina**, fundamento loable pero que tal vez no sea de la mejor técnica legislativa.

3.3 Otros delitos contra la humanidad

Finalmente, en el artículo 66 prevé **Otros delitos contra la humanidad**: *será penado con prisión de VEINTE (20) a TREINTA (30) años el que perpetrare un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, cometiendo cualquiera de los actos siguientes:a) Homicidio.b) Exterminio.c) Esclavitud.d) Deportación o traslado forzoso de población.e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.f) Tortura.g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos o por razones discriminatorias.i) Supresión, total o parcial, de la identidad o el estado civil.*

Aquí se recepta casi en su totalidad el artículo 7º del ECPI. Sólo se omiten, como formas comisivas, la desaparición forzada de personas, el *apartheid* y el previsto por el inciso k), a cuya lectura me remito. Por los motivos allí expuestos, parece atinada la exclusión tanto del delito de apartheid como el de otros actos inhumanos previstos por el inciso k). En el caso del apartheid, porque la conducta en cuestión ya se

[9] En este sentido, creo que son interesantes los fundamentos expuestos por la C.S.J.N. en "Derecho, René Jesús", resolución que motivara un planteo ante la C.I.D.H.

encontraría incluida en el tipo comisivo de persecución incluido en el inciso h). En el caso de los otros actos inhumanos, es acertada la observación de la vaguedad del tipo. En cambio, sigue resultando complejo entender por qué se tipificó la desaparición forzada de personas como delito autónomo, amén del fundamento histórico y social propio de nuestro país.

El tipo objetivo consiste en la perpetración de un **ataque generalizado o sistemático contra una población civil,** cometiendo alguno de los actos comisivos previstos en el artículo. Como advertí precedentemente, el elemento objetivo relevante en este tipo penal es la noción de **ataque generalizado o sistemático contra una población civil**, elemento de contexto propio de este tipo penal. Adviértase el uso disyuntivo. Nuevamente, los **elementos de los crímenes aportan elementos importantes de interpretación** para este tipo penal. Ello, si se tiene en cuenta que no se encuentra dentro de las definiciones del artículo 63. Una noción sobre los elementos de contexto la brinda Kai AMBOS "*Mientras que el término "generalizado" implica, en un sentido más bien cuantitativo, que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas, "sistemático" tiene un significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica*"[10].

El tipo subjetivo requiere que el autor realice alguno de los actos enumerados, con conocimiento e intención de realizar dicho acto como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La realización sin conocimiento o bien sin la intención del autor de cometer alguno de los hechos en el marco de un ataque sistemático o generalizado, excluye el tipo subjetivo.

Un caso para analizar en relación a los elementos de contexto es el previsto en el inciso f, tortura, y el delito previsto en el artículo 88 del Anteproyecto, también tortura. La diferencia entre ambos radica, básicamente, en el elemento de contexto del artículo 66. En efecto, aquí cualquier persona puede ser autor –incluso un funcionario público-, siempre que actúe con conocimiento de que su actuar forma parte del ataque sistemático o generalizado. En el caso del artículo 88, sólo puede ser autor un funcionario público y el delito se realiza desprovisto de todo contexto.

Uno de los supuestos previstos por el artículo 66 es la persecución de un grupo o colectividad por razones discriminatorias (inciso h). Aquí se puede realizar la distinción respecto del delito de genocidio, si se tiene en cuenta el elemento subjetivo distinto del dolo propio de aquel delito (la intención de destruir total o parcialmente), elemento que no está presente en los otros delitos contra la humanidad.

3.4 Cuestiones comunes

Para concluir esta presentación, quiero hacer algunas referencias concretas comunes a los tipos penales analizados.

En primer lugar, la escala penal: el delito de genocidio y el de crímenes contra la humanidad se encuentran conminados con una escala penal que oscila de veinte (20) a treinta (30) años de prisión. En el caso del delito de desaparición forzada, la escala es de quince (15) a veinticinco (25) años, salvo en su forma agravada que el máximo es de treinta (30) años de prisión.

---

[10] AMBOS, Kai; *Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional*; Revista General de Derecho Penal, edición Iustel, ISSN 1698-1189, Nº 17, 2012, p.8)

Tanto en el delito de genocidio como de crímenes contra la humanidad, estamos ante los delitos de mayor gravedad que pueden encontrarse en el Anteproyecto. En principio, estaría justificada la amenaza penal con la pena más grave de todo el catálogo de sanciones. Ya es distinta la cuestión cuando estamos ante un delito de desaparición forzada de personas. Si bien nos encontramos ante otro hecho de suma gravedad, dicho delito *a priori* no tiene el mismo nivel de injusto que el delito de genocidio y/o otros crímenes contra la humanidad, y ambos delitos tienen un rango medio de penas en común (de veinte a veinticinco años de prisión). Esta posible desproporción entre un delito y el otro podría generar posibles planteos de inconstitucionalidad.

Más patente es el caso de desproporcionalidad cuando se compara el delito de genocidio o el delito contra la humanidad con el delito de homicidio agravado. Este último prevé una pena mínima de quince (15) años de prisión y una pena máxima de treinta (30) años. En este caso la diferencia entre el nivel de injusto de uno y otro delito parece más clara aún, y aun así están conminados con penas máximas iguales. Esto posiblemente deberá ser revisado.

En segundo lugar, queda analizar la cuestión del bien jurídico protegido, cuestión hoy bastante discutida. Intencionalmente omití su análisis, consciente de que hacerlo llevaría posiblemente un trabajo de mayor extensión que el presente. Sólo a modo de síntesis, parece claro que estamos en todos los casos analizados ante delitos "pluriofensivos", sin que pueda establecerse una jerarquización de manera inequívoca.

Finalmente, no quería dejar de referir que atento a lo previsto por el artículo 2 inciso d) del Anteproyecto, estamos ante supuestos en los que se admitiría la aplicación del Código Penal respecto de delitos cometidos en el extranjero, en virtud del principio de universalidad, con la consecuente posibilidad del Estado argentino de intervenir en su investigación y juzgamiento.

Asimismo, y por imperio del artículo 49 inciso 2) del Anteproyecto, estaríamos ante delitos que son imprescriptibles.

4. Conclusiones. Propuestas.

A modo de conclusión, parece indudable la necesidad de incluir en el cuerpo del Código Penal los tipos penales aquí tratados. Ello no sólo por razones históricas y por compromisos internacionales, sino también porque favorece a una mejor técnica legislativa: los delitos más graves de todo el ordenamiento son los primeros en figurar en la parte especial del Código Penal, permitiendo a su vez una mejor interpretación del resto de los tipos penales.

Sin perjuicio de lo antedicho, considero que podrían ajustarse algunos puntos en la redacción de los tipos penales, principalmente en la desaparición forzada de personas, la cual presenta *a priori* una estructura compleja.

Algunas propuestas que se plantean desde este pequeño trabajo:

-la incorporación, o bien la referencia, a los elementos de los crímenes previstos por el ECPI, al menos en los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad;

-la incorporación en el delito de desaparición forzada de una mención al contexto en donde debe producirse el delito;

-la reformulación de algunos puntos no claros en el tipo de desaparición forzada de personas, principalmente de los requisitos típicos para considerar a una persona autor;

-la revisión de los montos de las penas propuestas, en atención a la gravedad de los hechos.

Bibliografía

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; *et al*; *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*; editorial Fundación KONRAD-ADENAUER, Oficina Uruguay; Montevideo, 2003.

AMBOS, Kai; *La parte general del Derecho Penal Internacional* (traducción de E. Malarino); editorial Fundación KONRAD-ADENAUER, Oficina Uruguay; Montevideo, 2005.

AMBOS, Kai; *¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?*, en Revista Penal; editorial Tirant Lo Blanch, ISSN 1138-9168, Nº 26, 2010, págs. 46-64 (publicado en la página web personal del autor de la Georg-August-Universität Göttingen http://www.department-ambos.uni-goettingen.de)

AMBOS, Kai; *Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional*; Revista General de Derecho Penal, edición Iustel, ISSN 1698-1189, Nº 17, 2012 (publicado en la página web personal del autor de la Georg-August-UniversitätGöttingen http://www.department-ambos.uni-goettingen.de)

Anteproyecto y algunos delitos vinculados con las Convenciones CEDAW, Belem do Pará y Convención del Niño

Aída Tarditti

1. Introducción

Si bien toda víctima cuenta con un conjunto de derechos fundamentales, se optará por privilegiar la referencia a los niños y niñas y las mujeres víctimas de violencia, por cuanto se encuentran incluidas en los colectivos que tienen una *particular* protección en la Constitución de la Nación a partir de la reforma de 1994 respecto del pleno goce de los derechos humanos inclusive a través de leyes y medidas de acción positiva (CN, 75, 23º), y no hay duda que la victimización por violencia configura una modalidad particularmente lesiva de sus derechos fundamentales.

La discriminación en contra de la mujer, materia específica de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, fue ratificada por nuestro país a través de la ley nº 23.179 de 1985. Los estados se obligan a adoptar las medidas adecuadas que prohíban toda discriminación contra la mujer, incluidas las legislativas "con las sanciones correspondientes" (art. 2, b), como también a derogar "todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la Mujer" (art. 2, g).

A través de la Recomendación General Nº 19 (11º período de sesiones, 1992)[1], el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, explicitó que el art. 1 que define la discriminación contra la mujer, "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", incluye "actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad", que pueden contravenir las disposiciones convencionales "sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia". Subrayó que la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre, pues en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, "los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas". Entre las Recomendaciones concretas, se incluyó la atinente a que los Estados Partes "velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad".

El nexo entre discriminación y violencia como derechos humanos de las mujeres aparece claramente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará, 9 de junio de 1994), el instrumento más ratificado del sistema interamericano (nuestro país en 1996 depositó la ratificación, y sancionó la ley 24.632 de 1996). Así, en el Preámbulo se afirma que la

[1] Puede consultarse su texto en el sitio www.nacionesunidas.org

violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de esos derechos y libertades. Por ello el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público (art. 3), también incluye "el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación" (art. 6, a). Los estados se obligan a "incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso" (art. 7, c).

El documento *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas* (Doc. 68, 20 enero 2007) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), expresa muy claramente que el derecho "a vivir libres de violencia y discriminación ha sido consagrado como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional", implica el reconocimiento que el trato discriminatorio que las mujeres han recibido ha dado como resultado que "estén expuestas a diferentes formas de violencia" y refleja el consenso que la violencia "constituye un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación"[2].

En relación al *niño*, la Convención del Niño estatuye que los Estados que la suscriban adoptarán las medidas integrales (legislativas, administrativas, sociales, educativas) para proteger al niño contra toda forma de malos tratos o explotación "incluido el abuso sexual" aún cuando esté bajo custodia de padres, representantes legales o persona que lo tenga a su cargo (19, 1). Especialmente se remarca que los Estados deben comprometerse "a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales", adoptando las medidas nacionales, bilaterales o multilaterales para impedir la incitación o coacción "para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal", la explotación del niño "en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales", la explotación en "espectáculos o materiales pornográficos" (34).

Bajo este marco, se analizarán la comparación entre el Código y leyes complementarias con las previsiones del Anteproyecto en los delitos que configuran manifestaciones del fenómeno de violencia entre los delitos contra las personas, la libertad y la integridad y libertad sexual, más preferentemente en relación con el tratamiento de los vínculos que agravan la pena.

2. La legislación penal contra la discriminación

a) Sistema actual

La *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, que nuestro país ratificó durante el facto posterior a la revolución de 1955 (decreto-ley 6286/56) y en la restauración democrática por ley nº 14.467, influyó en el Proyecto de 1960 (Soler) que incluyó como agravante del homicidio el motivo por "odio racial o religioso" (art. 80,

[2] *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas,* Resumen Ejecutivo, nº 3, www.cidh.org

4º)[3]. Esa fuente es la que tomó una ley de facto para la reforma, que luego de las sucesivas derogaciones en períodos *de jure*, fue incluida por la ley nº 23.077 del gobierno democrático de 1983.

La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, que nuestro país la ratificó mediante ley nº 17.722, influyó en la ley nº 23.592 que incriminó conductas discriminatorias por raza, religión, origen étnico, color, ampliando la protección respecto de motivos discriminatorios (persecución u odio por ideas políticas), (art. 3)[4]. Incluyó como agravante genérica de cualquier delito contemplado en la legislación penal vigente cuando sea cometido "por persecución u odio" (raza, religión, nacionalidad) o con el objeto de destruir a grupos con esa connotación (art. 2)[5]. No incluyó la discriminación por *género* conforme a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), por lo cual se aprecia que en esa ley se configuró, paradójicamente, una desigualdad de trato.

Esta situación fue modificada por la reforma al Código Penal por la ley nº 26.791[6], que incluyó entre los homicidios calificados, punidos con pena privativa de la libertad perpetua, el cometido por odio "de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión"[7]. Asimismo, separadamente, agravó el homicidio en contra de una mujer "cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género"[8]. Ambas agravantes se expandieron a las lesiones leves, graves y gravísimas[9]. No se extendió, en cambio, hacia otras manifestaciones de violencia (libertad, integridad sexual).

En la actualidad existen ciertas dificultades acerca de las diferencias conceptuales entre femicidio y feminicidio, en tanto ambas modalidades connotan la muerte de mujeres, pero puede convenirse en que el *feminicidio* tendría una proximidad con la dimensión genocida porque se dirige a la categoría más que a la mujer individual y a la criminalidad por odio para reafirmar la capacidad de control lo cual lo acerca a los mensajes mafiosos[10].

---

[3] V. Proyecto de 1960, art. 111, 4º, acerca de cuya fuente se alude a la Convención sobre genocidio, ZAFFARONI-ARNEDO, Digesto de Codificación Penal Argentina, T. 6, p. 437, 438, A-Z edit., 1996, Buenos Aires.

[4] El art. 3, ley nº 23.592, pune a "los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de terminada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma", estatuyendo igual penalidad para quienes "por cualquier medio" alienten o inciten "a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas".

[5] El art. 2 eleva "en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal" pero con un tope en el máximo legal de la especie de pena que se trate.

[6] B.O. 14/12/12

[7] Art. 80, 4º.

[8] Art. 80, 11º.

[9] Art. 91.

[10] En tal sentido, v. Rebullida Carrique, Inés María, "Análisis del fenómeno de femicidio y feminicidio desde la perspectiva de los Derechos Humanos de las Mujeres", p. 129, 131, 132, publicado en Víctimas de Traumas Masivos, Serie Victimología, nº 11, bajo la dirección de Hilda Marchiori, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2011. No obstante señala la autora que "los conceptos femicidio y feminicidio no son excluyentes, por el contrario, son parte integral de un mismo fenómeno que encuentra su fundamento último en las

La Corte Interamericana de Derechos Humanos empleó la expresión "homicidio de mujer por razones de género", como expresión equivalente al feminicidio en el caso de las víctimas de Ciudad de Juárez [11].

b) Anteproyecto

El Anteproyecto, ha optado por sistematizar los delitos contra la humanidad, reuniéndolos en el Título I, en directriz que se comparte[12].

Ha mantenido, entre los delitos contra las personas, el homicidio calificado, punido con pena de prisión de 15 a 30 años, al que matare "*por razones discriminatorias*"[13], que se extiende a las lesiones leves, graves y gravísimas[14]. La interpretación acerca del significado de discriminación/discriminatorio, ha sido objeto de una inclusión expresa como modalidad de interpretación auténtica, según la cual en lo que aquí interesa comprende "toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en… género, orientación e identidad sexual"[15]. La discriminación es materia convencional y constitucional, si el legislador recurre a definiciones es para ampliar lo que aquéllas reglas de rango superior contienen y esa ampliación debe configurar un elenco cerrado para no generar cuestionamientos constitucionales. Que se trate de un elenco no cerrado relativiza también el recurso de la interpretación auténtica.

Las "*razones discriminatorias*" han sido a su vez objeto de la individualización legal como circunstancias de mayor gravedad, sin perjuicio que en la individualización judicial pueda considerarse irrelevante en un caso concreto[16], en la medida que no se encuentren previstas por el tipo (prohibición de doble valoración)[17].

En comparación con el sistema actual, el Anteproyecto, ha mantenido la agravante actual por odio de género dentro de una fórmula más amplia de razones discriminatorias, que a favor se enrola en la misma tendencia de la igualdad de trato acerca de la mayor

---

relaciones de poder históricamente desiguales entre varones y mujeres" que por ser un debate nuevo en las investigaciones "se utiliza indistintamente", ob. y pub. cit., p. 132.

[11] Aún cuando por las pruebas y argumentaciones consideró que no era "necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género" aunque la mayoría ocurrieron dentro de un contexto de violencia contra la mujer y en el que se configuró la responsabilidad estadual por discriminación, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 16 de noviembre de 2009.

[12] Acerca de los fundamentos, v. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, p. 160 a 167.

[13] Art. 77, 3, b).

[14] Art. 94, 1.

[15] Art. 63, u, que culmina con una referencia final a la apertura "a cualquier otra semejante" para no configurar un elenco cerrado de los criterios con que se puede discriminar según distinción de jerarquización superior/inferior de personas, v. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, p.157, 158.

[16] Según se argumenta "no se pretende encerrar al juez en un ridículo cálculo matemático" sino indicarle "criterios orientadores" que en cada sentencia deberá valorar, teniendo en consideración las amplias facultades con que lo dota para elegir la pena, "aunque dejándole la posibilidad de que no los considere porque en las siempre imprevisibles circunstancias de los casos concretos, resulten irrelevantes", v. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, p. 85.

[17] Art. 18, 3, e) y 5.

punibilidad por discriminación de modo equivalente con los otros supuestos de antigua recepción, sin perjuicio de lo señalado respecto al elenco no cerrado. No ha extendido esta agravante, igual que el sistema vigente, hacia otras manifestaciones de la violencia como los delitos contra la integridad sexual, ni a las modalidades más graves de la privación de libertad, como resultaría coherente. De todos modos, las razones discriminatorias han sido consideradas legislativamente como circunstancias individualizadoras de mayor gravedad dentro de la escala penal del delito de que se trate.

3. Delitos contra las personas

HOMICIDIO

a) Sistema actual

El homicidio es una de las manifestaciones más evidentes de la violencia extrema. Lo que se abordará es el tratamiento que tiene el sistema actual en el tratamiento de los vínculos legales y los vínculos afectivos en las agravantes del homicidio en contra de mujeres, niñas/os.

Tradicionalmente, el Código Penal agravó el homicidio para el matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son (art. 80, inc. 1º), disposición que data de la época de su sanción.

La legislación no penal emprendió un proceso de reconocimiento de protección para situaciones en las cuales existe una vinculación afectiva, sin vínculo legal. Este proceso se reflejó en la jurisprudencia y en la legislación previsional en relación a los beneficios de la seguridad social para los convivientes bajo condicionamientos ligados con cierta estabilidad de la relación. Y, por cierto, que ha sido acrecentado en la legislación relativa a la violencia en contra de la mujer, especialmente en el ámbito de la violencia doméstica. En tal sentido, la ley nº 26.485 a la par que amplía más integralmente la conceptuación de la violencia doméstica, expandió la definición de grupo familiar al parentesco por consanguinidad o por afinidad y a "las parejas o noviazgos", incluyendo "las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia"[18]. En similar sentido, este proceso de ampliación de la protección para la violencia doméstica se verifica en las legislaciones provinciales[19].

Como consecuencia de las Convenciones relacionadas con la mujer y de la evidencia empírica que una cantidad significativa de mujeres que son víctimas de homicidio en un contexto de violencia doméstica, no tienen vínculos legales con el autor[20],

[18] Art. 6, a).

[19] A título ilustrativo, en Córdoba, la ley nº 9283, incluye como grupo familiar "el surgido del matrimonio, de uniones de hecho o de relaciones afectivas, sean convivientes o no, persista o haya cesado el vínculo, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales" (art. 4).

[20] A título ejemplificativo en una investigación realizada en el Poder Judicial, relativa a víctimas fatales de violencia familiar entre 2005 y 2009 en Ciudad de Córdoba que abarcaba también a niñas, las más altas tasas correspondieron a mujeres entre 31 y 40 años, en mujeres solteras (Víctimas fatales de violencia familiar en la ciudad de Córdoba, período de 2005-2009, bajo la dirección de Alfonso Piccardi con un equipo interdisciplinario, p. 161, publicado en La interdisciplinariedad desde la investigación en el Poder Judicial de

reformas recientes incluyeron además de los vínculos legales (ascendiente, descendiente, cónyuge), vínculo pasado (ex cónyuge) y vínculos afectivos actuales o pasados ("persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia") [21]. La agravante se expandió hacia las lesiones[22].

La misma ley, excluyó la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación, cuando el autor "*anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*"[23].

En relación al niño, a pesar que se trata del mismo proceso de desformalización de vínculos legales a nivel familiar, que sí se ha tenido en cuenta por la legislación no penal en materia de violencia y por la legislación penal en otras manifestaciones de violencia como lo es la sexual, la fórmula del homicidio siguió atada a los vínculos legales, reflejando una incoherencia a nivel político-criminal.

Esa incoherencia, se aprecia en la legislación penal, en otras manifestaciones de la violencia como son los abusos sexuales, en la que se agrava la pena hacia ciertos vínculos parentales no contemplados en el homicidio ("*afín en línea recta, hermano*"[24]) y, orientadamente hacia los niños, ha mantenido la agravación por otras calidades ("*tutor, curador, encargado de la educación o guarda*"[25]). En la promoción o facilitación de la corrupción o de la prostitución y otros tipos conexos ha considerado también vínculos legales no atendidos para el homicidio ("*hermano*") o *vínculos por convivencia*[26].

b) Anteproyecto

El Anteproyecto, en relación al cometido en perjuicio de la pareja[27], con pena de prisión de 15 a 30 años, mantuvo la agravante del homicidio por vínculo legal ("*cónyuge*"), limitó los vínculos afectivos actuales ("*conviviente estable*") y la mantuvo para los casos de cese de esos vínculos ("*quienes lo hayan sido*").

Asimismo incluyó, con la misma pena, una nueva causa de agravación consistente el *fin de causar dolor a un tercero*, mediante la muerte de un pariente o persona afectivamente vinculada a éste[28]). En los fundamentos, se expresa que esta modalidad aumenta el injusto y la culpabilidad, se utiliza, por lo general en hechos entre quienes han mantenido vínculos conyugales o de convivencia[29].

No mantuvo las circunstancias extraordinarias de atenuación, de allí tampoco la exclusión en un contexto de violencia en contra de la mujer víctima.

---

la Provincia de Córdoba, Colección Investigaciones y Ensayos, nº 6, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C Núñez, Córdoba, 2010).

[21] Art. 80, 1º, texto según ley 26.791, B.O. 14/12/12.

[22] Art. 92.

[23] Art. 80, últ. párr., in fine, texto según ley 26.791.

[24] Art. 119, 4to. párr., b).

[25] Art. 119, 4to. párr., b).

[26] Arts. 125, 125 bis. 127 bis.

[27] Art. 77, 1, a).

[28] Art. 77, 2, b).

[29] V. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, p. 169, 170.

Que se haya mantenido en la agravante a la ex pareja es congruente con la realidad del fenómeno. Sólo a título ejemplificativo, en el ámbito de la legislación no penal [30], el porcentaje dominante de los agresores corresponde a la ex pareja (35%), en comparación con los convivientes (cónyuge 17%, concubino 11%).

En cambio, la exigencia de la estabilidad en la pareja, es cuestionable. Se trata de un requisito adecuado para la legislación previsional o la legislación civil [31], pero parece inadecuado frente al fenómeno de la violencia en contra de la mujer en la modalidad de un contexto de violencia y que se conoce extendidamente como *femicidio*, pues sería deseable que la ley penal en este sentido tuviese el mismo tratamiento que la legislación no penal referida a la violencia doméstica que no la requiere.

Por ello, opinamos que es más adecuado el texto vigente que condensa mejor que la fórmula del anteproyecto, el vínculo afectivo que da lugar a la agravante: la relación de pareja actual o no, medie o no convivencia.

No nos merece objeciones la inclusión de la agravante por la instrumentalización en contra de una víctima ligada a otra persona cuyo dolor es el fin del autor, modalidad que es utilizada a veces en contra de niños de la mujer, seguida de intentos suicidas.

Tenemos cierta ambivalencia en relación a la ausencia de la supresión de la emoción violenta para el autor en un contexto de violencia previo en contra de la víctima. Hay serios estudios acerca de sentencias en las que la falta de una perspectiva de género conduce hacia una interpretación inadecuada de esta atenuación[32]. Máxime que el Anteproyecto ha receptado esta perspectiva para incluir una modalidad de legítima defensa especial[33] y ha excluido el principio de oportunidad cuando se trata de un hecho de menor significación dentro de un contexto de violencia doméstica[34]. Es decir, si en el Anteproyecto se ha considerado la relevancia del *contexto de violencia* con estas importantes implicancias, parecería que también podría haberla considerado para la atenuante.

En cuanto al homicidio en contra de niños, el Anteproyecto ha continuado aferrado a los vínculos legales aunque los ha ampliado a la adopción. No ha sido considerada la existencia de vínculos significativos como el tutor o guardador, sobre los que existe un plus normativo en función de protección y una mayor dependencia del niño/a. No obstante que esos vínculos han sido considerados para otras manifestaciones de violencia (la sexual). De modo semejante a la legislación vigente, la previsión del Anteproyecto mantiene la incoherencia en el tratamiento de los vínculos para las agravantes ante las diversas manifestaciones del fenómeno de la violencia.

---

[30] La información proviene del estudio estadístico realizado por el Centro de Estudios y proyectos del Poder Judicial de Córdoba, del 1 de enero al 1 de julio de 2014, puede consultarse en www.justiciacordoba.gob.ar

[31] Como por ejemplo, en relación a la unión civil receptada por el nuevo Cód. Civil, (art. 509).

[32] RODRIGUEZ, Marcela V., CHEJTER, Silvia, Homicidios conyugales y de otras parejas, Ed. Del puerto, Buenos Aires, 2014.

[33] Art.5, d), tercer párr.., v. que aún considerando que no había necesidad de previsión "no está de más preverla, dado que la milenaria hegemonía patriarcal como pauta cultural da lugar a errores frecuentes", Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, p. 67.

[34] Art. 42, 3, a).

LESIONES

a) Sistema actual

En el Código Penal los tipos que se refieren a las lesiones distinguen según su gravedad entre lesiones leves (art. 89), graves (art. 90) y gravísimas (art. 91), las que se agravan por las mismas circunstancias que el homicidio (art. 92).

b) Anteproyecto

El Anteproyecto no innova el sistema vigente, salvo por las modificaciones introducidas para el homicidio en relación a las agravantes que se trasladan hacia las lesiones.

¿Satisfacen estos tipos las características de la violencia intrafamiliar?.

En la información proveniente tanto de las estadísticas de violencia que ingresa a través de la legislación no penal, cuanto penal, la violencia se manifiesta como un fenómeno pluriofensivo en el que se combinan violencia psicológica (amenazas, coacción) como física (en rango dominante lesiones leves). Así, en las denuncias de violencia de la legislación no penal en el Centro Judicial de Córdoba, el 90% corresponde a la violencia psicológica, acompañada en el 46% de violencia física[35]. En el sistema penal los delitos más frecuentes se corresponden con las amenazas y lesiones leves[36].

Asimismo, una de las características que caracterizan la violencia doméstica, es el *tiempo de victimización*, porque a diferencia de otros delitos "aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo", caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad[37].

Frente al fenómeno, parece necesitada de una revisión crítica con los aportes de la Victimología, si los tipos de lesiones tal como están configurados son satisfactorios para su abordaje penal. Es que ellos están estructurados sobre sucesos aislados, no contemplan la pluriofensividad y si bien las reglas del concurso de delitos o la construcción del delito continuado resuelven la concurrencia de los diversos tipos de lesiones y de las amenazas y coacción, desde la perspectiva de su repercusión en el proceso penal, la segmentación conduce a muchas dificultades para poder desagregar con precisión las circunstancias de tiempo y modalidad comisiva, y diluye muchas veces la apreciación del contexto de violencia. El relato de la víctima se encuentra sometido a una presión para colectar estos detalles en quien ha experimentado un proceso de acometimientos, la desagregación perjudica a otras ofensas inferidas en el mismo contexto sin evidencia física (amenazas, coacciones).

Aunque la fórmula del maltrato, propuesta en disidencia por la diputada Barbagelata[38] no convence como tal, ya que se prevé como un tipo residual, con ciertas

---

[35] V. estudio estadístico realizado por el Centro de Estudios y proyectos del Poder Judicial de Córdoba, del 1 de enero al 1 de julio de 2014, puede consultarse en www.justiciacordoba.gob.ar

[36] V. el estudio de las estadísticas de violencia familiar correspondiente al año 2013, del Centro de Estudios y Proyectos del Poder Judicial en www.justiciacordoba.gob.ar

[37] MARCHIORI, Hilda, Los comportamientos paradojales de la Violencia Conyugal-Familiar, p.212, 213, Serie Victimología, nº 8, Violencia familiar/ conyugal, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2010.

[38] V. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, p. 305 a 306, texto también en p. 375.

ambigüedades cuestionables[39], acierta en la directriz político-criminal de prever un tipo pluriofensivo y con repetición de ofensas. Sobre esta idea, con los aportes desde la victimología y expertos en la temática de la violencia intrafamiliar, se podría construir un tipo que contemplara más adecuadamente el fenómeno.

4. Delitos contra la libertad

a) **Sistema actual**

El análisis se acotará a los delitos de amenazas, coacción y violación de domicilio, porque si bien no son las ofensas más graves, estadísticamente son muy relevantes manifestaciones de la violencia en contra de las mujeres[40].

En el Código vigente, ninguno de estos tipos tiene las agravantes consideradas para el homicidio o las lesiones.

b) Anteproyecto

El Anteproyecto no innova respecto del Código vigente[41].

¿Es coherente considerar agravaciones en ciertas manifestaciones de violencia y olvidarlas para otras? No parece adecuado, máxime que se han mantenido en las manifestaciones más graves de este Título, las agravantes por vínculos, como sucede con la privación ilegítima de la libertad (ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o conviviente estable)[42] y la trata de personas (ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de culto, encargado de educación o guarda)[43]. No obstante, la "vulnerabilidad" de la víctima ha sido considerada como una circunstancia de máxima gravedad para la individualización de la pena en los delitos contra la libertad[44], y desde esta perspectiva las mujeres y los niños/as son consideradas víctimas vulnerables por las Reglas de Brasilia.

5. Delitos contra la integridad y la libertad sexual

a) Sistema actual

En lo relativo a los *vínculos legales*, el abuso sexual sea en su modalidad básica como agravada por las modalidades (abuso sexual gravemente ultrajante, abuso sexual con acceso carnal), se agrava por los vínculos de ascendencia, descendencia, afín en línea recta o hermano[45], sin que se contemple al cónyuge, pero sí al que aprovecha la situación de convivencia. Pero a su vez en la promoción o facilitación de la corrupción o de la

---

[39] Como la apertura, luego de detallar modos, a "cualquier otra forma de ataque a la dignidad".

[40] Se ha hecho ya referencia al estudio de las estadísticas de violencia en el sistema penal durante 2013, en el Centro Judicial Capital de Córdoba, en el que en la tabla de los diez delitos más frecuentes, ocupan un lugar relevante los mencionados, Centro de Estudios y Proyectos del Poder Judicial en www.justiciacordoba.gob.ar

[41] V. arts. 115 (amenazas), 116 (coacciones), 117 (violación de domicilio).

[42] Art. 106.

[43] Art. 111, 2.

[44] Art. 18, 4, b).

[45] Art. 119, 4to. párr. b),

prostitución de personas menores de 18 años y de mayores[46], y la explotación de la prostitución[47], tanto la calidad de cónyuge como la de conviviente agrava el delito

Se trata de una directriz incoherente, en clave de igualdad de trato, en perjuicio de víctimas menores de 18 años porque no alcanzan a comprenderse las razones por las cuales se pune más severamente al cónyuge en ciertas ofensas y en otras no, al conviviente en todos los casos.

b) Anteproyecto

La doctrina penal fue durante mucho tiempo contraria a que se considerara que podía encuadrarse en los tipos de la violación y del abuso deshonesto, cuando se trataba del abuso sexual del cónyuge a pesar que nada en el tenor literal de esos tipos podía cobijar esa atipicidad, posición que actualmente en la opinión dominante ha quedado en el pasado[48].

Un acierto del Anteproyecto, consiste en clarificar que el matrimonio preexistente con la víctima no excluye la opinión de estos delitos[49]. Hubiera sido necesario aclarar que tampoco el ex cónyuge, como se realizó respecto del homicidio y las lesiones. No se comprende bien por qué no agravan, como sí ocurre con el conviviente.

En cuanto a las agravaciones por vínculos, la violación y el abuso sexual se agravan por vínculos legales o afectivos, entre otros, (previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente)[50], sin el detalle de los incluidos para el homicidio y las lesiones. Esos mismos vínculos integran el tipo del estupro[51].

Agravan idénticos vínculos la promoción a la prostitución de menores[52] . Vínculos semejantes, pero utilizando otro lenguaje (relación de dependencia, de autoridad o de poder) integran la figura básica de la promoción de la prostitución de mayores y del proxenetismo[53].

Incoherentemente, la pornografía infantil, las exhibiciones obscenas ni la corrupción de menores[54], que muta su configuración hacia la utilización de las diferentes modalidades de pornografía y de exhibiciones obscenas, no se agrava porque el autor tenga con los menores incluidos en la actividad pornográfica o sea víctima de los otros delitos. No se coincide con esta disparidad de tratamiento de los vínculos, máxime que la vulnerabilidad de la víctima no podrá aquí ser considerada como circunstancia de máxima gravedad toda vez que integra los tipos.

---

[46] Arts. 125, 125 bis.
[47] Art. 127.
[48] Vid por todos BUOMPADRE, Jorge Eduardo, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1, p. 427 a 430, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009.
[49] Art. 127, 3. En las razones se alude al rechazo de las opiniones en contra de la violación intramatrimonial, v. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, p. 198.
[50] Arts. 126, 2, c), 127, 2, a).
[51] Art. 128.
[52] Art. 129, 2.
[53] Art. 130, 1 y 2.
[54] Arts. 131, 132 y 133, respectivamente.

El homicidio piadoso en el anteproyecto de reforma del Código Penal argentino

Elba Cecilia Saucedo Quintana

Introducción

Una serie de libros, publicaciones y revistas, me llevaron a preguntarme por el significado de la eutanasia y a pensar si habría algún punto de conexión con el homicidio piadoso.

Luis Niño [1994: 81], luego de definir la eutanasia como la buena muerte, se refiere a la cuestión de la siguiente manera: «Al paso de los siglos, no obstante, este conciso sentido terminológico, se fue tornando más y más difuso, traduciéndose en "muerte rápida y sin tormentos", "muerte digna, honesta y con gloria" […] "muerte misericordiosa" o "piadosa […]».

En algunos casos, el final de la vida se nos presenta a través de distintas patologías que implican lesiones prolongadas, crecientes y dolorosas, que pueden provocar a quien las padece el deseo de morir.

Por ello resulta un tema difícil, ya que cualquiera de nosotros podría estar en la situación del sujeto pasivo o ser el conmovido pariente al que, en virtud de ello, le toca actuar. En consecuencia, a modo de aproximación general a la problemática, el presente artículo tiene como objetivo describir las características del "homicidio piadoso", necesarias para llegar a las situaciones previstas en el inciso 2 del artículo 82 del anteproyecto.

En otras palabras, mi planteo es ¿cuáles son las "circunstancias particulares" previstas en el inciso 2 del artículo 82 del anteproyecto que hacen posible una eximición de pena a quien fuera acusado de haber cometido un "homicidio piadoso"?

Para responder este interrogante, haré referencia, entre otras cuestiones, a los distintos anteproyectos de reforma del Código Penal que, a lo largo de la historia argentina, consideraron oportuno incorporar el homicidio piadoso en nuestra legislación, y a cierta legislación latinoamericana, no con el objeto de hacer un examen exhaustivo del tema, sino con la finalidad de resaltar, comparativamente, los aspectos positivos.

Consideraciones sobre el inciso 1 del artículo 82 del anteproyecto en estudio

En el Código Penal vigente, si una persona vinculada por relación de parentesco o no a un enfermo que padece un problema de salud tal que le provoca un padecimiento mayúsculo que lo lleva a pedirle que termine con su vida y esa persona así lo hace, el encuadramiento legal sería el de homicidio agravado o el de homicidio simple, pudiéndosele aplicar —si correspondiere— alguna atenuante.

El artículo 82 inc. 1 del anteproyecto, sobre el homicidio piadoso, sostiene: «Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, el que causare la muerte a una persona que sufriere una enfermedad incurable o terminal, siempre que estuviere unido a ella por un vínculo de afecto y actuare movido por un sentimiento de piedad ante su pedido inequívoco».

A continuación el lector observará, un cuadro comparativo de anteriores anteproyectos de reforma del Código Penal Argentino, que proponían introducir como figura típica el homicidio piadoso en nuestra legislación.

años	**1937**	**1941**	**1989/90**	**2006**	**Anteproyecto en estudio**
artículo	117, inc. 2: "Al que lo cometiere"	114, 3er. párrafo: "(…) si el autor obrare (…)"	78, inc. 1 punto (c):"Al que matare a otro"	89: "causare la muerte o no lo evitare cuando estuviere obligado"	82: "causare la muerte"
móvil del sujeto activo	sentimientos de piedad	móviles piadosos	móviles humanitarios	sentimientos de piedad	sentimientos de piedad
sujeto pasivo	dolor físico intolerable, inutilidad de todo auxilio para salvar su vida	instancias apremiantes del interesado	padecimientos físicos irreversibles (previamente certificados)	enfermedad incurable o terminal	enfermedad incurable o terminal
petición	(no dice nada el respecto)	consentimiento	consentimiento	pedido inequívoco	pedido inequívoco
sanción	de 1 a 6 años	de 1 a 3 años	de 2 a 6 años	de 1 a 4 años	de 1 a 4 años
agravantes			Art. 78 inc. 3 se agrava (reclusión o prisión de 8 a 25 años) cuando es ascendiente, descendiente, cónyuge, hermana o hermano sabiendo que lo son		

Fuente: elaboración propia en base a bibliografía consultada.

La comparación histórica permite advertir la necesidad, como señalaron Jorge

Eduardo Coll y Eusebio Gómez [1937:34], al exponer los motivos del proyecto de 1937, «[…] de tener siempre en cuenta el respeto debido al más precioso de los derechos humanos», concepto que se reitera, con variantes, en la exposición de motivos del actual proyecto [véase Anteproyecto de Código Penal, 2014: 173]: «[…] la vida se sigue preservando como bien jurídico, sin ninguna posibilidad de distinción de su valor en razón del padecimiento».

Otro punto a destacar es que la redacción del artículo en análisis y el propuesto en el anteproyecto de 2006 son muy similares: la pena es la misma; el sujeto pasivo padece de una enfermedad incurable o terminal y pide al sujeto activo de manera inequívoca que lo mate; y en virtud de sentimientos de piedad, el sujeto activo causa la muerte.

La diferencia está en que la propuesta actual no introduce la expresión «no la evitare cuando estuviere obligado a hacerlo»; innova al exigir que el sujeto activo esté unido por un vínculo de afecto; y, finalmente, sólo da posibilidad de eximir de la pena, no de reducirla, que eran las dos situaciones previstas en 2006.

Para el anteproyecto actual, el homicidio piadoso es una modalidad atenuada del homicidio: «[…] el injusto de este delito sigue siendo el del homicidio; la atenuación de la pena obedece solo al grado de reproche del injusto en las circunstancias concretas», afirma la comisión designada por el Poder Ejecutivo en la exposición de motivos [2014:173].

Y lo caracteriza del siguiente modo: que la víctima padezca de una enfermedad incurable o terminal; que haya efectuado un pedido inequívoco; y que el sujeto activo actuare movido por un sentimiento de piedad. La acción típica es «causar la muerte», producir un efecto o dar lugar a esa consecuencia, la muerte.

Ahora, los artículos 76 y 77 (homicidio simple y agravado) del anteproyecto utilizan la forma verbal «matare», sin que pueda saberse el motivo que ha llevado a los redactores a no utilizarlo en el homicidio piadoso, si la acción es la misma. Es un delito instantáneo que se consuma en el momento de producirse la muerte de la víctima. El fallecimiento puede ser causado por acción u omisión. Se trata de un delito de resultado material, que admite la tentativa.

Cuando se habla de sujeto activo, puede ser cualquier persona que esté unida al sujeto pasivo por un vínculo de afecto. La comisión ha sido clara al respecto: «[…] es elemental que debe mediar un vínculo de afecto entre ambos, lo que deja al margen cualquier posibilidad de que el actor sea un tercero […]». Esa fórmula implica, entre otros, al cónyuge, 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 (esto último no sería en este caso atendible ya que lo fundamental es la existencia del vínculo de afecto) —según el artículo 77, inciso (a) del proyecto en estudio. Un tercero que no tenga el vínculo de afecto exigido —por ejemplo, el médico— está excluido de la atenuante y responderá por homicidio simple.

Por otra parte, el homicidio piadoso es considerado un delito doloso: se admite el dolo directo, no así el eventual. El sujeto activo debe haber actuado por un sentimiento de piedad, generado por la precaria salud y el sufrimiento intolerable que afecta al sujeto pasivo; no, por ejemplo, movido por el dolor que a él le causa la angustia que experimenta la familia del enfermo. Y en esto la comisión redactora también ha sido clara —«[…] la esfera afectiva del sujeto activo sin duda que se halla impactada, por lo que se requiere que

la motivación sea exclusivamente la piedad» [2014: 173]—, lo que coincide, además, con lo expresado por Pedro Gutiérrez [2006: 55]: «el nexo de comunicación entre autor, móvil y víctima, debe aparecer inescindible, no admitiéndose, por ejemplo, la acción cometida (aun movida por idénticos fines) movilizada ante el sufrimiento de un tercero o familiar, a raíz siempre del cuadro del enfermo».

Es que el sentimiento es un estado de ánimo producido por determinadas causas que conmueven al sujeto que lo experimenta, mientras que la piedad se refiere a la compasión, la clemencia que se tiene hacia algo.

En cuanto al sujeto pasivo, la comisión redactora lo caracteriza como una persona que sufre de una enfermedad incurable o terminal: «El supuesto contemplado es el de una enfermedad incurable o terminal, o sea, un caso de claro sufrimiento del sujeto pasivo, carente de toda esperanza». Considero que la conjunción "o" debiera ser precisada: ¿se refiere a una cosa, a la otra o a las dos?

La ley 26.742, de muerte digna, sancionada en 2012, que modificó la ley 26.529, sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, al referirse a la autonomía de la voluntad, señala: «[…] el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal […]», de modo que distingue por un lado la enfermedad incurable y por otro la terminal, las trata como dos situaciones distintas.

La ley provincial cordobesa 10.058, sobre declaración de voluntad anticipada de muerte digna, define al diagnóstico de enfermedad terminal como el «dictamen al que arriba un médico o un equipo sanitario ante una enfermedad avanzada, progresiva, incurable, irreversible y mortal a corto plazo». Nótese que dentro de la definición se incluye la enfermedad incurable.

Cito esta legislación para resaltar la falta de claridad con relación a los términos que estamos tratando. La enfermedad, según el *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland* [2005: 620], es «cualquier desviación o interrupción de la estructura o función normal de una parte, órgano o aparato corporal que se manifiesta por síntomas o signos característicos; la etiología, anatomía patológica y pronóstico pueden ser conocidos o desconocidos»; es incurable si se trata de un cuadro «no susceptible de ser curado» [2005: 995]; y es terminal cuando coloca al sujeto que la padece «hacia el final o término» de su vida [2005: 1898].

Por ejemplo, la diabetes y la hipertensión son enfermedades incurables, pero no terminales, ya que con el tratamiento adecuado el paciente puede desarrollar su vida normalmente. El término "enfermedad incurable" utilizado no se corresponde con los fundamentos dados por el anteproyecto en estudio —«[…] o sea, un caso de claro sufrimiento del sujeto pasivo, carente de toda esperanza»—, salvo si la ley se está refiriendo a enfermedades incurables en su etapa terminal.

Asimismo, si alguien tiene un accidente, sea doméstico, sea de tránsito, y a causa de ellos sufre severas secuelas en su salud —por ejemplo, ha quedado cuadripléjico—, no estaría dentro de la atenuante porque ese deterioro físico no provino de una enfermedad, como lo ha sostenido Justo Laje Anaya [2007: 337], al analizar el proyecto de 2006: «En consecuencia, aunque el herido grave pidiera al autor que le diera muerte, y ese pedido fuera inequívoco, el homicidio será un homicidio común, y la pena será la que este hubiese

previsto, sin perjuicio de que el cuadro de circunstancias que rodearon al hecho, pueda o deba ser considerado como atenuante genérico».

Sin embargo, estas situaciones pueden generar los móviles exigidos por el anteproyecto en análisis y el sujeto pasivo bien puede peticionar que se acabe con su vida.

En el artículo 106 del Código Penal de Paraguay, se prevé el homicidio piadoso, que comprende a un sujeto que esté «[…] gravemente enfermo o herido […]», al igual que lo hace Bolivia, en el artículo 257 de su Código Penal, que se refiere a «graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables».

Finalmente, el artículo 37 del Código Penal de Uruguay señala que «Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima». Este caso, al no especificar la situación en que tiene que encontrarse el sujeto pasivo, incluiría también las secuelas dejadas por un accidente.

El sujeto pasivo, debe haber solicitado de una forma que no deje duda al sujeto activo que no quiere seguir viviendo y por tal motivo le solicita que finalice con su vida. El inequívoco pedido puede ser hecho en forma verbal; y si la enfermedad le impide hablar, considero que, si puede escribir, deberá manifestarlo por escrito; y si el paciente no pudiera hablar ni escribir, podría manifestar su petición a través de señas. Los autores Bordin, Fracapani, Gianncarri y Bochatey [1996: 162] son taxativos: «El enfermo debe demandar que se lo mate y lo debe demandar en forma seria, verdadera y sincera. No solo es necesaria una demanda seria, sino también insistente. La insistencia demuestra que se mantiene firme en su deseo de morir y debe subsistir hasta el momento de morir. El pedido debe ser espontáneo; si ha sido obtenido por engaño o seducción, es homicidio simple».

Luis Guillermo Blanco [2013: 384] señala que la eutanasia es «[…] la acción médica con la cual se pone fin, intencional, anticipadamente y en forma, a la vida de un enfermo próximo a la muerte y que así lo solicita, para lograr de este modo dar término a los padecimientos (dolor, sufrimiento, angustia) de su agonía».

Desde la medicina, Juan Carlos Tealdi [2012: 17], antes de dar el concepto de eutanasia, señala que diferenciar a la eutanasia activa de la pasiva ha sido abandonado tanto por el consenso jurídico como por la bioética internacional: «Hoy solamente se entiende por eutanasia el procedimiento legalmente autorizado para poner fin (matar) en modo inmediato a la vida de una persona por acción de terceros, en general los médicos, con la administración de una o más sustancias dirigidas a ese fin; a pedido libre, expreso y reiterado de esa persona; y con la finalidad de terminar con un sufrimiento intolerable o por otros motivos legalmente aceptados. Son ejemplos las legislaciones de Holanda y Bélgica […]».

A continuación, anexo un cuadro con las similitudes que presentan ambos institutos.

elementos	**eutanasia**	**homicidio piadoso**
acción típica	matar	matar
móvil del sujeto activo	sentimientos de piedad	sentimientos de piedad
sujeto activo	terceros, en general médicos	se requiere que exista una

		relación de afecto
petición y/o consentimiento	consentimiento	petición inequívoca
situación en que se encuentra el sujeto pasivo	problemas de salud que le provocan sufrimientos	enfermedad terminal o incurable

Fuente: elaboración propia en base a bibliografía consultada

En cuanto a las diferencias, la única que encontré está en los medios que utiliza el sujeto activo: el médico, por ejemplo, que inyecta alguna sustancia, sabe cuál usar y qué dosis es la adecuada para que el paciente pueda morir de forma tranquila. En cambio, en el homicidio piadoso, la persona que tiene una relación de afecto con el paciente puede utilizar medios —por ejemplo, una almohada para asfixiar, o un disparo de arma de fuego— que, si bien provocan la muerte, el proceso antes de llegar a ella puede ser doloroso.

Consideraciones sobre el inciso 2 del artículo 82 del anteproyecto en estudio

Que nos dice: «El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, eximir de pena».

En la exposición de los motivos, sus redactores señalan que «[…] el juez, aplicando las reglas de individualización de la parte general, verifique que el reproche de culpabilidad no alcanza el nivel de mínima relevancia penal, que el agente se halla en una situación que de por sí importa una pena natural, que muy probablemente cualquier persona colocada en similar situación hubiese actuado de modo parecido o le hubiese resultado muy difícil evitarlo […] se lo habilita para que pueda prescindir de la imposición de pena» [véase Anteproyecto de Código Penal 2014: 174].

Con "circunstancias particulares", no cabe duda de que se está refiriendo a cada caso en particular y, además, que por alguna razón no está presente algún o algunos de los requisitos que se necesita para que se configure el homicidio piadoso, pero lo que no puede faltar es el móvil "el sentimiento de piedad"; de lo contrario, estaríamos frente a un homicidio no piadoso.

Conclusión

Se debería remplazar la expresión "causare la muerte" por el verbo "matare".

La conjunción "o" debiera ser precisada, si se refiere solo a una enfermedad incurable o enfermedad terminal o incluye a las dos. Más allá de ello, el término incurable convendría que sea analizado por la confusión que podría traer. Y finalmente, si incluyera a las dos, se podría utilizar, por ejemplo, la expresión "enfermedad incurable en periodo terminal".

Además, correspondería incluir las lesiones dejadas por distintos accidentes.

En Argentina, al no estar permitida la eutanasia, los redactores del proyecto han captado no solo la conducta propia de ella sino también otras características en la forma de un homicidio atenuado, mereciendo una pena menor de la que pudiera corresponder a un

homicidio simple, bajo la denominación de "homicidio piadoso", en su inciso primero.

Mientras que el segundo inciso abarcaría situaciones que no reunirían algunas de las condiciones exigidas en el primero, pero las realidades que rodean a los protagonistas son tan "críticas", o "desesperantes", que podrían justificar la eximición de pena en algunos casos.

Finalmente, entiendo que falta una correspondencia entre lo que los redactores del proyecto persiguen:

(a) «Es inaceptable jerarquizar vidas humanas, por lo que no se considera en ningún momento —ni el juez podrá intentarlo— la posibilidad de entrar en esa valoración aberrante»; sin embargo, los jueces, al recurrir a la reglas de individualización, indefectiblemente hacen una valoración y en su caso pueden jerarquizar vidas, y eximir de pena,

(b) «[…] queda obturado el camino hacia cualquier forma de eutanasia activa»; pero, por otro lado, con la eximición de pena prevista en el inciso 2, están abriendo la puerta hacia ella.

Bibliografía

Basile, Alejandro y David Waisman [1987] *Medicina legal y deontología, volumen 2*. Buenos Aires: Ábaco.

Blanco, Luis Guillermo [2013] "Homicidio piadoso". En Andrés Gil Domínguez, *Muerte digna*. Buenos Aires: La Ley.

Bonnet, Emilio [1993] *Medicina Legal*. Buenos Aires: López Libreros Editores. (Segunda edición.)

Bordin, Celia, Marta Fracapani, Liliana Giannacari y Alberto Bochotey [1996] *Bioética: experiencia transdisciplinar desde un comité hospitalario de ética*. Buenos Aires: Lumen.

Comité Hospitalario de Bioética del Hospital Municipal de Urgencias [2012] *Muerte digna: guía para la adecuación del esfuerzo terapéutico*. Córdoba: El Emporio.

Coll, Jorge E. y Eusebio Gómez [1937] *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*. (Redactado en cumplimiento del Decreto de 19 de setiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos.) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Biblioteca Digital [http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/fullscreen/index.php?nro=613&tipo=MO&tomo=89437]

Creus, Carlos [1985] *Reformas al código penal*. Buenos Aires: Astrea.

[1999] *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Astrea. (Cuarta edición, actualizada y ampliada).

Fontán Balestra, Carlos [2002] *Derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. (Vigésimo sexta edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma).

Gómez, Eusebio [1939] *Tratado de derecho penal, volumen 2*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

Gutiérrez, Pedro [2006] *El homicidio piadoso*: *análisis de una figura penal siempre tratada por la doctrina y la jurisprudencia, pero nunca vigente en la normativa argentina*. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido.

Laje Anaya, Justo [2007] "El homicidio piadoso y la instigación o ayuda al suicidio en el

proyecto de 2006". En *Zeus Córdoba*, No. 263, tomo 11.
Cristóbal Laje Ros [2006] *Notas al código penal argentino.* Córdoba: Alveroni.
Levene, Ricardo (h) [1970] *El delito de homicidio*. Buenos Aires: Depalma. (Segunda edición).
Niño, Luis Fernando [1994] *Eutanasia morir con dignidad*: *consecuencias jurídico-penales.* Buenos Aires: Universidad.
Patitó, José [2001] *Medicina legal.* San Isidro: Centro Norte. (Segunda edición).
Reinaldi, Víctor [1996] "Dejar morir sin delinquir". En *Revista de la Facultad,* Vol. 4, No. 1.
Simonin, Camilo [1980] *Medicina legal y judicial*. Barcelona: Jims.
Tealdi, Juan Carlos [2012] "Medicina y sociedad: consideraciones para una ley de muerte digna en la Argentina". En *La Revista del ITAES*, Vol. 14, No. 1. [http://www.itaes.org.ar/biblioteca/1-2012/ITAES-1-2012-medysoc.pdf]
Zaffaroni, Eugenio y Arnedo Miguel [1996] *Digesto de Codificación Penal Argentina, tomo 5.* Buenos Aires: A-Z

Documentos

Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2014, 1ª edición. Buenos Aires.
Ley nacional 26.742 [http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm]
Ley provincial 10.058 [http://www.mapalegislativo.org.ar/index.php/legislacion/por-territorio/cordoba/270-fin-de-la-existencia-de-la-persona/944-ley-n-10058]
Trámite Parlamentario. Cámara de Diputados de la Nación, boletín No. 89, del 3 de setiembre de 1990. Buenos Aires.

Estudio del artículo 85 del Anteproyecto de Código Penal

Oscar Tomás Vera Barros

Introducción

La técnica legislativa

Considero que en el articulado de la ley no corresponde que el número de los artículos tenga el símbolo ordinal consistente en adosarle un superíndice "º" (ejemplo: 1º, 2º). Excepcionalmente se aplica solamente a los artículos 1 al 9 (1º al 9º).

Aborto no punible

En esta cuestión propongo un cambio en la redacción del modo que se ilustra en el siguiente cuadro comparativo:

Artículo del Anteproyecto	Artículo propuesto
ARTÍCULO 85º **Aborto no punible** El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; b) Si el embarazo proviniere de una violación.	**ARTÍCULO 85** **Aborto no punible** El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: a) Si se ha **practicado** con el fin de **salvar la vida de la encinta o superar un grave peligro para su salud, cuando no existieren otros medios para ello**; b) Si el embarazo **fuere el resultado** de una violación.

En lo que sigue se explica la modificación, en la que se resalta en negrita la parte de la redacción propuesta:

En el inciso a) se sustituye "hecho" por "practicado" por considerárselo más adecuado a la conducta en cuestión.

En el mismo inciso a), se sustituye "madre" por "encinta" pues el problema surge de un embarazo que se interrumpe. Además de ello, el texto propuesto es más preciso, ya que la impunidad corresponde cuando se trata de salvar la vida de la encinta y no de evitar un peligro para esa vida, pues dicho peligro existe previamente.

Entiendo también que el peligro para la salud debe ser grave, y, atento que el peligro no puede ser evitado, la acción del médico es para superar dicho peligro.

En cuanto al inciso b), es más correcto gramaticalmente expresar que un embarazo, más que provenir de una violación, es el resultado de ella.

Resulta correcto el inciso b) del Anteproyecto en cuanto eliminó la segunda parte del inciso 2) del Código vigente por la confusión que siempre trajo; ya que muchos han interpretado que no está contemplado el caso de la violación a la mujer capaz. Se debe tener en cuenta para ello, que en el caso de la incapaz se dice "atentado al pudor" posiblemente porque la incapaz no tiene discernimiento y, salvo matrimonio, siempre será una violación. Además, decir atentado al pudor es una superficialidad, pues de la única forma en que se produce un embarazo, es con el acceso carnal.

Del modo en que se redactó el Anteproyecto en esta cuestión se elimina toda duda, pues la mujer capaz queda beneficiada con la excusa absolutoria; y en el caso de la incapaz que no es punible de cualquier modo, la excusa beneficia a sus representantes legales que son los que tendrían responsabilidad en la decisión.

En relación al consentimiento del representante legal de la demente, es innecesaria su referencia.

Las insolvencias punibles vinculadas a una situación concursal en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de la Nación Argentina del año 2014

Horacio Roitman y Maximiliano Germán Videla

I. Introducción.

No resulta novedoso resaltar que en nuestro país son escasas las resoluciones judiciales por las que se han condenado hechos encuadrados en las figuras penales contenidas en el Libro II, Título VI, Capítulo V, denominado "Quebrados y otros deudores punibles", arts. 176 a 180 del Código Penal vigente.

Nos referimos a los delitos comúnmente denominados: "Quiebra Fraudulenta"; "Quiebra culpable"; "Cooperación en la quiebra fraudulenta de una persona colectiva"; "Concurso civil fraudulento de la persona física no comerciante" y "Colusión", sin perjuicio de otras denominaciones que suelen utilizarse al respecto.

La inaplicabilidad de estas figuras se suele atribuir al desfase producido por la **inmutabilidad de las figuras penales vigentes** frente a los constantes cambios en la **regulación concursal**[1]. Entendemos así que esta temática debe ser abordada desde un **análisis sistemático e interdisciplinario**, que no sólo integre las dos normativas involucradas sino que, además, y sobre todo, concilie los fines y principios del derecho penal con el espíritu, fundamentos y principios en que se inspira la legislación concursal.

La **reformulación integral** del capítulo que contiene las figuras penales vinculadas a situaciones de insolvencia se impuso en el Anteproyecto de reforma integral del Código Penal del año 2006 y se ha sostenido también ahora en el Anteproyecto formulado en el 2014, tal como pasamos a analizar.

II. Análisis de Título VII, "Delitos contra el patrimonio", Capítulo X, "Insolvencias punibles", en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2014.

II.1. Consideraciones generales.

Partiendo de reconocer que en la legislación argentina se han verificado múltiples cambios en el campo del derecho concursal sin una respectiva adecuación de la regulación penal, difícil resulta no encontrar aspectos positivos dentro de cualquier propuesta tendiente a actualizar esta última esfera normativa.

Como se anticipa, el Anteproyecto de Reforma bajo estudio postula una **reformulación integral** de los delitos contenidos en el capítulo actualmente denominado "De los quebrados y otros deudores punibles", destacándose principalmente los aspectos que se enuncian seguidamente.

A) Vemos propicio comenzar por evaluar la **nueva denominación** que se propone en el Anteproyecto para el capítulo en el que se incluyen los delitos vinculados a una

[1] Por dar tan sólo algunos ejemplos, puede destacarse que en la regulación concursal se ha eliminado el antiguo y no poco cuestionado incidente de calificación de conducta, instaurándose, ahora, un régimen de inhabilitación de reducida extensión y rehabilitación de pleno derecho. Asimismo, se ha previsto un régimen acotado de desapoderamiento de los bienes del deudor, con posibilidad de efectuar durante la etapa concordataria propuestas diferenciadas a los acreedores organizados en distintas categorías, autorizándose las quitas, entre otras cuestiones de no menor relevancia.

situación concursal (**Capítulo X del Título VII)** bajo la designación genérica de **"Insolvencias punibles".**

En la legislación extranjera encontramos antecedentes tanto de la designación vigente[2] como de la que ahora se propone[3].

Nosotros pensamos que **la nueva denominación** propuesta **es más conveniente** desde que la vigente.

Ello, por cuanto ya no se aparta del sistema seguido en general por el Código Penal Argentino, en cuanto agrupa las infracciones bajo el nombre genérico de los delitos y no bajo la denominación de los delincuentes (como se observa en la designación vigente), obedeciendo cada título a un bien jurídico protegido y representando cada capítulo dentro de ese título un modo particular de ataque a dicho bien[4].

Asimismo, creemos que la nueva designación del capítulo contribuye en mayor medida al definitivo abandono de aquella vieja y errada concepción de la *quiebra per se* como un *delito* y del *quebrado* como un *delincuente*[5], y, sin dudas, resulta más coherente con el nuevo diseño que se postula para estos delitos, desde que el foco ya no está puesto en la quiebra sino en la situación de insolvencia (cesación de pagos), apareciendo la declaración de la quiebra como una circunstancia agravante que puede o no estar presente.

Sin embargo, pensamos que la nueva denominación es de algún modo imprecisa, en cuanto lo punible no es la insolvencia en sí, sino las acciones típicas del deudor que provocan ese estado de manera fraudulenta.

B) Al nuevo capítulo se lo ubica dentro del Título de los **delitos contra el patrimonio** (Título VII, Capítulo X), lo que no aparece como una innovación, dejando a salvo que la denominación actual del Título respectivo alude a la **propiedad**.

Creemos que ello resulta especialmente atinado con relación al capítulo que nos ocupa, si se tiene en cuenta que las figuras penales que contiene no tutelan estrictamente el derecho de propiedad del deudor, sino que protegen su patrimonio como prenda o garantía común de sus acreedores[6]**.**

---

[2] Ecuador, CP, Capítulo VI del Título de los delitos contra la propiedad.

[3] En Europa: España, CP, Capítulo VII del Título XIII intitulado "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio económico"; Francia, CP, Libro III, "De los delitos graves y menos graves contra el patrimonio, Capítulo IV denominado "De las defraudaciones" Sección III, y en América: Honduras, Capítulo V del Título VIII denominado "Delitos contra la propiedad".

[4] El Anteproyecto atiende así a críticas que la doctrina viene efectuando contra la denominación vigente del capítulo (ver en este sentido: FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, Parte especial*, Ed. Abeledo Perrot, 10º ed., Buenos Aires, 1985, pág. 569).

[5] Se explica que la quiebra, como estado regido por la ley concursal al que se puede llegar por muchas causas, no es un delito, y el quebrado no es, en consecuencia, un delincuente, sino sólo cuando cometa determinados actos que la ley penal establece como delitos. La confusión proviene de la concepción originaria, por la que quiebra y fraude eran sinónimos, *decoctor, ergo fraudator*, decía Baldo en el siglo 15. Por las Partidas, Ordenanzas de Bilbao y Leyes Recopiladas, el quebrado fraudulento era considerado y castigado como ladrón famoso con la pena de muerte. La distinción culpa y fraude no era tampoco bien precisa (Nota al capítulo de Quebrados y otros deudores punibles en el Proyecto Tejedor, citada en: MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Tommasi, t. V, Buenos Aires, 1923, pág. 241/245). Actualmente esas concepciones han sido abandonadas definitivamente, rigiendo la prohibición de la prisión por deudas con jerarquía constitucional (Art. 7.7. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica).

[6] Cuando se indica que en estos delitos se protege el patrimonio del deudor como "prenda común", se quiere decir que se lo tutela como el conjunto de bienes afectados al concurso, en cuanto garantía de los créditos que una o más personas tienen sobre el patrimonio del fallido (En este sentido: LAJE ANAYA, Justo, *Quebrados*

Dicha particularidad no incide en postular una diferente ubicación a la dada en el Anteproyecto a las figuras bajo análisis. Sí merece, en cambio, alguna consideración especial la existencia de otros bienes jurídicos protegidos por el capítulo, a la par del patrimonio del deudor con el enfoque antes aludido. Nos referimos a la tutela de la buena fe pública; la buena fe negocial[7]; la economía (especialmente el comercio y la industria[8]) la hacienda pública, la administración de justicia, el sistema crediticio[9], etc. Es en función de ello que ciertos autores entienden que se trata de **delitos pluriofensivos**, cuya lesividad trasciende lo puramente individual para proyectarse sobre intereses económicos generales o colectivos. En este sentido, Carlos Lascano explica que de la consideración tradicional de estos delitos como lesivos del derecho de propiedad y de los derechos patrimoniales de los acreedores, que surge de *lege lata* del derecho positivo vigente, se ha pasado a la idea de concebirlos como delitos socioeconómicos, y dentro de ellos, como delitos contra el *sistema crediticio.*[10]

Si adherimos a esta posición, bien podría evaluarse la conveniencia de ubicar al capítulo que tratamos en un título que abarque en mayor medida los diferentes bienes jurídicos que pueden verse afectados por los delitos en cuestión, además del patrimonio del deudor como prenda o garantía común de los acreedores, tal como lo hacía el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal Argentino del año 2006, en cuanto tenía previsto en el Título VII, denominado "Delitos contra la propiedad y el orden económico", el Capítulo VIII que contenía las figuras de "Insolvencias punibles", en dos normas (arts. 182 y 183) o como se verifica en algunas legislaciones extranjeras, por ejemplo, el Código Penal Español, al ubicar al Capítulo VII "De las insolvencias punibles" dentro del Título XIII intitulado "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio económico.

---

y otros deudores punibles, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 16; D'ALESSIO, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 537; CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Derecho penal, Parte especial*, Ed. Astrea, t.I, 7º Edición, Buenos Aires, 2007, pág. 589. Se indica, a su vez, que el capítulo supone una protección de la propiedad tomando básicamente en consideración -como fundamento de la prohibición- el contenido del Derecho creditorio. (ERBETTA, Daniel, "Quebrados y Otros Deudores Punibles" en *Código Penal y Normas Complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial - Parte Especial*, BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dir.), Ed. Hamurabi, 1ª Edición, T. 7, Buenos Aires, 2009, pág. 484). LASCANO explica que el derecho creditorio comprende dos aspectos: por un lado, la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación; por otro, el derecho a satisfacer su acreencia sobre el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento. Opina que sólo este último aspecto es el que se tiene en cuenta para la caracterización del bien jurídico protegido, ya que el incumplimiento del deudor implica un riesgo normal con que el acreedor debe contar, subsanable con los medios del derecho civil y ajeno al Derecho Penal, el cual no puede obtener la ejecución forzada de las obligaciones valiéndose de sus sanciones retributivas (LASCANO, Carlos Julio (h), *Insolvencias punibles*, Clase impartida en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 1 y 2 de agosto de 2008).

[7] En esta dirección, SOLER, en el Proyecto de 1960, incluye a estos delitos en el Título VIII de los *"Delitos contra la buena fe en los negocios"*; y el Proyecto de 1979, elaborado por una Comisión presidida por dicho autor, lo hace entre los *"Delitos contra la confianza pública y la buena fe en los negocios"*.

[8] TRABALLINI, Mónica, "Quebrados y otros deudores punibles", en *Estudios de las figuras delictivas*, Advocatus, t. II-A, Córdoba, 1994, pág. 244.

[9] LASCANO, Carlos Julio (h), *"Insolvencias punibles…cit."*. En similar sentido, se explica que en estos delitos subyace el interés en resguardar el buen desempeño en las actividades económicas. (ROMERO DÍAZ, María Dolores; "Comparación entre la nueva ley de concursos y quiebras nº 24.522 y el capítulo V del Título VI - Parte especial del Código Penal Argentino: Quebrados y otros deudores punibles", en *Revista de la Facultad*, Nueva Serie, Ed. Marcos Lerner, Vol. 5 - Nº 2, Córdoba, 1997, pág. 115.

[10] LASCANO, Carlos Julio (h), *"Insolvencias punibles…cit."*.

A diferencia de ello, el Anteproyecto de 2014 prevé separadamente, por un lado, un Título para los delitos contra el patrimonio (Título VII), en el que incluye a las insolvencias punibles, y seguidamente, otro título para los delitos contra el orden económico y financiero (Título VIII).

Proponemos así la conveniencia de evaluar la posibilidad de **unificar el Título VII y VIII del Anteproyecto**. De otro modo, tal como se encuentra previsto, pensamos que no sería conveniente el traslado del capítulo de las "insolvencias punibles" al Título VIII, dado que quedaría implícito el bien jurídico preponderantemente protegido por las figuras en cuestión, que es–para nosotros- el patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores. Además, debe tenerse en cuenta que no todas las figuras contenidas en el capítulo de las Insolvencias Punibles atentan de alguna manera contra el orden económico y financiero, sino que en algunos de los supuestos previstos se tutela sólo el patrimonio en el sentido previamente aludido junto a otros bienes como la administración de justicia.

C) Eliminación de la calidad de comerciante en el sujeto activo para todos los delitos del capítulo.

Un aspecto general que se observa respecto de todas las figuras de la reforma propuesta, es la **eliminación de la distinción de la calidad de comerciante o no del deudor** en este tipo de delitos, lo que nos parece un claro acierto, desde que ello resulta **acorde a los cambios verificados no sólo en la legislación concursal sino en la legislación civil y comercial en general.**

Cabe hacer notar, que al borrarse esta distinción en el proyecto **se elimina también la diferencia en la escala penal que la normativa vigente prevé para uno y otro caso**, desde que actualmente se establece una escala más grave (de 2 a 6 años de prisión) para el comerciante (art. 176, CP), respecto de aquella (de 1 a 4 años de prisión) establecida para quien no reviste esa calidad (art. 179 inc. 1, CP).

En nuestra opinión, debiera evaluarse, también, la manera de **excluir expresamente la quiebra del consumidor del alcance de las previsiones penales**, dado que en la generalidad de los casos este tipo de deudores no son más que víctimas de un sistema financiero que se abusa de su irreflexiva asunción de deudas motivadas por el fomento del consumo desmedido[11]. Y para los escasos supuestos en que se puede verificar

[11] En investigación jurídica que desarrollamos en el ámbito del Poder Judicial de la **provincia de Córdoba,** pudimos constatar que del total de causas penales iniciadas por delitos concursales vinculados a consumidores durante los años **2006 a 2010** en el Fuero Penal Económico, el **92,2%** se encontraba al año 2012 en **estado de sumario**, mientras que un **7,8%** se hallaba hasta ese momento **sin instrucción**, no verificándose ninguna causa elevada a juicio. Es decir, que no se impuso ninguna condena a un consumidor (Ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - ROITMAN, Horacio (Directores), GARAY MOYANO, María Alejandra – VIDELA, Maximiliano Germán (Coord.), *El sobreendeudamiento de la persona física en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, con relación a causas judiciales iniciadas entre el año 2006 y 2010 en el fuero de concursos y quiebras y penal económico - Consecuencias normativas, procesales e institucionales*, Investigación desarrollada en el ámbito del Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, dependiente del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba y publicada en *Investigaciones aplicadas del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*, Tomo n° 8, Capítulo III, Córdoba, 2011, pág.97/145). En una segunda etapa de dicha Investigación, se analizó concretamente el fenómeno del consumo, como factor determinante en estas quiebras de las personas físicas no comerciantes, desde una perspectiva interdisciplinaria psico-social (*"Estudio comparativo entre las representaciones sociales del sobreendeudamiento de la persona física no comerciante y las causas judiciales iniciadas desde el año 2006 hasta el año 2010 en el fuero de Concursos y Quiebras y Penal Económico"*, LASCANO, Carlos Julio –

la situación inversa (consumidor defraudador), a nuestro entender alcanza con que su situación quede cubierta por otras figuras penales no vinculadas a la situación concursal, y por todas aquellas otras soluciones que puedan preverse desde otras esferas del derecho menos gravosas que la penal, sobre todo recordando que se trata de la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y atendiendo al principio de subsidiariedad que rige con relación a esta legislación.

D) Para finalizar esta introducción, y previo a ingresar al análisis de las nuevas previsiones propuestas en el Capítulo de las Insolvencias Punibles en el Anteproyecto de 2014, cabe hacer una pequeña observación. Si bien los mentores de este proyecto explican que los cambios propuestos se enderezan a aproximar la legislación penal a la regulación comercial vigente, debido a la desarticulación provocada por las sucesivas modificaciones realizadas a la ley concursal nº 24.522, entendemos que ello es en alguna medida impreciso, desde que es esta última ley –y no sus modificaciones- la que produjo los principales cambios en la legislación concursal (en adelante: LCQ) que generaron su desarticulación con la ley penal vigente (a lo que ahora se añade, por supuesto, la modificación del Código Civil). Ello, dejando a salvo que se haya querido referir –en realidad- que las modificaciones subsiguientes a la ley 24.522 -dictada en el año 1995- han dejado nuevamente desfasado al derecho concursal con relación a las previsiones penales propuestas en el Anteproyecto del año 2006, pero una interpretación tal, sólo permitiría entender que se ha querido aludir a las modificaciones concursales posteriores a dicha propuesta[12].

II.2. Análisis específico de las nuevas figuras propuestas en el Capítulo.

A) Cesación de pagos fraudulenta

ARTÍCULO 155º

1. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a SEIS (6) años, el deudor que, en perjuicio de sus acreedores, provocare la declaración de su cesación de pagos mediante la realización de alguna de las siguientes conductas:

a) Sustracción, ocultación, daño, disminución de valor o destrucción de bienes.

b) Actos jurídicos simulados.

c) Simulación de gastos o pérdidas.

d) Obligaciones de imposible cumplimiento conforme a su estado patrimonial.

2. En los casos de entidades a las que se aplica el procedimiento de liquidación sin quiebra, la apertura del procedimiento de liquidación equivaldrá a la declaración de cesación de pagos.

3. Si como consecuencia de cualquiera de las maniobras del inciso 1º, se declarare la quiebra del deudor, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión e inhabilitación por el doble de tiempo de la condena.

ROITMAN, Horacio (Dir.), VIDELA, Maximiliano Germán – VALLES, María Laura, (Coord.), Investigaciones Aplicadas en el Ámbito del Poder Judicial de Córdoba – Colección Investigaciones y Ensayos (ISBN 978-987-27192-1-0), tomo nº 10, Capítulo III, Ed. Centro de Capacitación Ricardo C. Núñez, Córdoba, Año 2014, ps. 119/203).

[12] Quedarían comprendidas en este sentido las modificaciones impuestas a la ley 24.522 por la Ley N° 26684, promulgada el 29 de junio de 2011.

4. El máximo de la pena de prisión será de DIEZ (10) años cuando la quiebra afectare a gran número de personas que le hubieren confiado valores al quebrado o hubieren invertido en él en procura de vivienda o de servicios de salud.

El **inciso 1º** no requiere que las conductas del deudor indicadas en los incisos a), b) c) y d) provoquen la declaración formal de su quiebra (como lo tiene previsto el vigente art. 176, como elemento del tipo[13] o condición objetiva de punibilidad[14]), sino que propone que el deudor incurra ya en delito si con ellas provoca la **declaración de su cesación de pagos.**

Pareciera, entonces, que la intención de los redactores del proyecto es la de abarcar las acciones típicas aludidas en la norma a partir del **concurso preventivo**.

Ello –en principio- podría apreciarse de manera positiva, si se tiene en cuenta que muchas de las maniobras ilícitas en las que puede incursionar el deudor en cesación de pagos se pueden -y suelen- gestar durante el concurso preventivo e incluso antes de que se inicie este procedimiento, sin que se encuentre dicho período abarcado por las figuras penales vigentes mientras no se declare luego la quiebra. Así, por ejemplo, si el deudor oculta bienes o simula enajenaciones, podría conducir a que ciertos acreedores legítimos acepten quitas o concedan amplias facilidades de pago en el acuerdo preventivo, logrando el deudor defraudarlos sin jamás arribar a la quiebra. Y si no se produce la quiebra, en el marco vigente, se carecerá de un elemento del tipo o de una condición objetiva de punibilidad, según la posición que se adopte.

No obstante las consideraciones previas, nosotros pensamos, en primer lugar, que el derecho penal, como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, debiera circunscribir las figuras penales vinculadas a una situación concursal **sólo a la etapa de la quiebra**, dejando al margen de ello al concurso preventivo, dado que su espíritu radica en brindar el mejor escenario posible al deudor para lograr, mediante la negociación con sus acreedores, la superación de su crisis financiera (o económica), en orden a tutelar intereses de diversa índole, como el mantenimiento de la empresa y con ello de la fuente laboral. De tal manera, pensamos, se genera un incentivo adicional para el deudor en orden a que extreme sus esfuerzos para alcanzar un acuerdo satisfactorio en la etapa del concurso preventivo y evite así la quiebra, dado que allí sus conductas podrían configurar un delito. De otro modo, la exposición de la situación patrimonial del deudor ante los ojos de la justicia que ya implica –aunque en menor medida que la quiebra- el sometimiento a un concurso preventivo, podría disuadir al deudor de utilizar este mecanismo, dado que ya desde aquí se podría iniciar un proceso penal –conforme postula el Anteproyecto-. Con ello, la finalidad preventiva de la amenaza punitiva penal, podría operar en desmedro del espíritu del

---

[13] SOLER cita en esta dirección la posición de BINDING y WACH en la legislación alemana (SOLER*, "Derecho penal argentino",* Tea, t. IV, Buenos Aires, 1992, pág. 490/491). FONTAN BALESTRA indica que una cosa es la condición de comerciante declarado en quiebra que es una condición objetiva de autor, y otra la declaración de quiebra, que es un presupuesto objetivo del delito, contenido en el tipo (FONTAN BALESTRA; *"Derecho penal…cit.",* pág. 573). Para CREUS, se trata de un elemento del tipo (no una condición objetiva de punibilidad), en tanto afirma que las acciones del autor son típicas en relación a una quiebra declarada y no a una simple cesación de pagos (CREUS*; "Derecho penal, Parte especial",* Astrea, 6º ed. actualizada y ampliada, t. I, Buenos Aires, 1999, pág. 537).

[14] Para ABOSO, se trata de un tema de autoría y, por ende, de tipicidad, de manera que autor sólo puede ser aquella persona física comerciante declarada en quiebra, para actos que haya ejecutado de acuerdo al artículo 176 del Código Penal (ABOSO, Gustavo E.; *Código Penal comentado y concordado con jurisprudencia,* B de F Montevideo, Buenos Aires, 2012, pág. 96).

derecho concursal y de los diversos intereses que tutela, tales como la subsistencia de la empresa y de la fuente de trabajo, entre otros.

De allí es que **sugerimos eliminar la exigencia de que se provoque una declaración de la cesación de pagos del deudor a consecuencia de las acciones típicas previstas en el inc. 1º del art. 155,** lo que no significa dejar impunes las acciones defraudatorias del deudor previas a la quiebra, sino que entendemos que las mismas deben quedar atrapadas por otras figuras penales desvinculadas de la estricta consideración de la situación concursal, tal como lo prevé la propia figura prevista en el art. 156 del Anteproyecto (*Insolvencia Fraudulenta*), que tal vez podría trasladarse a este inciso 1º del art. 155.

Independientemente de nuestra opinión precedente, advertimos –además- una aparente **inconsistencia** en la previsión del inc. 1º del art. 155 del Anteproyecto de 2014 **con** relación a **la regulación concursal**.

Pues la "cesación de pagos" es un *estado de hecho* del deudor (imposibilidad general y sostenida de hacer frente con los activos corrientes a los pasivos exigibles) que constituye un presupuesto para la apertura del concurso preventivo (art. 1, LCQ). Si se atiende al tenor literal del inc. 1º de la norma bajo análisis, a nuestro criterio, no debería admitirse otra cosa más que exigir una **declaración judicial** de esa cesación de pagos.

Si ello es compartido, pensamos que debe tenerse en cuenta que aún cuando la apertura del concurso preventivo presupone el hecho de la cesación de pagos del deudor (art. 1 LCQ), **no existe previsión alguna que ordene en ese trámite una declaración judicial al respecto**, lo que recién sucede en el curso del procedimiento de la quiebra, en donde el juez debe expedirse sobre la fecha de inicio del estado aludido.

Entendemos que ello conduciría a inconvenientes para el encuadramiento legal en la figura penal que se propone. Es que así como se opina que la declaración de la quiebra no puede ser revisada por el juez penal salvo en sus aspectos formales (con relación al vigente art. 176 CP), menos aún, entendemos, sería posible pretender que quede en cabeza de un tribunal penal la declaración de la cesación de pagos del deudor, aspecto que debe ser corroborado y compete valorar propiamente al juez concursal (arts. 78, 79 y cctes, LCQ).

Tampoco creemos que pueda aceptarse una interpretación por analogía (por cuanto operaría en perjuicio del deudor) por la que se entienda tácitamente cumplimentada la exigencia penal (declaración formal de la cesación de pagos) por la sola declaración de la apertura del concurso preventivo, bajo el justificativo de que se trata de uno de sus presupuestos fácticos (art. 1, LCQ).

Menos aún pensamos que el informe general del art. 39 de la LCQ pueda suplir la imprevisión de una declaración formal del juez concursal de la cesación de pagos del deudor en el concurso preventivo, dado que el síndico que lo emite es un órgano auxiliar y –por ende- ajeno al poder judicial, que simplemente dictamina una fecha estimativa de la cesación de pagos.

Finalmente, tampoco consideramos que pueda tenerse en cuenta la fecha de cesación de pagos indicada por el propio deudor (art. 11, inc. 2 LCQ).

Así, a nuestro juicio, la figura penal propuesta en el inc. 1º del art. 155 del Anteproyecto nacería ya desfasada con la legislación concursal, siendo esta otra razón que nos conduce a proponer la eliminación de la exigencia de una declaración de cesación de pagos como consecuencia de las acciones típicas contempladas, las que podrían quedar atrapadas directamente por una figura como la del art. 156 (insolvencia fraudulenta), y de

resultar de ellas la declaración de la quiebra, por una previsión como la del inc. 3º del art. 155.

Hecha nuestra reserva sobre los inconvenientes advertidos en la norma propuesta, continuaremos con su análisis.

Pensamos que si se mantiene la necesidad de que las acciones típicas del deudor provoquen la declaración de su cesación de pagos, más allá de cómo se entienda que ello quedará satisfecho en la práctica antes de la quiebra, pensamos que sin dudas a partir de esa declaración quedaría consumado el delito y se debería iniciar el cómputo de la prescripción de la respectiva acción penal, sin tener en cuenta, en cambio, la fecha en que se fije el inicio de esa situación fáctica. Entendemos que es ésta la única interpretación literal que permite efectuar la redacción del art. 155 del Anteproyecto, al requerir que con las acciones típicas el deudor "*provocare la declaración de su cesación de pagos"*. Sería esta interpretación, a su vez, similar a la que se efectúa con relación al vigente art. 176, en cuanto el cómputo de la prescripción se inicia a su respecto a partir de la fecha de la sentencia que declara la quiebra (para las acciones típicas anteriores a ese momento).

Si se admitiese, en cambio, que la fecha a tener en cuenta es aquella en que una resolución judicial determina que en los hechos se verificó el comienzo de la cesación de pagos del deudor, la fecha de consumación del delito e inicio del cómputo de su prescripción se remontaría a momentos que pueden resultar muy anteriores a la intervención de la justicia, lo que implicaría -a nuestro entender- ampliar innecesariamente las posibilidades de impunidad del deudor de mala fe, en tanto le permitiría que comience a correr previamente en su favor la prescripción penal respecto de aquellas acciones que ya planifica y ejecuta -previa y silenciosamente- en dirección a lograr –posteriormente- la frustración parcial o total de sus obligaciones patrimoniales, allá cuando se desarrolle el proceso concursal, momento en el que si bien tales acciones estarán más expuestas a ser descubiertas –por la intervención del síndico y juez concursal con amplias facultades de investigación[15] respecto del manejo del deudor de su patrimonio, ya se contará con mucho menor tiempo para advertir los delitos en que pueda haber incurrido el mismo y poder denunciarlos antes de que opere la prescripción de la acción penal, tal como casi inevitablemente sucede en el marco de la legislación vigente.

No sería alocado así postular –por ejemplo- que de tomarse esta última alternativa (inicio del cómputo de la prescripción desde el día en que quede fijado que se inició la cesación de pagos del deudor), ello podría generar un incremento de la actividad impugnativa del deudor en sede concursal con relación a la fecha de cesación de pagos, bajo la pretensión de que sea fijada lo más distante posible de aquella en la que se judicializa su situación en sede concursal y, por ende, comienza a investigarse judicialmente su comportamiento patrimonial precedente, ganando así mayor tiempo de cómputo de la prescripción penal, pudiendo verificarse, también, la situación inversa con relación a la actividad impugnativa de los acreedores.

Finalmente, en lo que atañe a la simulación de actos jurídicos en general (inc. "b") y a la simulación de gastos o pérdidas (inc. "c"), pensamos que debería exigirse en la norma o –en su defecto- debería interpretarse al aplicarse la misma, que la determinación

[15] Artículo 274 (LCQ). "*El juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias…".* Correlativamente, el Artículo 275 (LCQ) establece que: "*Compete al síndico efectuar las peticiones necesarias para (...) la averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables.*

del carácter simulado del acto debe provenir necesariamente de un **pronunciamiento judicial**, quedando excluida toda calificación de este tipo que provenga de organismos administrativos.

En el **inciso 2º** del art. 155 se prevén los casos de entidades a las que se aplica el procedimiento de liquidación sin quiebra, equiparando la apertura de ese procedimiento con la declaración de cesación de pagos.

En el **inciso 3º** se prevé un **supuesto agravado** respecto de lo que podríamos llamar tipo básico del inc. 1º de la misma norma (art. 155), en tanto se establece un **incremento en el mínimo de la escala** que pasa de seis meses a **dos años de prisión y se agrega la pena accesoria de inhabilitación por el doble de tiempo de la condena**, para el caso en que como consecuencia de cualquiera de las maniobras del inciso 1º de la norma citada, **se declarare la quiebra** del deudor.

Advertimos que aunque el inciso previamente aludido aparece como una figura agravada respecto de la previsión del inc. 1º, no implica una modificación significativa respecto de la escala prevista para la pena de prisión en la vigente figura de quiebra fraudulenta en el art. 176 del CP.

Cabe sí efectuar una salvedad con relación a la pena accesoria de inhabilitación, desde que mientras en la normativa vigente se prevé una escala de tres a diez años, en la nueva previsión propuesta se establece una **inhabilitación por el doble del tiempo de la condena**, lo que implica un incremento del mínimo de la escala de inhabilitación, que ahora se ubicaría en 4 años, y a ello se agrega que si el juez penal quiere imponer una pena alta de prisión y baja de inhabilitación, o viceversa, se encuentra más limitado con la nueva regulación propuesta que con la vigente, aspecto que, entendemos, va en contrario sentido al espíritu general del Anteproyecto de 2014, orientado a brindar herramientas idóneas para satisfacer exigencias constitucionales como la proporcionalidad de las penas.

La inhabilitación prevista como pena accesoria, tanto en la legislación penal vigente como en la norma que se analiza del Anteproyecto de 2014, no debe confundirse con la inhabilitación que rige por aplicación de la ley de concursos y quiebras (arts. 234/238). Pues la inhabilitación accesoria penal funciona en forma separada de las inhabilitaciones que le puedan corresponder al deudor en virtud de la ley de concursos, y no cesa por haber operado la rehabilitación en sede comercial.[16]

Cabe recordar que el artículo 236 (LCQ) dispone que la inhabilitación del fallido –que se desprende de la declaración de la quiebra- cesa de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra. Esta norma también prescribe que la inhabilitación del fallido puede prorrogarse o retomar su vigencia si éste es sujeto pasivo de un proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución, y si mediara condena, hasta el cumplimiento de la inhabilitación que imponga el juez penal.

No obstante la diferenciación aludida, el **régimen de inhabilitación establecido por la Ley 24.522** (teniendo en cuenta la sanción de inhabilitación prevista en la ley penal vigente para el delito de quiebra fraudulenta -art. 176- y mantenida en el inc. 3º del art. 155 del Anteproyecto), motiva diversas **críticas**. En tal sentido, Carlos Lascano ha opinado que el régimen de inhabilitación concursal no es claro en cuanto a si la misma sería una medida de seguridad administrativa o una verdadera pena, o si cumple un rol similar al que cumple

16 En este sentido: TRABALLINI, ob. cit. pág. 250.

la prisión preventiva en los ordenamientos procesal-penales. Cuestiona, a su vez, la técnica legislativa por la que se delega al juez comercial la determinación de la duración de la inhabilitación automática sujeta a la suerte del proceso penal. Presenta así el interrogante acerca de si esta normativa entra o no en conflicto con el principio *non bis in ídem*, en caso que una sentencia condenatoria penal imponga conjuntamente la inhabilitación especial con la pena de prisión, tal como continúa autorizándolo el Anteproyecto de 2014. Por otro lado, plantea si ante una sentencia de sobreseimiento o absolución en sede penal, la inhabilitación concursal ya sufrida por el fallido –de modo objetivo y de pleno derecho- colisiona o no con el principio de culpabilidad. Reflexiona que ante la falta de uso de las normas penales, se ha recurrido en la legislación concursal a la previsión de sanciones administrativas más severas, en desmedro del garantismo del derecho penal común.[17]

Nosotros pensamos que el instituto de la inhabilitación automática del deudor por un año desde la declaración de la quiebra implica algo similar a lo que Carlos Lascano denomina medida administrativa de carácter preventivo, con la finalidad de evitar -por un lapso acotado de tiempo- que el deudor siga operando en el circuito comercial tras su quiebra, brindando así un tiempo razonable para que se analice si se trata de un deudor que ha caído accidentalmente en una situación de crisis financiera o económica (caso en el cual –incluso- el plazo aludido puede ser reducido o dejado sin efecto si, verosímilmente, el inhabilitado no estuviere *prima facie* incurso en delito penal -art. 236 LCQ-) o de un defraudador, para en este caso poder impulsar la intervención de la justicia penal. Claro que ello ya no proviene de una calificación de conducta exigida dentro del proceso falencial, como se encontraba previsto en la vieja legislación concursal, sino que ahora depende de la iniciativa propia de los acreedores, del síndico o del juez concursal.

Nos parece -en cambio- que la inhabilitación concursal cumple en la práctica un rol similar al de la prisión preventiva o directamente la pena, con la tensión que ello genera con principios y garantías constitucionales, tal como opina Lascano, a raíz de su prórroga o reconducción a causa del mero sometimiento a proceso penal del deudor, situación que puede derivar simplemente de la presunción de fraude que conlleva la clausura por falta de activo (art. 232 y 233 LCQ). Pensamos que prorrogar la inhabilitación del deudor sin el dictado previo de una sentencia penal que reconozca su responsabilidad, entra en clara tensión con diversas garantías, entre ellas, la de juicio previo y el principio de inocencia. Entendemos así, que debería reflexionarse acerca de la posibilidad de derogar en sede concursal la potestad del juez de declarar la prórroga o reconducción de la inhabilitación del fallido, una vez que cesa de pleno derecho al año de la quiebra, por el sólo hecho de que se verifique el sometimiento a proceso penal, dejando prevista sólo la posibilidad de que el deudor vuelva a estar inhabilitado en aquel caso en que desde la justicia penal se lo declare responsable –tras el desarrollo de un juicio previo con ejercicio del derecho de defensa- de un delito que prevea esa sanción de manera accesoria o alternativa.

El **inciso 4º** contempla un fuerte **agravamiento del máximo** de la escala penal prevista en el inc. 1º del art. 155, previendo que ascienda a **diez años** para el supuesto en que resultare **perjudicado un gran número de personas que le hubieren confiado valores al quebrado o hubieren invertido en él en procura de vivienda o de servicios de salud**.

[17] LASCANO; *"La nueva ley de concursos…cit."*, pág. 77 y sgtes.

Las preguntas que nos animamos a anticipar que se podría hacer la doctrina y la jurisprudencia sobre esta previsión es: **¿cuántas personas perjudicadas** en los aspectos de mención se necesitarán para considerar aplicable esta escala agravada? **¿desde qué instancia del proceso falencial podrá entenderse en sede penal que existen perjudicados a consecuencia del proceso concursal?**

Pensamos humildemente que la técnica legislativa utilizada en este inciso no es la más conveniente. Es que **no nos parece que la norma brinde parámetros claros sobre las circunstancias precisas que habilitarán un posible agravamiento de la pena**, teniendo en cuenta, por un lado, que la **pluralidad de afectados es un rasgo presente en la mayoría de las quiebras** –como **procesos universales** que son-, más aún si se trata de personas jurídicas, y sobre todo en los supuestos a los que alude la norma (por ejemplo: una entidad financiera, una empresa constructora o un prestador de servicios de salud).

No queremos afirmar que sea imposible juzgar con un criterio razonable cuándo se puede hablar de un número significativo de personas afectadas y cuándo no. Pero lo cierto es que allí donde la norma no es precisa y entra en juego la discrecionalidad del juzgador, se abre sin dudas la puerta a la posibilidad de que se adopten criterios desiguales y arbitrarios en la aplicación de la ley, lo que resulta siempre inadmisible y con mayor razón si de agravamiento de la pena se trata.

Creemos que podría ser más conveniente, entonces, **que la norma determine con mayor precisión las circunstancias agravantes**, por ejemplo, **fijando el número concreto de afectados** a partir del cual se ingresa en el supuesto que merece pena agravada, para así cumplir en mayor medida con el mandato de determinación que pesa sobre el legislador, como derivación del principio de legalidad, e indirectamente reducir también con ello el margen de posibles afectaciones al principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Por su lado, **no vemos tan evidente a partir de cuándo podría entenderse en sede penal que existirán perjudicados en sede concursal a raíz del accionar delictivo del deudor**, siempre que con ello se quiera aludir exclusivamente a **acreencias insatisfechas**. Pues, hasta tanto no se arriba a ciertas instancias del procedimiento falencial, **no se sabrá efectivamente si los acreedores han visto definitivamente frustrados sus créditos o no**. Recuérdese, por ejemplo, que la quiebra se puede convertir en concurso preventivo –art. 90 y cctes. LCQ, o que aún luego de clausurada la quiebra –ya sea por falta de activo o distribución final- pueden hallarse bienes alcanzados por el régimen de desapoderamiento que –de ese modo- sirven para saldar las acreencias insatisfechas. No vemos claro así si alcanzará para la configuración de la agravante con que se haya dictado la clausura del procedimiento por distribución final (art. 230/231)[18], o si será en cambio menester que se haya resuelto la clausura de la quiebra por falta de activo (arts. 232/233 LCQ)[19], o si necesariamente se requerirá contar con una sentencia de

[18] LCQ: Art. 230. Presupuestos. Realizado totalmente el activo, y practicada la distribución final, el juez resuelve la clausura del procedimiento. La resolución no impide que se produzcan todos los efectos de la quiebra. Art. 231. Reapertura. El procedimiento puede reabriese cuando se conozca la existencia de bienes susceptibles de desapoderamiento. Los acreedores no presentados sólo pueden requerir la verificación de sus créditos, cuando denuncien la existencia de nuevos bienes.

[19] LCQ: Art. 232: Presupuestos. Debe declararse la clausura del procedimiento por falta de activo, si después de realizada la verificación de los créditos, no existe activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio, incluso los honorarios, en la suma que, prudencialmente, aprecie el juez. Del pedido de clausura que realice el síndico, debe darse vista al fallido; la resolución es apelable. Art. 233: Efectos. La clausura del

conclusión del procedimiento falencial (art. 231)[20], o de qué otro modo se determinará que existen efectivamente perjudicados a raíz de la quiebra y cuál es su cantidad.

De este modo, pensamos **más conveniente** que la agravante aluda, como lo hace la ley vigente, a la realización de las acciones "**en fraude"** de sus acreedores, y exija un **número "determinado" de potenciales afectados (**en vez de exigir que se haya "perjudicado" a un "gran" número de personas), puesto que de este modo no se requerirá la acreditación de perjuicios efectivos.

Ahora bien, si lo que se quiere es que la agravante opere solamente ante la efectiva causación de perjuicio a un gran número de personas acreedoras del deudor por los motivos que expone la norma, entonces, a nuestro entender, no debiera considerarse que ha operado la circunstancia agravante hasta tanto no se resuelva en sede concursal la conclusión del proceso de quiebra (art. 231, LCQ), puesto que hasta antes de ello el deudor puede saldar todas sus deudas verificadas y -con ello- borrar toda posibilidad de perjuicio, al menos en el sentido patrimonial. Recuérdese que la clausura por falta de activo sólo genera la presunción de fraude del deudor, más no acredita la efectiva defraudación de los acreedores en sus derechos crediticios, dado que -como se anticipa- el procedimiento puede reabrirse -al igual que en la clausura por distribución final-, en caso que se conozca la existencia de bienes susceptibles de desapoderamiento.

B) Eliminación de la figura de quiebra culpable (vigente art. 177 CP).

Vemos por otra parte positivo que, a diferencia de lo previsto en el art. 183 del anteproyecto de 2006, se haya optado en el de 2014 por no incluir una figura similar a la prevista en el vigente art. 177 del CP (quiebra culpable). Ello, en primer lugar, por cuanto resulta difícil acreditar si la quiebra del deudor proviene de graves negligencias o imprudencias en el manejo de su negocios o si aparece como una consecuencia que -previsible o no- no conforma otra cosa más que los riesgos que es habitual que se asuman para llevar adelante una actividad comercial. Pensamos al respecto, que por alto que sea el riesgo que se haya asumido en una actividad comercial, allí donde el resultado de los negocios no sea el esperado por el comerciante, deviniendo de ello su crisis financiera o económica, igualmente debe mantenerse incólume a su respecto la prohibición constitucional de aplicar prisión por deudas, que sólo debe ceder, a nuestro criterio, por dolo, es decir, cuando se verifica una intención defraudatoria de parte del deudor. Ello no implica negar que ante su imprudencia o negligencia corresponde prever una solución legal frente a los perjudicados, pero creemos que la misma no debería provenir del derecho penal, si se atiende a su consideración como ultima *ratio* del ordenamiento jurídico y al principio de subsidiariedad penal.

C) Insolvencia fraudulenta

ARTÍCULO 156º

Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el deudor que, durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, realizare

---

procedimiento, por falta de activos, importa presunción de fraude. El juez debe comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente.

[20] LCQ, art. 231: (…) Conclusión del concurso. Pasados DOS (2) años desde la resolución que dispone la clausura del procedimiento, sin que se reabra, el juez puede disponer la conclusión del concurso.

cualquiera de las conductas descriptas en el inciso 1º del artículo 155º, cuando con ello pudiere provocar la frustración total o parcial del cumplimiento de la respectiva obligación.

Entendemos que se ha querido alcanzar con esta figura los supuestos en los que aquellas acciones previstas en el inciso 1º del art. 155 se configuran al margen de un proceso concursal, pues aquí no se exige una declaración judicial de cesación de pagos.

Creemos que ello no aparece como un dato menor. Pues entendemos que una misma acción típica desarrollada con relación a un proceso singular, es decir, sin declaración de cesación de pagos general del deudor, tendrá prevista penalmente una pena máxima de tres años (art. 156), mientras que en caso de iniciarse luego el concurso preventivo o declararse la quiebra del deudor, ambos procesos universales que atraerán a ese proceso individual[21], esa misma acción será pasible ahora de una pena máxima equivalente al doble, esto es, seis años (art. 155).

No obstante, pensamos –como ya anticipamos- que ésta debiera ser la figura básica, eliminándose la exigencia de que se verifique una declaración de cesación de pagos en el inc. 1º del art. 155 del anteproyecto, despejando así los inconvenientes que señalamos al respecto, y dejando así sólo como agravante la declaración de la quiebra del deudor y la circunstancia de que ello se verifique en fraude de un número elevado de acreedores determinado en la norma, si se quiere, por los motivos descriptos en el inc. 4º del art. 155.

D) Actuación fraudulenta en proceso concursal

ARTÍCULO 157º

Será penado con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el que en el curso de un proceso concursal, presentare libros de contabilidad u otra documentación contable, con registros falsos, suprimidos o alterados, o informare datos falsos sobre su estado de solvencia.

En cuanto al nuevo delito concursal que describe el **art. 157º** del Anteproyecto, denominado **"Actuación fraudulenta en proceso concursal",** pensamos que en la práctica se trataría de una conducta que podría encontrar como presupuesto la realización de alguna de las acciones que sanciona el art. **165º** del proyecto **("Balance o informe falso**

[21] LCQ: Art. 21: Juicios contra el concursado. La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos. Quedan excluidos de los efectos antes mencionados: 1. Los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales; 2. Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los artículos 32 y concordantes; 3. Los procesos en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario. Art. 132: Fuero de atracción. La declaración de quiebra atrae al juzgado en el que ella tramita, todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales. Salvo las ejecuciones de créditos con garantías reales, quedan exceptuados de este principio los casos indicados en el artículo 21 inciso 1) a 3) bajo el régimen allí previsto. El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosigue con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada.*(Articulo sustituido por art. 7° de la* Ley N° 26.086 B.*O. 11/4/2006).*

y otras irregularidades"[22]). Pues aunque el art. 157 prevé la **acción** de **presentar estos documentos en el marco de un proceso concursal**, para que ello ocurra los mismos deben ser confeccionados previamente, siendo probable que las falsedades o inexactitudes trasciendan no sólo en engaño a la administración de justicia (lo que podría implicar también un supuesto de estafa procesal, que podría quedar desplazado por esta figura más específica), sino también a entidades públicas como la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas del Registro Público de Comercio y hasta respecto de los propios socios que se hallen en desconocimiento de la acción de los directores y administradores en el caso de una sociedad (lo que podría quedar eventualmente absorbido por el delito de administración fraudulenta). Habrá que evaluar, entonces, según cada caso, cómo operan las reglas del concurso de delitos.

E) Favorecimiento ilegal de acreedores

ARTÍCULO 158º

1. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o multa de CINCUENTA (50) a DOSCIENTOS (200) días, el deudor que, en el curso de un proceso concursal, favoreciere a un acreedor otorgándole ventajas o privilegios a que no tuviere derecho, en perjuicio de los otros acreedores.

2. La misma pena se impondrá al acreedor que aceptare las ventajas o privilegios del inciso anterior.

Advertimos que la norma prevé bajo la denominación "Favorecimiento ilegal de acreedores" un supuesto similar al previsto en el vigente inciso 3º del artículo 176º del CP, pero con una salvedad importante, desde que aclara ahora que debe tratarse de ventajas o privilegios **a que no tuviere derecho** el deudor, reparando así adecuadamente en las modificaciones de la ley concursal vigente, en cuanto en ciertas condiciones autoriza al deudor a dispensar un trato diferenciado a los acreedores, con una evidente atenuación del principio de la *pars conditio creditorum* en su versión más restrictiva, tenida en cuenta en el diseño del tercer inciso del art. 176 y del art. 180 de la legislación penal vigente. Así, por ejemplo, la ley concursal autoriza al deudor a realizar acuerdos preventivos extrajudiciales con sus acreedores y legitima la realización de propuestas diferenciadas a los acreedores agrupados en distintas categorías previamente aprobadas por el juez concursal[23].

F) Eliminación de la figura de Colusión (art. 180, legislación vigente)

---

[22] "Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, el que, estando facultado u obligado por la ley o por los estatutos de una sociedad comercial a producir documentación o información acerca de su situación económica, la ocultare a sabiendas mediante: a) Publicación, certificación o autorización de un inventario, un balance u otros documentos de contabilidad, falsos o incompletos. b) Información falsa u omisiva a la asamblea, a los accionistas o a una reunión de socios…"

[23] Artículo 41 (LCQ). *"Dentro de los Diez (10) días contados a partir de la fecha en que debe ser dictada la resolución prevista en el artículo 36, el deudor debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo. La categorización deberá contener, como mínimo, el agrupamiento de los acreedores en TRES (3) categorías: quirografarios, quirografarios laborales - si existieren - y privilegiados, pudiendo - incluso - contemplar categorías dentro de estos últimos…".*

Conforme lo expuesto al tratar la figura precedente, resulta coherente que en el Anteproyecto de 2014 no se incluya ya una figura similar a la prevista en el vigente art. 180 del CP.

G) Eliminación de la figura de cooperación a la quiebra fraudulenta de un ente ideal (Art. 178 Ley vigente).

Por otra parte, pensamos que una figura como la prevista en el actual art. 178 no merece ya recepción en el Anteproyecto de 2014, en tanto éste prevé en su art. 10, así como lo hizo el proyecto de 2006, la cláusula del "*actuar por otro*", disposición de la que carece el código vigente, siendo ese vacío legal, como explica Lascano[24], el que parcialmente ha querido ser llenado con el actual art. 178, que regula lo que se conoce como "*quiebra impropia*", entendida como una prolongación de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable, que incorpora como sujetos activos a los directivos y colaboradores de una persona jurídica declarada en quiebra.

No obstante coincidimos con la conveniencia de la inclusión de la cláusula aludida (art. 10, AP 2014), creemos que ello puede exigir una revisión de ciertos aspectos procesales. En efecto, pensamos que frente a la posibilidad de que respondan frente a la cesación de pagos o quiebra fraudulenta de una sociedad sus representantes, será necesario evaluar quiénes podrían resultar legitimados para representar y defender en el proceso penal los intereses del ente colectivo frente al sospechado accionar ilegal de sus administradores imputados.

En tal sentido, pensamos que tras la imputación de los representantes de una sociedad, deberían preverse mejores mecanismos para resguardar los intereses del ente social y de los socios no administradores, sobre todo de quienes representan la fracción minoritaria para la toma de decisiones, dado que no se les reconoce legitimación para constituirse como querellantes particulares, siendo que sus representantes son justamente los sospechados de delito, y quienes paradigmáticamente suelen manejar la mayoría para la toma de decisiones, por ejemplo, aquella necesaria renovación del órgano de administración a fin de instar su constitución en querellante particular y actor civil.

II.3. Sobre el problema de la reiterada prescripción de la acción penal

Evaluados hasta aquí los aspectos novedosos previstos en el Anteproyecto de 2014 con relación a las insolvencias punibles vinculadas a una situación concursal, vemos propicio sólo agregar que no obstante entendemos positivas algunas de las reformulaciones propuestas, si existe real voluntad de que efectivamente se apliquen estas figuras, y no que las mismas se conviertan nuevamente en derecho penal simbólico -como ocurre con las figuras previstas por la legislación vigente- no puede a nuestro criterio hacerse caso omiso acerca de la incidencia de la reiterada y casi inevitable prescripción de la acción penal en la impunidad general de estos delitos.

[24] Nos remitimos al análisis que realiza el Dr. Lascano sobre la actuación en lugar de otro y sanciones a las personas jurídicas incluido dentro del Informe general elaborado por el Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba con relación al Anteproyecto de reforma integral del Código Penal Argentino de 2014.

Pensamos que ello se debe, entre otras razones, a que la *noticia criminis* sobre las maniobras del deudor vinculadas a una situación concursal suele llegar a sede penal casi exclusivamente con motivo de la remisión de oficio de los antecedentes falenciales dispuesta por parte del juez concursal por aplicación del art. 233 de la ley concursal[25], es decir, tras el dictado de la clausura del procedimiento por falta de activo, lo que se hace en virtud de la manda legal sin ninguna denuncia específica. No se observan, en cambio, denuncias previas y –por ende- más oportunas, ya sea tras la presentación del informe general o en algún momento más inicial de la quiebra. Así, la justicia penal interviene casi al final de este proceso, generalmente tras varios años de su tramitación, siendo que el cómputo de la prescripción de la acción penal corre desde la apertura del mismo. Vemos por ello imprescindible la previsión de reglas especiales para el cómputo de la prescripción con relación a estos delitos, reiteramos, si se quiere que la ley penal deje de ser simbólica a su respecto.

En tal sentido, ratificando algunos de los fundamentos que expusimos en propuesta efectuada en Informe Crimint-UNC[26], remitido oportunamente a la Comisión encargada de la elaboración del Anteproyecto de reforma de 2014, postulamos la conveniencia de prever dentro de las reglas que actualmente establece el art. 67 del CP una que indique que **el curso de la prescripción** de la acción penal correspondiente a los delitos concursales quede **suspendido para la quiebra directa[27] desde la fecha de la resolución firme que declara la apertura de este procedimiento, hasta la fecha en que el síndico presenta el informe general** (art. 39, LCQ).[28]

Fundamos la conveniencia de extender la suspensión del cómputo del plazo de prescripción hasta la fecha de presentación por parte del síndico del informe general[29], en

---

[25] Artículo 233 (LCQ). "*La clausura del procedimiento, por falta de activos, importa presunción de fraude. El juez debe comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente.".* La norma establece una especie de presunción de comisión de un ilícito penal, más puntualmente de un fraude, lo que, para algunos autores, resulta violatorio del principio penal de inocencia.

[26] VIDELA, Maximiliano Germán, "Suspensión de la prescripción de la acción penal por delitos concursales durante la tramitación de la quiebra", en: *Informe Crimint-UNC 2012: Reforma del código penal argentino* [et.al.]; LASCANO, Carlos Julio (h) - MONTIEL, Juan Pablo (Coord.), 1a ed., Jujuy, mayo de 2013 (E-Book. ISBN 978-987-29405-0-8, CDD 345).

[27] Pues en la quiebra indirecta ya se contará con el Informe General presentado por el Síndico en el marco del concurso preventivo previamente desarrollado.

[28] Este último aspecto aparece como una variante respecto del informe citado, en donde se postulaba extender la suspensión hasta la fecha de dictado de la resolución que declara la conclusión de la quiebra. La reformulación en este aspecto, obedece a la advertida necesidad de reducir el riesgo de que ciertas falencias del sistema judicial (demoras) tengan que ser soportadas por el deudor, ni más ni menos que en materia de prescripción de la acción penal.

[29] Artículo 39 (LCQ): Informe General del Síndico. *Treinta (30) días después de presentado el informe individual de los créditos, el síndico debe presentar un informe general el que contiene:*

1) El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor.

2) La composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo intangibles.

3) La composición del pasivo, que incluye también, como previsión, detalle de los créditos que el deudor denunciara en su presentación y que no se hubieren presentado a verificar, así como los demás que resulten de la contabilidad o de otros elementos de juicio verosímiles.

4) Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado, y el cumplimiento de los artículos 43, 44 y 51 del Código de Comercio.

5) La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes y, en caso de sociedades, sobre las del contrato social y sus modificaciones, indicando el nombre y domicilio de los administradores y socios con responsabilidad ilimitada.

que es recién a partir de esta presentación que el juez concursal suele tomar un conocimiento más acabado de la real situación y manejo por parte del deudor de su patrimonio, de lo que se puede inferir la sospecha sobre la posible realización de acciones delictivas en fraude a sus acreedores. Pues, entre otras cuestiones, el Síndico presenta aquí un análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor, proporciona elementos enderezados a posibilitar la determinación de la fecha de inicio de su cesación de pagos y hace una enumeración concreta de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados, según lo disponen los artículos 118 y 119.

Para concluir, simplemente queremos reiterar lo que venimos señalando en nuestras opiniones previas sobre la materia analizada, en cuanto destacamos que, más allá de todo esfuerzo por una adecuación legislativa, el problema de la impunidad de éstos y otros delitos de características complejas (por su volumen, especificidad de la materia involucrada y dificultades probatorias, entre otras razones) no será definitivamente resuelto si no se invierte mayor presupuesto y se dispone así de mayores recursos humanos y materiales para alcanzar una eficiente administración del servicio de justicia.

---

6) La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos, hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen.
7) En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter.
8) La enumeración concreta de los actos que se consideren susceptibles de ser revocados, según lo disponen los artículos 118 y 119.
9) Opinión fundada respecto del agrupamiento y clasificación que el deudor hubiere efectuado respecto de los acreedores.
10) Deberá informar, si el deudor resulta pasible del trámite legal prevenido por el Capítulo III de la ley 25.156, por encontrarse comprendido en el artículo 8° de dicha norma.

Lavado de dinero. Fundamentos de su criminalización

Maximiliano A. Vargas

Introducción

En el presente trabajo abordaré tres cuestiones: primero, cuál es el fundamento de la criminalización del lavado de activos. Sostendré que su criminalización no puede ser justificada solamente por su lesión al orden económico. Segundo, qué relevancia tienen los propósitos del autor en la configuración del ilícito. Afirmaré que no lo tienen aunque de todas maneras pueden ser incorporados como elementos definitorios del lavado de activos.

La tercera cuestión se refiere a un asunto de sucesión legislativa: si la ley posterior extrapenal referida al salario mínimo vital y móvil, punto de referencia para establecer la cantidad de dinero lavado, genera o no problemas de aplicación de la ley penal más benigna. Sobre esta cuestión, afirmaré que un cambio a la norma de remisión no afecta el ilícito. Por tanto, la conducta de quien lava dinero por la cantidad fijada en la ley continúa siendo antijurídica aun cuando, con posterioridad, dicho monto se actualice y sea mayor.

A) ¿de qué manera estas conductas lesionan el orden económico y financiero?

Al igual que la ley 26.683, el anteproyecto de código penal ubica al lavado de activos como un delito contra el orden económico y financiero. La norma castiga al que administre el provecho de un delito, lo convierta, transfiera, disponga de él o de cualquier modo contribuyere a su circulación en el mercado, con el propósito de ocultarlo o disimularlo. El autor debe conocer el origen delictivo de los bienes, aunque no sus pormenores de dicho origen, y obrar con el propósito de ocultarlos o disimularlos. El monto de la operación debe ser equivalente a cien SMVM, aunque tenga lugar en un sólo acto, o varios vinculados entre sí.

Para comenzar, supongamos que debemos juzgar a Lavador (L) por haber comprado joyas y metales preciosos con el dinero que ganó vendiendo droga en barrio Villa El Libertador. Supongamos, además, que la operación tiene un monto mayor al fijado por la norma penal y que actúo con el propósito de disimular las ganancias ilícitas.

Antes de dar nuestro veredicto, Lavador nos pregunta ¿qué hice de malo? Nuestra primera respuesta será: compraste joyas y metales preciosos con dinero negro, para hacer pasar las joyas como obtenidas lícitamente. Pero supongamos que Lavador insiste y vuelve a preguntar: ¿y eso por qué está mal? Entonces, nuestra segunda respuesta será: porque nuestro legislador lo prohíbe, en el artículo 172 del código penal. Lavador responde: "Entiendo. Pero ¿por qué el legislador quiere prohibir esa conducta? Entonces, para darle el batacazo final le decimos: "Porque lesiona el orden económico y financiero". Lavador asiente, pero inmediatamente parece un poco confundido. Y nos dice: "está bien, juez. Aunque no me queda claro cuál es el daño que causa comprar joyas con dinero negro. ¿Podría explicármelo, usted? ¿Por qué se supone que sólo me pueden castigar por conductas dañinas, no es así?"

Ahora sí, quienes debemos buscar una justificación somos nosotros. Lavador tiene razón en un punto, a saber: que, en principio, nuestro derecho penal -si quiere denominarse "liberal"- sólo debe castigar conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. Sabemos que el orden económico es un bien jurídico, pues el legislador lo contempló expresamente. Entonces: "¿Cuál es el daño que causó cuando compró joyas con dinero ilícito?", nos preguntamos, sin tener una respuesta a mano. Es que no es tan fácil como

decirle: “Usted lesionó la propiedad de la señora X porque le arrebató su cartera, de manera que ahora ella ya no la tiene más”; o bien, “usted daño la vida de Z, porque con su acción lo mató. Z tenía una vida que, a consecuencia de su conducta, ahora ya no existe más”. Pareciera que “el condenado” nos puso en aprietos, pues no podemos explicarle qué daño puede haber causado al orden económico. ¿Por qué, con su compra, la economía está peor que antes? Estamos a punto de privarlo de su libertad -quizás uno de los valores más importantes para un Estado democrático- aunque no le podemos explicar cuál es el daño que trajo al mundo.

Incluso, uno podría pensar que su acto es beneficioso; pues al comprar las joyas pagó todos los impuestos (que, por el monto de la operación, seguro que son altos). Gracias a su acto, el vendedor de joyas está mejor que si Lavador no se las hubiera comprado, pues, con esa plata, pagará el alquiler de su local, lo cual le permitirá a su locador hacer lo mismo con sus acreedores y estos últimos podrán, al fin, comprar bienes de consumo que, obviamente, será provechoso para las casas de compra, etc. Si esto último es cierto, entonces yo diría que estamos castigando un acto que incentivó el consumo interno; lo cual, obviamente, no podría ser entendido como un daño al orden económico.

Si Lavador está muy informado de nuestra situación actual, podría decir que, en esta materia, el Estado tiene políticas “hipócritas”. Y la razón que invocaría es que en el año 2008 y 2014 sancionó leyes que “fomentaban” el blanqueo de bienes. ¿O acaso no fueron eso, primero, la ley de repatriación de capitales y, segundo, la exteriorización de divisas? Por tal motivo, pareciera que habría que dudar acerca de si el blanqueo realmente lesiona la economía. Incluso, Lavador podría sentirse sorprendido ya que en el año 2013 exteriorizó los “dólares *blue*” (eufemismo mediático que oculta su ilegalidad[1]) que tenía en su casa, fue al banco y a cambio le dieron un CEDIN para poder comercializarlo en la construcción. Sin embargo, ahora por hacer casi lo mismo está a punto de ser condenado.

Pero volvamos al punto principal: qué daño causa el blanqueo de capitales al orden económico. Bien, aquí, rápidamente, quiero hacer una distinción. El acto individual de blanqueo probablemente, o seguramente, no cause ningún daño al orden económico. No obstante, si se lo quiere entender como un delito acumulativo, esto es, el daño se produce si existe un riesgo serio de que todas las personas laven, entonces todavía debemos decir qué tipo de daño causa.

Una tesis señala que lesiona la libre competencia de los mercados. Quien blanquea dinero se financia ilícitamente de manera tal que no cuenta con gastos propios del giro cambiario y esto le permite crecer en mayor medida al resto de sus competidores. Así, puede tener posiciones monopólicas y, por un lado, fijar los precios y apropiarse del ahorro del consumidor y, por el otro, excluir o impedir el ingreso de otros actores económicos en un mercado determinado. No obstante, esta tesis no convence. En primer lugar, nuestra ley de defensa de la competencia, tiene carácter comercial, y sanciona conductas anti-competitivas, que de ningún modo considera criminales. Luego si queremos categorizar al blanqueo en esta última categoría, entonces es porque el blanqueo presenta otras características que justifican su trato diferencial. En segundo lugar, porque el financiamiento ilícito, por sí mismo, no es dañino a la competencia. Para quebrar esta

1 Simplemente quiero agregar que a pesar del carácter ilegal, pareciera que la ciudadanía no advierte que está mal hacer dicha publicidad. Quien piense lo contrario, bajo el argumento de que los medios “sólo informan”, debería aceptar entonces como lícita la publicación de precios de la droga en determinados barrios, el precio que tiene una mujer reducida a trata, las motos robadas en el mercado negro y el precio que cobra un sicario para matar a una persona.

última es necesario un acto ulterior en donde se limite o excluya la entrada de otros competidores. Dicho de otra manera: el blanqueo sería un acto preparatorio de una conducta anti competitiva, pero esta última no es delictiva; luego, ¿por qué debería serlo el blanqueo? Por último, no resulta plausible sostener que un competidor que se financia ilícitamente con un solo acto queda ya en condiciones de excluir o limitar el ingreso de otros competidores.

Otro argumento afirma que el blanqueo produce salidas de capitales al exterior. Quien blanquea en argentina directamente traslada los capitales ilícitos a un "paraíso fiscal", para evitar ser descubierto y gozar de sus ganancias ilegales. Pero este argumento también es débil. Primero, porque si los lavadores tienen dicha necesidad esto es una consecuencia de la prohibición del blanqueo. Caso contrario, lavarían sus bienes en nuestro país. Segundo, ¿por qué deberíamos limitar sólo estos casos de traslado al extranjero de capitales? Si este es el fundamento entonces deberíamos criminalizar los llamados "capitales golondrinas", aun cuando estos obtengan su dinero en forma lícita. Por último, esta razón legitimadora sólo da base para castigar el "blanqueo internacional", pero no el realizado dentro del país, pues acá los capitales quedaron dentro de nuestro territorio y se mueven en nuestro orden económico.

Hay otras posturas que también señalan el efecto corrosivo del blanqueo en la economía. Por razones de espacio, no las trataré aquí. Ellas sostienen que el blanqueo perjudica las tasas de interés y las mediciones macro-económicas. No obstante, considero que estos dos perjuicios pueden ser contrarrestados de manera más eficiente con instrumentos propios de la economía y no con el derecho penal.

En definitiva, entiendo que el orden económico como bien jurídico tutelado es endeble para justificar la intervención del derecho penal en este tipo de casos. Hasta ahora, lo único cierto no es que el lavado perjudica la economía, sino que los Estados temen que si no lo criminalizan pueden sufrir sanciones económicas por parte de otros Estados, principalmente el grupo de los 20, ya que son ellos "recomendado", a través del G.A.F.I. la necesidad de implementar medidas anti-blanqueo en todas las comunidades.

B) Si lo relevante es el orden económico y financiero, ¿por qué el autor debe obrar con el propósito de ocultar los bienes o disimularlos?

En el punto anterior he planteado dudas acerca de si el blanqueo de capitales produce efectos negativos en la economía. Pero supongamos, por un momento, que sí los tiene. E incluso supongamos que basta con una sola operación para que se produzcan.

Así las cosas, el segundo asunto que me gustaría tratar es *el propósito de ocultar o disimular el dinero ilícito*. Según el tipo penal, el autor debe obrar con dicha finalidad. Ahora bien, cabría preguntarse lo siguiente: si la lesión es al orden económico, ¿qué sentido tiene que el blanqueo se realice con ese fin? ¿Cambia en algo que el agente actúe sin dicho propósito? En principio pareciera que no, pues las distorsiones se producirían sólo por el hecho de que los bienes sean puestos en circulación. Supongamos, por ejemplo, que Lavador realiza el acto con tal propósito. Esta sería una primera hipótesis. En la segunda, lo hace sin él. Si lo importante es custodiar el orden económico, ¿acaso no es indiferente cómo lo hace el agente? Para decirlo con un ejemplo: si el derecho penal busca tutelar la vida de las personas, castigando el homicidio, tiene algún sentido que, además, agregue, ya en el *tipo básico*, algún motivo especial (por ej.: ocultar un delito). Evidentemente, ninguno. Pues tanto afecta la vida quien mata sin dicha finalidad, como quien, al momento del hecho, sí la tiene presente. Pareciera, entonces, que en el blanqueo

de capitales el elemento subjetivo no guarda relación con el bien jurídico tutelado (aunque dudo si es imprescindible algún vínculo necesario). La explicación del propósito del autor se vincula más con otro fundamento: cortar el vínculo entre el delito y su producto. Pero esto se vincula más bien con un daño a la administración de justicia.

Más allá de lo señalado, pareciera que el propósito del autor constituye un elemento definitorio del lavado de dinero. Vale decir, que si uno lava, obviamente, lo hace para ocultar bienes de origen delictivo[2]. Desde esta perspectiva el propósito se vincula más con una idea o fenomenología que el legislador tiene del blanqueo de capitales, que a una relevancia sobre el bien jurídico protegido.

C) Fijar el monto del dinero (o bienes) en relación al SMVM, ¿soluciona el problema de leyes penales en blanco más benignas?

La última cuestión es la del monto de dinero que tiene que ser objeto del lavado. La legislación actual establece un monto mínimo de 400.000 pesos. Sin embargo, la anterior fijó una cantidad mayor a 100.000 pesos. Por otra parte, en materia penal tributaria, la evasión debía ser de 100.000 pesos hasta el año 2012, mientras que con posterioridad dichos montos se elevaron a la suma 400.000. El resultado de este cambio debía ser, entonces, que muchos procedimientos en curso debían sobreseerse por aplicación de la ley penal más benigna (pues la ley ahora fijaba una evasión por un monto mayor al anterior).

En el caso del lavado la técnica del proyecto es fijar el monto en 100 veces el salario mínimo vital y móvil. Por un lado, dicho parámetro es dinámico y no fijo como el anterior. Por tal motivo, puede responder mejor a los cambios económicos que sufra nuestro país y a las actualizaciones que disponga el poder ejecutivo. De esta forma se mantendrá constante la necesidad de perseguir los "grandes lavados", sin necesidad de actualizar los montos a través de una nueva ley. (Recordemos que, por ejemplo, en materia tributaria, los 100.000 pesos iniciales estaban previstos para perseguir las grandes evasiones. Sin embargo, con los vaivenes económicos de nuestro país dicha suma podía ser evadida por cualquier comerciante, por lo que, *en ese aspecto*, la norma perdió sentido.)

El lado negativo es que no parece solucionar el problema de las leyes penales en blanco. Si, por ejemplo, el monto de la operación hoy en día es de 450.000 (suma que representaría la cantidad de 100 veces el SMVM) y el juicio se realiza en dos años después (cuando dicho monto representa la suma de 600.000) ¿podrá el acusado invocar la aplicación de la ley penal más benigna? El problema no es menor, porque se trata de montos que diferirán de un año para el otro. Entonces, si la pregunta la respondemos afirmativamente, nos encontraremos con que hay casos de blanqueo que hoy son criminalizados, pero el próximo ya no lo serán más. Por mi parte, creo que una modificación en el salario mínimo vital y móvil no puede generar una aplicación de la ley extrapenal más benigna, pues el injusto realizado por el autor no cambia en nada.

Anexo

Título VIII. Delitos contra el orden económico y financiero. Capítulo V, Ocultación y financiamientos ilícitos. Artículo 172. Lavado de Activos.

Artículo 172.

2 Esta observación se la debo al Dr. José Milton Peralta.

1. Será penado con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de CIEN (100) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días, el que por un único acto o varios vinculados entre sí, administrare o convirtiere el provecho de un delito, dispusiere de él, lo transfiriere o de cualquier modo contribuyere a su circulación en el mercado, sabiendo de su origen delictivo, aunque no conociere sus pormenores, con el propósito de ocultarlo o disimularlo, cuando su valor total supere el equivalente a cien salarios mínimos vitales y móviles.

El inciso 1° corresponde al vigente inciso 1° del artículo 303. Se han eliminado verbos sobreabundantes, que provienen de una técnica legislativa ajena a nuestra tradición, para simplificar el tipo y hacerlo más claro, pues claramente quedan abarcados en la fórmula general de cualquier modo contribuyere a su circulación en el mercado. Se han remplazado la suma fija de la ley vigente por el equivalente en salarios mínimos vitales y móviles.

En cuanto al inciso 2° propuesto, corresponde al inciso 3° del artículo 303° vigente.

El inciso 3° propuesto corresponde al inciso 2° del vigente artículo 303°.

El inciso 4° impone una pena de inhabilitación de tres a diez años para el funcionario en el supuesto del apartado c del inciso 3°.

El inciso 5° corresponde al mismo inciso del artículo 303°.

Los Delitos contra el Ambiente, la Fauna y la Flora
(Título XI del Libro II del Anteproyecto del Código Penal)

Ernesto José Cano

SUMARIO: I) Introducción. II) Concepto de delito ambiental o ecológico. El bien jurídico protegido. III) El Título XI del Libro II del Anteproyecto del Código Penal. IV) El ambiente en el Código Penal vigente. Tipificación penal ambiental comparada. V) Análisis de los artículos incorporados por el Anteproyecto. VI) Conclusiones.

I) Introducción

Me ocuparé en el presente trabajo acerca de los delitos contra el ambiente, la fauna y la flora, receptados en los artículos 204 a 208 del Título XI del Anteproyecto del Código Penal de la Nación Argentina 2014 [1].

Vale la pena señalar que desde la segunda mitad del siglo pasado, se ha ido gestando un movimiento –primero internacional y luego trasladado a los diferentes Estados- que centró la atención en las problemáticas medioambientales que comenzaron a manifestarse con el advenimiento del desarrollo, cada vez más acelerado, tecnológico e industrial y, asimismo, en la necesidad de proveer una regulación normativa que dé solución a las mismas. En nuestro país, la base legal que justifica la regulación penal ambiental se halla en el artículo 41 de la Constitución Nacional (incorporado en la reforma constitucional del año 1994)[2], que recepta el derecho a gozar de un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, lo cual se inspira en compromisos internacionales asumidos por nuestro país tales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente de Estocolmo de 1972 y la Conferencia "Cumbre de la Tierra" de Río de Janeiro ´92. También debemos mencionar el art. 75 inc. 22 de la C. N., por la Convención Americana de Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El delito contra el medio ambiente es una de las actividades delictivas más rentables que tienen lugar alrededor del mundo, con ganancias de miles de millones de dólares. Y está en franco crecimiento. Desde el comercio ilegal de vida silvestre y el transporte ilícito de desechos peligrosos, hasta la pesca ilegal y el comercio de madera robada, el delito contra el medio ambiente es un problema internacional serio que puede

[1] Redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12). Presidente: Eugenio Raúl Zaffaroni. Miembros: León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Rodolfo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

[2] Art. 41 de la Constitución de la Nación Argentina: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos.

afectar la economía de las naciones, la seguridad global e, incluso, la existencia misma. Tómese como ejemplo la tala ilegal de árboles. No sólo contribuye a la deforestación sino que puede causar el incremento de inundaciones, agregando que es sabido que es la principal causante del cambio climático. O tómense las emisiones ilegales de contaminantes del aire. Las Naciones Unidas han estimado que más de dos millones de personas mueren prematuramente cada año debido a la contaminación del aire. Si eso no es lo suficientemente malo, las emisiones tóxicas ilegales reducen la cantidad de tierra cultivable que está lejos de la fuente de contaminación causando, además, enfermedades, hambre y conmoción económica. Por otra parte, considérense los efectos de la matanza ilegal de la vida silvestre y el tráfico de la biodiversidad del planeta. Los criminales despiadados que cazan furtivamente tigres para alimentar el mercado negro han llevado a estos grandes felinos al borde de la extinción dentro de sus propios ambientes naturales, y los tigres no son los únicos[3]. En nuestro país se encuentran en peligro de extinción el armadillo gigante o tatú carreta, el guacamayo verde, el yaguareté, el pingüino de penacho anaranjado, por mencionar sólo algunos animales. Pero no es solamente el efecto sobre el equilibrio ecológico y económico mundiales. Las redes de delincuencia organizada son las responsables de una significativa porción de delitos contra el medio ambiente. Toman mucho cuidado en planificar el tráfico ilegal de piezas de vida silvestre a través de los países y los continentes, y las mismas rutas muchas veces son usadas para el contrabando de armas, drogas y el tráfico de personas. No debe sorprender que los delitos contra el medio ambiente vayan de la mano con otras actividades delictivas como la falsificación de documentos, la corrupción, el lavado de activos y el homicidio. Es claro que existe una dimensión global en el delito contra el medio ambiente que puede ser neutralizado efectivamente sólo con el compromiso combinado y la acción de los sujetos encargados de hacer cumplir la ley, de los gobiernos, de las organizaciones internacionales y del sector privado alrededor del mundo.

En el actual estudio, luego de referirme a los aspectos generales de los delitos ambientales (concepto y bien jurídico protegido, tipificación ambiental comparada), me detendré en la situación existente en relación al ambiente en el Código Penal vigente efectuando un análisis de los artículos incorporados por el Título XI del Anteproyecto en esta materia, finalizando con unas escuetas líneas a modo de conclusión.

II) Concepto de delito ambiental o ecológico. El bien jurídico protegido.

Comete delito ecológico aquel que, sin justificación de interés social, realiza por incuria o interés lucrativo, una acción que tenga por efecto la modificación –de modo grave e irreversible- del equilibrio ecológico, ya sea atentando contra la salud del hombre o las posibilidades de vida animal o vegetal, ya sea provocando una alteración esencial del suelo, el agua o del aire[4]. Por su parte, De los Ríos define al delito ambiental o ecológico como aquella acción típica, antijurídica y culpable o violatoria de preceptos legales o reglamentarios, dirigidas a trastornar nocivamente el ambiente, desmejorando la calidad de vida y que es merecedora de una sanción penal[5].

---

[3] Fuente: http://www.interpol.int/Public/EnviromentalCrime.

[4] Bellorio Clabot, Dino, Tratado de Derecho Ambiental, T. II, Colaboración de Adolfo Godoy Vélez, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 687.

[5] De los Ríos, Isabel, Derecho del Ambiente, Especial referencia a las disposiciones penales, Ed. Isabel De los Ríos, Caracas, 1994, p. 178.

Comparto con De Cuesta Arramendi en relación a que la instrumentación de una adecuada protección penal del ambiente, ampliamente reclamada desde sectores muy diversos, no deja de suscitar importantes controversias en el plano dogmático. Construidas sobre el modelo de los delitos de lesión contra bienes jurídicos de carácter individual, la aplicación de herramientas dogmáticas tradicionales a los tipos penales que tutelan los nuevos bienes jurídicos colectivos –tipos de peligro, más que de lesión, que operan en áreas intensamente reguladas por el derecho administrativo y en las que intervienen regularmente las empresas y personas jurídicas- se enfrenta frecuentemente a dificultades. Aún más, en su función de vías de realización efectiva de los principios fundamentales del derecho liberal, la insistencia doctrinal en su estricto respeto llega a ser tenida hasta por contraproducente desde el prisma preventivo, al dificultar la persecución penal de hechos potencialmente delictivos y merecedores de sanción[6].

Asimismo en coincidencia con Navarro, Asturias y Leo estimo que la utilización masiva de herbicidas químicos, detergentes y fertilizantes inorgánicos, la descarga de grandes cantidades de gases a la atmósfera, la eliminación descuidada e indiscriminada de desechos industriales tóxicos y radioactivos, nos lleva a la conclusión que la única forma de velar por el bien jurídico que se pretende proteger es el ambiente en sentido amplio, incorporándose dentro de este criterio la salud pública[7]. Los bienes jurídicos protegidos se caracterizan por lo siguiente: a) Trascendencia básica para la vida en cuanto que sin ellos será imposible la existencia animada en la biosfera; b) Comportamiento dinámico en cuanto que se integran en los distintos sistemas naturales de los que forman parte, interactuando a su vez entre sí; c) Posibilidad de que la incidencia sobre ellos de conductas humanas de fundamentación económica excedan de su capacidad de autorregulación; d) Énfasis consiguientemente preventivo y subsidiariamente represivo y compensador de las disposiciones públicas (Derecho Administrativo, Derecho Civil) que regulan las conductas implicadas[8]. Se habla en tal sentido de que para el Derecho Penal debe reservarse las conductas más graves y nocivas para la sociedad[9]. El bien jurídico a proteger en los delitos ambientales es el medio ambiente en toda su amplitud, el que pertenece a los bienes jurídicos colectivos y que afecta a la comunidad como tal en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, Es un bien jurídico que se encuentra vinculado a las necesidades existenciales de los seres humanos, como la vida, la salud, la seguridad, la recreación, etc.[10]

La protección del medio ambiente se ha convertido en una de las principales tareas del Derecho Penal en la actualidad, aunque la idea dominante es la tendencia a la descriminalización de la llamada criminalidad de bagatela, sumada a la fuerte tendencia a restringir la pena privativa de libertad y reemplazarla por la multa[11] . Ello es aplicable también cuando la comisión de los delitos son realizados por grandes empresas nacionales

---

[6] De Cuesta Arramendi, José Luis, Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental, MIDA, San Sebastián, España, 2005.

[7] Navarro, Guillermo Rafael; Asturias, Miguel Ángel y Leo, Roberto, Delitos contra la salud y el medio ambiente, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 229/230.

[8] Martín Mateo, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, Tomo I, Editorial Trevium, Madrid, 1991, p. 221.

[9] Passos De Freitas, Vladimir y Passos De Freitas, Gilberto, Crímenes contra la naturaleza, 9º Edición, Editorial Revista Dos Tribunaies, San Pablo, 2012, p. 34.

[10] Passos De Freitas, Vladimir, op. cit., p. 39.

[11] Donna, Edgardo Alberto, "Delito y Medio Ambiente" en Daño Ambiental, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 328.

o multinacionales[12]. En ese sentido, se ha incluido como sujetos de imputación penal a las empresas en varios Códigos Penales de Latinoamérica (Brasil, Venezuela, y en nuestro país). Los tipos penales para que puedan ser aplicados se deben remitir a otras normas complementarias, como las disposiciones administrativas (por ejemplo la determinación de especies protegidas o en extinción), también llamadas normas penales en blanco. Asimismo son aplicables los tipos penales abiertos, a manera de ejemplo, la contaminación que puede producirse a través de múltiples conductas diferentes que se modifican constantemente[13].

Considero muy acertados los dichos de Sánchez Bravo en cuanto sostiene que *"La apelación al derecho penal para la protección del medio ambiente supone considerarlo como uno de esos valores e intereses, como una realidad sin la que no se entiende la sociedad, ni los estados, ni el propio ser humano. Si el derecho penal debe acudir en defensa del medio ambiente es porque es tan importante, tan imprescindible, que un ataque contra el mismo resquebraja los cimientos de nuestra propia existencia."*[14] Este extracto encierra la razón principal que fundamenta la protección del medio ambiente, mediante sanciones y sin ser éste un sujeto de derecho, ya que por su intermedio logran la supervivencia todos los sujetos de derecho. Al reconocerlo como condición *sine qua non* para nuestra existencia, se justifica el castigo para quien lo contamine.

Los delitos pueden clasificarse en delitos de lesión (daños) y de peligro. El tipo de peligro describe conductas que amenazan un bien jurídico de interés colectivo y de trascendencia tan grande que no se requiere que efectivamente causen lesión para castigar al sujeto activo, sino que basta poner en peligro el bien tutelado. El delito ecológico es un delito de peligro; se protege así de tal manera el bien jurídico, que no se requiere que sea destruido sino que es suficiente la simple amenaza de degradarlo[15] . Enrique Bacigalupo expresa que *"la teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico, debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto en el que el riesgo es real o necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere la comprobación, además de la acción, del peligro concreto sufrido por el bien jurídico. En los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción"*[16]. Si bien es cierto que la inclusión de los delitos tipificados como de peligro abstracto no es recomendable en materia criminal, ello se manifiesta como necesario en la protección del ambiente[17].

III) El Título XI del Libro II del Anteproyecto del Código Penal

El Título XI del Libro Segundo del Anteproyecto de Código Penal introduce los "Delitos contra el ambiente, la flora y la fauna". Así reza el articulado:

---

[12] A manera de ejemplos podemos citar el uso de la "talidomida", producida por Grünenthal GmbH en Alemania que provocó el nacimiento de bebés afectados de focomelia, anomalía congénita que se caracterizaba por la carencia o excesiva cortedad de las extremidades (malformación irreversible). En el ámbito de los agroquímicos, el uso del DDT y sus efectos cancerígenos que fuera denunciado por Rachel Carson en Primavera Silenciosa (1962).

[13] Passos De Freitas, Vladimir, op. cit. p. 38.

[14] Sánchez Bravo, Álvaro, "Derecho Penal y medio ambiente en la Unión Europea ¿solución a un fracaso?, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, 15/03/2006.

[15] De los Ríos, Isabel, op. cit. , p. 180.

[16] Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 193.

[17] Passos De Freitas, Vladimir, op. cit., p. 40.

Artículo 204. **Contaminación.** 1. El que violando leyes o reglamentos contaminare aguas, aire o suelo, diseminare enfermedad, plaga o especies biológica o genéticamente alteradas, con grave peligro para la salud humana, de mortandad de animales o de alteración o destrucción significativa de la flora, será penado con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años y multa de SESENTA (60) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días. 2. El máximo de la pena de prisión será de DIEZ (10) años cuando el hecho se cometiere mediante la utilización de residuos legalmente calificados como peligrosos o industriales, o de actividades de servicios. 3. El máximo de la pena será de QUINCE (15) años y el de la multa hasta SETECIENTOS VEINTE (720) días cuando el hecho: a) Tornare impropia para la ocupación humana un área urbana o rural. b) Impidiere el uso público de los ríos, lagos, o lagunas. c) Provocare el desplazamiento, aunque fuere temporal, de los habitantes de las áreas afectadas. d) Causare daños directos a la salud de la población. e) Provocare la interrupción del abastecimiento público de agua de una comunidad. 4. El máximo de la pena será de TREINTA (30) años si se produjere muerte o lesiones gravísimas a una o más personas. Si el resultado fuere por imprudencia o negligencia y se verificare una pluralidad de víctimas, el máximo será de VEINTE (20) años. 5. Cuando el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia, las escalas de penas de los incisos anteriores se reducirán a un tercio del mínimo y a la mitad del máximo. 6. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por estos hechos, en los términos del presente Código.

ARTÍCULO 205º. **Responsabilidad de funcionarios públicos**. 1. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años e inhabilitación de DOS (2) a SEIS (6) años, el funcionario público que, a sabiendas de su irregularidad, hubiere emitido informes favorables a la concesión de licencias o permisos, para actividades contaminantes previstas en el artículo precedente. 2. La misma pena se impondrá al funcionario fiscalizador que, habiendo tomado conocimiento de esas actividades, las hubiere ocultado o tolerado.

ARTÍCULO 206º. **Delitos contra la fauna silvestre, acuática u otros animales.** 1. Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y multa de TREINTA (30) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días, al que cazare o pescare: a) Animales de fauna silvestre o acuática en período de veda. b) Animales de especies protegidas o que estuvieren amenazadas o en peligro de extinción, en cualquier tiempo. c) En lugares expresamente prohibidos o protegidos. d) Con medios prohibidos por la ley por su naturaleza gravemente dañosa. 2. La misma pena se impondrá al que, en violación de leyes o reglamentos: a) Impidiere o dificultare la reproducción o migración de animales de la fauna silvestre, acuática o de una especie declarada en peligro de extinción. b) Alterare o procurare alterar genéticamente una especie silvestre, acuática o declarada en peligro de extinción. c) Dañare o destruyere un nido, refugio o criadero natural, o alterare su hábitat. d) Comerciare o de cualquier forma se beneficiare de los especimenes, restos, productos o partes de los recursos genéticos de la fauna silvestre. e) Matare a cualquier animal propio de los lugares protegidos. 3. El máximo de la pena de prisión será de CINCO (5) años y el de multa SEISCIENTOS (600) días, cuando se emplearen métodos, instrumentos o medios prohibidos por la ley o los reglamentos, que fueren capaces de provocar grandes estragos en la especie de la fauna silvestre o acuática o del área protegida por la ley o los reglamentos.

ARTÍCULO 207º. **Maltrato de animales**. 1. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años y multa de TREINTA (30) a CIENTO OCHENTA (180) días, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales. 2. Se considerarán actos de maltrato: a) No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los

animales domésticos o cautivos. b) Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provocaren innecesarias sensaciones dolorosas. c) Abusar de su empleo en el trabajo sin darles ocasión de reponerse, conforme a las condiciones ambientales, o hacerlo cuando no se hallaren en condiciones adecuadas. d) Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos. 3. Se considerarán actos de crueldad: a) Practicar la vivisección cuando no sea estrictamente necesario por razones de investigación científica, o cuyos resultados conocidos se hayan obtenido con prácticas anteriores. b) Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo con fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie, o por razones terapéuticas. c) Intervenir animales domésticos sin anestesia. d) Intervenirlos sin poseer el título de médico o veterinario, salvo casos de necesidad con fines terapéuticos o cuando fuera practicado con fines de perfeccionamiento técnico operatorio. e) Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia. f) Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones. g) Matar animales grávidos, cuando tal estado fuere patente en el animal. h) Lastimar o arrollar animales, causarles torturas o sufrimientos innecesarios, o matarlos cuando no existieren motivos razonablemente atendibles. i) Realizar actos públicos o privados de riña de animales, corridas de toros, novilladas o cualquier otro en que se mate, hiera u hostilice a los animales.

ARTÍCULO 208º. **Delitos contra la flora.** 1. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y multa de TREINTA (30) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días, el que en violación de lo dispuesto por leyes o reglamentos respecto de las especies de la flora silvestre o acuática: a) Extrajere o utilizare ejemplares en cantidad no autorizada. b) Alterare la especie. c) Impidiere o dificultare su procreación. d) Comerciare o de cualquier forma se beneficiare de los especímenes, restos, productos o partes de sus recursos genéticos. 2. La misma pena se impondrá al que sin autorización, excediendo la que tuviere, o violando las disposiciones legales o reglamentarias o las órdenes legítimas de la autoridad: a) Talare bosques o tierras forestales, para fines distintos al uso doméstico. b) Extrajere o explotare recursos del subsuelo u otros componentes del suelo en áreas forestales. c) Creare, modificare, alterare o eliminare cursos o espejos hídricos, extrajere áridos de cuencas o microcuencas, drenare pantanos, cenagales u otros espacios húmedos de tierras forestales. 3. El máximo de la pena será de CINCO (5) años cuando el delito fuere cometido: a) En el periodo de caída de las semillas, de formación de vegetaciones, o en época de sequía o inundación. b) Contra especies protegidas de la flora silvestre o acuática. c) Con métodos, instrumentos o medios prohibidos capaces de provocar estragos en la especie de la flora silvestre o acuática, o del área protegida.

IV) El ambiente en el Código Penal vigente. Tipificación penal ambiental comparada

El Código Penal vigente no incrimina genéricamente las acciones y las omisiones perjudiciales para el ambiente, pero imputa determinadas acciones que dañan o pueden dañar al ambiente o a sus elementos como son: a) la usurpación de agua y la rotura y alteración de obras hidráulicas con ese fin (art. 182); b) el daño que incluye implícitamente el daño al ambiente (arts. 183/184); c) el incendio, la explosión y la inundación (arts. 186/189); d) la fabricación, el suministro, la adquisición, la sustracción o la tenencia de bombas, materiales o aparatos capaces de generar energía nuclear, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos (art 189 bis); e) el envenenamiento o la adulteración de agua potable (arts. 200 y 203); f) la propagación de una enfermedad contagiosa y peligrosa

para las personas (art. 202); g) la violación de leyes de policía sanitaria animal (art. 206); h) la violación de medidas que la autoridad adopte para impedir la introducción o propagación de una epidemia (art. 205). Gran parte del derecho ambiental penal argentino está en leyes especiales. Por ejemplo tenemos la Ley 22.421 de Conservación de la Fauna Silvestre que reprime penalmente la caza cuando sea furtiva (art. 24 primera parte), depredadora (id., segunda parte) o efectuada mediante procedimientos prohibidos (art. 26). Asimismo podemos mencionar la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos que crea la figura de envenenamiento, adulteración o contaminación ambiental, mediante el uso de los residuos que norma. También existen otras leyes como: la Ley 3.959 de Control y Policía Sanitaria de enfermedades contagiosas exóticas de los animales (arts. 29, 30, 32 y 33), la Ley 12.331 de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas (arts. 17 y 18); la Ley 12.665 de la Comisión Nacional de Museos y Monumentos y Lugares Históricos y Defensa del Patrimonio (art. 8) y la Ley 25.743 de Protección del Patrimonio arqueológico y paleontológico (arts. 39 y 46 a 49). En la Provincia de Córdoba destaco la Ley Nº 7343 titulada de los Principios rectores para la Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente.

En nuestro país, el Proyecto de Código Penal de 2006 incluía un Título dedicado a los delitos contra el ambiente. Así el Proyecto de la Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios incorporaba al Código Penal de la Nación como ley complementaria un capítulo IV "De la Responsabilidad Penal sobre delitos ambientales", pero el decreto 1343/2002, que promulgó la ley vetó los artículos 51, 52, 53 y 54 que lo integraban. En virtud de ello, la Ley 25.612 no contiene un régimen penal específico para los residuos que norma. Siguiendo el mismo criterio del Proyecto de 2006, se ha optado por mantener en el ámbito del derecho administrativo los comportamientos considerados de *peligro abstracto* o meras infracciones de deberes, reservando al campo penal sólo las conductas que impliquen un peligro concreto o una lesión al bien jurídico. De cualquier manera, se han reformulado las tipificaciones del proyecto de 2006, procurando darles mayor precisión. Como ya refiriera, el Código Penal argentino no tiene un capítulo referido a la protección ambiental y en realidad existen pocas normas específicas referidas a la protección de dicho bien jurídico, como los poseen España y Alemania. En Argentina, el medio ambiente no está protegido de manera autónoma, ya que se resguarda en forma indirecta mediante la tutela del bien jurídico salud pública[18]. En tal sentido, a la luz de la normativa penal actual de nuestro país, el derecho penal *"última ratio"* para algunos se limita a los actos que dañen o concretamente pongan en peligro los bienes personales del individuo, como la salud pública[19]. Otros, sin embargo, sostienen que en el caso de la Ley 24.051 (Residuos Peligrosos) el bien jurídico protegido es el medio ambiente y, en su mayoría, acuden al tipo abstracto para su amparo[20].

En este punto, estimo conveniente agrupar en un Título especial del Código Penal los delitos contra el ambiente por su tipología característica, lo que ayudaría a ir creando una teoría jurídica general y a homogeneizar la jurisprudencia sobre esos delitos. Así lo ha hecho con buenos resultados España que los agrupa en su Código Penal en el Título XVI "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente" (arts. 319 a 340) y a continuación trata otros delitos que también afectan al medio ambiente en el Título XVII "De los delitos contra la

[18] Rodríguez Campos, Eloísa, Régimen Penal de Residuos Peligrosos, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 21.
[19] Rodríguez Campos, Eloísa, op. cit., p. 39.
[20] Rodríguez Campos, Eloísa, op. cit., p. 103.

seguridad colectiva" (arts. 341 a 385 ter). Asimismo México los agrupa en su Código Penal en el Título vigésimo quinto "Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental" (arts. 414 a 423). Por su parte, Bolivia los reúne en su Código Penal en el Capítulo X "De los delitos contra el medio ambiente (art. 437-A a K-) ,desde enero de 2000, agregando que ya lo hacía su Ley 1333 General del Medio Ambiente, de fecha 27/04/1992, en el Capítulo V "De los delitos ambientales". Resulta interesante advertir en la experiencia comparada latinoamericana "la presencia de órganos especializados dentro de vías procesales penales ordinarias, tales como fiscalías, cuerpos policiales e incluso juzgados especializados, así como comprobar que en esta región se viene dando el mayor auge del procesal penal ambiental, con lo que se ha revertido la tradicional imagen de copiar los institutos y normas de las legislaciones europeas"[21]. En ese sentido nuestro país cuenta con una Unidad Fiscal de Investigación en Materia Ambiental (UFIMA), la cual dispone la concreción de un acuerdo entre la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y el Ministerio Público Fiscal. Dicha unidad actúa a nivel nacional con fiscales ubicados en diferentes regiones, desempeñando las siguientes funciones: a) colaborar con jueces y fiscales que llevan investigaciones vinculadas a delitos contra el medio ambiente y la salud pública; b) iniciar investigaciones para combatir los delitos ambientales; c) recibir denuncias por casos de afectación ambiental; d) renovar la doctrina y jurisprudencia; y e) capacitar a los peritos en el tema ambiental. La UFIMA pertenece a la órbita de la Procuración General de la Nación y fue creada con dos objetivos principales: generar investigaciones preliminares y apoyar las investigaciones en curso en materia de infracción a la Ley de residuos peligrosos, todos aquellos delitos que protegen la salud pública vinculados con la protección del ambiente, conforme lo determinan los tipos penales establecidos en los arts. 200 al 207 del Código Penal; las infracciones a la Ley 22.421 de Protección y Conservación de la fauna silvestre, así como los delitos conexos con la materia.

V) Análisis de los artículos incorporados por el Anteproyecto

Considero que es innovadora la inclusión de los "Delitos contra el Ambiente, la Fauna y la Flora" dentro del catálogo de bienes jurídicos que prevé el Anteproyecto en estudio. Desde la perspectiva ambiental, ello deviene sustancial, pues el bien jurídico constituye una categoría fundamental del derecho penal, siendo su razón de ser, el motivo que justifica la punición de conductas, y que permitirá interpretar la voluntad del legislador.

Concretamente, el artículo 204 del Anteproyecto recepta el delito de contaminación. Esta palabra, ahora tan frecuente, no figura en el actual Código Penal, por lo que representa una novedad. Según el Diccionario de la Real Academia Española, contaminar significa: alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos. En su lugar una figura parecida en el código vigente está en el artículo 200, el cual se refiere al envenenamiento o adulteración de agua potable, sustancias alimenticias o medicinales con riesgo para la salud. En contraste con el actual artículo 55 de la Ley 24.051, el mismo amplía la gama de conductas punibles, no limitándose a la comisión mediante la utilización de residuos peligrosos. Sin embargo, se construye una estructura típica que exige para la configuración del delito, que la acción se haya realizado "violando leyes o reglamentos", con lo cual pareciera que el límite que

[21] Arce Guillén Mario y Herrera Ugarte, Mariana Herrera Ugarte, "Costa Rica: rumbo a un proceso penal ambiental", Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, 2009, p. 301-302. En:http://www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/tesis/2009/tesis%20proceso%20penal%20ambiental.pdf.

demarca la existencia del delito podría ser el establecido por quien resulte –en cada caso- autoridad de aplicación. Además, el artículo proyectado requiere que la conducta importe un "grave peligro para la salud humana", exigiendo de tal modo un plus de gravosidad en comparación con el régimen de la Ley 24.051. En la iniciativa el daño penado se extiende más allá de la salud humana. Incluye aquellas acciones de polución del agua, aire y tierra que provoquen un "grave riesgo para la salud humana, de mortandad de animales o de alteración o destrucción significativa de la flora". En la actualidad, la Ley de Residuos Peligrosos (24.051) reprime con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal (tres a diez años de prisión), al que contaminare "de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" con los residuos designados como peligrosos por esta norma. Se entiende por residuo industrial a cualquier elemento, sustancia u objeto en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencias o accidentes, del cual su poseedor, productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo. Es también destacable que la pena de la figura básica -que va de tres a ocho años de prisión- se agrava al máximo de diez años de prisión, si el hecho se cometiere mediante la utilización de residuos peligrosos o industriales (siguiendo el espíritu de las Leyes 24.051 y 25.612), así como también en función de los resultados (de magna afectación). Por ejemplo, cuando la contaminación tornara impropia la ocupación humana de un sitio, impidiera el uso público de cuerpos de agua o provocara el desplazamiento de una población, el máximo de la pena será de quince años de prisión. Finalmente, otorga un máximo de 30 años de prisión (la pena máxima prevista por el anteproyecto) cuando la contaminación produjera muerte o lesiones gravísimas a una o más personas.

Asimismo estimo útil referir que las responsabilidades se extienden, previendo incluso la de las personas jurídicas (conforme arts. 59 a 62), y reprimiendo a los funcionarios públicos (art. 205) que a sabiendas emitieren informes favorables a la concesión de actividades contaminantes, o que habiendo tomado conocimiento de su ejecución, las hubieren ocultado o tolerado, a quienes se impondrán penas de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación de dos a seis años.

Por su parte, el articulo 206 acoge los "delitos contra la fauna silvestre, acuática u otros animales". A diferencia del régimen que actualmente se encuentra en vigencia (Ley 22.421), se amplía sensiblemente la variedad de figuras típicas, incluyendo en su objeto a la fauna acuática, la que está expresamente excluida de la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre, imponiéndose una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de treinta a trescientos sesenta días. El articulado se aleja de la técnica de la ley penal en blanco que remite a otra de menor jerarquía, utilizándose el reenvío a "reglamentos" solo respecto de pormenores (delegación que ha sido jurisprudencialmente tolerada), no obstante lo cual se avizoran dificultades probatorias respecto de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Se recepta como agravante con una pena máxima de prisión de cinco años y multa de seiscientos días, el ejercicio de la caza con métodos, instrumentos o medios prohibidos capaces de provocar grandes estragos en la especie o lugar protegido, potencialidad que resulta esencial pues justifica el agravante a la luz de una mayor afectación al medio ambiente, lo que se diferencia del régimen actual que reprime el empleo del método prohibido en sí, e independientemente de la generación de un mayor perjuicio.

Siguiendo con el articulado del Título bajo estudio, se agrega el artículo 207 que prevé el delito de maltrato animal, introduciendo en forma casi idéntica las conductas típicas contenidas en la actual Ley Benítez (14.346) de 1954 que reemplazó a la Ley Sarmiento (2.876) de 1891; pero elevando las penas de prisión de quince días a un año de prisión que establecía la Ley 14.346, a seis meses a dos años de prisión y multa de treinta a ciento ochenta días. Es conveniente dejar en claro que la norma que reprime los actos de maltrato o crueldad contra los animales, comprende conductas que, por disvaliosas que sean, no importan necesariamente una afectación al medio ambiente. El concepto de medio ambiente, comprende el de biodiversidad, del cual la fauna es parte integrante, en tanto coadyuva al equilibrio de los ecosistemas. Pero no cualquier afectación de un componente de la fauna importa un atentado contra el medio ambiente. Si bien la Ley 14.346 reprime conductas que afectan a cualquier ser del reino animal y, por ende, podrían existir casos que se traduzcan en una afectación medioambiental, lo cierto es que en base a las conductas descriptas en sus artículos 2 y 3, parecería que el bien jurídico que allí se recepta se relaciona más con la moralidad pública (con "el patrimonio moral del pueblo", con "el sentimiento social propio de un pueblo civilizado", la norma "protege el sentimiento moral y ético de la comunidad argentina, en defensa y protección de los animales", -conforme el Debate Parlamentario de la Cámara de Diputados de la Nación, del 22/09/1954 y 27/09/1954-) que con el medio ambiente. A modo de ejemplo, podemos decir que la conducta consistente en hacer remolcar un camión con una pareja de caballos constituiría un acto de maltrato animal (art. 2 inc. 6, Ley citada), pero bajo ningún concepto se puede sostener que ello afecta el medio ambiente. Tal incongruencia podría acarrear problemas de atipicidad por falta de afectación al bien jurídico cuya afectación el Titulo reprime. El Anteproyecto acertadamente elimina ese supuesto previsto en la Ley 14.346 de "emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas".

Por último, el artículo 208 innova por completo al incluir los delitos contra la flora, conducta delictiva actualmente inexistente en el ordenamiento jurídico argentino. No obstante la carencia actual, se entiende que la flora constituye un factor indispensable dentro de los ecosistemas y que por ello conforma el concepto de medio ambiente. En tal sentido, desde el derecho comparado se avizora la tendencia actual de tipificar delitos contra el medio ambiente, dentro del cual, además de los expuestos precedentemente, se incluye razonablemente la represión de conductas que afectan a la flora (elemento que –junto a la fauna- conforma la diversidad biológica, en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional). El artículo 208 del anteproyecto prevé prisión de seis meses hasta tres años a quien en violación de lo dispuesto por leyes y reglamentos "extrajera o utilizare ejemplares (de flora silvestre o acuática) en cantidad no autorizada". Y también al que "sin autorización o excediendo la que tuviere" tale bosques o tierras forestales para fines distintos del uso doméstico. En la actualidad, la Ley Nacional de Protección del Bosque Nativo (26.331) faculta a las provincias a que determinen las sanciones. En Córdoba, la Ley 9.814 prevé multas, suspensión de actividades y arresto de hasta 60 días para el que realice un desmonte ilegal. El Anteproyecto también pena a quienes, infringiendo las leyes, comercien u obtengan otro beneficio de los recursos genéticos de la flora y fauna silvestres.

VI) Conclusiones

1) Puedo afirmar que la innovación que pretende el Anteproyecto del Código Penal en el tema objeto de estudio, responde a los llamados de la tendencia jurídica penal de

nuestros días en relación a la materia ambiental, cristalizando un notable avance. Y más allá de las observaciones que puedan realizarse, lo cierto es que este gran primer paso habrá de proseguir con una tarea de evaluación y eventual readecuación, que permita compatibilizar el riguroso pensamiento penal con la moderna visión ambiental. Como ya refiriera, aprecio muy conveniente agrupar en un título especial del Código Penal los delitos contra el ambiente por su tipología característica pues ello ayudará a ir creando una teoría jurídica general y a homogeneizar la jurisprudencia sobre esos delitos.

2) El delito de contaminación es amplio, como lo es el proceso de polución. Resulta necesario aclarar que no es posible concebir un tipo penal que sea absolutamente preciso, menos aún al tratar un tema que podría resultar tan abstracto como la contaminación del medio ambiente, toda vez que los legisladores tienen una imposibilidad física para lograr imaginar todos los casos que debería abarcar la norma. Estamos en presencia de un delito de peligro que, generalmente, se expresa mediante ejemplificaciones. Por estas razones, se puede admitir la configuración de un tipo a través de una enumeración de ejemplos posibles. El texto legal será permisible siempre que sea "lo suficientemente preciso", que claramente incluya las acciones que queremos castigar. Al admitir que, en la configuración del tipo, se incluya una lista ejemplificativa, podría ser de utilidad aclararle a los tribunales que ésta no es una enumeración taxativa sino ejemplificativa, que autoriza mediante buenos argumentos sustancialistas, una interpretación extensiva.

3) Estimo que cuando el artículo 204 inciso 1 del Anteproyecto hace referencia a "diseminar enfermedad, plaga o especies biológicas o genéticamente alteradas", ello es un supuesto distinto al de contaminar, ya que lo que se regula es la diseminación de la enfermedad, plaga o especies biológicas o genéticamente alteradas (OGM´s). En ambos casos, el umbral mínimo para aplicar el artículo 204, inc. 1, es el grave peligro para la salud humana, de mortandad de animales o de alteración o destrucción significativa de la flora. Considero que aquí deberían fijarse con precisión los límites.

4) No coincido en que hay que penar la contaminación sólo cuando hay "violación de leyes o reglamentos", como indica el artículo 200 del proyecto, pues no necesariamente el cumplimiento de determinada reglamentación significa que se obró conforme a derecho, ya que en materia ambiental, es frecuente que, pese a un estricto cumplimiento de la reglamentación, se genere un riesgo o un peligro grave de bienes ambientales. Muchas veces adecuarse a las actuales leyes ambientales no es sinónimo de no contaminar. Esto, debido a que las normas que regulan estándares ambientales (límites de emisiones, vertidos y otros) generalmente son obsoletas e inadecuadas a los nuevos riesgos, o bien, directamente, dichos estándares técnicos no existen, por lo que en este punto deberían adaptarse las mismas.

5) El agravamiento por el uso de residuos legalmente calificados como peligrosos o industriales o de actividades de servicios, omite incluir a las sustancias peligrosas como el PCB´s, el asbesto, determinados agro-tóxicos, etc.

6) Es muy importante incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero estimo que debería ampliarse la tipificación de las mismas para todos los delitos del Título. Entiendo que es un acierto incluir la responsabilidad de los funcionarios públicos y fiscalizadores, tanto en la concesión de licencias, como en el ocultamiento o tolerancia de tales actividades.

7) Observo como un obstáculo que se presenta para la concreción del valor justicia en esta materia, la carencia de medios para una correcta producción y valoración de la prueba ambiental. Se conjugan aquí varios factores como la falta de peritos especializados

en estos procesos, falta de presupuesto para la realización de análisis de muestras que, en su mayoría, requieren de insumos de elevado costo, entre otros. Del mismo modo, los organismos públicos y/o fuerzas de seguridad que podrían actuar como soporte en la producción de la prueba no poseen el equipamiento tecnológico suficiente o de la complejidad necesaria para la realización de los peritajes, en el mejor de los casos; y, en otros, hay que añadir la carencia de recursos humanos técnicamente capacitados para operar los mismos. Todo ello deriva, muchas veces, en la pérdida de la prueba, ya sea por el tiempo pasado desde la extracción de la muestra que provoca su invalidez como tal, o porque si no se toma en el momento preciso, el cambio de condiciones invalida el acto.

8) Considero atinado incluir a los animales tanto terrestres, voladores o acuáticos en sus diferentes situaciones de protección. Está muy bien la cuestión de la protección del maltrato de los animales, al ampliar enormemente lo que dispone la Ley 14.346 del año 1954.

9) También es novedosa la inclusión de los delitos contra la flora. En síntesis, estimo que el Anteproyecto en lo referido a los delitos contra el ambiente es un trabajo importante para el futuro del Derecho Penal Ambiental.

CUADERNO DE CIENCIAS PENALES

Normas editoriales

1. Características

El Cuaderno de Ciencias Penales es una publicación científica, arbitrada, periódica (anual), cuyo propósito es difundir las investigaciones llevadas a cabo por los miembros del Instituto y los especialistas vinculados a él para presentar a la comunidad académica jurídica, nacional e internacional, los resultados de sus trabajos promoviendo el análisis crítico y plural sobe temas relevantes.

Es interdisciplinaria, sin privilegiar perspectivas ni poseer orientación particular y no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores.

2. Contenido

En cada número se publican resúmenes de las distintas investigaciones realizadas, agrupadas en bloques temáticos afines.

3. Normas de recepción y arbitraje

Los trabajos remitidos por los autores serán evaluados por un Comité Editorial y un evaluador externo, en un sistema de referato ciego, considerando su relevancia académica, su originalidad y su estructura formal.

Se comunicará a los autores la aceptación de su artículo para publicar o, en su caso, la conveniencia de una revisión del original o el rechazo de la solicitud. De ser necesario se recurrirá a una segunda evaluación externa, notificándose las decisiones adoptadas.

4. Extensión de los originales

Los originales de los artículos no deberán sobrepasar la cantidad de 20 páginas, tamaño A4, a simple espacio. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias.

5. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

5.1. *Forma del escrito*

El artículo debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 1 copia y en versión electrónica, letra Times New Roman, tamaño 12, a espacio simple.

La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias del o de los mismos (en no más de cinco renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave y key words en número no mayor a cinco expresiones.

5.2. *Abreviaturas y otros signos*

Las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en itálica, salvo que se empleen letras griegas.

5.3. *Tablas y figuras*

Las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla y numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

5.4. *Notas*

Las notas de pie de página deben indicar:

- Apellido y nombre del autor en versalita;

- Título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

- Título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letra versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

6. Material a presentar con el artículo

-Nota dirigida a la Dirección del Instituto de Ciencias Penales solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve *curriculum vitae.*

7. Corrección de pruebas

El Instituto de Ciencias Penales realiza por intermedio del Comité Editorial, la corrección de los artículos presentados por los autores. Dentro de un plazo de cinco días hábiles, a partir de su recepción, los encargados de la evaluación deberán entregar a la Institución los resultados de la misma.

8. Entrega de la publicación al Autor

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá a su disposición un ejemplar del Cuaderno de Ciencias Penales.

ÍNDICE

Palabras Preliminares …….….. 9

Homenaje al Dr. Jorge de la Rúa ……... 12

Comentarios al Anteproyecto del
Código Penal de la Nación …….. 29

Valeria Trotti
A propósito de la *lex certa* y las reglas de interpretación en el Anteproyecto
de Código Penal…….……. 33

José Milton Peralta
Legalidad y justificación en los delitos impropios de omisión…….. 48

María Antonia De La Rúa y Ana Inés Pagliano
Informe sobre la regulación del error en el Anteproyecto de Código Penal…….. 66

José Daniel Cesano
El sistema de imputabilidad en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal
elaborado por la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional
678/12……. 70

Horacio Augusto Carranza Tagle
Regulación de la tentativa, participación criminal y concurso de delitos
en el Anteproyecto de Código Penal 2014…… 80

Carlos Julio Lascano
La actuación en lugar de otro y las sanciones a las personas jurídicas en el
Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014…… 87

Ana María Cortés
La reincidencia y el Anteproyecto de Código Penal de la Nación……. 99

Diego Alejandro Peretti Ávila
El instituto de la reincidencia en el Anteproyecto de Código Penal 2014
—test de compatibilidad—……. 111

Juan Ignacio Martínez Casas
El principio de insignificancia en el tipo de injusto penal……. 123

Álvaro Emilio Crespo
La llamada pena natural (*poena naturalis*), con específica referencia al Anteproyecto de Código Penal del año 2014…… 136

Carolina Prado
Las penas alternativas a la prisión en el Anteproyecto de Código Penal (o la alternativa hacia una vía de "penas diferenciadas")…… 158

Luis María Bonetto, Ana María Cortés y Diego Alejandro Peretti Ávila
El principio de oportunidad y el Anteproyecto de Código Penal de la Nación…. 173

Oscar Tomás Vera Barros
Estudio de los artículos 49 al 53 y 281 del Anteproyecto de Código Penal…….. 181

María Cristina Barberá
Observaciones al Anteproyecto de Código Penal……... 188

Federico Massei
Delitos contra la Humanidad: Genocidio, desaparición forzada de personas y otros crímenes contra la humanidad…… 193

Aída Tarditti
Anteproyecto y algunos delitos vinculados con las Convenciones CEDAW, Belem do Pará y Convención del Niño…….. 205

Elba Cecilia Saucedo Quintana
El homicidio piadoso en el Anteproyecto de reforma del Código Penal argentino 185…….. 216

Oscar Tomás Vera Barros
Estudio del artículo 85 del Anteproyecto de Código Penal…… 225

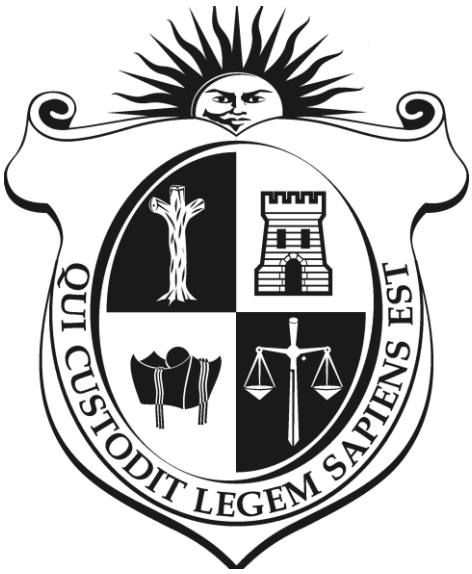
Horacio Roitman y Maximiliano Germán Videla
Las insolvencias punibles vinculadas a una situación concursal en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de la Nación Argentina del año 2014…… 227

Maximiliano Antonio Vargas
Lavado de dinero. Fundamentos de su criminalización…….. 245

Ernesto José Cano
Los Delitos contra el Ambiente, la Fauna y la Flora (Título XI del Libro II del Anteproyecto del Código Penal)…….. 251

Normas de Edición …… 263

Editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Marzo de 2016