

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO DE CÓRDOBA
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

MAYO 2017

3

APORTES PARA LA
REFLEXIÓN Y EL DEBATE
SOBRE TEMAS DIVERSOS
DE ACTUALIDAD PENAL

ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 3

—APORTES PARA LA REFLEXIÓN
Y EL DEBATE SOBRE TEMAS DIVERSOS
DE ACTUALIDAD PENAL —

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
MAYO 2017

**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@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en:
www.acaderc.org.ar

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Autoridades

CARLOS JULIO LASCANO
Director

CAROLINA PRADO
Secretaria

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA
Directora del Cuaderno

Comité Editorial

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

Comité Evaluador Externo

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

Miembros del Instituto

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

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS

© 2017 Copyright Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

Impreso en Argentina - Printed in Argentina

NOTA PRELIMINAR

El presente número del Cuaderno de Ciencias Penales recoge trabajos de investigación sobre temas que los miembros del Instituto propusieron, comentaron y discutieron en sus sesiones ordinarias del pasado año y del primer trimestre de actividades de 2017.

En las variadas cuestiones tratadas, el Cuaderno Número 3 da cuenta de una parte de nuestra labor anual, cuyos frutos el Instituto pone a disposición de investigadores y especialistas a través de esta plataforma digital, a modo de aportes para el debate y la reflexión sobre asuntos de actualidad penal, tanto de nuestro país como del extranjero.

ÍNDICE

- **CARLOS J. LASCANO**
Complicidad a través de acciones neutrales: La imputación objetiva en la participación, en el pensamiento de Luis Greco..... 13

- **JOSÉ D. CESANO**
Enfermos mentales en prisión: un estudio de criminología comparada.... 31

- **HORACIO A. CARRANZA TAGLE**
Robo con homicidio: algunas reflexiones..... 43

- **ANA MARÍA CORTÉS**
La justicia restaurativa y el fin de prevención especial de la pena..... 51

- **ELBA C. SAUCEDO QUINTANA**
Conciliación o reparación integral del perjuicio, como causales de extinción de la acción penal..... 67

- **CAROLINA PRADO**
La regulación de las medidas alternativas a la prisión en España. Las novedades a veinte años de su incorporación al Código Penal, 1995-2015..... 83

- **ROBERTO V. VÁSQUEZ**
Relaciones entre los derechos constitucional, penal y procesal, con motivo de la aprehensión privada en caso de flagrancia..... 97

- **SEBASTIÁN F. GARCÍA AMUCHÁSTEGUI Y MAXIMILIANO G. VIDELA**
Prescripción de la acción penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... 113

- **MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO**
Asociación ilícita en delitos asociativos..... 133

- **ENRIQUE R. BUTELER**
El problema del dolo en el Anteproyecto 2014..... 149

— ENRIQUE R. BUTELER	
Nuevos criterios reglados de disponibilidad de la acción penal (ley 27147)	
Naturaleza jurídica y competencia legislativa nacional.....	157
— DIEGO A. PERETTI ÁVILA	
El problema de la tentativa en el derecho penal griego.	
Palabras preliminares del traductor.....	175
“El comienzo de ejecución del delito”, por Aristóteles Charalambakis	
(trad. por D. A. Peretti Ávila).....	177
— LUIS MARÍA BONETTO	
Sobre el Derecho Penal de la actitud interior (La actualidad del antiguo	
debate sobre la Teoría del Delito)	
Palabras preliminares del traductor.....	185
“Cuestiones tratadas”, por Giuseppe Bettiol (trad. de L. M. Bonetto).....	188
Conclusiones del traductor.....	198

Complicidad a través de acciones neutrales: La imputación objetiva en la participación, en el pensamiento de Luis Greco*

The complicity through neutral actions: the objective allocation in the criminal involvement, according to the thought of Luis Greco

por CARLOS JULIO LASCANO**

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto revisar la intervención en un hecho delictivo ajeno por medio de “acciones neutrales”. De especial discusión en la dogmática alemana clásica, este tema ha recobrado interés en la literatura científica de otros países en las últimas décadas, como consecuencia de los cambios en el modelo de imputación penal.

PALABRAS CLAVES: Participación criminal. Acciones neutrales. Complicidad. Imputación objetiva. Luis Greco.

ABSTRACT: *The present study aims to review the participation in criminal offences committed by another through 'neutral actions'. Widely discussed in the German classical doctrine, this topic has regained interest in the scientific literature from other countries in recent decades, as a result of changes in the model of criminal charges.*

KEY WORDS: *Criminal involvement. Neutral actions. Complicity. Objective allocation. Luis Greco.*

I. Introducción

Pretendemos abordar la intervención en un hecho delictivo ajeno por medio de las denominadas “conductas neutrales” o “acciones neutrales”, respecto de las cuales la dogmática alemana de finales del siglo XX elaboró y debatió un grupo de casos considerados como “ejemplos de cátedra” por RICARDO ROBLES PLANAS¹ en su tesis doctoral publicada en 2003.

El interés por ese problema, calificado en 1999 por KNUT AMELUNG² como el “tema de moda” en la dogmática penal alemana de aquella época y –en menor medida pero con una importante expansión en la doctrina española–, obedece a diversas razones, entre las cuales se destaca que la irrupción de la cuestión de la delincuencia económica –de “cuello blanco”– ha significado que, en muchos casos, las reglas de imputación diseñadas sobre la base de los delitos tradicionales condujeran a castigar conductas de dudoso merecimiento de pena.

* Exposición realizada en la sesión ordinaria del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el día miércoles 10 de agosto de 2016.

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

¹ RICARDO ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003, p. 35.

² *Die “Neutralisierung” geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*, en SAMSON etc. (eds.), “FS-Gründwald”, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 9.

Sin embargo, el problema de la restricción del castigo de la complicidad en caso de conductas cotidianas o profesionales no es nuevo. Como lo recuerda ROBLES PLANAS³, ya KITKA había planteado en 1840 qué sucede si el comerciante A vende a B un puñal con el que B mata a C, cuando A sabía que ello iba a ocurrir. Asimismo, a principios del siglo pasado la jurisprudencia alemana abordó el tan conocido caso de quien suministra carne y vino a un burdel o de quien comete un delito siguiendo el consejo de un abogado.

El destacado discípulo de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ sostiene que desde hace pocos años la polémica sobre la punibilidad de estas conductas se ha reabierto de manera espectacular como consecuencia de los cambios en el modelo de imputación penal de responsabilidad esencialmente provocados por la teoría de la imputación objetiva. ROBLES PLANAS⁴ afirma correctamente que el problema de la intervención en el delito mediante conductas neutrales servirá como ejemplo –y banco de pruebas– de la necesidad de extender la re normativización de la tipicidad a conductas diferentes a las del autor individual.

Coincide con la *relevancia teórica* de dicho tema un joven investigador brasileño, LUIS GRECO, aventajado discípulo de CLAUS ROXIN y BERND SCHÜNEMANN, quien en el “Prefacio” del trabajo publicado en el año 2004 bajo el título “*Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*”⁵, sostiene que el segundo aspecto que torna el tema interesante es su *relevancia práctica*, pues tal vez el lector, impresionado por el carácter artificial de algunos ejemplos clásicos en este campo, esté propenso a fruncir el ceño, en señal de escepticismo. Pero ocurre que la jurisprudencia –no sólo alemana– ha resuelto numerosos casos en los que el partícipe no hizo nada más que realizar una acción cotidiana, que, con todo, acaba por facilitar la comisión del delito principal. Es tal y tanto más común, cuanto más compleja se torna la vida en nuestra sociedad, cuanto más interacciones realizan los individuos con personas extrañas, que en cualquier momento pueden estar dispuestas a aprovechar la oportunidad creada por el comportamiento ajeno para causar daños a terceros.

A continuación GRECO afirma que el tercer motivo que lo llevó a escribir ese trabajo fue *presentar el problema al público brasileño*: «...La exposición de otras opiniones servirá, principalmente, como medida para el desarrollo del propio razonamiento; pero, al mismo tiempo, debe servir para que el lector observe la riqueza del moderno debate jurídico-penal, para que él tenga la impresión de estar ante algo que es apenas la punta del iceberg de lo que está ocurriendo en la moderna ciencia del Derecho, y que nosotros, en Brasil, desconocemos casi por completo»⁶.

Algo similar ha ocurrido en la dogmática jurídico-penal argentina, pues –como veremos más adelante– pocos autores han profundizado estudios sobre las conductas neutrales de participación.

II. Conductas neutrales

No obstante que a partir de las últimas décadas del siglo XX se produjo una literatura científica casi inabarcable sobre el problema de la cooperación neutral en el delito, para lo cual la doctrina utilizaba remanidos ejemplos de cátedra, aún no se ha logrado elaborar una solución reconocida de modo general para conceptualizar y caracterizar a esos comportamientos que se efectúan miles de veces en la vida cotidiana –la mayoría de las

³ Ob. cit., p. 16.

⁴ Ob. cit., p. 17.

⁵ Renovar, Río de Janeiro – São Paulo – Recife, 2004.

⁶ LUIS GRECO, *Prefacio*.

veces en el marco del ejercicio profesional o comercial normal– y que, en casos concretos prestan apoyo a una conducta delictiva ajena.

CLAUS ROXIN⁷, utilizando la definición de MARKUS WOHLLEBEN⁸, considera “acción externamente neutra” o “acción cotidiana” toda acción «que el ejecutor habría llevado a cabo frente a cualquier otro en la situación del autor, porque con la acción –de antemano (también)– persigue fines propios independientes del hecho y del autor y jurídicamente no desaprobados» En sentido similar se había pronunciado KAI AMBOS⁹

En cambio, WEIGEND se acerca en mayor medida a una descripción más clara y completa de los distintos elementos que conforman estas conductas ya que, según el autor, en la mayoría de los casos de actuaciones neutrales se puede afirmar que una persona, conscientemente, ha facilitado a otra la comisión de un delito, pero, por otro lado, su conducta individualmente considerada no se corresponde con la típica imagen de la participación criminal, sino que se mantiene dentro de los parámetros de lo que socialmente se espera de un “ciudadano normal” o de un funcionario o empleado (vendedor, empleado de banca) en el cumplimiento de sus funciones¹⁰.

Para JAKOBS, hay «un ámbito de actuación conjunta dolosa o imprudente en el comportamiento de otras personas, que realiza objetivamente el tipo, sin responsabilidad por esta “intervención” en sentido amplio. Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el “interviniente” realiza una aportación que en sí misma es inocua y cotidiana y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso»¹¹.

Entre los escasos trabajos específicos producidos sobre este tema en la doctrina argentina, se encuentra el de un joven investigador cordobés, GERARD GRAMÁTICA BOSCH. Me refiero a su ponderable artículo publicado en el año 2009¹², donde –en consonancia con la opinión de ROBLES PLANAS¹³– sostuvo que las conductas neutrales son aquéllas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo conscientemente la comisión de un delito. Agrega que se trata de comportamientos que, conformes en sí mismos al ordenamiento jurídico –generalmente, conductas lícitas, inocuas e intercambiables– son aprovechados por terceras personas –autorresponsables– para llevar adelante un ilícito penal.

La clara y precisa definición prescriptiva de ROBLES PLANAS no fue conocida por LUIS GRECO porque los excelentes trabajos de ambos autores fueron casi simultáneos. Contrastando con aquélla, GRECO¹⁴ nos brinda una definición que él mismo califica de

⁷ *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director) José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2014, § 26/220, p. 292.

⁸ *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Beck, München, 1996, p. 4.

⁹ AMBOS, KAI, *La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 8, Madrid, 2001, pág. 196.

¹⁰ WEIGEND, THOMAS, *Los límites de la complicidad punible*, en “Revista de Derecho Penal”, Autoría y participación –II, 2005-2, Dir. Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 64.

¹¹ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 842.

¹² *Conductas neutrales: estado de la cuestión*, en “Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico”, disponible en Internet en <http://www.ciidpe.com.ar/?p=344>, fecha de publicación 04/08/2009, p. 2. Último acceso: 21/05/2016.

¹³ Ob. cit., p. 15.

¹⁴ *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, p. 110.

“abierta” e “imprecisa” y que contiene un *concepto descriptivo*: «acciones neutrales serían todas las contribuciones al hecho ilícito ajeno no manifiestamente punibles».

III. Ubicación sistemática del problema en la teoría del delito

Las opiniones que se han dado sobre la ubicación sistemática de las conductas neutrales en la teoría del delito han sido ordenadas por ROBLES PLANAS¹⁵ en las tres siguientes categorías:

1) La que niega toda relevancia de análisis de dichos casos en cualquier nivel de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, cualquier conducta de cooperación causal para el resultado debe ser considerada complicidad punible; y en última instancia, se acude a la teoría de la pena para graduar su castigo.

Al comentar esta posición, GRAMÁTICA BOSCH¹⁶ –cuyos lineamientos generales nos servirán de precisa orientación– expresa que en nuestro Código Penal una interpretación de esta índole estaría avalada por la falta de límites expresos en la regulación del art. 45. Sobre la base de una interpretación literal de dicho precepto sería posible llegar a una conclusión de tales características. En definitiva, se trata, por un lado, de una postura extensiva del castigo de la complicidad; y por el otro, comprensiva de una concepción causal-naturalística del injusto que, en la actualidad y según la doctrina alemana y española en la materia, es absolutamente minoritaria. El mencionado autor sostiene que esta sería la postura del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

2) La posición que admite la relevancia penal de estas conductas, pero considera que el marco de análisis es el de la justificación, toda vez que la conducta neutral excluye la antijuridicidad penal. Básicamente, se fundamenta en el cumplimiento de las normas que regulan las actividades profesionales como las de los abogados.

3) Finalmente, en la actualidad, es ampliamente mayoritaria la doctrina que ubica la problemática de las conductas neutrales en el *tipo penal*, como lo hacen Roxin, Otto, Ambos, Frisch, Jakobs, Weigend, Schünemann, Schumann, Silva Sánchez, Robles Planas, Feijóo Sánchez, Greco, entre otros.

No obstante, la gran diferencia que debe destacarse entre ellos es la siguiente: algunos autores brindan la solución en el tipo *subjetivo*, es decir, hacen depender la existencia del riesgo penalmente desaprobado del conocimiento o la posibilidad de conocer del primer interviniente, mientras que otros ubican el tema en un nivel de análisis anterior, vale decir, en el tipo *objetivo*. A continuación nos ocuparemos de cada uno de esos grupos.

IV. Límites subjetivos y objetivos de la participación en el delito

Debemos tener en cuenta que si bien las teorías subjetivas difieren sustancialmente de las objetivas, hay un punto importante en común entre ambas doctrinas; las dos pretenden *establecer criterios de aplicación restrictiva* de la responsabilidad del cómplice por acciones neutrales.

1. Perspectivas subjetivas

Las teorías subjetivas pretenden establecer una restricción de la responsabilidad del cómplice, pero más acotada que la prevista por las teorías objetivas. Los partidarios de la corriente subjetiva definen si una conducta, objetivamente neutral es punible atendiendo al

¹⁵ *La participación en el delito*, pp. 51 y 52.

¹⁶ Ob. cit., p. 3, nota 7.

grado de conocimiento que tiene el primer interviniente con respecto al fin delictivo del autor del delito.

1.1. Uno de los máximos defensores de esta corriente de pensamiento es CLAUS ROXIN. Su concepción se basa en la distinción entre los supuestos en los que el sujeto externo conoce la resolución delictiva del autor y aquéllos en los cuales, sin conocimiento especial, meramente cuenta con las intenciones delictivas del autor¹⁷, es decir, si el primer sujeto actúa con dolo directo o eventual.

1.1.1. Si obra con dolo directo en relación al fin delictivo del autor (segundo sujeto), habrá que admitir que hay una complicidad punible sólo si la aportación al hecho principal presenta una “*referencia de sentido delictiva*”

ROXIN es categórico al responder a la siguiente pregunta: ¿es posible castigar como cómplice a quien vende en un comercio un destornillador sabiendo claramente que el comprador lo quiere para cometer un robo?, «Pienso que sí. ...No veo correcto que tales actos comerciales cotidianos deban quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano. Sin embargo, tampoco pretendo sancionar cualquier favorecimiento de actividades delictivas»¹⁸

Por el contrario, se excluye la punibilidad si, a pesar de conocer el fin delictivo del autor, el aporte tiene un sentido *legal*, es decir, tiene sentido con independencia del hecho principal.

1.1.2. Si el primer sujeto obra con dolo eventual, como regla general, debería *excluirse la punibilidad* porque, según ROXIN¹⁹ le está permitido confiar (principio de confianza) en que otros no cometerán hechos punibles, salvo que dicha suposición sea desvirtuada por una *reconocible inclinación al hecho* del tercero. Ésta sería una excepción de la excepción.

Según ROXIN el «supuesto normal es aquél en el que el sujeto que proporciona el medio o instrumento delictivo no sabe seguro qué es lo hará el adquirente con él. En las hipótesis de dolo eventual, en que el tendero le vende un cuchillo a un sospechoso, debe concluirse la impunidad; al contrario de lo que sucede si concurre dolo directo. Por eso, en el caso en que hay una pelea delante de una tienda y uno de los contendientes entra a comprar un cuchillo, si el tendero se lo vende responde a título de participación»²⁰.

En el Seminario realizado en el año 1998 en la Universidad Pompeu Fabra, SILVA SÁNCHEZ²¹ cuestionó el criterio de “referencia de sentido delictiva” utilizado por ROXIN por considerarlo sumamente ambiguo; en el mismo seminario ROXIN, respondió que «ha pretendido combatir... ante todo, la tesis de que la intervención en un hecho delictivo mediante una acción neutral es, sin más, impune. Un criterio de distinción puede ser el de si el

¹⁷ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, § 26/220, p. 292.

¹⁸ ROXIN, CLAUS, *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, “Sobre el estado de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 2000, pp. 177 y 178.

¹⁹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, § 26/241, pp. 299 y 300.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin*, en ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN, FRISCH Y KÖHLER, “Sobre el estado de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 2000, p. 205.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin*, p. 202

fin delictivo aparece, para la acción, en primer plano o, por el contrario, es secundario»²². También JAKOBS señaló en esa discusión que el criterio de ROXIN es ambiguo²³.

En el mencionado evento científico SCHÜNEMANN expresó que, a su juicio, el criterio de la relación de sentido delictiva que propone ROXIN, «encorseta demasiado la solución del problema». Agregó que «por su parte, empezaría por preguntarse si la prohibición de la acción cotidiana de que se trate constituye un medio eficiente en términos político-criminales para evitar lesiones de bienes jurídicos. A tal efecto, recuerda el caso de realización de actos obscenos en un burdel del que hubo de ocuparse hace un siglo *el Reichsgericht*. La cuestión era si el proveer de pan al burdel podía ser constitutivo de participación: y la conclusión fue que no, pues la prohibición de proveer de pan al burdel no evitaría los actos impúdicos allí realizados. En cambio, sí cumpliría tal fin la prohibición de proveer de vino, pues bajo el influjo del vino se tiende a caer más fácilmente en la realización de tales actos»²⁴.

1.2. El discípulo de ROXIN, MARKUS WOHLLEBEN, aunque llega a las mismas conclusiones que su maestro, lo hace en base a una fundamentación parcialmente distinta.

Dicho autor partiendo de la distinción entre objeto de valoración y sujeto de valoración en la determinación de las infracciones de deberes²⁵, piensa que el camino correcto puede estar en una amplia ponderación de intereses, que debe tener en cuenta tanto el interés general de libertad, en el sentido de que sea permitida la práctica de la conducta que contribuye para la realización de un delito, cuanto el interés de protección de bienes jurídicos, que influye en el sentido de la prohibición. En tal sentido, considera que la única solución acertada para valorar los intereses asociados a una acción desde el punto de vista de la colectividad (sujeto de la valoración) es la determinación del consenso social sobre la conveniencia de su permisibilidad. La orientación de la jurisprudencia y la doctrina dominantes tiene igualmente mucha importancia. Se trata de una aplicación de la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY al campo de la ponderación de intereses que comporta una acción de cooperación en el delito²⁶

WOHLLEBEN construye un complejo entramado de reglas y excepciones dependiendo del grupo de delitos en los que se quiera apreciar la participación punible. Tales reglas pueden resumirse en dos grandes postulados: a) hay complicidad cuando el interviniente prevé la comisión del hecho o era evidente la inclinación al hecho del autor²⁷; b) si la comisión del hecho sólo se contempla como posible (dolo eventual) no existe complicidad punible²⁸.

GRECO²⁹ sostiene que la ponderación no lo convence porque no deja de ser algo vacío, aunque fueran enunciados varios criterios para concretizarla. Ella puede ser un punto de partida, pero nunca de llegada en una construcción teórica. Además critica la cantidad

²² *Ídem*, p. 203.

²³ *Ídem*, p. 203.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin*, pp. 204 y 205. Veremos más adelante que la posición expuesta por Schünemann ha orientado, en líneas generales, la de Robles Planas.

²⁵ WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996, p. 117.

²⁶ *Ob. cit.*, p. 124.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 160.

²⁸ *Ob. cit.*, p. 163.

²⁹ *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, p. 60.

de criterios que WOHLLEBEN menciona sin orden ni lógica aparente, cuya interacción permanece en misterio³⁰.

2. Perspectivas objetivas

Un importante sector de la doctrina considera que el análisis correcto de la situación debe llevarse a cabo en sede del tipo objetivo. En general, los autores que niegan el castigo de las conductas neutrales en el tipo objetivo argumentan en base a razones de carácter pragmáticas y sistemáticas.

En nuestros tiempos es claramente minoritario el sector de la doctrina que defiende, conjuntamente con una discutida concepción que fundamenta el castigo de la participación, la exclusiva necesidad de la presencia de causalidad y dolo para comprender que una conducta de favorecimiento a un hecho principal es antijurídica. En este sentido, es ampliamente reconocido que, a la hora de analizar cualquier forma de intervención en el delito, la mera causalidad no es suficiente para afirmar la imputación de la conducta. Además, hay un importante consenso en considerar que el mismo tipo objetivo de la complicidad necesita de restricciones³¹.

Estas restricciones se han ido trazando de la mano de las siguientes teorías: 1. prohibición de regreso; 2. adecuación social; 3. adecuación profesional; 4. solidarización con el injusto ajeno; 5. incremento del riesgo; 6. principio de confianza y autorresponsabilidad.

En forma breve, se tratará de describir las características principales de las distintas teorías previamente mencionadas:

2.1. Para hablar de la primera, es importante distinguir a qué teoría de la **prohibición de regreso** nos estamos refiriendo, ya que a grandes rasgos podemos hablar de tres: a) teoría clásica de FRANK; b) la llamada “nueva teoría de la prohibición de regreso”; y c) la diseñada por JAKOBS.

Las diferencias entre una u otra teoría son relevantes e impiden hablar de la existencia de *una* teoría de la prohibición de regreso. Mientras que la teoría tradicional de FRANK se desarrolla sobre una comprensión causal del tipo objetivo; la “nueva teoría” parte, en términos generales, de un concepto de imputación desligado de la causalidad, pero vinculado a referentes pre jurídicos (dominabilidad, controlabilidad y autorresponsabilidad); por último, la teoría de JAKOBS se confecciona de forma exclusivamente normativa, esto es, desprovista de todo aspecto meramente naturalístico;

2.2. La teoría de la **adecuación social** ha sido ideada y creada por WELZEL. Según este autor, «...las acciones que se mueven dentro del orden ético-social históricamente establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del ámbito del injusto», incluso cuando caen dentro del tenor literal de un tipo penal³².

2.3. La **adecuación profesional** de HASSEMER³³. En general, las distintas contribuciones de la doctrina han tenido como epicentro la actividad bancaria con respecto a los hechos delictivos cometidos por sus clientes. Se constata, de tal forma, la aplicación de la

³⁰ Ob. cit., p. 89.

³¹ Robles Planas, ob. cit., pp. 79 y 80.

³² WELZEL, HANS, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, núm. 58, 1939, pp. 491 y ss., citado por ROBLES PLANAS, ob.cit., pág. 93. La crítica más significativa que se le ha formulado a la idea de Welzel ha sido aquella que la considera una fórmula excesivamente vaga e imprecisa, y, a pesar de ello, favorece, conscientemente, un delito ajeno.

³³ HASSEMER, WINFRIED, *Professionelle Adäquaz*, Wistra, 1995, p. 41 y ss. Y 81 y ss.

teoría de la adecuación social de WELZEL pero supeditada siempre a contextos y actividades profesionales determinados y expresamente regulados. Se considera socialmente adecuada la conducta de aquel individuo que se comporta conforme a las normas o usos habituales de la *actividad profesional* que desempeña.

2.4. SCHUMANN³⁴ es quien elabora la teoría relativa a la **solidarización con el injusto del autor**. El mencionado doctrinario parte de una concepción distinta sobre el injusto de la participación delictiva, criticando la teoría de la causación al considerar que sus soluciones son incompatibles con el principio de autorresponsabilidad³⁵.

Para SCHUMANN la razón por la que se puede hacer responsable a un partícipe reside únicamente en su particular *desvalor del acto*, consistente en la solidarización con el injusto del autor. «La participación exterioriza un *desvalor socialmente insoportable* en tanto que el partícipe se solidariza a través de su aportación con el injusto doloso ajeno, esto es, se “coloca de manera identificable de parte del injusto”»³⁶.

2.5. Un **criterio cuantitativo** representado en el pensamiento del **incremento del riesgo**. ROXIN³⁷ es, precisamente, uno de los defensores de esta teoría. Básicamente, se afirma que la creación de un riesgo por parte del cómplice consiste en un incremento del riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico protegido;

2.6. El **principio de confianza** puede ser, también, utilizado para establecer los límites de la participación punible. Se afirma que «quien realiza aportación que en sí misma es conforme a Derecho, no tiene por qué contar con el uso incorrecto (delictivo) que un tercero haga, a pesar de que ello sea previsible o probable»³⁸.

2.7. A partir de las enseñanzas de STRATENWERTH³⁹ se considera que en la base del principio de confianza se encuentra el de **autorresponsabilidad**, mediante el cual «...no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la del otro. En este sentido, no forma parte del ámbito de responsabilidad de quien se comporta cuidadosamente impedir las consecuencias que resulten de la conducta descuidada de otro individuo. La autorización para confiar en el comportamiento correcto de los terceros se da en tanto los terceros sean sujetos responsables y a cuya propia esfera de responsabilidad se le deban imputar sus propias infracciones».

2.1. Las nuevas tendencias en las perspectivas objetivas

En el ámbito de los límites de la participación, caracterizados por su naturaleza objetiva, me detendré brevemente en el análisis de las teorías propuestas por JAKOBS, FRISCH, Y GRECO.

³⁴ SCHUMANN, HERBERT, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, cit. por ROBLES PLANAS, ob. cit., pp. 101 y 102p. 44 y ss.

³⁵ SCHUMANN, HERBERT, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, p. 44 y ss.

³⁶ SCHUMANN, ob. cit., p. 57, cit. por ROBLES PLANAS, ob. cit., p. 102.

³⁷ *Strafgesetzbuch*, en “Leipziger Kommentar”, Berlin, New York, 1985, §27, núm. 2, cit. por ROBLES PLANAS, ob. cit., p. 105 y ss.

³⁸ ROBLES PLANAS, ob. cit., p. 107. El principio de confianza tiene, originariamente, una importante aplicación en el fenómeno de la circulación de vehículos, extendiéndose a aquellos sectores en donde exista división del trabajo.

³⁹ STRATENWERTH, GÜNTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, die Straftat*, 3ª ed., Köln, 1981, núm. marg. 1.155, 4ª ed., Köln, 2000, 15/64, cit. por ROBLES PLANAS, ob. cit., pp. 108 y 109.

2.1.1. JAKOBS⁴⁰ fundamenta la exclusión de la punibilidad del cómplice sobre la base de *dos ejes fundamentales* de su teoría:

a) En primer término, su concepción de la prohibición de regreso, que es una de las cuatro instituciones básicas sobre las que construye su teoría de la imputación objetiva⁴¹. Para JAKOBS la prohibición de regreso es el reverso de la participación punible, configurando así los límites de la responsabilidad, porque existe una prohibición de regresar a la conducta de quien no ostenta una posición de garante con respecto a las consecuencias que se deriven de la propia conducta⁴².

b) En segundo lugar, su tesis de los roles. A los fines de poder determinar el carácter dominante -o no- del fin delictivo, se debe acudir al sentido objetivo de la acción, lo que coincide, según JAKOBS, con la idea de *rol*.⁴³ Por ello es correcto decir que JAKOBS no ha creado una teoría *ad hoc* sobre las conductas neutrales, sino que el tratamiento de estas es absorbido por su teoría de la imputación objetiva, fundada en el quebrantamiento de un rol⁴⁴.

Para JAKOBS, en un primer momento de su estudio, lo importante es determinar «en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias»⁴⁵. De esta forma, considera que es posible excluir la responsabilidad del primer interviniente, en el ámbito de la prohibición de regreso, en aquellos casos en donde sea dable un *distanciamiento* de aquél. Es decir, la cuestión decisiva es determinar si una conducta debe anexarse al plan delictivo del autor o si, por el contrario, se puede distanciar de dicho plan⁴⁶. Ahora bien, ¿cuándo se daría este distanciamiento? Cuando «su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción...del ejecutor, pues entonces el “interviniente” ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización. El “interviniente” no ha pretendido ningún riesgo especial»⁴⁷. De acuerdo al autor, la «causación fuera de un contexto delictivo no es más que la creación de una situación en la que otro cometerá un delito, y esto significa...actuar sin responder por la causalidad por el mero hecho de conocerla»⁴⁸. Por el contrario, afirma la responsabilidad

⁴⁰ Este autor propugna la idea según la cual los distintos aspectos destacados aisladamente por algunos autores (p. ej., teoría de la adecuación social, prohibición de regreso clásica, principio de confianza y fin de la norma) deben reunirse en una *teoría general* si lo que se pretende es lograr una imputación penal que se lleve a cabo sistemáticamente (JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 843 y ss.).

⁴¹ De acuerdo a este autor, «un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida». Se «trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo», JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, ob.cit., p. 216.

⁴² ROBLES PLANAS, ob. cit., pp. 92 y 93.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Informe sobre las discusiones. V- Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin*, en “Sobre el estado de la teoría del delito”, ob.cit., p. 203.

⁴⁴ GRECO, LUIS, *Cumplicidade através de ações neutras...*, p. 38.

⁴⁵ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, ob.cit., pp. 843 y 844.

⁴⁶ JAKOBS, GÜNTHER, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, en “Moderna dogmática Penal. Estudios compilados”, 2ª ed., Porrúa, México, 2006, p. 370. Afirma JAKOBS que «en los casos en los que concurre un comportamiento que no es directamente lesivo, es necesario averiguar cuándo hay razones para que el plan del otro ataña a quien causa de manera mediata», *idem*, p. 371.

⁴⁷ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 844.

⁴⁸ JAKOBS, GÜNTHER, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, p. 381.

del primer interviniente cuando éste define «su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, [cuando] sólo puede motivarse por el plan delictivo»⁴⁹. Sin perjuicio de lo anterior, JAKOBS no descarta el castigo por la infracción de un deber de solidaridad (omisión de socorro)⁵⁰.

En un segundo momento de análisis, JAKOBS relativiza su criterio inicial y lo reformula hacia la idea de configuración de la prestación de forma que se *adapte al contexto delictivo*. Esto es, el partícipe «específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro del contexto delictivo de comportamiento»⁵¹. Con la idea de concretar el sentido objetivo del comportamiento, JAKOBS acude, por un lado, a la configuración específica de la conducta; y por el otro, al *contexto* en el que ésta se enmarca⁵². En este punto coincidimos con GRAMÁTICA BOSCH⁵³, para quien se lo podría criticar a JAKOBS por no llevar su tesis hasta sus últimas consecuencias, es decir, según su propia lógica dicha conducta adecuada socialmente debería ser impune y, en última instancia, sancionarse penalmente por incumplimiento de los deberes de solidaridad. Por último, se debe resaltar que, en la teoría de este autor, los conocimientos especiales son irrelevantes⁵⁴.

Una de las pocas obras que en la dogmática jurídico-penal argentina aborda el tema de la “*exigencia de aporte no banal del partícipe*” es la de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR⁵⁵, quienes expresan: «Respecto de la *participación*, es claro que el partícipe, por definición, carece del dominio del hecho y, por ende, en el aspecto objetivo de su tipicidad dolosa, no puede operar la *dominabilidad* como criterio limitador imputativo en la tipicidad objetiva. Careciendo de este criterio imputativo cuando no se trata de autores, cualquier aporte causal, por banal que sea, limitado sólo en el tipo subjetivo por el dolo de cooperar o facilitar, sería imputado como complicidad. Para evitar esta consecuencia, Jakobs acude a la exclusión de los aportes realizados en función de *roles banales* o *roles cotidianos inocuos*, lo que le permite establecer una *prohibición de regreso* respecto de la imputación por complicidad. El criterio que no resulta convincente en la autoría, donde el dominio del hecho determina un cambio de rol, sin embargo parece satisfactorio en la complicidad, que clama por un límite objetivo y donde no puede apelarse al dominio del hecho»⁵⁶.

Los profesores de la Universidad de Buenos Aires basan su rechazo a la posición de JAKOBS, «en la medida en que en estos casos define los límites del rol con la infracción de deberes administrativos, pues se acerca mucho al *versari in re illicita*, dado que desde esta

⁴⁹ JAKOBS, GÜNTHER, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, p. 374. También, «cuando quien causa de forma mediata adapta su comportamiento al plan de otro», *idem.*, p. 374.

⁵⁰ JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 251.

⁵¹ JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 253. El autor también afirma la responsabilidad del partícipe cuando la prestación que éste realiza es peligrosa en sí misma. Se trata de prestaciones que suelen estar prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas (p. ej., entrega de armas sin licencia; materiales radioactivos no autorizados; suministro de explosivos o estupefacientes cuya circulación está prohibido o restringida). *Idem.*, p. 252.

⁵² JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 254. Un *contexto marcadamente delictivo* puede, según JAKOBS, fundamentar una imputación excepcional del hecho aún cuando el comportamiento es una conducta por sí misma estereotipada como adecuada en la sociedad. *Idem.*, p. 254.

⁵³ *Conductas neutrales: estado de la cuestión*, p. 11, nota 41.

⁵⁴ «Quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde, y ello con independencia de lo que piense y conozca...», JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 254.

⁵⁵ *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, § 33, pp. 511 a 513.

⁵⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *ob. cit.*, p. 512.

perspectiva el rol no sería limitativo del poder punitivo. Para evitar esta consecuencia, corresponde adherir a la tesis del rol como límite a la relevancia típica del aporte objetivo de la complicidad, pero sólo *in bonam partem*, sin admitir ninguna ampliación del rol en función de infracciones administrativas»⁵⁷.

2.1.2. Analizaremos someramente la construcción de **FRISCH**, quien inserta la problemática de las conductas neutrales en una *teoría general del comportamiento típico*. La idea básica de su teoría –que GRECO⁵⁸ ubica entre las “teorías (modernas) mixtas” – es que un comportamiento sólo será típico si su prohibición penal fue *idónea, necesaria y adecuada para la protección de bienes jurídicos*⁵⁹.

FRISCH parte de una idea central en su análisis, a saber: la ponderación entre la libertad general de actuar y la protección de bienes jurídicos. El profesor alemán señala que «la sanción por un delito de comisión activa requiere que se haya producido por exceso en el uso de la libertad. Así, la fundamentación de la sanción en estos casos debería partir de acreditar que el sujeto ha cometido un exceso en su libertad jurídicamente definida. (...) Para ello deben utilizarse criterios objetivos; los subjetivos –la mala voluntad–, si el sujeto se mueve en el marco de lo jurídicamente permitido, son insuficientes. Pues bien, en el caso de las acciones cotidianas se trata de conductas que, al menos en los ejemplos normales, pertenecen a la libertad jurídica; así la cuestión es cuándo podemos decir que el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad. Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo de otro. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros. Así, en algunos de ellos, FRISCH propondría el recurso del delito de omisión del deber de socorro»⁶⁰.

Según FRISCH: a) los elementos subjetivos no son suficientemente idóneos para solucionar los casos que se proponen; b) la vía de solución debe encontrarse en los límites objetivos; c) las conductas neutrales se mueven, por lo general, en el ámbito de la libertad jurídica de actuación; d) se excede dicho ámbito cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo; y por último, e) se admite la posibilidad del castigo por incumplimiento de un deber general de solidaridad (omisión del deber de socorro)⁶¹.

Para dicho autor «debe hablarse de una conducta con sentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitación o facilitación de una conducta delictiva ajena»⁶². Sólo será ilícita aquella conducta con un *indudable* significado delictivo, esto es, cuando la conducta se acomoda de tal manera a la posibilitación o facilitación de la conducta delictiva del eje-

⁵⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, ob. cit., p. 512.

⁵⁸ *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, pp. 73 y 74.

⁵⁹ FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, cit. como *Verhalten*, p. 70, por GRECO, LUIS, ob. cit., p. 73, nota 222.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 203 y 204.

⁶¹ GRAMÁTICA BOSCH, GERARD, *Conductas neutrales: estado de la cuestión*, p. 11, nota. 43.

⁶² FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, ob.cit., pp. 285 y 286.

ctor que, su propio contenido de sentido, se agota en dicho favorecimiento o posibilidad.

FRISCH busca concretar su principio atendiendo a los siguientes criterios: la cercanía al hecho principal de la acción del cómplice; que éste actúe a petición expresa del autor o que exista una especial posición de deber⁶³.

2.1.3. En tercer lugar, encontramos el punto de vista de **LUIS GRECO**, quien parte del criterio de FRISCH sobre la *inidoneidad para la protección del bien jurídico concreto*, quien –según GRECO⁶⁴– «estaba en el *camino cierto*, y que basta proseguir en esta línea, sin tropezarnos en ideas como las de sentido delictivo o la de violación de la norma de solidaridad para llegar al lugar de destino: una teoría consistente y bien fundada de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en la participación».

El profesor brasileño sostiene que podemos aplicar el principio de proporcionalidad al problema de las contribuciones no manifiestamente punibles, y declarar que ellas sólo lo pueden ser si la prohibición se mostrara proporcional, por ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Veamos, ahora, en qué medida estos componentes se muestran como ideas aprovechables⁶⁵.

A continuación expresa: «La prohibición, para ser legítima, debe ser una medida *idónea*,.... Que esa medida es tenida por idónea en la generalidad de los casos de participación, no se puede poner en duda –como deriva de los dispositivos legales que ordenan que ellos sean punibles (principalmente, art. 29 C.P.). Pero hay que cuestionar que esta idoneidad se presente en todos los casos de acciones neutrales. *Las contribuciones neutrales, justamente por no ser manifiestamente ilegales, acostumban presentar carácter ubicuo, pudiendo ser obtenidas en todo lugar, sin mayores dificultades –lo que puede tornar de veras inútil la prohibición de que se preste una de estas contribuciones.* Veamos, por ej., nuestro caso 2: en principio, hay ferreterías en todo y cualquier lugar. De qué serviría prohibir a nuestro vendedor vender el hacha al futuro autor, si este podría adquirirla en la próxima esquina, de un vendedor menos esclarecido) De la misma forma, hay panaderías por todos lados. Limitar la libertad de nuestro panadero, en el caso 4, no tiene la menor idoneidad para proteger la vida de la víctima, una vez que el autor, ya decidido, de cualquier manera, a realizar el hecho, caminando cien metros más podrá comprar otro trozo de pan. *La falta de idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico se revela, así, como un punto de vista del cual se puede esperar alguna contribución para solucionar nuestros problemas*»⁶⁶.

Después de descartar que los otros dos componentes del principio de proporcionalidad (la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto) sean de utilidad para fundamentar su posición, GRECO precisa el criterio de idoneidad de la siguiente manera: «...exigir la idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico en abstracto es exigir demasiado. Basta que ella proteja *el bien jurídico concreto*. O sea: *no es preciso que la no realización de la acción prohibida salve el bien jurídico; basta que ella mejore, de alguna manera, la situación de éste.* Exigir más que eso sería formular para la participación más exigencias que no se formulan en ningún otro sector de la teoría del delito. Pues aquél que corta la garganta de un condenado a muerte comete homicidio, aunque la no realización de

⁶³ WEIGEND, THOMAS, p. 70, cit. por GRAMÁTICA BOSCH, GERARD, *Conductas neutrales: estado de la cuestión*, p. 12, nota. 45.

⁶⁴ *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, p.135.

⁶⁵ GRECO, LUIS, ob. cit., p. 138.

⁶⁶ GRECO, LUIS, ob. cit., pp. 138 y 139.

esta acción sea insuficiente para salvar el bien jurídico; basta el hecho de que la víctima habría vivido más tiempo, que la situación de la víctima estaría mejor sin la práctica de la acción prohibida»⁶⁷.

Luego se interroga sobre: el significado de “*mejorar de alguna manera*”, respondiendo: «Corresponde, primero, observar que “mejorar” no es lo mismo que “modificar”. Toda vez que un potencial cómplice niega su contribución, él está modificando el curso del hecho principal. Aunque haya diez panaderías en un radio de cien metros, si nuestro panadero del caso 4 se niega a vender el pan, el hecho principal será, en tal caso, modificado, porque será un homicidio realizado con otro pan. Mejorar presupone, así, más que eso, más que el simple hecho de que las cosas habrían ocurrido de modo ligeramente diverso. Y tal vez alguien objete que la negativa de nuestro panadero mejoraría, sí, la situación del bien jurídico, porque éste sólo podría ser atacado cinco minutos después —el tiempo en que el autor principal sale de la primera panadería y entra en la segunda. Pero tampoco esa mejora (si es que tal palabra se muestra apropiada) es bastante. *Mejorar, en el sentido del criterio propuesto, presupone una mejora relevante, menos que salvar, pero más que modificar*»⁶⁸.

En consecuencia, el criterio propuesto por GRECO se puede sintetizar así: «*la exigencia de idoneidad de la prohibición significa que sólo habrá riesgo jurídicamente desaprobado si la no realización de la acción prohibida representara una mejora relevante en la situación del bien jurídico concreto*»⁶⁹.

En el apartado siguiente GRECO se refiere al alcance de su *criterio de la idoneidad de la prohibición para mejorar la situación del bien jurídico concreto*⁷⁰, en relación a los casos de complicidad. Allí expresa que tales casos «se caracterizan, por regla general, por existir ya alguien decidido a realizar el hecho, e igualmente cuando la contribución es prestada antes de la decisión del autor principal, ella no podrá provocar esta decisión, de lo contrario tendríamos una instigación. La idoneidad de la prohibición para proteger bienes jurídicos es, aquí, mucho menor que en los otros casos, toda vez que aquél que ya ha decidido realizar el hecho muchas veces puede prescindir, totalmente, de la contribución del cómplice y aún así realizar su objetivo, la lesión del bien jurídico. Siendo así, es posible que la prohibición se muestre inidónea además de los casos arriba apuntados (tentativa inidónea, comportamiento alternativo conforme al derecho). Si el principio de idoneidad tiene en la complicidad campo de aplicación más extenso que en la autoría y en la instigación, ello se debe también a motivos estructurales: la existencia del tercero ya decidido a realizar el hecho»⁷¹.

Finalmente, luego de responder las posibles críticas a su criterio y de proponer las soluciones a los casos planteados al comienzo de su obra, GRECO⁷² arriba a las siguientes conclusiones:

«1. La confusión existente respecto del tratamiento de las contribuciones neutras para hechos delictuosos de terceros deriva de la falta de claridad con que fue colocado el problema, en especial, de la inexistencia de consenso respecto de los fundamentos de la no punición.

⁶⁷ GRECO, LUIS, ob. cit., p. 141.

⁶⁸ GRECO, LUIS, ob. cit., pp. 141 y 142.

⁶⁹ GRECO, LUIS, ob. cit., pp. 142 y 143.

⁷⁰ Como el propio GRECO lo denomina en su libro *Un panorama da Teoría da Imputação Objetiva*, Lumen Juris Editora, Río de Janeiro, 2005, p. 73.

⁷¹ GRECO, LUIS, ob. cit., pp. 145 y 146.

⁷² GRECO, LUIS, ob. cit., pp. 169 y 170.

2. Por acción neutra se entiende toda contribución no manifiestamente punible al hecho ilícito ajeno.

3. El problema de las acciones neutras debe ser resuelto en el tipo objetivo de la complicidad, específicamente, en la valoración del riesgo creado como jurídicamente desaprobado o permitido.

4. El principio de proporcionalidad, principalmente su sub-principio, de idoneidad, puede ser utilizado como directriz de interpretación para restringir el alcance del tipo objetivo de la complicidad. Sin embargo, hoy en día se apoyaría en una forma menos acentuada en el principio constitucional de proporcionalidad, esto en razón de un cierto escepticismo que acabó desarrollando con los años respecto de la llamada “constitucionalización del Derecho Penal”⁷³.

5. Así, contribuciones que pueden ser obtenidas en cualquier otro lugar, de cualquier otra persona que actúa lícitamente, sin cualquier ulterior dificultad para el autor principal, no pueden considerarse prohibidas, porque tal prohibición sería inidónea para proteger el bien jurídico concreto. Ocurre que, si la prohibición mejorara de modo relevante la situación del bien jurídico, dificultando de alguna forma su lesión, ya será ella legítima, y el riesgo creado jurídicamente desaprobado»⁷⁴.

V. Conclusiones provisionarias

Del estado de la cuestión actual se desprende, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia de otros países⁷⁵, una necesidad político-criminal de limitar el ámbito de la complicidad punible de aquellas acciones que facilitan la ejecución del delito de manera absolutamente excepcional, sobrepasando lo que es habitual en el marco de los contactos sociales.

Es por ello que, precisamente, se buscan criterios de naturaleza subjetivos u objetivos tendientes a restringir la responsabilidad del cómplice por conductas neutrales.

Mientras la doctrina y la jurisprudencia extranjera debaten y aplican los criterios que se van elaborando con el correr del tiempo, nuestra doctrina y jurisprudencia parecen no hacerse eco de tales avances dogmáticos. Resulta común no encontrar, en los manuales, tratados o comentarios al C.P. nacional, desarrollos o aplicaciones relativas a las conductas neutrales. En igual medida, no es fácil encontrar sentencias que apliquen la teoría de las conductas neutrales al caso en concreto. Una excepción, en la jurisprudencia de nuestro país, es el fallo de la Cámara Criminal de 6ª Nominación de Córdoba, Sentencia n° 15,

⁷³ GRECO, LUIS, presentación de la versión castellana de su libro (*Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, traducción de Carlos Julio Lascano y Diego Peretti Ávila, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, en prensa).

⁷⁴ En la mencionada presentación de la versión castellana de su libro, GRECO reafirma su propuesta: «La solución, en síntesis, es la siguiente: el Derecho Penal, protector de bienes jurídicos, no prohíbe por prohibir; sino que sólo veda aquellas conductas cuya abstención beneficia, de alguna manera, la existencia de bienes jurídicos. Las prohibiciones que en nada mejoran la situación de dichos bienes jurídicos, resultan ser prohibiciones injustificadas. Concretamente: la negativa del panadero de vender no redundará en ningún beneficio en favor de la víctima de envenenamiento, toda vez que el envenenador podría, por ejemplo, conseguir otro pan, teniendo que caminar, para ello, poco más de una cuadra. La solución sería diversa si se tratara de la única panadería de la región».

⁷⁵ «En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada» Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), n° 34/2007, de 1 febrero del año 2007, RJ\2007\3246, ponente: Enrique Bacigalupo Zapater.

07/05/2009, autos «Borillo Sandra Graciela y otro p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc.»⁷⁶.

Esto es una clara demostración de la orfandad y la necesidad de un debate serio en nuestro ámbito científico y práctico que nos permita seguir evolucionando en la obtención de aquellas herramientas dogmáticas para una mejor aplicación del Derecho.

Por último, considero que, no obstante un estudio más profundo del tema, en general, la teoría de la imputación objetiva –utilizada por ROBLES PLANAS y GRECO– sería la más conveniente a los fines de brindar una solución más adecuada de la cuestión planteada.

En este sentido, coincidimos en líneas generales con la opinión de JORGE DE LA RÚA y AÍDA TARDITTI⁷⁷: «la adopción del principio de causalidad implica un *mínimo* satisfactorio como punto de partida para la complicidad. ... Puede que este filtro de la causalidad no resulte suficiente, cuando el aporte configure un acto socialmente adecuado (v. gr., vender remedios que se emplearán para intoxicar, combustibles que se usarán para un incendio). En tal caso, la *prohibición de regreso* como criterio normativo limitador posibilita rechazar que configure una colaboración punible como complicidad, cuando exista una mera previsibilidad abstracta de uso delictivo. Por el contrario, cuando el que realiza estas acciones conoce el **uso delictivo concreto posterior**⁷⁸, tampoco el mero conocimiento parece suficiente para excluir la prohibición de regreso, sino que deberá tratarse del aporte convenido con otros partícipes y aun decidido unilateralmente, pero aprovechado por el autor porque le posibilita o facilita la ejecución, ya que no es posible considerar estas acciones como neutras o socialmente permitidas. En tales casos adquieren dentro de la realización del delito un **sentido objetivo de colaboración**⁷⁹, como sucede con el cómplice que vende las sogas para amarrar al secuestrado o similarmente con el que compra los alimentos durante ese tiempo».

Para resolver correctamente los casos más complicados consideramos relevante tener siempre presente cuál es el fin de protección de la norma relativa a la prohibición de la elevación del riesgo: la imputación objetiva no se configurará, a pesar de haber superado los límites del riesgo permitido y con ello haberse realizado un resultado, en aquellas situaciones en las cuales el resultado específico producido no sea abarcado por el fin de protección de la norma.

Sin embargo, debemos tener en cuenta las observaciones de DIEGO PERETTI ÁVILA⁸⁰ que lo llevan a adoptar una correcta posición mixta: «El problema de las visiones estrictamente objetivistas reside, ... en que, al efectuar una reducción extrema del análisis, centran su visión de forma parcial e incompleta en el aspecto objetivo del tipo, descuidando la faz subjetiva –y comunicativa, también afirmamos nosotros–, que es lo que termina imprimiendo de sentido a la acción, entrando en notable tensión con el principio mismo de

⁷⁶ *Actualidad Jurídica, Penal*, n° 139, Córdoba, 2009, pp. 9329 a 9331.

⁷⁷ *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 338.

⁷⁸ Las letras negritas no corresponden al texto original. En este aspecto la opinión de los profesores cordobeses se acerca al *criterio de la idoneidad de la prohibición para mejorar la situación del bien jurídico concreto* postulado por LUIS GRECO.

⁷⁹ Las letras negritas no corresponden al texto original. Este criterio está próximo al pensamiento de ROBLES PLANAS, quien considera que para poder determinar la creación de un riesgo penalmente desaprobado será necesario exigir que el sujeto configure su conducta de forma tal que ésta pase a formar parte inequívoca del hecho delictivo (adaptación al hecho delictivo posterior).

⁸⁰ Borrador de su proyecto de tesis doctoral en preparación, sobre el tema *La responsabilidad por participación criminal a través de conductas neutras en el Derecho Penal Argentino*, Córdoba, 2017, que el autor ha tenido la generosidad de poner a nuestra disposición.

la responsabilidad jurídica. Para el Derecho Penal no resulta indiferente si el empleado de banco presta un asesoramiento o desempeña su tarea, teniendo plena conciencia que está operando e informando –facilitando o colaborando– para la realización de un delito o el caso del ferretero que vende un hacha con el pleno conocimiento que está aportando, a cambio de un precio en dinero, del arma a su cliente, con la que va a privar de la vida a su víctima, porque *eso es lo que, en definitiva, para el Derecho, termina en el caso por cambiar el contexto y la interpretación de la conducta, transformando a una operación “neutral” de compra-venta, en un acto delictivo de participación».*

Bibliografía

- AMBOS, KAI; *La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 8, Madrid, 2001.
- AMELUNG, KNUT; *Die “Neutralisierung” geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*, en Samson etc. (eds.), “FS-Gründwald”, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- DE LA RÚA, JORGE - TARDITTI, AÍDA; *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- GRAMÁTICA BOSCH, GERARD; *Conductas neutrales: estado de la cuestión*, en “Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico”, disponible en Internet en <http://www.ciidpe.com.ar/?p=344>, fecha de publicación 04/08/2009, p. 2. Último acceso: 21/05/2016.
- GRECO, LUÍS; *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Renovar, Río de Janeiro – São Paulo – Recife, 2004.
- GRECO, LUÍS; *Un panorama da Teoría da Imputação Objetiva*, Lumen Juris Editora, Río de Janeiro, 2005.
- GRECO, LUÍS; presentación de la versión castellana de su libro (*Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, traducción de Carlos Julio Lascano y Diego Peretti Ávila, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- HASSEMER, WINFRIED; *Professionelle Adäquaz*, Wistra, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murrillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER; *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, en “Moderna dogmática Penal. Estudios compilados”, 2ª ed., Porrúa, México, 2006.
- ROBLES PLANAS, RICARDO; *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003.
- ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director) José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

- ROXIN, CLAUS; *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, en ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN, FRISCH Y KÖHLER, “Sobre el estado de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin*, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, “Sobre el estado de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- WEIGEND, THOMAS; *Los límites de la complicidad punible*, en “Revista de Derecho Penal”, Autoría y participación –II, 2005-2, Dir. Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- WOHLLEBEN, MARKUS, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Beck, München, 1996.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

Enfermos mentales en prisión: un estudio de criminología comparada

A study of Comparative Criminology about the mentally ill prisoners

por JOSÉ DANIEL CESANO*

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto revisar el tratamiento que, desde la Criminología comparada se realiza con relación a aquellas personas que han sido declaradas penalmente responsables por la justicia penal, pese a que presentan alguna enfermedad mental.

PALABRAS CLAVES: Enfermedad mental. Criminología comparada. Imputabilidad penal. Tratamiento penitenciario

ABSTRACT: *The present study aims to review the treatment that, from the comparative Criminology is made in relation to those people who have been declared criminally responsible for criminal justice, even though they have some mental illness.*

KEY WORDS: *Mental illness. Comparative Criminology. Correctional treatment. Criminal responsibility.*

“A mí, como a tantos otros, me impresionó (...) el alboroto que armaron los honrados habitantes de Yvelines y de la cuenca del Arcachon cuando descubrieron que a sus puertas, en el corazón mismo de su territorio, se iba a construir un instituto para minusválidos. Es inútil recordarles a ustedes los incidentes. Sin embargo, reflejan claramente la voluntad de exclusión. Son los mismos filántropos partidarios de la medicación sin límites (...) los que rechazan la visión y la presencia de los medicados. Pagan por ellos y, por qué no, los visitan y ayudan, con tal de que, una vez de regreso a sus casas, puedan olvidarlos, no verlos más, hacer como si no existieran”¹

I. Derivas de la lectura antropológica de un expediente judicial

Permítasenos comenzar con una observación derivada de la aplicación del método etnográfico en los expedientes judiciales. Se trata de una lectura antropológica de un legajo de ejecución, a través del cual pretendemos dar cuenta de las prácticas, los procedimientos y relaciones que caracterizan ese micro espacio, de las tramas que lo tejen y que sostienen ese universo social². Se trata –en la terminología de Geertz³– de una descripción densa tendente a narrar extensa e intensivamente un expediente con el propósito de captar la diversidad de significados que contiene y hacerlos accesibles, situándose en los distintos puntos de vista de los actores.

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ ARIÈS, PHILIPPE, *Ensayos de la memoria 1943 – 1983*, Waldhuter Editores, Bs. As., 2016, p. 239.

² SARRABAYROUSE OLIVEIRA, María José, “Reflexiones metodológicas en torno al trabajo de campo antropológico en el terreno de la historia reciente”, *Cuadernos de Antropología Social*, N° 29, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Buenos Aires, p. 74. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n29/n29a04.pdf>. Accedido: 3/9/2016.

³ GEERTZ, CLIFFORD, *La interpretación de las culturas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 24: “(...) la etnografía es descripción densa”.

El 4 de julio de 2014, una Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Córdoba condenó a X⁴ a la pena de cinco años y ocho meses de prisión, con declaración de reincidencia, por encontrarlo autor del delito de robo calificado por el uso de armas.

Del análisis del legajo surgen algunos datos, con bastantes lagunas, que permiten reconstruir parte de la biografía del penado.

Si bien al momento de narrar, en el debate, sus condiciones personales, el imputado dijo desconocer su fecha y lugar de nacimiento, se pudo precisar, a través de su prontuario, que habría nacido el 14 de febrero de 1960. El imputado dijo ignorar también el nombre de sus padres y que vivió junto a su abuela. Reconoce que cuenta con numerosas condenas y que, en sus tiempos de libertad, se desempeñó como cartonero y abre puertas de taxis. Señala que estuvo internado en un psiquiátrico porque –dice– “me perdía, a veces”. Reconoce que consumió alcohol y drogas (cocaína). Indica que no sabe leer ni escribir.

Los datos que integran la biografía institucional relativa a su última condena pudieron conocerse a través de los informes del servicio penitenciario.

En efecto, en relación a su educación, el informe del área señala que durante el período lectivo 2014 concurre al Ciclo de Alfabetización. Y si bien logra realizar algunas intervenciones orales, “no presenta autonomía para formar palabras ni puede realizar operaciones básicas de matemáticas, acorde al ciclo que cursa, es decir muy sencillas”.

En su prontuario registra cinco condenas anteriores; la mayoría de ellas por delitos contra la propiedad, y algunas vinculadas con delitos contra la administración pública (encubrimiento y resistencia a la autoridad), contra la libertad (violación de domicilio) y contra las personas (un hecho de lesiones graves).

Una vez institucionalizado, y desde el área social del servicio penitenciario, se comienza a trabajar con cuestiones vinculadas a su identidad; concretándose, con fecha 18 de noviembre de 2013, su documentación.

Durante el juicio, la defensa, entre otros planteos, expresamente peticionó se valore la condición de oligofrénico del imputado, con el propósito de obtener una morigeración en la sanción. Tal planteo, no fue atendido por el Tribunal sobre la base de las conclusiones de una pericia psiquiátrica. La experticia señalaba: “El imputado se niega a cooperar con las entrevistas, incluso a sabiendas de lo que le refiere el perito actuante... Presenta actitud intimidante, con elementos de simulación, mendacidad y ocultamiento de datos, incluso los filiatorios. No posee facies oligoides, no siendo la referida actitud parte de una enfermedad mental que implique incomprensión de lo que se le pregunta sino por el contrario de una actuación consciente y deliberada”. El decisorio únicamente computa como atenuante la carencia de educación.

El interno es constituido en detención con fecha 21 de junio de 2012.

Al poco tiempo de iniciar su periplo institucional los informes penitenciarios ponen en evidencia la existencia de una patología psiquiátrica. Del entrecruzamiento realizado entre las áreas técnicas del servicio penitenciario y de la Oficina de Derechos Humanos del Poder Judicial, se logra determinar que el penado tuvo al menos una institucionalización en el Hospital Colonia Emilio Vidal Abal (Oliva), de donde informan que el interno “ha mantenido un diagnóstico, durante veinte años, de Oligofrenia Discreta”.

El primer informe interdisciplinario requerido por el Juzgado de Ejecución da cuenta que el penado padece un cuadro psicopatológico en donde “se evidencian reiterados episodios de inestabilidad emocional y desestabilización subjetiva, debiendo, en distintas

⁴ Para resguardar el anonimato se omite el nombre del interno y no se individualiza el tribunal que dictó el pronunciamiento.

ocasiones, ser derivado al área de psiquiatría e internaciones en el Centro Psicoasistencial”. Con fecha 17 de marzo de 2014, el interno refiere “ideas autolíticas”, siéndole indicadas la colocación de medidas de contención para resguardo de su integridad física y de terceros. El 5 de noviembre de 2014 se observa “ansiedad de tipo paranoide, refiriendo X la persistencia de pseudoalucinaciones auditivas, lo cual generaría tensión interna, desorganización y malestar ante la dificultad de no poder mantenerlas bajo control”. El 3 de marzo del 2015 el interno, en un marco de creciente desorganización subjetiva, solicita ser excluido del pabellón común, peticionando su traslado al Pabellón para Internos con Dificultades Conductuales, “manifestando que allí podría lograr cierta tranquilidad dada la persistencia de las pseudoalucinaciones y elevados montos de ansiedad de tipo paranoide”. Durante su permanencia en dicho espacio se observó un marcado deterioro cognitivo, una progresiva alteración del juicio de realidad y desorientación temporal. Ante ello se sugiere valoración en el Hospital Aurelio Crespo. El Juzgado libra el oficio correspondiente no contando con plazas en dicho nosocomio. El 30 de marzo del mismo año, atento la descompensación del cuadro de base, desde el servicio penitenciario se requiere nuevo traslado al Centro Psicoasistencial. El 31 de marzo se autoriza el mismo. Allí el penado permanece, bajo régimen de internación, hasta el 6 de mayo, en donde es nuevamente reubicado en el establecimiento carcelario que lo albergaba. Con fecha 7 de mayo, a través un informe interdisciplinario se requiere derivación del paciente a un establecimiento psiquiátrico supervisado. Con fecha 27 de mayo, el titular del Juzgado de Ejecución interviniente realiza una visita in loco en donde constata que el penado se encuentra alojado en el Servicio Médico del establecimiento carcelario. Asimismo, se libra un acta en donde se instrumenta el contenido de una entrevista entre el citado funcionario y el equipo interdisciplinario tratante, de donde se desprende que el interno no puede, por su patología, “realizar las actividades de tratamiento penitenciario”. El mismo día, se recibe un informe interdisciplinario en virtud del cual se solicita nuevamente el traslado del penado a una institución psiquiátrica “que le permita al interno contar con lo necesario: psicofármacos (no se cuenta con Clozapina, ni Biperideno, ni mucha de la medicación específica requerida), profesionales y espacio físico (estando alojado en el servicio médico no tiene posibilidades de deambular ni desplazarse), todos recursos indispensables para obtener una mejoría evolutiva, condición que en esta institución no se le puede brindar, excediendo también al Centro Psicoasistencial, institución en donde sólo se asiste a internos con patología aguda, por lo que se considera acorde el Hospital Polivalente Aurelio Crespo de Cruz del Eje. Por último se consigna que [el interno] no cuenta con visitas en la institución, evidenciándose la ausencia de sostén efectivo en el afuera ni soportes sociales que acompañen tanto su detención como despenalización”. Con fecha 28 de mayo, el Juzgado de Ejecución dispone el traslado del interno al Hospital Aurelio Crespo, ordenándose a la dirección del nosocomio se efectivice la internación del paciente bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad. En el mismo día se concreta la internación y con fecha 3 de junio el Juzgado se declara incompetente territorialmente.

¿Qué conclusiones pueden derivarse de lo hasta aquí descrito, respecto a las prácticas institucionales de los actores intervinientes?

Al menos tres:

a) La primera se vincula con la cuestión de la imputabilidad / inimputabilidad penal. En rigor, la pericia valorada en el decisorio –y en cuyo mérito se descarta jurisdiccionalmente la circunstancia atenuante invocada por la defensa– es un acto *trunco*. En efecto, si bien allí se hacen valoraciones respecto del comportamiento del imputado frente al acto *peri-*

cial⁵, el psiquiatra forense *suspende* el mismo por la negativa del interno a cooperar en la entrevista diagnóstica. Esto no significa que el imputado no padecía de patología alguna. Y esto es tan así que, con fecha 6 de junio de 2013 - esto es: poco más de un año antes de que tuviese lugar el dictado de la sentencia - existe un informe psiquiátrico, elaborado por otro profesional del Servicio de Medicina Forense, en donde se expide a favor de la internación del imputado, frente a un pedido formulado por las áreas técnicas del servicio penitenciario, en el Centro Psicoasistencial. Allí se describe el siguiente cuadro: “Paciente desorientado en tiempo y persona. Alto monto de ansiedad. Angustia reactiva a pseudoalucinaciones de carácter imperativo. Juicio de realidad desviado. Ideas de auto y heteroagresión. Plan suicida. (...) Antecedentes de internaciones psiquiátricas previas en Hospital Neuropsiquiátrico y Vidal Abal con diagnóstico de episodio psicótico y oligofrenia”. Contextualizada adecuadamente, esta situación está demostrando que la pericia utilizada en la sentencia aportaba elementos, *por lo menos*, insuficientes. En realidad, si el perito observó falta de cooperación en el peritado –hasta el punto de tener que suspender el acto– sus apreciaciones resultaron apresuradas. Lo señalado es importante porque resulta indicativo de la existencia de ciertas estructuras burocráticas (los servicios de psiquiatría forense) que, en ocasiones, orientan su práctica sobre la base de demoledoras rutinas, impregnadas de concepciones científicas desactualizadas y con pretensiones cuasi oraculares⁶. Justamente, la presencia de pseudoalucinaciones –que recoge con total claridad el informe pericial de fecha 6 de junio de 2013– era una cuestión merecedora de una mayor profundización. En tal sentido, la literatura científica especializada da cuenta de que partiendo de una conceptualización restrictiva de la alucinación, las pseudoalucinaciones tienen un valor clínico que puede aplicarse tanto a fenómenos mórbidos como no patológicos: “En el primer caso, contribuiría en el diagnóstico diferencial de la esquizofrenia frente a otros trastornos (psicosis depresivas, trastornos obsesivos o disociativos); en el segundo, en la importante delimitación entre lo psicótico y lo no psicótico”⁷.

Las observaciones formuladas permiten apreciar ciertas deficiencias en lo atinente a la determinación de la inimputabilidad o del efecto jurídico de la constatación de una imputabilidad disminuida⁸; déficits que se acrecientan en los denominados juicios abreviados, en donde estrategias defensivas inadecuadas pueden conspirar para el logro de la detección de la efectiva capacidad de culpabilidad⁹.

⁵ Estas valoraciones son las que utiliza el sentenciante.

⁶ AROCENA, GUSTAVO A. – BALCARCE, FABIÁN I. – CESANO, JOSÉ DANIEL, *Derecho penal y neurociencias*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 102 y nota 37. Desde luego que, la valoración general realizada no significa negar la existencia, en dichos servicios, de profesionales altamente capacitados. La apreciación formulada entraña un juicio macro por cuanto pretende caracterizar, en los términos de Bourdieu, un habitus; esto es: “un sistema de disposiciones durables y transferibles -estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes- que integran todas las experiencias pasadas y funciona en cada momento como matriz estructurante de las percepciones, las apreciaciones y las acciones de los agentes cara a una coyuntura o acontecimiento y que él contribuye a producir” (BOURDIEU, PIERRE, *Esquisse d'une theorie de la pratique*, Droz, Genève, Paris, 1972, p. 178).

⁷ VILLAGRÁN, J. M. - LUQUE, R., “Pseudoalucinación: un análisis crítico”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XIV, n° 50, Madrid, 1994, p. 400.

⁸ Que, en nuestro sistema jurídico vigente tiene incidencia en la individualización judicial de la pena, como circunstancia atenuante; dado la deficiencia del Código penal argentino al no haber regulado expresamente la imputabilidad disminuida.

⁹ Como lo señala, para el caso español, REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO, “Centros penitenciarios y personas con discapacidad”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 109, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2008, pp. 286/287: “(...) no son pocos los casos

b) La segunda derivación se vincula con las prácticas de los equipos técnicos del servicio penitenciario. En este caso se puede apreciar una temprana preocupación por la situación del penado, a menos de un año de haberse constituido en detenido, al solicitar su derivación al Centro Psicoasistencial; en donde permaneció, en carácter de internado, por el lapso de un mes y dos días.

La decodificación de los informes penitenciarios deja ver dos cuestiones: por una parte el riesgo psiquiátrico que entraña la institucionalización carcelaria de un interno que presenta estas patologías y, de otro costado, la inexistencia de medios adecuados para tratar esta enfermedad y, lo que resulta un elemento adicional a considerar, para diseñar un tratamiento penitenciario idóneo desde la perspectiva del objetivo que debe perseguir la ejecución de una pena privativa de libertad (resocialización). Este último aspecto es rescatado en uno de los informes técnicos al consignar: “Atento al caso, se continúa trabajando de manera interdisciplinaria con las distintas áreas a los fines de favorecer un abordaje integral y minimizar los efectos contraproducentes no sólo de la situación de encierro sino también de su contexto de vulnerabilidad tanto (...) [intersubjetiva] como social”.

c) Para finalizar, se advierte también las dificultades para el alojamiento del penado en un centro de salud, con internación psiquiátrica. En este caso, el nosocomio depende del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y la inclusión del penado en el mismo sólo se logró –atento la carencia de plazas– merced a una orden judicial y bajo apercibimiento de correr los antecedentes por ante el órgano promotor de la acción penal.

Este aspecto es también relevante porque demuestra la ausencia de establecimientos penitenciarios adecuados para esta situación; extremo que impone el artículo 183 de la ley 24.660, en función del artículo 186 del mismo cuerpo legal.

El caso analizado es *uno* entre *múltiples situaciones* que se visualizan en forma cotidiana en el mundo de las prisiones –y de las que dan cuenta, a título ilustrativo, los últimos dos informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación, correspondientes a los años 2014¹⁰ y 2015¹¹– y que exige, como una cuestión perentoria, el diseño de políticas penitenciarias tendentes a afrontar la problemática que supone conjugar, con cierta racionalidad, la existencia de adultos, declarados imputables en juicio, pero que padecen de alguna enfermedad mental, con los deterioros que, para su estado psicofísico, supone la institucionalización carcelaria. El problema se ve agravado porque, es altamente frecuente *que las*

en la que la no acreditación de esa inimputabilidad deriva no de esa comprensión o esa voluntad sino de defensas inadecuadas o de instrucciones judiciales defectuosas. Sin olvidar, asimismo, las consecuencias que la regulación de los denominados juicios rápidos pueden conllevar en orden a la detección de la discapacidad antes de la celebración del juicio. Como se ha destacado, lo deseable sería dotar a nuestros órganos judiciales de suficiente personal especializado en la detección de las psicodeficiencias (...)”.

¹⁰ Procuración Penitenciaria de la Nación, La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de la Argentina, Informe Anual 2014, pp. 395 /400. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf. Accedido: 5/9/2016.

¹¹ Procuración Penitenciaria de la Nación, La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de la Argentina, Informe Anual 2015, p. 389 y ss. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015_0.pdf. Accedido: 5/9/2016. Este informe da cuenta de “la ausencia de datos cuantitativos precisos, información que resulta indispensable para planificar la tarea de manera global respecto del colectivo en cuestión” (op. cit., p. 463). No obstante ello, la magnitud de la problemática se ve reflejada en el aumento de intervenciones en casos individuales por parte de la Procuración.

patologías psiquiátricas (en el caso de nuestro ejemplo la oligofrenia) aparezcan en comorbilidad¹² con severos cuadros adictivos.

II. Enfermedad psiquiátrica y ejecución de la pena privativa de libertad: el problema y las soluciones

Diversas investigaciones desarrolladas en países pertenecientes al ámbito cultural europeo dan cuenta que, la experiencia *desinstitucionalizadora* por parte de la sanidad psiquiátrica, que tuvo lugar a partir de la década de los setenta del siglo pasado¹³, no derivó, en todos los casos, “en una atención más humana y especializada que la que hasta ese momento se venía ofreciendo, sino que por el contrario delegó la cuestión al marco sancionador y a los centros penitenciarios; respuesta ciertamente inadecuada”¹⁴. En efecto, distintas investigaciones ponen en evidencia que, paralelamente a los desarrollos teóricos vinculados con el denominado proceso de *desmanicomialización* –que en nuestro país, llegó, con bastante retraso, en los albores del siglo XXI, con la sanción de la legislación de salud mental (ley Nº 26.657)– se puede visualizar un significativo incremento de la población penal con padecimientos psiquiátricos. En este sentido, se ha señalado, que este incremento “no es solamente debido a un efecto específico de la prisión sobre las personas internas, sino a un conjunto de razones entre las que se encuentra de manera principal la desaparición de los manicomios como espacio que durante dos siglos ha albergado a una buena cantidad de personas socialmente problemáticas (trastornos de la personalidad, oligofrenias) y al considerable aumento de población general que carece de recursos de todo tipo o está simplemente marginada, entre las que hay que contar con un buen número de personas con trastornos mentales, en especial psicosis crónicas, que de una manera u otra acaban con facilidad en prisión”¹⁵.

Esta situación ha exigido un replanteo respecto de los problemas que pueden representar aquellos internos que, aunque jurídicamente resulten imputables, se encuentran afectados por alguna patología psiquiátrica, *desde la perspectiva de su tratamiento en la institución penitenciaria*.

El diseño del tratamiento penitenciario de este colectivo, especialmente vulnerable, exige afrontar innumerables dificultades.

En primer lugar, se advierte que la compleja organización que caracteriza la vida en una institución carcelaria, siempre presidida por el control y la disciplina, con restricciones reglamentarias muy variadas, con convivencia forzada, horarios rígidos, monotonía, aisla-

¹² El término comorbilidad “se utiliza para hacer referencia a sucesos clínicos en los cuales coexisten ítems clínicos cuya teoría o práctica no deberían encontrarse juntos” (cfr. BERRIOS, GERMÁN E., Hacia una nueva epistemología de la Psiquiatría, Ed. Polemos, Bs. As., 2011, p. 91).

¹³ Señala URRUELA MORA, ASIER, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico – penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Ed. Comares, Granada, 2009, p. 113/114, que esta corriente, “cuyos orígenes intelectuales se sitúan en los trabajos de autores como Foucault, Basaglia, Cooper o Laing, considera que son las propias estructuras sociales las que, por su carácter represivo, son generadoras de trastornos en el individuo. En el plano real, ello se materializó en una fuerte crítica a las teorías psiquiátricas tradicionales, basadas fundamentalmente – y podría decirse casi exclusivamente – en el internamiento manicomial. Frente a lo anterior, se formula una nueva concepción en aras al tratamiento de los enfermos mentales fundada en el concepto de desinstitucionalización”.

¹⁴ REVIRIEGO PICÓN, “Centros penitenciarios (...)”, op. cit., p. 287.

¹⁵ ARROYO – COBO, J. M., “Estrategias asistenciales de los problemas de salud mental en el medio penitenciario, el caso español en el contexto europeo”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 13, Madrid, 2011, p. 101.

miento emocional y frustración, “hacen muy difícil la construcción de espacios terapéuticos adecuados”¹⁶.

Desde otra perspectiva, la presencia de un número significativo de internos con patologías psiquiátricas, no severas, pero conductualmente desadaptativas, tiene un efecto disfuncional sobre el clima social en prisión debido a su falta de capacidad de ajuste al entorno, “que trasmite estrés a los propios internos y a los trabajadores del establecimiento que se relacionan con estos pacientes”¹⁷.

Finalmente, en la práctica penitenciaria, suele ser frecuente que estos casos sean tratados, durante la mayor parte del proceso institucional –y salvo situaciones de crisis– dentro del hospital de la prisión. Tal contexto se caracteriza por ser un ambiente de apatía y desmotivación; desarrollando una vida de máxima pasividad y ociosidad. En el hospital penitenciario “no hay nada que hacer durante todo el día. No existen actividades regladas ni tareas que realizar”¹⁸.

Frente a este cuadro, las propuestas criminológicas que se observan son diversas. No es posible aquí detenernos, de manera detallada, en el alcance de cada una de ellas. Sin embargo, si es factible esbozar una clasificación de algunos de los modelos detectados.

Así encontramos sistemas que aún mantienen los vetustos anexos psiquiátricos – como sucede con Colombia¹⁹, que prevé distintas Unidades de Salud Mental²⁰ dentro de algunos de sus establecimientos carcelarios –. Junto a ello es posible observar orientaciones que se caracterizan por la configuración de programas específicos, aún cuando pensados para funcionar dentro de la lógica de la institución penitenciaria, con tímidas articulaciones con los servicios de salud pública –tal cual sucede con el *Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA)* o el *Programa Marco para la Atención Integral a Enfermos Mentales en Centros Penitenciarios Españoles (PAIEM)*–. El Programa español (PAIEM) constituye un modelo interesante porque, desde su implementación primigenia, ha sido evaluado con regularidad; reformulándose algunas de las propuestas originarias.

Finalmente encontramos modelos que pretenden establecer un cambio de paradigma, desde una asistencia penitenciaria a una asistencia curativa, aún cuando dentro del ámbito carcelario, pero propugnando la máxima coordinación posible entre los establecimientos penitenciarios y los centros de salud mental comunitarios; cual sucede con el caso de Holanda.

¹⁶ ARROYO – COBO, “Estrategias asistenciales (...)”, op. cit., p. 102.

¹⁷ ARROYO, J.M. – ORTEGA, E., “Los trastornos de personalidad en reclusos como factor de distorsión del clima social en prisión”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, Madrid, 2009, p. 12.

¹⁸ SÁNCHEZ BURSÓN, JOSÉ M^a, “Los pacientes mentales en prisión”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. XXI, N^o 78, Madrid, 2001, p. 147.

¹⁹ En nuestro ámbito cultural, las falencias que evidencia el sistema colombiano para tratamiento de estas situaciones particulares, es muy frecuente. En efecto, uno de “los múltiples problemas que tiene planteada la Administración de Justicia en América Latina es el de no contar con establecimientos adecuados para atender a los impedidos mentales cuando alguno de ellos ha cometido un delito. Si la atención a enfermos con trastornos mentales en un contexto normalizado aún no tiene políticas unitarias y eficaces, la situación se agrava considerablemente en circunstancias de privación de libertad. A la ausencia de programas especiales para este tipo de población se debe agregar que suelen ser rechazados por los hospitales de salud mental. Son frecuentes las denuncias por parte de las Defensorías del Pueblo ante la falta de recursos para el tratamiento, la inexistencia de espacios adecuados y de personal especializado, así como la discriminación que por su enfermedad sufren” (cfr. DURÁ, MAURICIO BENITO, “Políticas penitenciarias y sistemas penitenciarios en Iberoamérica”, en *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 225).

²⁰ Así se los denomina eufemísticamente.

III. El preludeo busca su ópera...

Indudablemente la problemática que venimos examinando exige acciones inmediatas. Sin embargo, éstas, a su vez, necesitan de diferentes medidas.

Por de pronto, se hace necesario determinar con precisión la magnitud de este colectivo vulnerable. En la Argentina, esos estudios constituyen una deuda pendiente; sobre todo, teniendo en cuenta que PRISMA es un programa para presos federales; con lo cual, la dimensión de esta cuestión, en los diversos estados provinciales, se transforma, en muchos casos, en un verdadero enigma.

Sin embargo no se trata de una mera contabilidad. El estudio debe ser más profundo, determinando, además, los principales perfiles de las patologías con representatividad. En tal sentido, dentro de la etapa de observación –definida en la ley 24.660 e incluida, por regla, en aquellos sistemas locales que han legislado sobre esta materia– los servicios penitenciarios, en cuanto responsables materiales de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 10, ley 24.660), deberían, a través de sus equipos técnicos, profundizar estos aspectos. La indagación es importante porque las necesidades serán diversas de acuerdo a cuáles sean las patologías. Los requerimientos de intervención no son los mismos en un caso de discapacidad intelectual leve; que en un trastorno psicótico grave; o casos de comorbilidad entre una enfermedad (v.gr esquizofrenia) y adicción a sustancias psicoactivas.

En este sentido, un instrumento de utilidad podría ser el que se emplea en Holanda: el *screening*. Su objetivo es que todos los presos que entran en el sistema penitenciario regular sean controlados para ver si tienen indicación de asistencia psiquiátrica, con el fin de poder empezar temprano a ofrecer asistencia a medida²¹.

También merece ser destacado el Proyecto PreCa (Prevalencia de trastornos mentales en cárceles), que constituye, para España, el mayor estudio multicéntrico basado en entrevistas individuales sobre salud mental, en la población penitenciaria de aquel país²².

Igualmente resulta necesario definir si el tratamiento de este colectivo debe permanecer en el ámbito de competencias de las instituciones penitenciarias, ser trasladado al ámbito de las políticas públicas de salud mental o requieren, según los casos, de una articulación conjunta de ambos actores institucionales.

Quizá no sea factible brindar una definición unívoca al respecto; dependiendo, en cada caso, de las patologías de que se trate.

En tal sentido, es indiscutible que el medio penitenciario no es el adecuado para tratar trastornos mentales graves, por ser un entorno cuya finalidad es el control y la seguridad y no la curación y rehabilitación de tales sujetos. Sin embargo, esta situación no se asemeja con otros casos, como puede suceder con las discapacidades intelectuales leves;

²¹ HOFF, G. VAN 'T – DE LOOF, J. – LATOOLJ, H., “Asistencia de los reclusos con problemas de salud mental en Holanda”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, Madrid, 2009, p. 39. La utilización de instrumentos como el mencionado en el texto es una constante en la literatura científica sobre esta materia; especialmente por la importancia que reviste la detección temprana de la patología y sus características. ARROYO – COBO, “Estrategias asistenciales (...)”, op. cit., p. 106, han señalado al respecto que los recursos asistenciales en prisión son “dispositivos capaces de detectar tempranamente las patologías”; con lo cual, los “enfermos son detectados y estabilizados en prisión y tienen la oportunidad de reincorporarse a la sociedad con mejor nivel de salud, siendo derivados a dispositivos asistenciales en la comunidad”.

²² Al respecto, cfr. VICENS – PONS, E., “Aproximación a la metodología para el estudio de los trastornos mentales en población penitenciaria. El estudio PreCa”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, Madrid, 2009, pp. 17 – 25.

que, según la literatura científica actual, pueden ser objeto de intervenciones específicas y efectivas en la institución carcelaria²³.

Pese a que son diversas las aristas que exigen aún de definiciones, también puede establecerse algún núcleo de coincidencias:

a) En primer término, es necesario garantizar, en todo caso, que la respuesta terapéutica recibida por los penados que se encuentren afectados por alguna patología mental sea de igual calidad a los que reciben los enfermos que se encuentran en el medio libre²⁴;

b) En segundo término, el tratamiento en prisión de patologías mentales exige que el personal penitenciario cuente con una adecuada formación que le permita llevar a cabo su tarea respecto del tratamiento de este colectivo vulnerable; en palabras de Arroyo – Cobo: “Es importante establecer un programa de formación continuada, tanto de los funcionarios de vigilancia, como de los profesionales dedicados a la intervención terapéutica en las prisiones. La mejora de sus capacidades les permitirá tomar conciencia de la situación de estos enfermos en el medio penitenciario y de la influencia que todos los trabajadores penitenciarios tienen en la creación de ambientes terapéuticos en prisión. También facilitará su labor para evitar el estigma y la discriminación con estos enfermos en prisión”²⁵.

c) Finalmente es fundamental fomentar la articulación e implicancia de los equipos de los centros de salud mental de la comunidad (pertenecientes al sistema público de salud), para que puedan prestar el correspondiente apoyo psiquiátrico y psicológico a los equipos primarios, pertenecientes a la institución penitenciaria²⁶.

La Criminología comparada permite abrir los horizontes geográficos de la mirada criminológica²⁷. Y al hacerlo facilita el “estudio sistemático, de carácter empírico e interdisciplinar, en torno, sobre todo, a aspectos fundamentales del fenómeno criminal, para indagar cuáles son sus coincidencias y diferencias, dentro de ambientes sociopolíticos, económicos y culturales distintos, con relación a su fenomenología, etiología y evolución, así como a los resultados de los correspondientes programas de prevención y tratamiento frente al mismo”²⁸. En este trabajo hemos tratado de definir un ambiente político criminal, su clima de ideas; un ambiente que tiene utilidad para ayudar a reflexionar sobre las seme-

²³ Así lo reconoce, para el caso de España, GARCÍA MIRANDA, VANESSA, “La discapacidad intelectual en el medio penitenciario”, en RODRIGO J. CARCEDO GONZÁLEZ – FERNANDO REVIRIEGO PICÓN, *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amarú Ediciones, Salamanca, 2007, pp. 52/53; quien describe dos modelos de intervención perfectamente estructurados y sistematizados: la Guía de intervención de personas con discapacidad intelectual afectadas por el régimen penal (FEAPS) y los programas elaborados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

²⁴ ARROYO – COBO, “Estrategias asistenciales (...)”, op. cit., p. 105.

²⁵ ARROYO – COBO, “Estrategias asistenciales (...)”, op. cit., p. 106.

²⁶ En la literatura especializada española hay quienes opinan que sería más conveniente que la atención de los pacientes psiquiátricos en prisión fuese realizada por personal profesional del servicio de salud mental pública: “En términos generales se puede afirmar que en este caso existe una mejor calidad asistencial que cuando es la propia prisión quien contrata al psiquiatra, que en ningún caso estará en condiciones de realizar las prestaciones del equipo comunitario. Además tiene la ventaja de que los equipos comunitarios pueden hacer después un seguimiento y control de los casos que lo requieran, cuando se concede la libertad al preso, libertad que muchas veces se ordena por el juez de la noche a la mañana, sea cual sea el estado clínico del paciente” (cfr. HERNÁNDEZ MONSALVÉ, MARIANO – ESPINOSA IBARRA, JULIÁN, “La atención a pacientes con trastornos mentales en las prisiones”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXI, n° 75, Madrid, 2000, pp. 95/96.

²⁷ BIRKBECK, CHRISTOPHER, *Criminología comparada: Estudios de caso sobre delincuencia, control social y moralidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 15.

²⁸ HERRERO HERRERO, CÉSAR, *Fenomenología criminal y Criminología comparada*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 37/38.

janzas y diferencias que, respecto de este colectivo tan vulnerable, se visualizan en distintos ámbitos culturales. Y esta actividad puede tener sentido para visibilizar la cuestión; poniendo al descubierto una variedad de situaciones demostrativas de las maneras en que se encara el problema; formas que, en algunos casos evidencian ciertos rasgos evolutivos comunes y, en otros, un marcado retraso en el diseño de las políticas respectivas.

Es de esperar, entonces, que esta aproximación constituya un prelude de una investigación mayor que logre estructurarse en diversos actos; tantos actos como exige su complicada trama y en donde deben confluír estudios como el que aquí se ofrece (Criminología comparada), juntamente con rigurosas investigaciones empíricas, que permitan precisar cualitativa y cuantitativamente el problema, y con propuestas de políticas públicas que articulen, adecuadamente, la intervención de los actores sectoriales (servicios penitenciarios y salud pública); sin olvidar, desde luego, la estructura federal del Estado argentino; que exige –para evitar odiosas desigualdades– consensos básicos, en los puntos centrales sobre los que se pretenda construir las respuestas más adecuadas.

Bibliografía

- ARIÈS, PHILIPPE; *Ensayos de la memoria 1943 – 1983*, Waldhuter Editores, Bs. As., 2016.
- AROCENA, GUSTAVO A. – BALCARCE, FABIÁN I. – CESANO, JOSÉ DANIEL; *Derecho penal y neurociencias*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015.
- ARROYO-COBO, J. M.; “Estrategias asistenciales de los problemas de salud mental en el medio penitenciario, el caso español en el contexto europeo”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 13, Madrid, 2011.
- ARROYO-COBO, J.M. – ORTEGA, E.; “Los trastornos de personalidad en reclusos como factor de distorsión del clima social en prisión”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, Madrid, 2009.
- BERRIOS, GERMÁN E.; *Hacia una nueva epistemología de la Psiquiatría*, Ed. Polemos, Bs. As., 2011.
- BIRKBECK, CHRISTOPHER; *Criminología comparada: Estudios de caso sobre delincuencia, control social y moralidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- DURÁ, MAURICIO BENITO; “Políticas penitenciarias y sistemas penitenciarios en Iberoamérica”, en *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCÍA MIRANDA, VANESSA; “La discapacidad intelectual en el medio penitenciario”, en RODRIGO J. CARCEDO GONZÁLEZ – FERNANDO REVIRIEGO PICÓN, *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amarú Ediciones, Salamanca, 2007.
- GEERTZ, CLIFFORD; *La interpretación de las culturas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.
- HERRERO HERRERO, CÉSAR; *Fenomenología criminal y Criminología comparada*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

- HOFF, G. VAN 'T – DE LOOF, J. – LATOOIJ, H.; “Asistencia de los reclusos con problemas de salud mental en Holanda”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, Madrid, 2009
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN; *La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de la Argentina, Informe Anual 2014*. Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/sites>
- REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO; “Centros penitenciarios y personas con discapacidad”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 109, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2008.
- SÁNCHEZ BURSÓN, JOSÉ M^a; “Los pacientes mentales en prisión”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. XXI, N° 78, Madrid, 2001.
- SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ; “Reflexiones metodológicas en torno al trabajo de campo antropológico en el terreno de la historia reciente”, *Cuadernos de Antropología Social*, N° 29, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar>
- URRUELA MORA, ASIER; *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- VICENS – PONS, E., “Aproximación a la metodología para el estudio de los trastornos mentales en población penitenciaria. El estudio PreCa”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11, Madrid, 2009.
- VILLAGRÁN, J. M. – LUQUE, R., “Pseudoalucinación: un análisis crítico”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XIV, n° 50, Madrid, 1994.

Robo con homicidio: algunas reflexiones*

Notes on homicide in the commission of a robbery

por **HORACIO A. CARRANZA TAGLE****

RESUMEN: el presente trabajo brinda razones para postular que la figura del “robo con homicidio”, inserta en el art. 165 del Código Penal argentino, subsume únicamente homicidios con dolo eventual y robos consumados (no meramente tentados).

PALABRAS CLAVES: Robo. Homicidio. Tentativa. Concurso de delitos.

ABSTRACT: *This paper gives reasons to postulate that the figure of "homicide in the commission of a robbery", inserted in art. 165 of the Argentine Penal Code, subsumes only homicides with eventual deceit, and consummated robberies.*

KEY WORDS: *Robbery. Homicide. Attempt. Concurrent offences.*

Introducción

En el presente trabajo pretendo analizar críticamente los argumentos por los cuales el T.S.J. cordobés, siguiendo la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, entiende que (1) la figura del robo con homicidio abarca incluso homicidios imprudentes, y que (2) si con motivo u ocasión de un robo tentado, se comete un homicidio, el mentado hecho debe encuadrarse, sin más, en la figura del art. 165 del C.P.^{1 y 2}.

A mi juicio, la solución correcta es entender (1) que la mentada figura abarca sólo homicidios cometidos con dolo eventual; y (2) que, frente a un robo tentado y un homicidio doloso consumado, no debe aplicarse lo previsto por el tipo del art. 165 del C.P. (como postula la mayoría), sino que existe un concurso de delitos entre el robo (simple o agravado) tentado, y el homicidio (simple o agravado) consumado.

Primer problema: los homicidios abarcados por el art. 165 del C.P.

POSTURA DEL TSJ

En cuanto al alcance del art. 165 del C.P. el TSJ cordobés, siguiendo la posición dominante en doctrina y en jurisprudencia, sostiene que dicha figura comprende no sólo las muertes dolosas con dolo eventual (si hay dolo directo de matar para robar, estamos ante

*Un trabajo similar al presente fue publicado en el libro – Homenaje al Prof. Ernesto J. Gavier, titulado *Derecho Penal y sociedad de rendimiento* (FABIÁN I. BALCARCE – Director), Lerner, Córdoba, 2016, en las págs. 109 a 118.

**Profesor adjunto de Derecho Penal I, por concurso, U.N.C. Doctor en Derecho, U.N.C. Asesor letrado penal del Poder Judicial de Córdoba.

¹ Aclaro que, para abreviar, en las notas a pié de referencia utilizaré el sistema “apellido del autor”, “año de publicación”, “página” (salvo que aluda a una versión *on line*, en cuyo caso no haré referencia a la página). La cita bibliográfica completa figura al final del presente trabajo.

² No analizo el caso de un homicidio tentado en el contexto de un robo consumado, pues resulta claro (en ello hay consenso) que, si alguien tiene el fin de matar para robar, y no se da la muerte, pero sí el robo, concurre frente a dicho caso la figura del homicidio *criminis causa* en tentativa, junto con la de robo. Se sostiene, en general, que el dolo de la tentativa es incompatible con el dolo requerido en la figura del art. 165 (Ver, por todos, NÚÑEZ, 1967, 231).

un homicidio *criminis causa* –art. 80, inc. 7mo. C.P.–, sino también las muertes imprudentes que hayan ocurrido “con motivo u ocasión” de dicho robo.

Concretamente (*in re* “Aguirre”, S. n° 12, 14/3/2000 y muchos otros), dicho tribunal señala que el art. 165 del Código penal comprende todas las muertes que se originen en el proceso de violencia desatado a raíz de la consumación o tentativa del robo y que no sean preordenadamente dirigidas a preparar, facilitar, consumir, u ocultar el robo ni a asegurar sus resultados o a procurar su impunidad, o la de otro, o por no haber logrado el resultado perseguido (pues ello encuadra en el art. 80, inc. 7mo., del C.P.). Por ello, el ámbito de aplicación no se restringe únicamente a las muertes causadas culposamente, sino que también comprende aquellas muertes causadas por la violencia propia del proceso ejecutivo del robo, de sus secuelas posteriores en las que la muerte aparece como un resultado preterintencional, y aún aquellas en que la actitud subjetiva del autor que tiende al robo, sea compatible con algunas de las formas de dolo admitidas por el homicidio simple sin que se advierta una conexidad de causa final o impulsiva entre el homicidio y el robo.

Se aclara que el homicidio comprendido en el art. 165 no sólo puede resultar de las violencias físicas ejercidas por el autor para facilitar o cometer el robo o para facilitar su impunidad, sino también de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de las violencias del autor. Y el único argumento que se utiliza para avalar lo anterior es la letra de la ley. Así, se dice que el referido alcance se debe a que el art. 165, a diferencia de lo que dispone el art. 166, inc. 1ro. respecto de las lesiones, no requiere que el homicidio sea causado por las lesiones ejercidas para realizar el robo, sino que se conforma con que el homicidio resulte del robo, lo cual le otorga una mayor amplitud de enfoque. En definitiva, se sostiene que la expresión “con motivo u ocasión del robo” justifica tan amplio alcance del art. 165 del C.P.³

MI OPINIÓN

Entiendo, en primer lugar, que el tenor literal del texto en cuestión (en cuanto a la expresión “...con motivo u ocasión del robo”) no resulta claro acerca del alcance del tipo en cuestión. Concretamente, dicha frase no contesta con claridad la pregunta de si el art. 165 sólo comprende un homicidio con dolo eventual, o si también abarca un homicidio imprudente. Es que el motivo o la ocasión apuntan a una circunstancia contextual objetiva, esto es, que el homicidio sea, en alguna medida, un *resultado* del robo⁴, o que el homicidio se haya cometido entre el comienzo de ejecución del robo y su consumación⁵. Mas no apunta a una circunstancia subjetiva (esto es, si dicho homicidio debe haberse producido con dolo o con mera imprudencia).

Afirmo, además, que, frente al anterior problema, a partir del principio de proporcionalidad de la pena con respecto al injusto cometido (art. 1 C.Nac.), un criterio válido de interpretación del alcance de las figuras penales –que permite zanjar la cuestión– consiste en tener en cuenta la escala penal prevista por la ley para dicho delito, en comparación con las previstas para otros⁶.

³ En rigor, el problema tratado en “Aguirre” y los sucesivos precedentes es, más bien, otro: si la figura del art. 165 abarca o no los homicidios perpetrados con dolo eventual. Sin embargo, a raíz de dicho interrogante, también se responde el nuestro, esto es, si la figura bajo análisis abarca los homicidios culposos.

⁴ SOLER, 1970, 256.

⁵ SIMAZ, 1999, 851 y 852.

⁶ Al respecto, y al igual que frente a otros delitos calificados por el resultado, la doctrina mayoritaria señala como límite excluyente el caso fortuito, y se viene ocupando hasta ahora en delimitar el alcance del tipo objetivo, de la mano de la teoría de la imputación objetiva (ver, por todos, PÉREZ BARBERÁ, 2000, 213 y ss.),

Concretamente, afirmo que, si comparamos la escala penal prevista por el art. 165 del C.P. (de diez a veinticinco años de prisión) con la del homicidio simple (de ocho a veinticinco años de prisión – art. 79), y la del homicidio imprudente (de 6 meses –o de dos años– a cinco años de prisión – art. 84), surge claro que en el 165 se está aludiendo a un robo con homicidio doloso, y no a un robo con homicidio imprudente⁷.

Ello surge, en primer término, por la notable similitud de los marcos punitivos en juego (máximo legal idéntico, mínimo sólo aumentado en dos años), y por la clara diferencia con la otra escala, tanto en su mínimo como en su máximo (el cual es cinco veces más alto).

Además, esta similitud en las escalas de los arts. 79 y 165 del C.P. fortalece el argumento de que, frente a esta figura pluriofensiva⁸ prevalece el bien jurídico más importante: la vida humana. Esto es así, porque la repercusión del otro atentado (esto es, el perpetrado a la propiedad) es nimia: ya dijimos que el mínimo sólo aumenta en dos años, y el máximo permanece idéntico.

Si lo anterior es así, resultaría absurdo que, frente a un mismo homicidio imprudente (p.e., a raíz de la conducción de un motovehículo) se aumente cuatro veces más el mínimo de la escala, y cinco veces más la conminación punitiva máxima, sólo por el hecho de que el mismo ocurra en el contexto de un robo, esto es, del delito de menor peso en la mentada figura pluriofensiva. Es como si, detrás de la escena, estuviera presente una máxima que dijera lo siguiente: *quien ingresa en el camino del delito responde por lo hecho de manera imprudente, como si hubiera obrado dolosamente*.

Por otra parte, resultaría incongruente que, frente a un homicidio *imprudente* cometido durante la ejecución de un robo, la escala parta de los diez años de prisión; pero, en cambio, si ese sujeto un día roba, y al día siguiente mata, pero esta vez *dolosamente*, tenga ante sí una escala más leve (pues principia en ocho años de idéntica pena, por ser el mínimo mayor)⁹.

No comparto el argumento consistente en que la expresión “resultare” es propia de los delitos calificados por el resultado, y preterintencionales; y estos delitos comprenden resultados imprudentes, no dolosos¹⁰. Ello así porque, aplicando el método de comparación de escalas penales en juego, surge claro que hay varios delitos calificados por el resultado que suponen sólo un delito base doloso, seguido de un resultado sólo doloso (como el art. 165 –aquí comentado–, el abuso sexual con acceso carnal seguido de muerte, el robo con lesiones); otros, en cambio, prevén un delito base doloso, seguido de uno culposo (p.e., el

pero sólo algunos han utilizado el baremo del principio de proporcionalidad de la pena para delimitar el tipo subjetivo.

⁷ De la misma opinión, esto es, utilizando las escalas penales como baremo de control del alcance de esta clase de delitos calificados por el resultado, FONTÁN BALESTRA, 2007, 427; CONTI, 2011, 399, y 407 y ss.; TOZZINI, 2002, 285; MOROSI, GUILLERMO E. H., *Homicidio “criminis causae” y robo agravado por homicidio*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003, p. 47 (citado por MARÚN, 2009, 233); SIMAZ, 1999, 857; MARÚN, 2009, 233; y ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000, 539, quienes postulan que a fin de interpretar el alcance en estas figuras una pauta consiste en entender que la excepción a las reglas del art. 54 es admisible pero sólo hasta la medida de la acumulación material.

En materia de jurisprudencia, opinan lo mismo, esto es, que el 165 comprende sólo homicidios dolosos, la Cámara Federal de La Plata, sala III (en “Ríos, Rodolfo”, 16/6/1988, publicado en LA LEY, 1990-A, 694); y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII (en “Tito, Antonio”, voto de Dres. Navarro y Piombo, 7/30/1991, publicado en LA LEY, 1994-B, 707), citados por BREGLIA ARIAS, 2002.

⁸ Esto nadie lo discute, pues resulta patente que se afecta la propiedad y la vida.

⁹ El argumento es de DONNA – GOERNER, 1992.

¹⁰ Ver, por todos, SOLER, 1970, 258 y 259.

homicidio preterintencional, el aborto seguido de muerte, la privación ilegítima de la libertad agravada por grave daño); otros, uno doloso, seguido de uno doloso o culposo (p.e., el envenenamiento o adulteración de aguas potables seguido de muerte); y otros, en fin, exigen culpa para ambos delitos (p.e., el estrago imprudente seguido de muerte)¹¹.

Por último, cuando el legislador ha querido describir delitos culposos, ha echado mano a una fórmula que aquí no se ha utilizado –imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos a su cargo–¹².

Por todo ello, sostengo que, si en el contexto de un robo (tentado o consumado) ocurre un homicidio imprudente, frente a dicho suceso fluyente concurren, en concurso ideal (en caso de compartir ambos resultados la misma violencia o fuerza en las cosas), o en concurso real (si el homicidio no surgió de la fuerza o violencia empleada para robar, sino sólo en su contexto de ejecución) las figuras de robo (tentado o consumado), y de homicidio imprudente. Sólo de este modo se respeta el principio de proporcionalidad de la pena frente al injusto cometido.

Segundo problema: el correcto encuadre de un homicidio doloso consumado en el contexto de un robo tentado

POSTURA DEL TSJ

Sobre el tema, siguiendo a la opinión mayoritaria¹³, el máximo tribunal cordobés se ha pronunciado en dos precedentes, a raíz de planteos casatorios que pretendían la aplicación del art. 42 con respecto al art. 165 (ambos del Código Penal) frente a estos hechos. Concretamente, el aludido tribunal no hizo lugar a dicho pedido, entendiendo que corresponde encuadrar estos casos en la figura del art. 165 del C.P., aunque el robo no se haya consumado. Incluso, a pesar de existir en dichos fallos un voto en mayoría (que sostiene que se trata de un delito complejo, y no meramente pluriofensivo), y otro en minoría (de la Dra. Aída Tarditti, quien sostiene que se trata de un delito pluriofensivo, pero no necesariamente complejo), ambas posiciones convergen en la misma solución al supuesto que aquí tratamos, e incluso comparten algunos argumentos. Por ello, resumiré –a continuación– de manera sucesiva dichos argumentos, los cuales han quedado plasmados en dos fallos: "Moyano" (S. n° 2, 12/2/2001, siendo la postura mayoritaria de los Dres. Luis E. Rubio y Adán L. Ferrer); y "Elizondo" (S. n° 115, 30/12/2002, con postura mayoritaria de los Dres. Luis E. Rubio y María Esther Cafure de Battistelli).

EL TENOR LITERAL DEL ART. 165 DEL C.P.

Se sostiene en los aludidos precedentes que, si la ocasión o motivo del resultado mortal se presentan durante el proceso ejecutivo del robo sin que se requiera su consumación, "es evidente que la ley no quiere punir en términos de la tentativa" el homicidio (Voto de la Dra. Tarditti).

LA TESIS CONTRARIA CONDUCE A PENAS ABSURDAS

Se agrega que, si, frente a este caso, se reduce la escala del art. 165 según lo previsto para la tentativa (esto es, de seis años y ocho meses a doce años y seis meses de pri-

¹¹ Ver, al respecto, el interesante trabajo de CONTI, 2011, 405 y ss.

¹² Opinán lo mismo DONNA – GOERNER, 1992; MARUM, 2009, 233; y SIMAZ, 1999, 868.

¹³ Ver la síntesis de estas posturas en MARÚM, 2009, 244 y ss.

sión)¹⁴, un homicidio consumado en el contexto de un robo tentado va a ser menos penado que un homicidio simple. Esto equivale a decirle al sujeto que le conviene no sólo matar, sino hacerlo en el contexto de un delito (ambos votos utilizan este argumento). Además, se penaría más el homicidio culposo con motivo u ocasión de un robo consumado (con diez a veinticinco años de prisión). O sea, se castigaría menos un homicidio doloso que uno imprudente, como “premio” por haberlo cometido durante el intento de un robo, y no durante un robo consumado (en cuyo caso la escala penal sería la misma) (Argumentos de la Dra. Tarditti)¹⁵.

En este mismo sentido, el voto mayoritario agrega que, mediante estas penas absurdas, se modifica el orden de preeminencia acordado en el sistema del código al bien jurídico “vida”, aclarando –en lo que aquí concierne– que la ubicación de la figura de robo con homicidio, en el título destinado a los delitos contra la propiedad (CP, Título VI, del Libro Segundo), simplemente obedece a que la acción de la misma, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo y no al homicidio, pero en modo alguno modifica la mentalidad prevalencia.

ESTRUCTURA DEL TIPO COMPLEJO

El voto mayoritario, a su vez, afirma que la especial estructura del tipo complejo permite tener por consumado el delito si el elemento normativo que lo agrava, en el caso, el homicidio, se ha consumado. Y agrega que la no consumación del robo constituye un aspecto de la comisión delictiva que debe ser valorada al momento de la aplicación de la pena en el marco fijado por los arts. 40 y 41 del Código Penal. Allí se tendrá en cuenta la extensión del daño causado.

MI OPINIÓN

En primer lugar, entiendo que con la solución propiciada por el TSJ cordobés, con el fin de no castigar de menos (porque es cierto que el caso consiste en un homicidio consumado, y no meramente tentado, en el contexto de un robo tentado), se termina castigando de más (porque no se dio un homicidio en el contexto de un robo consumado, sino en el de uno tentado)¹⁶. Y este inconveniente no se salva simplemente a la hora de individualizar la pena concreta, pues se trata de un injusto menos grave en abstracto, y no meramente en concreto. Ello implica que la solución debe encontrarse a la hora de calificar legalmente el hecho, y no simplemente al momento de evaluar la pena aplicable frente a cada caso concreto.

Entiendo también que el debate sobre si se trata de un tipo pluriofensivo o complejo no tiene incidencia en el tema que tratamos. Alguna posición afirma que, tratándose de una figura agravada del robo, si este queda en tentativa, cabe aplicar la regla del art. 42 con respecto al art. 165, cosa que discuten quienes lo interpretan como un delito complejo, autónomo, en el cual la vida es el bien jurídico principal¹⁷. A mi juicio, en cambio, aun

¹⁴ Ello así, según la tesis de Ricardo C. Núñez sobre la interpretación del art. 44 del Código Penal, seguida mayoritariamente en el foro local.

¹⁵ Arriba se dan las razones para sostener que el art. 165 del Código penal no comprende homicidios imprudentes.

¹⁶ En el mismo sentido, S.C.B.A., “Pozzán”, 30/03/1993. Allí se sostuvo que “...es jurídicamente imposible declarar consumado un robo meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado, no ya la acción descripta en la figura, sino su elemento normativo de la misma” (Voto en mayoría, Dres. Mercader, Laborde, San Martín y Negri).

¹⁷ Al respecto, ver CREUS, 1993.

siguiendo la primera posición, no cabe duda –como ya dije antes– de que, si aplicamos la regla del art. 42 sobre el art. 165, castigaríamos de menos al sujeto que mató en el contexto de un robo tentado, puesto que dicho sujeto sí consumó uno de los resultados allí previstos.

Por otra parte, no veo porqué la mera letra del art. 165, o el que se trate de un tipo complejo, sirva como argumento válido para desplazar –sin más– las reglas del concurso de delitos y de la tentativa. De dicho tenor literal surge claro que se describe dos resultados: un robo y un homicidio, pero a ambos consumados, lo cual, insisto, no coincide con lo que ocurre en el caso abstracto que tratamos. Para subsumirlo específicamente están las reglas de la tentativa (a fin de ponderar el robo “tentado”) y del concurso de delitos (para ponderar su “conurrencia” con un homicidio consumado)¹⁸.

Además, la posición mayoritaria se encontraría en serios inconvenientes para encuadrar un robo tentado, si, además de concurrir con motivo u ocasión del mismo un homicidio, acontece alguna otra circunstancia agravante (p.e., el empleo de un arma de fuego operativa, su comisión en despoblado y en banda, con efracción, etc.). Concretamente, no podría sostenerse, a la vez, la existencia de un robo con homicidio, en concurso ideal con un robo con arma de fuego operativa, o en despoblado y en banda, o con efracción, tentado. Es que, el robo, o se tentó o se consumó. No hay una tercera posibilidad.

De otro costado, las objeciones con respecto a las “penas absurdas”, sólo se refieren a la postura que aplica las reglas de la tentativa a la figura del art. 165 frente al caso que tratamos, mas no a mi propuesta.

Concretamente, entiendo que, de compartir el homicidio consumado y el robo intentado la misma violencia o fuerza en las cosas, habrá “un hecho” que “cae” en más de un tipo penal, es decir, existirá un concurso ideal entre un homicidio simple consumado, y un robo –simple o agravado– tentado¹⁹. Ello implica una escala cuyo máximo se mantiene (veinticinco años de prisión), y con un mínimo de ocho años de idéntica pena. Como se ve, frente a un homicidio con dolo eventual, la escala sigue siendo casi la misma. En cambio, si el robo tentado y el homicidio consumado no comparten la fuerza o la violencia, se dará un concurso real entre ambos delitos.

Por último, considero que mi postura tiene mayor repercusión frente a un supuesto consistente en un homicidio imprudente causado en el contexto de un robo tentado. Piénsese en el caso de quien, durante la ejecución de un arrebato callejero mientras va conduciendo su moto, por descuido atropella a un peatón y lo mata, no logrando consumir dicho robo²⁰. Con mi propuesta, para este caso, por tratarse de un concurso real de delitos (al no haber derivado la muerte de las violencias propias del robo, sino –simplemente– de la distracción al manejar), la escala sería de dos a ocho años de prisión. Tal como ya anticipé,

¹⁸ De la misma opinión, SIMAZ, 1999, 851, y 881, pero entendiendo que la misma no surge del tenor literal de la ley, sino por razones de justicia.

¹⁹ Discrepo con quienes entienden que hay un concurso ideal entre la tentativa de robo con homicidio y el homicidio simple (ver Creus, 1993, en la cita al voto de la mayoría). Es que dicha calificación resulta contradictoria. O se castiga un homicidio consumado, o uno tentado, pero no ambos a la vez, porque en la realidad ambas cosas no pueden suceder al mismo tiempo. Incluso con mi propuesta llego –en definitiva– a la escala que esta posición busca por razones de justicia (esto es, a una de ocho a veinticinco años de prisión). También discrepo con MARÚM (2009, 246), quien, siguiendo a SIMAZ (1999, 851), si bien coincide en no aplicar aquí el art. 165 sino un concurso entre el robo tentado y el homicidio consumado, entiende que se trata de un concurso real de delitos.

²⁰ La modificación del caso se debió a los aportes de Valeria Trotti y de Enrique Buteler. A ellos vaya, pues, mi agradecimiento.

parece absurdo que se siga aplicando la escala del 165 (diez a veinticinco años) sólo porque dicha muerte causada imprudentemente se dio durante el contexto de un robo.

Bibliografía

- BREGLIA ARIAS, OMAR, “Los numerosos problemas del artículo 165 del Código Penal. "Homicidio resultante con ocasión o motivo de un robo", *L.L.* 2002-E , 1067 (He consultado la versión *on line*).
- CONTI, NÉSTOR JESÚS, “Causalidad e imputación en los delitos objetivamente complejos y subjetivamente calificados por el resultado”, en *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011 – 1, ps. 383 a 422.
- CREUS, CARLOS, “Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre el homicidio como agravante del robo”, *L.L.*, 1993-E, ps. 154 y 155 (consulté la versión *on line*).
- DONNA, EDGARDO A. – GOERNER, GUSTAVO, “Una nueva aportación para la interpretación del artículo 165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad”, *L.L.* 1992-A, 832 (He consultado la versión *on line*).
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, 4ta. edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, T. V, ps. 425 a 431.
- LAJE ANAYA, JUSTO – GAVIER, ENRIQUE, *Notas al Código Penal Argentino*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1996, T. II., ps. 311 a 313.
- MARÚM, ELIZABETH A, “Comentario al art. 165”, en AA.VV. (BAIGÚN, DAVID – ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – Dirección – TERRAGNI, MARCO - Coordinación), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, T. 6, ps. 227 a 265.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, Tomo V, ps. 229 a 231.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL E., “Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado”, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva serie, n° 3 (2000), U.N.C., ps. 213 a 245.
- SIMAZ, ALEXIS L., “El artículo 165 del Código Penal argentino y sus graves problemas interpretativos”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Año V (1999), Número 9 A, ps. 836 a 894.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal argentino*, T.E.A., Buenos Aires, 1970 (3ra. edición), T. IV, ps. 256 a 259.
- TOZZINI, CARLOS A., *Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la Jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 2002, ps. 280 a 290.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 2000, ps. 538 a 540.

La justicia restaurativa y el fin de prevención especial de la pena

Restorative justice and the purpose of punishment special prevention

por ANA MARÍA CORTÉS*

RESUMEN: La Justicia restaurativa es una respuesta sistemática frente al delito que involucra a los delincuentes, víctimas, comunidad e instituciones para dar cumplimiento al fin de prevención especial de la pena. La reinserción social del condenado, la satisfacción de la víctima y de sus familiares, la tranquilidad de la comunidad como prevención general positiva y el cumplimiento del rol del Gobierno en labor armónica y conjunta, resguardarían el orden público propiciando la calma social.

PALABRAS CLAVES: Justicia restaurativa. Victimología. La pena. Prevención general y especial.

ABSTRACT: *Restorative justice is a systematic response to crime involving offenders, victims, community and institutions to comply with the purpose of punishment special prevention. The social reintegration of the convicted person, the satisfaction of the victim and members of their families, the tranquility of the community as a positive general prevention and the fulfilment of the role of the Government in harmonious and joint work, protecting public order and promoting the social calm.*

KEY WORDS: *Justice restorative. Victimology. The penalty. General and special prevention.*

Introducción

¿Es posible conciliar el fundamento de la pena basado en la retribución (no reparación) con la prevención especial de la misma?

Esta antigua pregunta sigue teniendo vigencia y ha merecido diversas respuestas de acuerdo a la opinión que tengamos sobre el fundamento y fin de la pena y el tipo de Estado al cual hagamos referencia.

Si nos inclinamos hacia el *ne peccetum* o el *quia peccatum est*, la pena como retribución basada en la culpabilidad del sujeto, fundamento y medida de ella¹, no se compadece con la idea de reparación del daño causado.

Recordando los conceptos de Jacques Maritain en su Opúsculo “Sobre la guerra santa”: “*Olvidase asimismo que el mal sigue siendo el mal..., que el horror ejecutado queda ejecutado y que la desesperación de los hombres y su dolor y una sola lágrima y un solo grito arrancado por la injusticia pueden muy bien ser compensados con creces (por esto murió Jesús) pero no pueden ser borrados, nunca se los borrará, nunca*”². En esta tesitura, no podríamos aceptar la idea que el sufrimiento causado a la víctima o a sus familiares por el autor del ilícito, puede ser reparado, idea desarrollada en el ámbito civil.

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

¹ Salvo en el delito imposible, CP art. 44 in fine que el fundamento de la pena es la peligrosidad del sujeto.

² Mencionado por SEBASTIÁN SOLER en “Teorías del fundamento y fin de la pena”, *Derecho Penal Argentino. Tomo II*, p. 321. Edit. TEA, Bs. As 1976.

La retribución, como respuesta social e individual (llámese víctima o familia de la misma) debe ser proporcional al daño causado y en nuestro CP art. 41, al referirse a la individualización judicial de la pena, se tiene en cuenta el dogma del acto y el dogma del autor, pero, salvo en la anterior redacción del art. 132, al referirse al avenimiento con el ofendido, no observamos en este cuerpo legal alusión a una situación semejante a la restauración de la cual nos ocuparemos.

Si nuestro objetivo es disminuir la delincuencia, es necesario poner el acento en el posible infractor (prevención general) y en caso que ya haya delinuido, en los medios para mejorar su conducta y evitar que reincida (prevención especial).

Pero en la actualidad, ¿podemos afirmar que los recursos utilizados por el Estado para lograr estos fines, han sido y son efectivos?

Evidentemente, el índice de reincidencia es alto y por ello se siguen ensayando otras consecuencias jurídicas del delito y alternativas diversas de acción para evitarlo.

La suspensión del juicio a prueba, la condena de ejecución condicional, la multa, la inhabilitación, el avenimiento con el ofendido³, el principio de oportunidad reglada, etc., son opciones legales que tratan, en la medida de lo posible considerar que si el autor del ilícito cumple ciertos requisitos, no ingrese a prisión y al observar las condiciones establecidas por la norma, se mantenga en este estado de libertad.

Ahora bien, si nos referimos al interno, también puede beneficiarse con el egreso del encierro antes del cumplimiento de la condena por medio de la Libertad condicional, cuando se verifica que el tratamiento penitenciario dio resultados positivos. El sistema penitenciario progresivo trata de que el delincuente reflexione para lograr el fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad que es, según el art. 1 de la ley 24.660⁴, *que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*. Actualmente se habla de la Justicia restaurativa como un medio para que el delincuente reflexione sobre el mal causado, analice su hecho, repare el perjuicio causado en la medida de lo posible y trate de mejorar su conducta evitando violar la ley.

De otro costado, el perdón de la víctima a quien dañó, ¿posee algún efecto sobre el ofensor modificando su accionar en el futuro?, ¿refuerza sus frenos inhibitorios impidiéndole volver a delinquir? Son preguntas que se vinculan con la personalidad del sujeto, el tipo de delitos cometidos, las circunstancias que lo llevaron a delinquir, etc. Pero también surgen otros interrogantes: ¿Es la justicia restaurativa un modo de hacerlo? ¿Es de posible aplicación para todo tipo de delitos?, ¿Funciona positivamente en delincuentes adultos o solamente se observa con éxito en menores infractores a la ley penal? ¿Cómo pueden insertarse estas prácticas en un sistema legal penal tradicional, especialmente con los conceptos de prevención general y especial conocidos? ¿Podríamos hablar de que la Justicia restaurativa puede ser considerada una tercera vía en la respuesta penal al delito?⁵

I. Justicia restaurativa⁶

³ El texto del art. 132 modificado por Ley 26138 del 7/4/12, preveía el avenimiento con el ofendido que a su vez por Ley 25087 corrigiera lo dispuesto por el mismo cuerpo legal, sobre el casamiento con la ofendida en los delitos contra la integridad sexual.

⁴ Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. 16/07/1996.

⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, p. 108 y ss.

⁶ El presente trabajo toma como una de las principales referencias sobre el tema, el “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa” de la Oficina de las Naciones Unidas. Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2006. Fue preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito (UNODC) por Yvon Dandurand, Decano de Investigación de Facultad de Fraser Valley, Canadá; Asociado Sénior del Centro para la Reforma de Leyes Penales y Políticas de Justicia Penal y por Curt T. Griffiths, Profesor de la Escuela de Criminología de la Universidad Simon Fraser en Canadá. El Manual fue revisado en una junta de grupos de expertos llevada a cabo en UNODC, en Viena el 30 y 31 de enero de 2006, participaron en dicha junta los siguientes expertos: Ivo Aertsen, Hazem Aly, Elias Carranza, Borbala Fellegi, Kittipong Kittayarak, Paul McCold, Chino Obiagwu,

En diferentes países, a raíz de la insatisfacción y la frustración con el sistema de justicia formal o de un interés que resurge para preservar y fortalecer las prácticas del derecho consuetudinario y los procedimientos tradicionales de justicia, se han planteado respuestas alternativas al delito y a los desórdenes sociales. Muchas de estas alternativas proporcionan a las partes involucradas y, a menudo, a la comunidad cercana, la oportunidad de participar en la resolución de los conflictos y de abordar sus consecuencias.

Los programas de justicia restaurativa se basan en la creencia de que las partes de un problema deben estar activamente comprometidas para resolver y mitigar sus consecuencias negativas. También, en algunas instancias, con la intención de regresar a la toma de decisiones locales y a la construcción de la comunidad.

Estas metodologías se consideran un medio de motivar la expresión pacífica de los conflictos, impulsar la tolerancia y la inclusión, construir el respeto por la diversidad y promover prácticas comunitarias responsables.

II. Denominaciones y concepto

HOWARD ZEHR⁷, considerado el padre de la **Justicia Restaurativa**, la define como “aquella comprensión que **interpreta el delito fundamentalmente como una ofensa contra las personas y las relaciones que se establecen entre ellas**. Por ello se entiende que **el delito genera obligaciones**, principalmente la de reparar lo que ha dañado con su ofensa. Es decir, si el sistema tradicional de justicia enfrenta por principio a las partes implicadas en el conflicto, en el caso de la Justicia Restaurativa hablamos de un modelo relacional que intenta establecer un pacto, **un acuerdo que enfatice el aspecto comunitario del delito y que ponga en relación a víctimas, ofensores y comunidad**”.

Según el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa: “La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes”

Es un concepto evolutivo que ha generado distintas interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también, a las dificultades para traducir de manera precisa el tema, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos: “justicia comunitaria”, “hacer reparaciones”, “justicia positiva”, “justicia relacional”, “justicia restauradora” y “justicia sanadora”.

Para JOHN BRAITHWAITE (2004)⁸ la justicia restaurativa es “...un proceso en el cual todas las personas afectadas por una injusticia tienen la oportunidad de discutir cómo han sido afectadas por ella y decidir qué debe hacerse para reparar el daño. Porque el crimen hace un daño, en un proceso de justicia restaurativa se intenta que la justicia sane. Por ello, algo central en el proceso son las conversaciones entre aquellos que han sido dañados y aquellos que han infligido el daño.”

Una definición generalmente aceptada de justicia restaurativa es proporcionada por TONY MARSHALL⁹: “la justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el

Christa Pelikan, Ann Skelton, Adam Stapleton, Pavel Stern, Daniel Van Ness y Martin Wright. Este manual es una de las herramientas prácticas, entre las desarrolladas por la UNDOC, para apoyar a los países en la implementación de leyes y en el desarrollo de reformas en materia de Derecho Penal. Puede ser utilizado en una variedad de contextos, incluyendo el de la asistencia técnica de la UNODC y el de los proyectos de construcción de capacidades. Introduce al lector a programas y procesos de justicia restaurativa. También se consultaron, entre otros, a: Blanco, Rafael; Diaz, Alejandra; Heskia, Joanna, Rojas, Hugo (2004). *Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Vol. 6. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

⁷ ZEHR, HOWARD (1990). *Changing Lenses, A new focus for Crime and Justice*. Canada: Herald Press; (2003) *The little book of Restorative Justice*. Pennsylvania, USA.

⁸ BRAITHWAITE, JOHN (2004). *Restorative Justice and De-Professionalization*. *The Good Society* 13 : 28–31.

⁹ MARSHALL, TONY (1999). *Restorative Justice. An Overview*, Home Office.

futuro".

Según VAN NESS Y STRONG¹⁰, son valores centrales de la justicia restaurativa:

1. El *Encuentro*: Consiste en el encuentro personal y directo entre la víctima, el autor u ofensor y/u otras personas que puedan servir de apoyo a las partes y que constituyen sus comunidades de cuidado o afecto.

2. La *Reparación*: Es la respuesta que la justicia restaurativa da al delito. Puede consistir en restitución o devolución de la cosa, pago monetario, o trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad. La reparación debe ir primero en beneficio de la víctima concreta y real, y luego, dependiendo de las circunstancias, puede beneficiar a víctimas secundarias y a la comunidad.

3. La *Reintegración*: Se refiere a la reintegración tanto de la víctima como del ofensor en la comunidad. Significa no sólo tolerar la presencia de la persona en el seno de la comunidad sino que, más aún, contribuir a su reingreso como una persona integral, cooperadora y productiva.

4. La *Participación o inclusión*: Consiste en dar a las partes (víctimas, ofensores y eventualmente, la comunidad), la oportunidad para involucrarse de manera directa y completa en todas las etapas de encuentro, reparación y reintegración.

III. Antecedentes

El concepto de Justicia Restaurativa se relaciona en forma directa con la idea tradicional de justicia "Dar a cada uno lo suyo", concepto que (como una innovación) se está implementado en el mundo desde hace más de veinte años. Aunque con diferente nombre estas tradiciones vivían en Canadá, Nueva Zelanda y en otros países donde estas experiencias vienen funcionando, ello debido a que en los años sesenta, los pueblos colonizados de Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda empezaron a luchar para hacer revivir su justicia tradicional.

Estas prácticas restaurativas consisten en la reparación del daño y la sanación de las heridas, a través de la discusión y la interacción entre el victimario, la víctima y la comunidad dando solución al conflicto mediante un acuerdo. Al ofrecer un espacio de comunicación a todos los involucrados en el hecho, para que tomen parte como sujetos actores en la solución del conflicto mediante un proceso de diálogo, se está dando a cada cual lo suyo y es en esos términos cuando se habla de justicia.

Los autores marcan el comienzo de esta etapa en el caso solucionado por un juez de Kitchener, en el año 1974 (Ontario, Canadá):

Mark Yantzi, miembro de la secta menonita, cansados de la falta de respuesta judicial a los numerosos ataques a la propiedad realizados por menores de edad, realiza una propuesta para resolver el conflicto. En uno de estos procesos se juzgaba la conducta de dos jóvenes que anduvieron por las calles del pueblo de Kitchener totalmente drogados y, en ese estado, destruyeron 22 automóviles en forma irracional (parabrisas, gomas, radiadores, faros). No era un hecho habitual y los habitantes estaban indignados. Los jóvenes no tenían antecedentes y Yantzi pensó que no necesitaban castigo sino asumir responsabilidades. Aconsejó al Juez que enfrentaran personalmente la obligación de reparar el daño causado. Al principio el Juez rechazó la sugerencia por carecer de toda base legal, pero al dictar sentencia ordenó que los jóvenes cumplieran con lo sugerido y luego le hicieran un informe de lo que habían visto, conversado con las víctimas y de los daños que éstas habían sufrido. Bajo vigilancia fueron a las casas y negocios de las víctimas, admitieron los daños y lograron un acuerdo para restituir todas las pérdidas ocasionadas. A los tres meses habían cumplido con lo comprometido.

Las ideas que sirven de base a lo que hoy se denomina Justicia Juvenil Restaurativa datan de tiempos muy antiguos pudiéndose mencionar al Código de Hammurabi y la Ley de las XII Tablas¹¹ y respecto a los adultos, también encontramos antecedentes sobre el tema en los libros religiosos¹².

¹⁰ VAN NESS, DANIEL; STRONG, KAREN HEETDERKS (1997). *Restoring Justice*. Anderson Publishing, Cincinnati.

¹¹ :”La restitución a la víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documentos muy remotos: El Código de Hammurabi que preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad y la

IV. Referencias internacionales

Se pueden mencionar entre las principales referencias supranacionales a:

El Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento a Delincuentes, realizado en Viena, 10-17 de Abril 2000.

La Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo Veintiuno (2000) motivó el “desarrollo de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que sean respetuosos de los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y todas las demás partes”.

La Unión Europea en 2001 tomó una decisión sobre el marco de trabajo, declarando que los Estados Miembros deben promover la mediación en casos criminales e implementar sus instrumentos legales para 2006, especialmente respecto a las Víctimas en Procedimientos Penales.

En agosto de 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó una Resolución convocando a los Estados Miembros que están implementando programas de justicia restaurativa a hacer uso de un conjunto de Principio básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.

La Declaración de Bangkok- Sinergias y respuestas: Alianzas Estratégicas sobre Prevención del Delito y Justicia penal consecuencia del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato a Delincuentes, Bangkok, 18-25 de Abril del 2005.

En 2005, la declaración del Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato de Delincuentes (2005) instó a los Estados Miembros a reconocer la importancia de desarrollar aún más políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que incluyan alternativas a los procesos judiciales.

En el fondo de la cuestión, los programas de justicia restaurativa pueden ser utilizados para reducir la carga del sistema de justicia penal, para desviar casos fuera del mismo y para proporcionar una gama de sanciones constructivas.

V. Características de los programas de justicia restaurativa

Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. Algunas características de los programas de justicia restaurativa son:

- Una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima que permite que cada caso sea considerado individualmente.
- Una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.
- Una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmáticos sobre los delincuentes.
- Un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional.
- Una estrategia que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto.

VI. Premisas subyacentes

Ley de las XII Tablas que preceptuaba que el ladrón condenado pagará el doble del valor del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa y cuatro veces si había obstaculizado la persecución, entre otros.” AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI: *Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*: 1era. Ed. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni Editores de Rubinzal y Asociados S.A; 2004; pág. 117.

¹² La Biblia, Evangelios: Lucas 19-8 y 12-58 y en Mateo 5-25, entre otros.

Los programas de justicia restaurativa se basan en varias premisas subyacentes:

- a) Que la respuesta al delito debe reparar en lo posible el daño sufrido por la víctima;
- b) Que los delincuentes lleguen a entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad;
- c) Que los infractores a la ley penal pueden y deben aceptar la responsabilidad por sus acciones;
- d) Que las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en determinar la mejor manera para que el delincuente repare los daños y
- e) Que la comunidad tiene la responsabilidad de contribuir en el proceso.

VII. Elementos, valores y metas del proceso

Los **elementos básicos** para que un proceso restaurativo alcance sus objetivos son:

- a) Una víctima identificable;
- b) Su participación voluntaria;
- c) Un delincuente que acepte la responsabilidad de su comportamiento delictivo;
- d) La participación no forzada del delincuente y
- e) El acuerdo

Los **valores** del proceso se asientan en un trato respetuoso de todas las partes, flexible y sensible, adecuado a las circunstancias individuales de cada uno por encima de resultados impuestos y con un firme compromiso de cumplir con el acuerdo.

La **meta** es crear un ambiente sin enemistad ni amenaza en que los intereses y las necesidades de la víctima, del delincuente, de la comunidad y de la sociedad puedan ser atendidos y las partes involucradas logren un cierre. Las metas del proceso incluyen:

- Víctimas que acepten estar involucradas en el proceso de manera segura y salir de él sintiéndose satisfechas;
- Delincuentes que entiendan cómo la acción afectó a la víctima y a otras personas, asuman su responsabilidad en las consecuencias de sus acciones y se comprometan a reparar;
- Medidas flexibles, acordadas por las partes, que enfatizan la reparación del daño y, de ser posible, también se ocupen de las razones de la infracción;
- El respeto, por parte de los delincuentes, de su compromiso de reparar el daño, así como su intención de resolver los factores que provocaron su comportamiento;
- La comprensión, tanto de la víctima como del delincuente, de la dinámica que llevó al incidente específico obteniendo un sentido de cierre y de reintegración a la comunidad.

VIII. Objetivos específicos

- a) Apoyar a las víctimas, darles una voz, motivarlas a expresar sus necesidades, permitiéndoles participar en el proceso de resolución y ofrecerles ayuda.
- b) Reparar las relaciones dañadas por el crimen llegando a un consenso sobre cómo responder mejor al mismo.
- c) Denunciar el comportamiento criminal como inaceptable y reafirmar los valores de la comunidad.
- d) Motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los ofensores.
- e) Distinguir resultados restaurativos y directos sin descartar otras las formas de castigo (por ejemplo multas, encarcelamiento, libertad condicional).
- f) Reducir la reincidencia motivando el cambio en los delincuentes particulares, facilitando su reintegración a la comunidad.
- g) Identificar los factores que causan el delito e informar a las autoridades responsables para que implementen estrategias de reducción del mismo.

IX. Tipos de programas de justicia restaurativa

Los programas de justicia restaurativa complementan en lugar de reemplazar el sistema de justicia penal existente. Una intervención restaurativa puede usarse en cualquier etapa del proceso de justicia penal, a pesar de que en algunas instancias pueda requerirse la modificación de leyes penales o de procedimiento.

Generalmente, hay cuatro ocasiones en el sistema de justicia penal en que puede comenzar con éxito un proceso de justicia restaurativa:

- En el nivel de policía (antes de los cargos);
- En el nivel de los procesos judiciales (después de los cargos pero antes del proceso),
- A nivel de tribunal (hasta la etapa de pronunciamiento de sentencia);
- A nivel de corrección (como una alternativa al encarcelamiento, como parte o además de una sentencia que no implique reclusión, durante el encarcelamiento o a partir de la liberación de prisión).

En algunos países, las intervenciones restaurativas son posibles en forma paralela al proceso judicial. En Bélgica, por ejemplo, la mediación puede también plantearse cuando el jurado de los procesos judiciales ya ha decidido enjuiciar al sospechoso.

En cualquiera de estos puntos puede crearse una oportunidad para que los funcionarios utilicen sus facultades discrecionales y remitan a un delincuente a un programa de justicia restaurativa. También puede iniciarse un proceso restaurativo en lugar de remitir directamente un delito o un conflicto particular a la atención del sistema de justicia penal. Este es el caso, por ejemplo, de programas basados en escuelas, que utilizan la mediación u otros procesos restaurativos para lidiar con problemas de comportamiento menor, los cuales pueden llevarse a cabo dentro de la comunidad escolar. Los programas restaurativos también pueden operar en centros de mediación vecinal. Finalmente, los oficiales de policía a menudo también pueden incorporar, de manera informada, los principios de justicia restaurativa en su toma de decisiones, cuando son llamados a intervenir en las calles, en desórdenes menores o en conflictos en contextos específicos, como en establecimientos deportivos o educativos.

Generalmente los casos que implican incidentes más serios son remitidos al proceso de justicia restaurativa después del sistema de justicia penal

Algunas de las principales categorías de programas son:

- Mediación entre víctima y delincuente;
- Conferencias de grupos comunitarios o familiares;
- Sentencias en círculos;
- Programas restaurativos para delincuentes juveniles.
- Foros de justicia nativa y de costumbres.

También pueden mencionarse a los Círculos promotores de paz y a las Juntas y Paneles comunitarios de Libertad condicional reparativa.

A) MEDIACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y DELINCUENTE¹³

Los programas de mediación víctima-delincuente (también conocidos como programas de reconciliación víctima-delincuente) estaban entre las primeras iniciativas de justicia restaurativa, pueden ser manejados por instituciones gubernamentales y organizaciones sin fines de lucro y están generalmente restringidos a casos que implican infracciones no graves. Las remisiones pueden venir de la policía, los fiscales, los tribunales y los funcionarios de libertad condicional.

Los programas pueden funcionar en el juicio pre-sentencia o post-sentencia e involucran la participación activa de la víctima y del delincuente, también pueden ofrecer procesos pre-sentencia que terminen en recomendaciones de sentencia.

¹³ Los casos incluidos en el trabajo son tomados del Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa y sobre la Mediación se consultó, entre otros, la tesis doctoral de Esther Pascual Rodríguez: *La Mediación en el sistema penal*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid. 2012.

Cuando el proceso sucede antes de la sentencia, el resultado de la mediación normalmente regresa al fiscal o al juez para su consideración.

El proceso de mediación víctima-delincuente también puede tener éxito durante el encarcelamiento del delincuente y puede ser parte de su proceso de rehabilitación, aún en los casos de delincuentes con sentencias largas.

Hay tres requisitos básicos que deben ser satisfechos antes de poder utilizar una mediación víctima-delincuente:

- El delincuente debe aceptar o no negar su responsabilidad por el delito;
- Tanto la víctima como el delincuente deben estar dispuestos a participar;
- Tanto la víctima como el delincuente deben considerar si es seguro intervenir en el proceso.

Se puede mencionar el papel del Centro de Servicio de Mediación de Libertad Condicional de la República Checa en procedimientos pre-juicio y en la Corte. El Servicio de Libertad Condicional y Mediación participa en procedimientos pre-juicio y en la Corte intentando mediar en soluciones eficaces y en pro de la sociedad, en conflictos relacionados con delitos. La mediación solamente puede hacerse con el consentimiento voluntario de las dos partes. Los mediadores son hábiles en negociaciones eficaces. Ayudan a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo y a una solución mutuamente aceptable de la situación.

CASO

Después de aproximadamente dos horas de diálogo acalorado y emocional, el mediador sintió que el delincuente y la víctima habían escuchado la historia del otro y habían aprendido algo importante sobre el impacto del delito y sobre el otro. Acordaron que el delincuente, un muchacho de catorce años, pagaría \$200 en restitución para cubrir el costo de los daños a la casa de la víctima, que resultaron de una invasión de propiedad privada. Adicionalmente, se le exigiría que reembolsara a las víctimas el costo de una VCR que robó, estimada en \$150. Un programa de pagos sería creado en el tiempo restante de la reunión. El delincuente también ofreció varias disculpas a la víctima y acordó completar horas de servicio comunitario trabajando en un banco de alimentos patrocinado por la iglesia de la víctima. Ésta, una mujer de edad madura vecina del delincuente, afirmó que se siente menos enojada y temerosa después de escuchar al delincuente y los detalles del delito y agradeció al mediador por haber permitido que la mediación tuviera lugar en el sótano de la iglesia.

B) CONFERENCIAS DE GRUPOS COMUNITARIOS Y FAMILIARES

Este modelo en su forma moderna fue adoptado en la legislación nacional de Nueva Zelanda en 1989 y aplicado al proceso de justicia juvenil, convirtiéndolo en la metodología de justicia restaurativa sistemáticamente institucionalizada más avanzada de entonces. La mayoría de los casos son manejados por la policía a través de “precaución restaurativa” y conferencias de grupos de cortes familiares dirigidas por la policía. Se basa en siglos de sanciones antiguas y tradiciones para solucionar disputas del grupo aborígen maorí en Nueva Zelanda. El modelo ahora es ampliamente usado para modificar la forma de la metodología de desvío iniciada por la policía al Sur de Australia, Sudáfrica, Irlanda, Lesoto, así como en las ciudades de Minnesota, Pennsylvania y Montana de USA.

Cada proceso de conferencia tiene un facilitador o mediador. El propósito de una conferencia de grupo familiar es confrontar al delincuente con las consecuencias del delito, desarrollar un plan reparador y, en casos más serios (en el modelo de Nueva Zelanda), determinar la necesidad de supervisión más restrictiva y/o custodia. En Australia y en los Estados Unidos, los oficiales de policía generalmente sirven como guardianes de celda, mientras que en Sudáfrica actúan como fiscales.

El grupo, generalmente, está compuesto por el delincuente, la víctima, y por cualquier otro miembro de la comunidad con interés en el proceso (por ejemplo, los directivos o maestros de escuela en el caso de un delincuente joven). La agencia o grupo comunitario al que es remitido el

delincuente es también responsable de monitorizar el cumplimiento por parte del delincuente de los términos del acuerdo, y puede o no funcionar bajo la supervisión directa de las leyes y funcionarios judiciales.

CASOS

CONFERENCIA FAMILIAR GRUPAL

Después de que el delincuente, su abuela y abuelo, la víctima y el oficial de policía que hizo el arresto hablaron sobre el delito y su impacto, el coordinador de justicia juvenil pidió cualquier información adicional de otros miembros del grupo de alrededor de diez ciudadanos reunidos en la escuela local (el grupo incluía dos de los maestros del delincuente, dos amigos de la víctima y algunos otros) sobre lo que debería hacer el delincuente para compensar a la víctima, (un maestro que había sido herido y que sufrió un par de anteojos roto durante un altercado con el delincuente) y retribuir a la comunidad por el daño causado por su delito. Durante la media hora restante de la conferencia, que duró una hora, el grupo sugirió que la restitución a la víctima fuera cubrir gastos médicos y el costo de un nuevo par de anteojos y que sería adecuado que realizara un trabajo de servicio comunitario en las instalaciones de la escuela.

COMITÉS PACIFICADORES, Zwelethemba (Sudáfrica)

En 1997, El Programa de Paz Comunitaria lanzó un “experimento para construir un modelo” con el objeto de alentar el conocimiento local y la capacidad en torno a problemas de resolución de disputas y construcción de comunidad. El proyecto se realiza con una comunidad local en Zwelethemba, un ayuntamiento local cerca de Worcester. Los comités de paz están compuestos por residentes locales que practican la pacificación y la construcción de ambientes pacíficos. La pacificación gira en torno a resolver conflictos específicos, mientras que la construcción de ambientes pacíficos está orientada a resolver problemas subyacentes en la comunidad, como la pobreza o la falta de acceso a servicios. Las actividades para construir ambientes pacíficos lidian con una gama de disputas legales- incluyendo asuntos civiles y penales. Los comités de paz inicialmente recibieron la mayoría de las remisiones directamente de la comunidad, no solamente de la policía o los tribunales. Sin embargo, a medida que el proyecto evolucionó, ha habido un incremento de interacciones con agencias estatales y notablemente con la policía. El proceso no sigue las reglas de los procedimientos estrictos, a pesar de que hay “pasos en la construcción de ambientes pacíficos”, se siguen como lineamientos, en lugar de reglas. Los comités han desarrollado sus propios códigos de buenas prácticas y todas las técnicas para solucionar problemas deben ser legales y apegarse al código. El proceso para construcción de ambientes pacíficos no implica la adjudicación, sino que se enfoca en descubrir qué puede hacerse para reducir o eliminar el problema. Los resultados de las reuniones para crear paz son de naturaleza restaurativa: disculpas, restitución y compensación.

Las iniciativas para crear paz llevan el proceso aún más lejos, contemplando problemas más grandes que afectan a la comunidad, e intentan evitar o resolver los conflictos.

C) SENTENCIAS EN CÍRCULO

Las sentencias en círculo se usan en distintas comunidades aborígenes en Canadá. En ellas todos los participantes, incluyendo el juez, el consejero de la defensa, el fiscal, el oficial de policía, la víctima, el delincuente y sus familias respectivas y los residentes comunitarios, se sientan frente a los demás en un círculo. Están disponibles solamente para aquellos delincuentes que se declaran culpables. Las discusiones en el círculo están diseñadas para llegar a un consenso sobre la mejor manera de resolver el conflicto y disponer el caso, tomando en cuenta la necesidad de proteger a la comunidad, las necesidades de las víctimas y la rehabilitación y castigo del delincuente. El proceso de círculo de sentencia normalmente se lleva a cabo dentro del proceso de justicia penal, incluye a profesionales de la justicia y apoya el proceso de sentencia.

Estas prácticas son, tal vez, el mejor ejemplo de justicia participativa en la que los miembros de la comunidad pueden involucrarse directamente en responder a los incidentes delictivos y

de desorden social. Se realiza a través de la formación de un Comité de Justicia Comunitaria (CJC), que puede también incluir representantes de instituciones judiciales. Los casos se remiten a la CJC generalmente desde la policía, los fiscales y los jueces a pesar de que los casos pueden provenir de escuelas, programas de servicios para víctimas y familias.

Se pueden mencionar cuatro etapas en el proceso circular:

1ª etapa: Determinar si el caso específico es adecuado para un proceso circular

2ª etapa: Preparar a las partes que participan en el círculo

3ª etapa: Buscar un acuerdo consensual en el círculo

4ª etapa: Proporcionar seguimiento y asegurarse de que el delincuente se apegue al acuerdo.

El resultado del círculo es generalmente presentado al juez, quien puede o no haber participado directamente en el mismo, y no es obligatorio para la Corte. La Corte toma muy en serio el plan desarrollado por medio del círculo, pero no necesariamente lo adopta o ratifica completamente, puede también adoptar el plan adicionalmente a otra sentencia que decida ordenar. Los delincuentes que participan en un círculo de sentencia pueden aun así ser remitidos a purgar un periodo de cárcel; sin embargo hay una amplia gama de sanciones disponibles, incluyendo la indemnización, la compensación, la libertad condicional, el arresto domiciliario y el servicio comunitario.

CASO

La víctima, esposa del delincuente, el cual admitió haber abusado de ella físicamente en dos ocasiones recientes en estado de ebriedad, habló sobre el dolor y la vergüenza que le había provocado su esposo a ella y a su familia. Después de terminar, la pluma ceremonial (usada para representar quién tiene la palabra) fue pasada a la siguiente persona en el círculo, un hombre joven que habló sobre las contribuciones que el delincuente había hecho a la comunidad, la amabilidad que había mostrado hacia los ancianos compartiendo pescado y juegos con ellos y su voluntad de ayudar a los demás en reparaciones a sus casas. Un hombre mayor tomó la pluma después y habló sobre la vergüenza que el comportamiento del delincuente había causado a su clan, notando que en años pasados se le habría requerido pagar a la familia de su mujer una compensación sustancial como resultado de ello. Habiendo oído todo esto, el juez confirmó que la víctima aún sentía que quería tratar de resolver las cosas con su esposo y que estaba recibiendo ayuda de su grupo de apoyo (incluyendo un abogado de la víctima).

Resumiendo el caso nuevamente, reiteró la seriedad del delito, repitió los comentarios de apertura del Consejo de la Corona en el sentido de que se requería una sentencia de cárcel y propuso retrasar la sentencia por seis semanas hasta el momento de la siguiente audiencia en la Corte de circuito. Si al final de ese tiempo el delincuente hubiere cumplido los requerimientos presentados anteriormente por un amigo del delincuente, quien acordó liderar un grupo de apoyo; hubiere cumplido con el comité de justicia de la comunidad para idear un plan de tratamiento de la ira y el alcoholismo; hubiere satisfecho las expectativas de la víctima y de su grupo de apoyo y hubiere completado 40 horas de servicio supervisadas por el grupo, evitaría la sentencia de cárcel. Después de una oración en la que el grupo completo se tomó de las manos, el círculo se deshizo y todos se retiraron al área de la comunidad a comer bocadillos.

D) PROGRAMAS RESTAURATIVOS PARA DELINCUENTES JUVENILES

En la mayoría de las jurisdicciones, los procesos de justicia restaurativa se desarrollan más extensamente en los conflictos de los jóvenes con la ley, ofreciendo algunas alternativas reales y efectivas a las medidas de justicia juvenil más formales y estigmáticas. En especial, debido a su valor educativo, son particularmente útiles para promover soluciones diferentes a las que privarían a un joven de su libertad además de que el apoyo público para programas de este tipo es relativamente más fácil de recibir.

Existen programas en escuelas que facilitan una respuesta (mediación de compañeros, círculos de solución de conflictos, etc.) a delitos menores de los jóvenes (como peleas, abuso vio-

lento, robo menor, vandalismo en propiedad escolar, extorsión de dinero de bolsillo) que podrían de otra manera convertirse en el objeto de una intervención de la justicia penal formal.

Han producido iniciativas sobre este tipo de programas, entre otros, Brasil (Porto Alegre), Inglaterra y Gales con Paneles de Delincuentes Juveniles y Equipo de Delincuentes Juveniles de Oxfordshire (YOT) -

CASO

ROBO POR UN JOVEN

James era un joven de 17 años que fue acusado de robo después de un incidente en Noviembre de 2000. James amenazó a un taxista con un cuchillo contra su garganta. Fue apresado al poco tiempo y la cartera del taxista fue recuperada. El caso fue remitido a nosotros a través de un juicio previo con juez, defensa y jurado, los cuales acordaron que ello era lo adecuado.

Nos reunimos con James y su madre, la cual estaba muy preocupada por el comportamiento 'fuera de personalidad' de su hijo. Requería apoyo para asimilar el hecho de que su hijo se había involucrado en el sistema de justicia penal. James expresó sinceramente arrepentimiento y sentimiento de responsabilidad. Le expliqué las metas del proyecto y ambos acordaron participar. Contactamos a la víctima y, a pesar de estar algo escéptico, se acordó la reunión. La víctima era un inmigrante joven que estaba profundamente impactado por el robo.

En este punto del proceso no quería tener nada que ver con el acusado. Sin embargo, quería expresarle cómo lo había afectado, por ejemplo el incremento de su miedo, su odio creciente hacia los adolescentes y lo que hubiera significado la pérdida de su tarjeta de inmigración para él.

Le proporcionamos esta información a James, quien pareció obtener una mayor comprensión de los asuntos de lo expresado por la víctima. Se ofreció a escribirle una carta de disculpa.

La víctima estuvo dispuesta a recibir la carta. Pareció algo sorprendido del nivel de sinceridad expresado en la misma. Empezó a compartir más lo que la experiencia había significado para él y admitió que había trabajado mal la semana siguiente al robo, debido al miedo. Como resultado, perdió ingresos por cerca de \$800.00.

James (y su madre) acordaron que la víctima no debía perder dinero por algo que James había hecho. James ofreció hacerle pagos mensuales hasta que su deuda estuviese cubierta. La víctima accedió y los pagos empezaron.

Continuamos trabajando con James las causas de su comportamiento y la ayuda para reconocer el impacto que su comportamiento tenía, no solamente en la víctima y su familia, sino en James y su familia también. Empezó a solucionar sus problemas; empezó la escuela y pronto encontró trabajo de medio turno. Su madre reportó que su relación había mejorado mucho y que el comportamiento de James en su casa se había vuelto mucho más cooperativo.

También trabajamos con la víctima lo relacionado a problemas de empleo. Lo puse en contacto con los Servicios de Apoyo para el Empleo, con Servicios de Familias Judías y con la Organización de Servicios de Migración de Ottawa-Carleton. A pesar de que la víctima y el acusado no se reunieron, se desarrolló un acuerdo de solución que incluía la indemnización y la carta de disculpas.

Este acuerdo fue presentado a la Corte durante la sentencia de James y se convirtió en parte de la información recabada para ayudar al juez a decidir la sentencia. James fue sentenciado a dos años de libertad condicional con condiciones estrictas. Una de las condiciones fue continuar haciendo el pago de la indemnización a la víctima conforme a su acuerdo de resolución.

Ambas partes sintieron que la sentencia había sido justa y satisfactoria.

E) FOROS DE JUSTICIA NATIVA Y DE COSTUMBRES

Varios aspectos del método de justicia restaurativa se encuentran en diversas culturas. En Australia y Canadá la participación nativa informal en procedimientos de sentencia se ha venido realizando en comunidades remotas desde hace algún tiempo.

En Australia, desde el final de los años 90, esta práctica se ha trasladado a áreas urbanas con la ventaja de las sentencias nativas y las cortes circulares. Las personas nativas, las organizaciones, los miembros de la tercera edad, la familia y los integrantes del grupo de parientes son motivados a participar en el proceso de sentencia y a proporcionar a los oficiales su opinión sobre el delito, el carácter de las relaciones víctima-delincuente y qué tan dispuesto está el delincuente a cambiar. Con estos desarrollos, los procesos de la corte se vuelven más adecuados culturalmente y crece la confianza entre comunidades nativas y oficiales judiciales.

Una característica distintiva es su procedimiento informal y deliberado.

El resultado, a menudo, se decide por arbitraje en lugar de por mediación, y el consentimiento del delincuente a participar no siempre es un requisito. Una pregunta crítica es ¿ofrecen estos sistemas una alternativa viable a los sistemas manejados por el estado? y, de ser así, ¿pueden inspirarse en metas y principios restaurativos?

Una revisión reciente de estas formas amplias de Shalish (Sistema de justicia basado en comunidad) en Bangladesh y Sistema de justicia Baranguay en las Filipinas arrojó que los resultados de tales sistemas están lejos de ser consistentes, que tienen problemas frecuentes de soluciones injustas, permisiones de género, corrupción, dominación del proceso por la élite local y padrinaje político. Las reformas puramente técnicas que no atienden los problemas estructurales de raíz, la corrupción y las parcialidades y no consideran los desbalances de poder que típicamente caracterizan estos procesos informales, hacen poco probable que produzcan resultados justos de justicia restaurativa.

X. Principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en materia penal

Los Principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia penal fueron adoptados en el 2002 por el Consejo Económico y Social en las Naciones Unidas. Su propósito fue informar y motivar a los Estados Miembros a adoptar y estandarizar medidas de justicia restaurativa en el contexto de sus sistemas legales, pero no había intención de hacerlas obligatorias o prescriptivas. La parte central de los mismos intenta establecer los parámetros y las medidas que deben adoptarse por los Estados Miembros para asegurar de que éstos garanticen que los participantes en procesos restaurativos sean protegidos con garantías legales adecuadas. Los Principios Básicos se refieren a las siguientes garantías fundamentales:

- El derecho de consulta con un representante legal tanto de la víctima como del delincuente
- El derecho de los menores de recibir ayuda de un padre o tutor para entender y dar su consentimiento válido e informado.
- El derecho a estar completamente informados, antes de acordar participar en procesos restaurativos, sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones.
- El derecho a no participar: Ni la víctima ni el delincuente deben ser obligados o inducidos por medios injustos a participar en procesos restaurativos o a aceptar resultados restaurativos.

Adicionalmente, se deben implementar otras garantías importantes en la ley y en las políticas internas:

- La participación no es evidencia de culpa ni debe usarse en procedimientos legales subsecuentes
- Los acuerdos deben ser voluntarios y razonables.
- Confidencialidad del procedimiento.
- Supervisión judicial: "Los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben estar supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales o juicios" cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial es decir, la decisión puede ser apelada por el delincuente y el fiscal.

- Falta de acuerdo: Si no se llega a un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del delincuente ni usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores.

XI. Algunos ordenamientos receptores de los planteamientos restaurativos

Si bien los países en los cuales hubo un desarrollo mayor de la Justicia Restaurativa son Canadá, Norteamérica, Nueva Zelanda y Australia pueden mencionarse también a Bélgica, Alemania, España, Italia, Francia, Costa Rica, Bolivia, Venezuela, Perú, Panamá, El Salvador, Chile, Colombia, Uruguay.

XII. Legislación nacional

La implantación del movimiento restaurativo en Argentina obedeció a la toma de conciencia de la posición de la víctima en el proceso penal, así como al eco que tuvieron los efectos perjudiciales de la privación de libertad en el interno¹⁴. Puede mencionarse como un organismo que se ocupa del tema en nuestro país, al INECIP¹⁵.

La figura empleada para la implementación de la Justicia Restaurativa en materia penal ha sido la Mediación Penal, incorporada con programas pilotos como el ejecutado en la provincia de Buenos Aires a partir de 1998. Se observa en leyes especiales o en Códigos de Procedimientos Penales. No obstante, la regulación de la Mediación penal no ha sido aceptada de manera generalizada entre las diferentes provincias argentinas, algunas de ellas reconocieron este instituto en leyes especiales; sin embargo, excluyen su aplicación a asuntos penales, por otro lado, entre el grupo de provincias que han incorporado la Mediación penal propiamente dicha, pueden mencionarse:¹⁶

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Jujuy, Salta, Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur, Chaco, Corrientes, Posadas, Río Negro, San Juan, Córdoba.

Otras Provincias que prevén métodos alternativos de resolución de conflictos son: Entre Ríos, Neuquén y Santa Fé¹⁷.

¹⁴ El Anteproyecto de Código Penal para la Nación (10 de diciembre de 2013), incorpora en el art. 42. 3 al Principio de oportunidad procesal pero sin hacer referencia a la Justicia restaurativa.

¹⁵ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) Misión: El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) se fundó en 1989 con la misión de contribuir a la consolidación y fortalecimiento del Estado de Derecho en los países de América Latina y el Caribe. Para ello, la organización trabaja intensamente en los procesos de transformación de los sistemas judiciales y de los sistemas penales, promoviendo la construcción de un sistema penal menos violento y más respetuoso de la dignidad humana.

¹⁶ **Ciudad Autónoma de Buenos Aires** (Artículo 204 Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), artículo 4 inciso 1 de la Ley 13.951 –Establece el régimen de mediación de conflictos judiciales en el ámbito de la provincia de Buenos Aires -en relación con la Ley 13.433 - Mediación Penal. Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales-, **Jujuy** (Artículos 106-111 Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy), **Salta** (Artículo 235 Código Procesal Penal de la Provincia de Salta), **Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur** (Artículos 161, 168, 178, 309 inciso 7, 323, 331, 395, y 396 del Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur), **Chaco** (Ley 4989 – Establece la Mediación Penal en la Provincia del Chaco-), **Corrientes** (Ley 5931 Procedimiento de Mediación Civil y Penal-), **Posadas** (Artículos 3 incisos d y g y el artículo 4 de la Ley 4517 - Ley de Mediación -), **Río Negro** (Artículo 1º Ley 3847 -Ley de Mediación Penal -y artículo 172 incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal de dicha provincia), **San Juan** (Artículo 13 inciso a, Ley 7454 - Instituye en el territorio provincial la práctica de la Mediación), **Córdoba** (Artículo 3 inciso a, Ley 8858 - Ley de Mediación).

¹⁷ **Entre Ríos**. Si bien no existe una ley específica, en función de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, que rige desde septiembre de 2009, en el año 2010 el máximo Tribunal de la provincia, reglamentó el procedimiento de implementación de Métodos alternativos de resolución de conflictos en materia penal. El art. 211 del Código citado prevé que el Fiscal puede, antes de decretar abierta la causa, escuchar a los interesados si estima posible una conciliación. La Oficina de Mediación lleva un Registro de Resoluciones alternativas de conflictos. Si se arriba a un acuerdo antes de la apertura a prueba, las actuaciones se archivan, En tanto que si el imputado ya ha sido citado a declarar, se pide el Sobreseimiento al Juez de Garantías. En los

Nuestra opinión

Sabemos que los bienes están jurídicamente protegidos, pero la ley no es suficiente para evitar los delitos y así poder vivir en calma social, es preciso que el hombre rescate sus valores, respete los bienes de sus semejantes y la sociedad brinde un ámbito en el cual la dignidad de las personas rija las acciones de la población.

En la búsqueda constante de respuestas para disminuir el índice de criminalidad, aparece el tema de la Justicia restaurativa que se está instalando en las aulas, congresos y es motivo de debate, aprobando o rechazando la idea que conlleva. Estimamos altamente positivo los esfuerzos y estrategias que se puedan implementar para cumplir con el anhelo de la sociedad de disminuir la delincuencia en esta escalada creciente de ilícitos perpetrados no sólo por adultos sino por jóvenes con edades cada vez menor.

No consideramos que estas propuestas sean de aplicación indiscriminada ya que no todos los grupos sociales poseen las mismas características, como por ejemplo en casos de Justicia nativa y de costumbres, dudamos que su práctica sea acorde a los principios de respeto de la dignidad de las personas y a lo preceptuado en una ley penal que surgió de los organismos legales específicos y que debe tener vigencia plena.

Sin descartar su aplicación a adultos, estimamos de mayor efectividad estas estrategias de Justicia restaurativa en menores infractores a la ley penal debido a su personalidad en desarrollo además, este método también puede ser útil para identificar las causas subyacentes del delito y desarrollar programas para prevenirlo.

Para que el método dé resultado es necesario realizar un análisis de las características socioculturales y el tipo de violencia, como también de la criminalidad en general; eso implica la presencia de funcionarios especialmente entrenados en esta metodología. Algo hay que hacer, pero algo distinto¹⁸.

casos en que se pactare alguna obligación para las partes, el legajo se reserva para su control y seguimiento. Si lo pactado no se cumple, el trámite continúa el curso procesal previsto en el nuevo Código. Este procedimiento ya se ha aplicado en Concordia, Federal, Federación y Chajarí. **Neuquén.** El procedimiento penal juvenil establecido por la Ley Provincial de Protección Integral de Niñez y Adolescencia N° 2302 se encuadra en el principio de oportunidad contemplando expresamente la Mediación en el marco de una justicia restaurativa. En el artículo 64 referido a la promoción de la acción penal y archivo, establece que “para la investigación de cualquier causa será condición de validez la promoción de acción penal por parte del fiscal”, es decir que no se persiguen todos los delitos, sino solo aquellos respecto de los cuales el Fiscal promueve acción. En el código Procesal Penal se hace referencia a la Víctima (arts. 13) y en los arts. 60, 61 y 62 la define, enuncia sus derechos y prevé la asistencia letrada. Establece, además, Reglas de disponibilidad de la acción dando en el art. 106 los Criterios de oportunidad. En la 2ª parte, sobre Legislación complementaria, hace referencia a la Mediación penal según Ley 2879. **Santa Fé.** Si bien la provincia de Santa Fe tiene un Código de Procedimientos específico en materia penal juvenil, éste sólo contempla la Mediación para jóvenes no punibles. Sin embargo el Código Procesal Penal (Ley 12.734 del 16/8/2007) aplicable a mayores la regula al establecer la posibilidad de aplicación de Criterios de oportunidad (arts. 16,19 y 20) por ello, para evitar una discriminación ante la ley y, siendo que los estándares en materia de menores deben ser por lo menos igual al de los mayores, es que podría aplicarse a casos en que haya jóvenes imputados en procesos penales de adultos.

¹⁸ “*El sistema formal de la justicia penal de menores no sirve: nadie gana, todos pierden. Pierde el ofensor porque ingresa a un sistema estigmatizador que no lo reconcilia consigo mismo, lo aleja de sus afectos, y continúa siendo un excluido de la sociedad. Pierde la víctima porque siendo dañada directa, clama como Quijote contra molinos de viento y profundiza su condición de víctima. Pierde el Estado que gasta ingentes sumas de dinero en un sistema deficiente. Pierde la sociedad porque contamina su cuerpo con sentimientos de injusticia, infelicidad e inseguridad...algo distinto hay que hacer, porque parece que lo que hasta ahora hacemos sirve de poco y si seguimos haciendo lo mismo no tenemos posibilidad de un resultado diferente*”. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. “En búsqueda de la tercera vía. La llamada justicia restaurativa, Reparativa, reintegrativa o restitutiva” Jul 27, 2015 bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/15.pdf

El movimiento de la justicia restaurativa, cuyo objetivo es ampliar la idea de Justicia más allá del monopolio exclusivo que sobre ella ejerce el Estado, rompiendo el único **binomio estado-delincuente, incorpora tanto a la víctima como a la comunidad en un concepto de reparación basado en la responsabilidad. Este** modelo nos lleva a una nueva concepción de la Justicia Penal con un cambio de paradigma que no es fácil de insertar en una sociedad que pide cada vez, más leyes penales y sanciones más severas aunque esté demostrado el fracaso de la prisión y que la misma, en general, no regenera.

Lo dicho no debe desmoralizarnos, pensamos que es necesario seguir intentando alternativas de acción para solucionar los conflictos y así lograr una sociedad que pueda desarrollar sus potencialidades en paz y seguridad, única forma para el crecimiento personal y de la comunidad.

Conclusiones

1. La Justicia restaurativa es una respuesta alternativa al delito y a los desórdenes sociales, diferente a lo dispuesto en los sistemas de justicia formales tratando de establecer un acuerdo no un enfrentamiento.

2. Resurge para preservar y fortalecer las prácticas del derecho consuetudinario y de la justicia tradicional.

3. Estas alternativas proporcionan a las partes y a la comunidad cercana, la oportunidad de participar en la resolución de los conflictos y de abordar sus consecuencias.

4. No excluye la labor del gobierno en la aplicación de justicia sino que la complementa y, según el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa: “La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes”.

5. Los programas de justicia restaurativa parten de la creencia de que los sujetos involucrados en un problema deben estar activamente comprometidos para resolver y mitigar sus consecuencias negativas.

6. Estas metodologías se consideran un medio para la solución pacífica de los conflictos, impulsar la tolerancia y la inclusión, construir el respeto por la diversidad y promover prácticas comunitarias responsables.

7. Diferentes organismos internacionales dictaron normas sobre el tema y las legislaciones de las distintas jurisdicciones incorporaron estrategias como: Mediación, Negociación, Arbitraje y Conciliación.

8. Los programas de acción no son iguales en todos los países debido a las diferentes características de los mismos.

9. Contribuye a agilizar el proceso, a descongestionar el aparato de Justicia y disminuye la reincidencia, siendo considerada por algunos autores, una tercera vía de la ley penal.

10. Al verificarse las causas subyacentes del delito pueden elaborarse estrategias de Política criminal para disminuirlo.

11. En general y sin descartar su aplicación a adultos, se considera con resultados positivos para los menores infractores a la ley penal. Algunas legislaciones excluyen a los que cometieron homicidios dolosos, delitos contra la integridad sexual, secuestro, robo y tráfico de drogas y, en otras, cuando no esté prevista la pena de prisión como sanción, tales como homicidio, lesiones gravísimas, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas o robo de automotores.

Bibliografía

BLANCO, RAFAEL; DIAZ, ALEJANDRA; HESKIA, JOANNA, ROJAS, HUGO (2004). *Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Vol. 6. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

- BRAITHWAITE, JOHN (2004). *Restorative Justice and De-Professionalization*. The Good Society 13 (1): 28–31.
- CESANO, JOSÉ DANIEL. *De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 863-889.
- GALAIN PALERMO, PABLO. Justicia Restaurativa y Sistema Penal, presentado en la Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 13 de junio de 2016. Heredia Puente, Mercedes (2009). *Perspectivas de futuro en la Mediación Penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal*. Trabajo publicado en Diario La Ley, N° 7257, Sección Doctrina, 7 Octubre 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: *Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*: 1era. Ed. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni Editores de Rubinzal y Asociados S.A; 2004; pág. 117.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA “*En búsqueda de la tercera vía. La llamada justicia restaurativa, reparativa, reintegrativa o restitutiva*” Jul 27, 2015 bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/15.pdf
- “*Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*” de la Oficina de las Naciones Unidas. Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2006.
 - “*Manual de Prácticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad*”. Ministerio del Interior y de Justicia. República de Colombia. ISBN: 978-958-9382-16-5. Impreso por Happymundo Comunidad Publicitaria Primera Edición Bogotá, Colombia. Noviembre de 2008.
- MARSHALL, TONY (1999). *Restorative Justice. An Overview*, Home Office.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal, Parte General*. PPU, S.A. Barcelona, 1996.
- NÚÑEZ, RICARDO C. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. Edit. Lerner. Córdoba, 1976.
- NÚÑEZ, RICARDO C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Edic. Actualizada. Edit. Lerner. Córdoba, 1999.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER. *La Mediación en el sistema penal*. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal. Madrid, 2012.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas. Madrid, 1997.
- SOLER, SEBASTIÁN. “Teorías del fundamento y fin de la pena” *Derecho Penal Argentino*. Tomo II, p. 321. Edit. TEA, Bs. As 1976.
- VAN NESS, DANIEL; STRONG, KAREN HEETDERKS (1997). *Restoring Justice*. Anderson Publishing, Cincinnati.
- ZEHR, HOWARD (1990). *Changing Lenses, A new focus for Crime and Justice*. Canada: Herald Press; (2003) *The little book of Restorative Justice*. Pennsylvania, USA.

Conciliación o reparación integral del perjuicio, como causales de extinción de la acción penal

*Conciliation or full reparation of damage
as grounds for the extinction of the criminal action*

por **ELBA CECILIA SAUCEDO QUINTANA** *

RESUMEN: La ley 27.147, sancionada en junio del 2015, introdujo en el Código Penal Argentino la conciliación y la reparación del daño como extinción de la acción penal. Es decir, incorpora dos medios alternativos de resolución del conflicto penal. Pero el Código no menciona los supuestos para su procedencia, los deja librado a los códigos de procedimiento de las distintas provincias. Debido a que el Código de Procedimiento de la provincia de Córdoba no prevé la conciliación y la reparación del daño, es conveniente su análisis a fin de determinar de qué modo se los podría aplicar.

PALABRAS CLAVES: Conciliación. Mediación. Reparación del daño. Disponibilidad.

ABSTRACT: *Act 27147, enacted in June 2015, introduced into the Argentine Penal Code the conciliation and compensation of damages as an extinction of the criminal action. That is, it incorporates two alternative means of solving the criminal conflict. But the Code does not mention under what circumstances it is justified to proceed: it leaves them free to the procedural codes of the different provinces. Because the code of procedure of the province of Cordoba does not provide for conciliation and redress of injury it is desirable to analyze them in order to determine how they could be applied.*

KEY WORDS: *Conciliation. Mediation. Reparation of damage. Availability.*

Introducción

Hace varios años que el principio de legalidad viene recibiendo críticas, debido a la imposibilidad de llevarlo a la práctica. Sobre el tema, así se expresaba Jorge de la Rúa: «ninguna sociedad está en condiciones de someter a un proceso completo a todos los autores o partícipes de los posibles delitos llegando a concluirse los procesos en una proporción de apenas un dígito»¹.

Por tal motivo, sugería la implementación del principio de disponibilidad de la acción.

A lo largo de este trabajo, menciono el principio de oportunidad y el de disponibilidad de forma indistinta, pero me gustaría aclarar —tal cual lo refirió Carlos Lascano (h), en una conferencia pronunciada en octubre de 2015 en la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en el marco de las Jornadas sobre “El principio de oportunidad”, cuando citaba a José I. Cafferata Nores, Ju-

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

¹ JORGE DE LA RÚA, “La problemática de la acción penal”. En *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal* (libro homenaje a Enrique Bacigalupo), Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 388.

lio Maier, Jorge de la Rúa y otros— que «los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad»².

La ley 27.147³, sancionada el 10/6/15 y promulgada el 17/6/15, introdujo una serie de modificaciones al Código Penal Argentino y provocó el debate de varios temas, ya que incorporó, entre otras cosas, no sólo el tan solicitado principio de disponibilidad, sino también dos medios alternativos de resolución de conflictos.

El motivo de este trabajo es la incorporación que hace la mencionada ley al artículo 59 del Código Penal, más precisamente a su inciso 6º, en donde la acción quedaría extinguida «por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes»⁴.

Al tema elegido, lo voy a relacionar con otros artículos del Código Penal para una comparación entre un antes y un después de la ley 27.147. Incluyo también a las distintas provincias que conforman nuestra Nación, mencionando sus normativas, ya que el propio Código hace referencia a ellas.

Finalmente, me centraré en el siguiente interrogante: ¿Cómo podemos llevar a cabo, en la provincia de Córdoba, estas dos formas alternativas para que las partes que intervienen en el delito puedan tener otra opción que la privación de la libertad que podría sufrir uno de sus partícipes?

La ley 27.147 y el artículo 71 del Código Penal Argentino

Antes de la ley 27.147, el artículo 71 del Código Penal sólo preveía el principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, el Código se encargó de establecer excepciones por distintos motivos: solo por nombrar algunos ejemplos, tenemos los delitos dependientes de instancia privada, las acciones privadas. A esto hay que sumarle la imposibilidad de investigar todas las denuncias efectuadas, provocando que se seleccione a qué causa se le va a dar prioridad y a cuál no. Todo ello produjo que las excepciones fueran en aumento; excepciones que, por cierto, no estaban contenidas en el Código Penal.

La incorporación del principio de disponibilidad en el Código Penal de ninguna manera implica el abandono del principio de legalidad. Lo que hizo el legislador es receptar lo que estaba ocurriendo en la realidad hace varios años, ya que frente a la inacción de nuestros legisladores, las distintas provincias de a poco fueron incorporando en sus códigos de procedimiento el principio de disponibilidad, enumerando los distintos supuestos.

A fin de que el lector tenga un panorama más general sobre la recepción que ha tenido el principio de disponibilidad de la acción penal en nuestro país, acompaño dos cuadros que ilustran el tema.

Cuadro 1. Provincias argentinas que prevén el principio de disponibilidad de la acción

Provincias	Normativa
Buenos Aires	Art. 56 bis C.P.P. “Criterios especiales de archivo”

² CARLOS J. LASCANO (H), *La disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio según la reciente reforma del Código Penal*. Conferencia pronunciada el 05/10/15 en la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

³ Disponible en [www.infoleg.gob.ar]

⁴ Disponible en [www.infoleg.gob.ar]

Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Art. 199 C.P.P. “Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión”
Chaco	Art. 6 bis C.P.P. “Reglas de disponibilidad. Criterio de oportunidad”
Chubut	Art.44 C.P.P. “Criterios de oportunidad”
Corrientes	Art. 36 C.P.P. “Criterios de oportunidad”
Entre Ríos	Art. 5 C.P.P. “Acción Pública”
Jujuy	Art. 101 C.P.P. “Criterios de oportunidad”
La Pampa	Art.15 C.P.P. “Criterios de oportunidad” ⁵
La Rioja	Art. 204 bis C.P.P. “Criterios de oportunidad y archivo”
Mendoza	Art. 26 C.P.P. “Criterios de oportunidad” ⁶
Misiones	Arts. 60 y 61 C.P.P. “Criterios de oportunidad” ⁷
Neuquén	Art. 106 C.P.P. “Criterios de oportunidad”
Río Negro	Art.172 C.P.P. “Criterios de oportunidad” ⁸
Salta	Art.231 C.P.P. “Criterios de oportunidad”
Santa Fe	Art. 19 C.P.P. “Criterios de oportunidad” ⁹
Santiago del Estero	Art. 61 C.P.P. “Criterios especiales de archivo” ¹⁰
Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur	Art. 161 C.P.P. (no tiene nombre)
Tucumán	Art. 5 bis C.P.P “Criterios de oportunidad”

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

⁵ Disponible en [<http://www.juslapampa.gob.ar/>]

⁶ Disponible en [www.saij.gob.ar/buscador/códigos]

⁷ Disponible en [<http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar>]

⁸ Disponible en [<http://www.legisrn.gov.ar>]

⁹ Disponible en [<http://www.justiciasantafe.gov.ar>]

¹⁰ Disponible en [<http://www.jussantiago.gov.ar>]

Cuadro 2. Provincias argentinas que no prevén el principio de disponibilidad de la acción

Provincias	Normativa
Catamarca	Ninguna ¹¹
Córdoba	Ninguna ¹²
Formosa	Ninguna ¹³
San Juan	Ninguna ¹⁴
San Luis	Ninguna ¹⁵
Santa Cruz	Ninguna ¹⁶

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

De lo dicho hasta aquí, podemos señalar que el contenido de la reforma afectó no sólo al sistema imperante en el Código Penal, sino también a los códigos de procedimiento de las provincias que no han receptado el principio de disponibilidad.

El Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba, al no receptar el principio de disponibilidad de la acción penal y por ende los distintos supuestos que implican ese principio, no prevé la conciliación o reparación integral del perjuicio como formas de extinción de la acción.

Lo que actualmente tenemos es la Ley N° 8.858, de mediación, de 2000, y el Acuerdo Reglamentario Número 555 – Serie A y el Acuerdo Reglamentario Número 556 – Serie A, de agosto de 2000¹⁷, donde se dispuso el funcionamiento del Centro Judicial de Mediación en las ciudades de Córdoba y Villa María, bajo la dependencia del Poder Judicial de la Provincia.

La Ley N° 8.858 excluye de la mediación los procesos penales por delitos de acción pública, pero están previstos como excepción: «Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil y en las cuales el imputado no se encuentre privado de su libertad, podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique la suspensión de término alguno» (art. 3).

Asimismo, hay proyectos de reforma al Código de Procedimiento que incorporan el

¹¹ Disponible en: [<http://www.juscatamarca.gov.ar/normativas>]

¹² Disponible en [<http://www.saij.gov.ar/>]

¹³ Disponible en [<http://www.jusformosa.gov.ar/info>]

¹⁴ Disponible en [www.saij.gov.ar]

¹⁵ Disponible en [www.saij.gov.ar]

¹⁶ Disponible en [<http://www.profprocesalpenal.com.ar>]

¹⁷ Ley n° 8.858 y los Acuerdos Reglamentarios, disponibles en [www.justiciacordoba.gov.ar]

criterio de oportunidad, encontrándose no sólo la conciliación sino también la mediación. En junio de 2016, se llevaron a cabo en el Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez (Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, dependiente del Tribunal Superior de Justicia) las jornadas de “Desformalización de la Investigación Penal Preparatoria”. Varios expositores manifestaron los lineamientos del proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal, dejando en claro que están trabajando con dos alternativas de resolución del conflicto penal: en algunos casos se utilizaría la mediación (están analizando introducir modificaciones a la actual ley de mediación) y en otros, la conciliación. En dicha oportunidad, no se hizo mención a la reparación del daño¹⁸.

Los llamados medios alternativos de resolución del conflicto penal

La conciliación, la mediación, la reparación del daño, etc., son medios alternativos de resolución de conflictos que tienden a una resolución pacífica. La diferencia entre conciliación y mediación es que mientras en la primera un tercero propone una posible solución al conflicto, la segunda es buscada por las partes.

Sobre el tema se han expresado Gladys Álvarez y Elena Highton: «Resulta aconsejable en miras a una buena comunicación que el nombre de conciliación se use cuando el rol del tercero comprenda la facultad otorgada por las partes, por las normas o por la costumbre de dar no solo su opinión sobre la solución justa de la disputa sino de proponer formulas conciliatorias, y el nombre de mediación para designar un proceso no adversarial de resolución de disputas estructurado en etapas secuenciales, en el que el tercero neutral conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento, se abstiene de asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo»¹⁹.

Para la mediación se tendrá en cuenta —según Teresa M. Del Val— «el arrepentimiento del ofensor y el perdón para el mismo, y para el lesionado la reparación y compensación. La reparación debe ser posible para el ofensor y en caso de no poder cumplir con ella, podrá prestar servicios a favor del ofendido, la comunidad y/o cualquiera otra reparación que las partes fijen de común acuerdo»²⁰.

Nuestros legisladores, con la ley 27.147, introdujeron en nuestro derecho penal dos formas alternativas de resolución de conflictos, la conciliación y la reparación del daño, y cada una de ellas mantiene su individualidad, como lo señaló Carlos Lascano (h) en el Congreso de Derecho Penal: «La nueva causal de cancelación de punibilidad (“reparación integral del perjuicio”) es diferente e independiente —tanto conceptualmente cuanto en sus requisitos— a la causa de esa naturaleza introducida también en el mismo inciso 6° del artículo 59 C.P., es decir, la conciliación»²¹.

A la conciliación, la encontrábamos en el avenimiento del artículo 132 del Código Penal, como lo advirtió Víctor F. Reinaldi: «Esta norma constituye la primera admisión legislativa de conciliación en materia penal»²². En esta ocasión, el legislador nuevamente

¹⁸ Disponible en [<https://vimeo.com/171651307>]

¹⁹ GLADYS S. ÁLVAREZ Y ELENA I. HIGHTON, “Diferencias entre conciliación y mediación”. En revista *La Ley*, 1996-E, p. 1091.

²⁰ TERESA M. DEL VAL, *Mediación en materia penal*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2015, p. 11, 3ª edición ampliada y actualizada.

²¹ CARLOS J. LASCANO (H), “La reparación integral del perjuicio como causa de extinción de las acciones penales”. Exposición efectuada en el Congreso de Derecho Penal, 26/04/16, organizado por la agrupación Trejo.

²² VÍCTOR F. REINALDI, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino ley 25087*, Lerner, Córdoba, 1999, p. 244.

introdujo esta figura, pero no ha mencionado en el Código Penal a qué delitos se le puede aplicar esta alternativa. Sí lo hace el nuevo Código de Procedimiento Penal de la Nación, en su artículo 34, cuando advierte que «el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte»²³.

En cambio, la reparación de los daños, a diferencia de la anterior, ya era un instituto nombrado en varios artículos del Código Penal y utilizado, pero en este caso es incorporado de una forma que con solo reparar los daños ya extingue la acción.

A fin de saber cuáles fueron los fundamentos que llevaron al legislador a introducir estos medios alternativos, recurrí a los antecedentes parlamentarios. Como resultado obtuve, primer fundamento, lo expresado por el senador Rodolfo Urtubey «Las provincias argentinas hacen sus códigos y empezaron a admitir que los fiscales podían dejar de lado la acción cuando se producían situaciones de reparación, conciliación o el caso del principio de oportunidad. ¿Qué hicimos nosotros? Para zanjar esta discusión [...] pongamos en el Código Penal esta posibilidad de extinción de la acción, para que quede claramente en el Código Penal sancionado para todo el país, como código de fondo, que esa posibilidad de disponer de la acción exista»²⁴.

Segundo fundamento, darle un mayor protagonismo a la víctima. Si bien no surge expresamente de los antecedentes parlamentarios, lo podemos inferir del análisis en conjunto de todos los artículos que sufrieron alguna modificación. Es así que cuando estaban tratando la conversión de la acción pública en privada, el senador Rodolfo Urtubey dijo: «los derechos de la víctima no solamente son los de ser escuchadas sino también los de poder operar sobre el sistema e impedir que un fiscal, por ejemplo, cierre una causa por equis motivos si ella como víctima quiere seguirla»²⁵.

De lo señalado, puedo concluir que no hubo un debate del porqué se eligió ese medio alternativo y no otro, por ejemplo, la mediación; tampoco está claro si dentro de la conciliación se podría incluir a la mediación. Además, no se dio el fundamento del porqué se incluyó a la reparación del daño. Se limitaron a aceptar dos institutos que ya se encontraban en los códigos procesales de las provincias. Con motivo de ello, una de las cuestiones que me llaman la atención, era el por qué el código penal Argentino, habla de conciliación y no de mediación. Dicha pregunta le formule a la Dra. Karina Battola (doctora en derecho y mediadora penal de la provincia de Neuquén), respondiendo que: en los casos en que la reparación sea un interés meramente económico, el abordaje se realiza con una mecánica más de conciliación, en otros casos cuando el conflicto primario, tiene que ver más con lo relacional (vecinales, familiares) se utiliza la mediación, finalizando señala, que entiende que es como se trabaje la reparación²⁶.

De los distintos códigos de procedimiento que receptan el principio de disponibilidad, todos coinciden en buscar otras formas de enfrentar al delito —al menos para ciertos

²³ Disponible [www.infojus.gob.ar]

²⁴ RODOLFO URTUBEY. Cámara de Senadores de la Nación, Sesión del 27 de mayo de 2015. Disponible en <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/actas>.

²⁵ RODOLFO URTUBEY, op. cit.

²⁶ En abril de 2017, se llevó a cabo en el Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez (Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, dependiente del Tribunal Superior de Justicia) la jornada de “Justicia Restaurativa y Mediación en el ámbito penal. La articulación de prácticas restaurativas en el sistema penal de justicia”.

hechos delictivos —, utilizando la mediación, la conciliación y la reparación del daño etc.

Asimismo, de las 18 provincias que en sus códigos han previsto alguna resolución alternativa, solo cinco la complementan con una ley de mediación. Estas últimas, en sus códigos de procedimiento penal, prevén: una, cualquier sistema alternativo; dos, solo la conciliación; otra, la conciliación o la mediación; y finalmente Tierra del Fuego, dentro de la resolución alternativa, se inclina por la mediación.

De estas 18 provincias, solo tres tratan a la conciliación y a la mediación como si fueran dos institutos distintos. Solo Jujuy hace esa diferencia en su código de procedimiento penal, mientras que Río Negro y Corrientes, en sus códigos procesales, aceptan a la conciliación pero en sus leyes de mediación prevén la mediación. Santa Fe, en su código procesal incorpora la conciliación, y para lograrlo utiliza procesos de mediación.

De las 18 provincias, solo dos tratan de forma separada a la reparación del daño, procediendo en los mismos casos que la conciliación. Mientras que en 7 Provincias, la reparación de los daños, acompaña a la composición con la víctima. El resto, no menciona nada sobre ello.

A continuación, anexo un cuadro en el que se pueden apreciar los institutos receptados por las provincias en sus respectivos códigos. No se nombra a las provincias que no han receptado el principio de disponibilidad de la acción.

Cuadro 3. Medios alternativos receptados por las distintas provincias argentinas

Institutos	Provincias
Composición y reparación (art. 56 bis C.P.P., Ley 11.922; art. 61 C.P.P., Ley 6.941)	Buenos Aires Santiago del Estero
Avenimiento o mediación o composición (art. 204 C.P.P., Ley 2.303)	Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Cualquier sistema alternativo (art. 6 bis C.P.P., Ley 7.143 modificatoria del Código de Procedimiento) ²⁷ Ley de Mediación (ley 4.989)	Chaco
Conciliación, reparación (arts. 44, 47 y 48 C.P.P., antes Ley 5.478) ²⁸	Chubut
Conciliación y reparación (art. 5 C.P.P., Ley 9.754 ²⁹ ; art. 15 C.P.P., Ley 2.287; arts. 60 y 61 C.P.P. antes Ley 2.677, art. 19 C.P.P.) Para lograr la conciliación, en Santa Fe se establecen procesos de mediación (art 20 C.P.P., Ley 12.734)	Entre Ríos, La Pampa Misiones, Santa Fe
Conciliación (art. 172 del C.P.P., Ley 2.107 modificada por la 3.794; art. 36, inc. 3 C.P.P.)	Río Negro

²⁷ Disponible en [<http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley>]

²⁸ Disponible en [www.legischubut2.gov.ar]

²⁹ Disponible en [<http://www.entrerioslegal.com.ar>]

Ley de Mediación Penal de Río Negro (Ley 3.987)	Corrientes
Ley de Procedimiento de Mediación Civil y Penal de Corrientes (Ley 5.931)	
Conciliación, reparación, mediación (arts. 101, 104,105, 106 C.P.P. antes Ley 5.623/09) ³⁰	Jujuy
Solución del conflicto (mediación para determinados delitos: art. 204 bis C.P.P., Ley 1.574, última actualización Ley 8.774 ³¹ ; art. 26 C.P.P., Ley 6.730)	La Rioja Mendoza
Conciliación o mediación (art. 106 del C.P.P., Ley 2.784; art. 5 ter C.P.P., Ley 8.849 modificatoria de la Ley 6.203)	Neuquén Tucumán
Ley de Mediación Penal de Neuquén (Ley 2.879)	
Mediación y conciliación (arts. 235 y 237 C.P.P.) ³²	Salta
Resolución alternativa (mediación: art.161 C.P.P.)	Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur
Ley de Mediación (Ley 804) ³³	

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultada

Ahora veamos a qué delitos se pueden aplicar estos institutos:

1) con contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas.

2) lesiones leves o en los delitos culposos.

3) hechos insignificantes. Algunos códigos exigen que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión, mientras otros requieren, además de la insignificancia, la conciliación entre las partes y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado.

4) cuando el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público.

Por el contrario, no se pueden aplicar estos medios alternativos:

1) cuando se trate de delitos que exigen para su realización la calidad de funcionario público.

2) cuando sean delitos donde esté comprometido el interés de un menor de edad, víctima del hecho o de víctima de violencia de género.

Acompañó un cuadro comparativo, en donde se puede apreciar con más detalle, lo mencionado anteriormente.

Cuadro 4. Delitos previstos por las distintas provincias, para la aplicación de los distintos medios alternativos

³⁰ Disponible en [<http://www.justiciajujuy.gov.ar>]

³¹ Disponible en [<http://www.justicialarioja.gob.ar/>]

³² Disponible en [www.saij.gob.ar/buscador/códigos]

³³ Disponible en [www.saij.gob.ar/buscador/códigos]

Delitos	Provincias
<p>Insignificancia del hecho y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión. También procede en el llamado pena natural, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público.</p> <p>Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados.</p> <p>El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo.</p> <p>(Arts. 56 bis C.P.P.³⁴ y 61 C.P.P).</p>	<p>Buenos Aires</p> <p>Santiago del Estero</p>
<p>Acciones dependientes de instancia privada, casos de acción pública.</p> <p>(Art. 204 C.P.P.)³⁵</p>	<p>Ciudad Autónoma de Buenos Aires</p>
<p>Delitos donde no esté comprometido el interés de un menor de edad, víctima del hecho o de víctima de violencia de género. (Art. 6 bis C.P.P.)</p> <p>Ley de Mediación (4.989): se aplica en delitos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, inhabilitación o multa, contravenciones.</p>	<p>Chaco</p>
<p>Delitos con una pena cuyo mínimo no supere los tres años de prisión, cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas; delitos de lesiones leves o delitos culposos.</p> <p>No procederá en delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo. (Artículo 47 C.P.P)</p> <p>La reparación integral y suficiente (procederá en los mismos casos que el anterior). (Art. 48 C.P.P.)</p>	<p>Chubut</p>
<p>Delitos de contenido patrimonial, cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas; delitos culposos; delitos de acción pública dependientes de instancia privada y en los que admitan la suspensión condicional del proceso a prueba. (Art. 36 inc. 3 C.P.P.)³⁶</p> <p>Ley de Procedimiento de Mediación Civil y Penal (5931): obligatoria en las acciones civiles resarcitorias tramitadas en fuero penal; voluntaria en los delitos de acción privada y en los delitos de acción pública en los que pudiera resultar de aplicación algún criterio de oportunidad previsto en la ley.</p>	<p>Corrientes</p>
<p>Procede la conciliación en delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave vio-</p>	

³⁴ Disponible en [http://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal_buenos_aires]

³⁵ Disponible en [www.cedom.gov.ar]

<p>lencia física o intimidación sobre las personas, en delitos de lesiones leves o en delitos culposos. No procede en delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo. (Art. 104 del C.P.P.)</p> <p>La reparación integral y suficiente procede en los mismos casos que el anterior. (Art. 105 del C.P.P.)</p> <p>Procede la mediación en delitos cuya sanción sea de hasta seis años de prisión y/o multa, especialmente en causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad, de contenido patrimonial, delitos culposos.</p> <p>Mediación penal: no procede en delitos provenientes de actos de violencia familiar, delitos dependientes de instancia privada en que las víctimas sean menores de 18 años de edad (hay excepciones) o cuando los imputados sean funcionarios públicos y los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública; y en delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional. Los delitos reprimidos con pena de inhabilitación no podrán ser objeto de mediación sin la conformidad del Ministerio Público Fiscal. (Art. 106 del C.P.P.)</p>	<p>Jujuy</p>
<p>Delitos originados en conflictos familiares. (Art. 204 bis C.P.P., última actualización Ley 8.774; art. 26 C.P.P., Ley 6.730)</p>	<p>La Rioja, Mendoza</p>
<p>Cuando el imputado haya reparado los daños y se trate de delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas; o en delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad, de interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad. (Art. 60 C.P.P.; art. 19 C.P.P.)</p> <p>No procede en delitos con violencia, originados en conflictos intrafamiliares o de convivencia. Esto último solo con relación a Misiones (Art. 61 C.P.P.)</p>	<p>Misiones, Santa Fe</p>
<p>Delitos en que no esté involucrado un interés público prevalente. Se repare el daño en la medida de lo posible. No procede en delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él. (Art. 106 C.P.P.)</p> <p>Ley 2.879 de Mediación Penal: no procede cuando son delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o cuando haya mediado violencia doméstica o de género.</p>	<p>Neuquén</p>
<p>Cuando el imputado haya reparado en la medida de lo posible (hay variaciones en las tres provincias) el perjuicio causado, se trate de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, o delitos culposos. Insignificancia del hecho (este último supuesto es solo para Entre Ríos).</p> <p>No corresponde si el delito fue cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él. Esto último solo con relación a Río Negro (Arts. 172 C.P.P.; art. 15 del C.P.P, Ley 2.287; art. 5 C.P.P. Ley 9.754)</p> <p>Ley 3.987 de Mediación Penal (Río Negro): de carácter voluntario en los delitos comprendidos en el artículo 172, incisos 6 y 7, del Código Procesal Penal, excepto en los dependientes de instancia privada cuyas víctimas sean menores de 16 años. También</p>	<p>Entre Ríos, Río Negro, La Pampa</p>

podrá aplicarse a la justicia contravencional.	
<p>Conciliación y mediación proceden cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión de más de seis años en abstracto.</p> <p>No es aplicable cuando se trate de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo o que sean cometidos en perjuicio de la administración pública; cuando la víctima fuera menor de edad (hay excepciones); cuando se trate de delitos contra la vida, contra la integridad sexual, robo, contra los poderes públicos y el orden constitucional. (Arts. 235 y 237 del C.P.P.)</p>	Salta
<p>No menciona delito en particular.</p> <p>Ley 804 de Mediación: delitos de acción privada, como también los que sean susceptibles de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba, delitos atribuidos a jóvenes y adolescentes.</p>	Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur
<p>Delitos que prevean una escala penal máxima de seis años, siempre que se trate de hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad, excluyendo los casos de víctimas vulnerables, en situación de violencia de género o violencia doméstica; delitos de contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o psíquica sobre las personas.</p> <p>Queda excluida en los supuestos en que exista un interés público prevalente y que los delitos hayan sido cometidos por un funcionario público en ejercicio del cargo o en ocasión de él.³⁷</p>	Tucumán

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

Formas alternativas en la provincia de Córdoba

¿Cómo podemos llevar a cabo en la provincia de Córdoba estas dos formas alternativas para que las partes que intervinieron en el delito puedan tener otra opción que la privación de la libertad que podría sufrir uno de sus partícipes?

La forma de instrumentarla sería incorporarla como parte del procedimiento penal. Podría llevarse a cabo al inicio de la investigación, cuando se efectúa la denuncia, ya sea en la unidad judicial o en la fiscalía, derivando al denunciante al lugar donde se va a intentar llevar a cabo la conciliación; o podría tener lugar con posterioridad, ya sea en plena investigación penal preparatoria o cuando la causa fue elevada a juicio. Sería una conciliación o reparación del daño judicial, por lo menos, al principio.

¿Para qué implementar un procedimiento? Para dar confiabilidad, en primer lugar, a las partes, de que si han encontrado la forma de solucionar su conflicto, no lo han hecho de cualquier manera, lo han hecho respetando las garantías de cada uno de ellos. En segundo lugar, al fiscal (en la etapa de la Investigación Penal Preparatoria) o al vocal (en la etapa del juicio) de que, en caso de que se cumpla lo pactado, va a solicitar el sobreseimiento (porque la pretensión penal se ha extinguido) por un acuerdo respetuoso de la ley.

¿Cuál sería la utilidad de un procedimiento? Por ejemplo, nos llegó un caso a fiscalía en donde la madre denunciaba al padre (se encontraban separados) de haberle pegado a su hijo de 2 años una cachetada. Estamos en presencia de un delito, tipificado como lesio-

³⁷ Disponible en [www.saij.gob.ar/buscador/códigos]

nes leves calificadas (art. 92 C.P.). Después de muchas idas y vueltas, hasta Cámara Gesell se le efectuó al niño, el abogado del padre nos presentó un “acuerdo de mediación” en el que uno de los puntos decía que la madre desistía a su constitución de querellante en la causa por las lesiones leves calificadas y el padre desistía de la querrela presentada en contra de la madre. Este es un típico caso en donde lo conveniente hubiese sido, desde un principio, haber aplicado algún medio alternativo de resolución y así evitar no sólo el desgaste procesal, sino también la exposición del niño.

En este caso, la mediación se llevó a cabo con dos mediadores en el Centro Judicial de Mediación de nuestra provincia (dispuesto por Acuerdo Reglamentario N° 556 – Serie A), en donde, al mismo tiempo que trataron materias previstas por la Ley N° 8.858, se medió también el delito de lesiones leves calificadas.

Para aplicar estos institutos en Córdoba, ¿podría tomarse como base a la actual ley de mediación? Creo que sí, con algunas reformas. Si bien el legislador nacional no nombra a la mediación, ni tampoco dio el fundamento del porqué incorporó a la conciliación, ni a la reparación, considero que eligió a la conciliación, debido a que no olvida que estamos en presencia de un delito, en el cual puede ser que cueste un poco más la búsqueda de un acuerdo. Pero me parece adecuado ser flexible al respecto. El tercero neutral en el transcurso de las audiencias podrá, en algunos casos, proponer una solución tentativa cuando observe que víctima y victimario están muy cerrados en sus posturas, y en otros dejará a las partes que busquen una posible salida; es decir que se recurrirá a la mediación o la reparación.

Considero conveniente establecer un elenco de delitos susceptible de aplicación de estas alternativas y cada caso en particular guiará al tercero neutral a utilizar la más apropiada.

Sería adecuado que las partes se inclinaran por estas vías alternativas de manera voluntaria, ya que esto facilitaría el acercamiento de las partes. Pero como somos hijos del rigor, si algo no es obligatorio no lo vamos hacer; entonces debiera ser obligatoria. De esta forma, también exigiría a los abogados particulares a interiorizarse sobre los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal, ya que en las audiencias de conciliación no sólo van a estar víctima y victimario sino también sus letrados.

El tercero neutral que aplicara cualquiera de estos medios convendría que fuera un funcionario distinto de los que intervendrán en el caso si no se llegara a un acuerdo. Estos institutos fueron receptados para que la víctima de determinados delitos decida qué hacer con lo que le pasó —ya sea pedir explicaciones al victimario del porqué hizo lo que hizo, y a raíz de ello busque el arrepentimiento del otro, o que le sea devuelto lo que le fue quitado, o las dos cosas, etc.—, y para ello es necesario que cuente con personas que tengan experiencia en la materia.

Las notas características del procedimiento:

1. Estas alternativas serían parte del procedimiento judicial, por lo menos en un principio, luego se las podría descentralizar.

2. Se tomaría como base la ley de mediación cordobesa, (Ley 8.858), con algunas modificaciones.

3. El sometimiento al procedimiento sería obligatorio, pero voluntario el llegar o no a un acuerdo o reparación de los daños.

4. Intervendrían funcionarios especializados en la materia.

5. Se adoptaría un sistema flexible.

¿Vale la pena fijar un procedimiento para los distintos medios alternativos previstos para ser aplicados a tan pocos ilícitos? Soy consciente de que son pocos los delitos en los cuales pueden ser utilizados estas alternativas, y a eso hay que agregarle que no todos los delitos van a reunir las mínimas condiciones para que sean viables estos institutos, ya que hay muchos delitos de hurtos, de robos, de daños en los que no se sabe quiénes fueron sus autores.

Creo, de todas maneras, que una vez que la ciudadanía vea que existen otras opciones y que funcionan para ciertos delitos, se podría llegar a descentralizarla. Es decir, que en cada barrio exista un centro dedicado a resolver o tratar de resolver el conflicto penal que los está aquejando. A lo mejor, ahora la implementación de un procedimiento sería anti-práctico, antieconómico, pero vale la pena darle una oportunidad a estas alternativas, no de cualquier forma sino dentro del marco del respeto a ley.

Conclusión

Lo que se propone es fijar un procedimiento (judicial) en donde se tome la estructura existente dada por la ley de mediación para aplicar tanto la conciliación como la reparación.

Si bien la conciliación, la mediación y la reparación tienen sus diferencias, se podría utilizar a las tres, estableciendo un sistema flexible que las tenga en cuenta en cada caso particular.

Recomendaría que la implementación del procedimiento fuera por un determinado tiempo, y que en caso de obtener resultados positivos se vaya renovando.

Para la determinación de los hechos delictivos que pueden ser sometidos a estos medios, me parece conveniente comenzar por definir cuáles son los delitos que no podrán ser aptos; y a partir de ahí, ir fijando cuáles pueden ser susceptibles para la aplicación de estas vías.

Una vez que se tiene en claro lo mencionado anteriormente, podemos comenzar con algunos de ellos y evaluar si se agregan otros o no.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, GLADYS S. y HIGHTON ELENA I. [1996] “Diferencias entre conciliación y mediación”. En revista La Ley, 1996-E.
- BARMAT, NORBERTO DANIEL [2000] La mediación ante el delito. Córdoba: Marcos Lerner.
- BERTOLINO, PEDRO J. Y BRUZZONE, GUSTAVO A. (comps.); y D’ALBORA, NICOLÁS (coord.) [2005] Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora. Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo Perrot.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. (comp.) [2002] Eficacia del sistema penal y garantías procesales. Córdoba: Mediterránea.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. (comp.) [2013] Fortalezas y debilidades del proceso penal actual. Córdoba: Mediterránea.
- CESANO, J. DANIEL [2001] “Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento en el Código Penal Argentino”. En Nuevas formulaciones en las ciencias penales.

- Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Lerner.
- CLARIÁ OLMEDO, JORGE [2011] Tratado de derecho procesal penal, tomo VIII. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- DE LA RÚA, JORGE. [2013] “La problemática de la acción penal”. En Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Hammurabi.
- DEL VAL, TERESA M. [2015] Mediación en materia penal. Buenos Aires: Cathedra Jurídica. (3ª edición ampliada y actualizada.)
- FALCÓN, ENRIQUE M. [2012] Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- HIGHTON, ELENA I.; ÁLVAREZ, GLADYS S.; y GREGORIO, CARLOS G. [1998] Resolución alternativa de disputas y sistema penal. Buenos Aires: Ad-hoc.
- LASCANO CARLOS J. (h) [2015] La disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio según la reciente reforma del Código Penal. Conferencia pronunciada el 05/10/15 en la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Disponible en www.aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar
- LASCANO, CARLOS J. (h) [2016] La reparación integral del perjuicio como causa de extinción de las acciones penales. Exposición efectuada el 26/04/16 en el Congreso de Derecho Penal, organizado por la agrupación Trejo. Disponible en www.latrejo.com
- NEUMAN, ELÍAS [2005] Mediación penal. Buenos Aires: Universidad. (2ª edición reestructurada y ampliada.)
- REINALDI, VÍCTOR F. [1999] Los delitos sexuales en el Código Penal argentino ley 25087. Córdoba: Lerner.
- ROCA DE ESTRADA, PATRICIA [2002] “Medios alternativos a la resolución de conflictos. La mediación y reparación en materia penal”. En Revista de Derecho Penal, No. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni
- Documentos de Internet:
- Acuerdo Reglamentario N° 555 – Serie A [www.justiciacordoba.gov.ar]
- Acuerdo Reglamentario N° 556 – Serie A [www.justiciacordoba.gov.ar]
- Antecedentes parlamentarios obtenidos en la Biblioteca Central Dalmacio Vélez, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba [www.justiciacordoba.gov.ar]
- Código de Procedimiento Penal de la Nación [www.infojus.gob.ar]
- Código Penal de la Nación Argentina [www.infoleg.gob.ar]
- Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [www.cedom.gov.ar]
- Código Procesal de Bs. As. [http://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal_buenos_aires]
- Código Procesal Penal de Catamarca [<http://www.juscatamarca.gob.ar/normativas>]
- Código Procesal Penal del Chaco [<http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley>]

Código Procesal Penal de Chubut [www.legischubut2.gov.ar]
Código Procesal Penal de Córdoba [<http://www.saij.gob.ar/>]
Código Procesal Penal de Entre Ríos [<http://www.entrerioslegal.com.ar>]
Código Procesal Penal de Formosa [<http://www.jusformosa.gov.ar/info>]
Código Procesal Penal de Jujuy [<http://www.justiciajujuy.gov.ar>]
Código Procesal Penal de La Pampa [<http://www.juslapampa.gob.ar/>]
Código Procesal Penal de La Rioja [<http://www.justicialarioja.gob.ar/>]
Código Procesal Penal de Mendoza [www.saij.gob.ar/buscador/codigos]
Código Procesal Penal de Misiones [<http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar>]
Código Procesal Penal de Río Negro [<http://www.legisrn.gov.ar>]
Código Procesal Penal de Salta [www.saij.gob.ar/buscador/codigos]
Código Procesal Criminal de San Juan [www.saij.gob.ar]
Código Procesal Penal de San Luis [www.saij.gob.ar]
Código Procesal Penal de Santa Cruz [<http://www.profprocesalpenal.com.ar>]
Código Procesal Penal de Santa Fe [<http://www.justiciasantafe.gov.ar>]
Código Procesal Penal de Santiago del Estero [<http://www.jussantiago.gov.ar>]
Código Procesal Penal de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur
[www.saij.gob.ar/buscador/codigos]
Código Procesal Penal de Tucumán [www.saij.gob.ar/buscador/codigos]
Ley nacional 27.147 [www.infoleg.gob.ar]
Ley provincial 8.858 de Mediación [www.justiciacordoba.gov.ar]

La regulación de las medidas alternativas a la prisión en España (Las novedades a veinte años de su incorporación al Código Penal, 1995-2015)

*The regulation of alternative measures to prison in Spain
(Developments in twenty years of its incorporation into the Criminal Code, 1995-2015)*

por **CAROLINA PRADO***

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto revisar las novedades introducidas por la reforma del Código Penal español de 2015 en materia de medidas alternativas a la prisión, así como dar cuenta de las opiniones de doctrina tras dos décadas de regulación y aplicación de este instituto.

PALABRAS CLAVES: Ejecución penal. Reformas penales. Medidas alternativas. Prisión. España.

ABSTRACT: *The present study aims to review the novelties introduced by the reform of the Spanish Penal Code of 2015 in terms of alternative measures to prison, as well as to give an account of the views of doctrine after two decades of regulation and implementation of this institute.*

KEY WORDS: *Penal execution. Penal reforms. Alternative measures. Prison. Spain.*

Introducción

A propósito de las iniciativas emergentes en nuestro país en materia de reformas penales y, más específicamente, en torno a la posible incorporación de medidas alternativas a la pena de prisión en nuestra normativa, me parece oportuno presentar aquí, de manera sucinta¹, algunos aspectos y novedades que, sobre este tema, ofrece el caso de España, a partir de la reforma de su Código Penal del año 2015. El debate sobre la conveniencia de la aplicación de tales herramientas penales justifica, según creo, tener a la vista las experiencias implementadas en otros países, ya que sirven de referencias útiles para reflexionar sobre nuestra propia realidad penal y penitenciaria, los fundamentos y objetivos de su regulación, así como las dificultades y exigencias que presupone la proposición de vías que morigeren la pena de encierro.

Considero, por ello, que echar una mirada —aunque más no sea panorámica— al sistema español de medidas alternativas a la prisión adquiere significación, en particular por el hecho de que España contempla dicha clase de penas en su ordenamiento jurídico desde hace más de veinte años (desde el Código Penal de 1995), en contraste con la casi huérfana recepción que ellas revisten en nuestra normativa nacional².

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

¹ Entre otros, este tema fue objeto de estudio durante mi estancia en Barcelona durante el primer semestre del año 2015, en ocasión del curso de Formación Especializada para magistrados iberoamericanos que tuve oportunidad de realizar en la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España.

² Excepto por el frustrado propósito de incorporación a nuestro sistema jurídico en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación de 2014, elaborado por la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/12, iniciativa que fue presentada por la Comisión como una “propuesta innovadora”.

La cuestión de las medidas alternativas a la prisión

Un tema recurrente en la investigación de las ciencias penales desde una perspectiva crítica ha sido el fenómeno de la preeminencia de la pena privativa de libertad como castigo por excelencia a lo largo de la modernidad, esto es, desde la creación de la primera institución carcelaria en Filadelfia, Estados Unidos, a fines del siglo dieciocho, hasta nuestros días. Paralelamente a esta cuestión y en consonancia con los períodos de mayor crisis penitenciaria —ya fuese por sobrepoblación, abuso de la violencia institucional, insostenibilidad financiera, etcétera—, a lo largo de la historia surgieron sucesivas instancias de propuestas e implementación de diferentes modalidades de castigo, concebidas a modo de alternativas a aquella forma penal tan excluyente como lacerante.

Cabe recordar aquí la elemental conceptualización de las medidas alternativas a la pena de prisión 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 institución³. Cualquier pretensión de una mayor delimitación conceptual obliga a decir que bajo el término genérico “alternativas a la prisión” se suele incluir a todo un conjunto heterogéneo de mecanismos que no operan de la misma forma, ni presentan la misma naturaleza jurídica. Sin embargo, la doctrina coincide en reconocerle dos rasgos en común: a) desde el punto de vista de su finalidad, todos ellos están dirigidos a evitar, cuando no simplemente a reducir, la pena de prisión; b) desde el punto de vista de su aplicación, por lo general son aplicables únicamente a penas de corta duración⁴.

Las iniciativas de política criminal orientadas a la implementación de medidas alternativas a la prisión fueron materia de amplio debate, especialmente en el ámbito continental europeo, hace ya casi medio siglo⁵. Yendo aún más atrás, hay que decir que sus preteritos antecedentes se remontan a finales del siglo diecinueve, de modo que no resultaría del todo apropiado hablar de las medidas alternativas como verdaderas “novedades” penológicas, sino en la medida de las dificultades y obstáculos que han encontrado en el camino, a la hora de ser incorporadas a las legislaciones tanto del viejo como del nuevo continente.

A modo de marco general de esta cuestión, tal como lo he expuesto en anteriores trabajos⁶, considero oportuno sintetizar aquí los siguientes conceptos fundamentales:

Según es sabido, este Anteproyecto procuró introducir cambios sustanciales en la regulación de la pena privativa de la libertad, consistentes 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 (Libro Primero, Título III, Capítulo II “De la pena de prisión y sus alternativas”).

³CID 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.

⁴DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS; “Alternativas a las penas corta privativas de la libertad en el Proyecto de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje al Profesor Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pág. 322.

⁵AA.VV., *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2014, págs. 101-133.

⁶Para una referencia más extensa en cuanto a la genealogía, alcances y significados penológicos de estos instrumentos, creados, esencialmente, con el objeto de morigerar el uso y consecuencias de la pena privativa de libertad, ver: PRADO, CAROLINA; “Las penas alternativas a la prisión en el Anteproyecto de Código Penal (o la alternativa hacia una vía de “penas diferenciadas” en: AROCENA, GUSTAVO/BALCARCE, FABIÁN (Directores), *Novedades en el Anteproyecto 2014 de Código Penal Argentino*, Ed. Lerner, Córdoba, 2015, págs. 297-318.

1) La historia de la cárcel es, en esencia y en la expresión de Michel Foucault⁷, “la historia de sus reformas”.

2) Las reformas planteadas o implementadas históricamente no han representado otra cosa que la constatación del fracaso de la institución de la pena privativa de la libertad, ya sea como medio de disuasión, de ejemplarización, de reforma o de rehabilitación de los condenados.

3) La crisis del secular modelo progresivo de “rehabilitación” (que informa también nuestra legislación nacional) condujo a diversas corrientes críticas a la formulación del “*nothing works*” en los años setenta, esto es, la crítica radical de un modelo marcado por la arbitrariedad, por la intervención de un excesivo cuerpo interdisciplinario de profesionales en el manejo de la progresividad penitenciaria, y la crisis presupuestaria, todo lo cual constituyó el detonante para el regreso a la pena determinada en los Estados Unidos de América, así como para una gradual incorporación de medidas alternativas en los sistemas penales europeos.

4) Las dos perspectivas de análisis del castigo legal, cuyos alcances subyacen en las interpretaciones que, por lo general, se han formulado sobre la pena privativa de libertad y sus posibles sustituciones o alternativas: una perspectiva 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 modalidad superadora de las formas de castigo características del Antiguo Régimen⁸, en especial aquellas que se materializaban sobre “el cuerpo de los condenados” —al decir de Michel Foucault—, en la forma de tormentos y pena de muerte.

La segunda perspectiva está informada por una concepción teórica de tipo económico-política, a través de la cual se concibió a la prisión como una institución cuya carta de nacimiento data de dos siglos antes del período ilustrado, es decir, durante el mercantilismo, en la forma de las entonces llamadas “Casas de corrección” y “Casas de trabajo”. En efecto, en ellas el encierro mostraba ya un perfil preciso de “selectividad penal” direccionado a sectores marginales, en el que la explotación de la mano de obra era consustancial a su régimen institucional.

Esta línea teórica fue abierta por la obra fundamental de Georg Rusche y Otto Kirchheimer⁹, quienes, sin negar las consideraciones humanitarias que propiciaron el cambio de paradigma penológico de finales del siglo dieciocho, revelaron la verdadera “economía del castigo” que representaba la cárcel moderna, a partir del valor potencial de la población reclusa que se hallaba a disposición del aparato institucional.

⁷ “...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.

⁸ 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. Giuffrè, Milán, 1981, págs. 8-15).

⁹ RUSCHE, GEORG Y KIRCHHEIMER, OTTO; *Pena y estructura social*, Ed. Temis, Bogotá, 1984 [1939].

En cuanto a las nuevas reformas que surgen a finales del siglo diecinueve, estos mismos autores señalaron que la mayor lenidad con que comenzaba por entonces a enfocarse el castigo y la consecuente aparición de instrumentos alternativos a la pena privativa de la libertad (*probation* y multa) podían leerse también en clave económico-política, en el sentido de que, en un período de crecimiento económico y de amplia demanda de mano de obra, se procuraba sustraer del mercado de trabajo la menor cantidad posible de aquella y, de paso, aligerar la pesada carga fiscal que suponía el sistema.

Por fuera ya de cualquier consideración socio-histórica o económico-política, conviene entrar concretamente en la descripción de las medidas alternativas, tal como han quedado incorporadas en el modelo normativo español vigente.

Las penas alternativas a la prisión en el Código Penal Español

Al promediar la década de 1990, inmersa en una serie de ajustes sociales, políticos y económicos estructurales con que el modelo neoliberal se hacía hegemónico y global, España asistía no obstante a un paso legislativo de importancia en el camino de la modernización y desarrollo de sus fundamentos constitucionales, al sancionarse el nuevo Código Penal. Reconocido como el ‘CP de la Democracia’ (en adelante CPE), era aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 8 de Noviembre de 1995, y entraría en vigor en el mes de Mayo del año siguiente.

Aunque en su momento se le cuestionó cierta falta de criterio metodológico, el nuevo CPE consiguió materializarse sobre la base de un consenso mínimo en cuanto a objetivos de política criminal¹⁰. Cristalizaba así el largo reclamo de amplios sectores políticos y doctrinarios, y culminaba la larga serie de frustrados intentos de reformas que habían tenido lugar aún desde antes de la llegada al poder del PSOE en 1982 (los proyectos de 1980, 1992 y 1994, y anteproyecto de 1983).

Dicha Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal introdujo un nuevo sistema de penas y medidas de seguridad¹¹. Entre sus notas más sobresalientes, pueden destacarse: a) la postulación de un esquema más moderno, que abandona penas anacrónicas (confinamiento, destierro, extrañamiento, pérdida de nacionalidad, reprensión pública y suspensión del derecho de sufragio activo) y complejas escalas penológicas tradicionales; b) la simplificación de reglas de individualización de la pena y aumento de la discrecionalidad judicial; y c) el predominio de la finalidad preventivo especial¹².

Puntualmente, aquel ordenamiento introdujo en la legislación penal de dicho país las medidas alternativas a la prisión con las que, junto a otras posibles finalidades, se pro-

¹⁰ LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN mencionan cinco dimensiones de consenso que presidieron el debate parlamentario: necesidad y oportunidad; apertura de criterios; necesidad de consensuar los principios básicos de política criminal; regulación de los aspectos más novedosos, y el ‘acuerdo sobre los desacuerdos’ (la oposición del PP y otros grupos sobre determinadas materias puntuales que, de todos modos, no impidieron la sanción del CP) (*El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996).

¹¹ Su Exposición de Motivos dejaba en claro el propósito innovador en la materia, al postular “*Se propone una reforma total del actual sistema de penas de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema se propone... ampliar las posibilidades de sustituirlas (las penas privativas de la libertad) por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos*”.

¹² LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M.; *ibídem*, pág. 58; en igual sentido, MORILLAS CUEVA, LORENZO; “Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español” en CASTRO ANTONIO, JOSÉ LUIS (DIR.), *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial 17 - 2003*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 17.

curó establecer una respuesta más proporcional y rehabilitadora del sistema punitivo a un conjunto de infracciones penales de carácter no grave.

Años más tarde, una serie de nuevas reformas penales, procesales y penitenciarias que fueron promulgadas entre los años 2002 y 2003, así como con posterioridad, vinieron a impulsar y acentuar una línea de políticas criminales y penitenciarias de marcada exacerbación punitiva, que se manifiestan también concretamente en la expansión de los ámbitos de intervención del sistema penal¹³.

En ese contexto, puntualmente la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, supuso una revisión del sistema de penas alternativas a la prisión, al suprimir la pena de arresto de fin de semana, introducir la pena de localización permanente y modificar el régimen de sustitución de las penas y medidas de seguridad.

Más tarde, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incorporó una nueva modificación de trascendencia en la materia, al establecerse un catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas (con el consiguiente abandono del clásico principio “*societas delinquere non potest*”).

En último lugar, cabe mencionar la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica con inusitado alcance el Código Penal de 1995 (un total de 252 artículos) y que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015. En lo que aquí resulta de interés, dicha reforma puede resumirse en cambios a la clasificación de penas graves, menos graves y leves, la incorporación de la pena de prisión permanente revisable (entre las privativas de la

¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003” en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08.07, 2006, pp. 07:1-07:25 (disponible en www.criminet.ugr.es). El *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* (OSPDH) de la Universidad de Barcelona, España, desarrolló en su momento una extensa investigación en la que analiza cada uno de estos instrumentos normativos, a los que ha caracterizado como un proceso de ‘populismo punitivo’ (*El Populismo Punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005)*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 2005). Se trata, en concreto, de los siguientes ordenamientos: la Ley 38/2002, sobre los juicios rápidos; LO 5/2003 sobre los nuevos JVP en la Audiencia Nacional; LO 6/2003, sobre regulación de los estudios universitarios penitenciarios; LO 7/2003 sobre cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; LO 11/2003, sobre seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 13/2003, sobre reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en materia preventiva; LO 14/2003, sobre nueva regulación penal para extranjeros; y LO 15/2003 sobre el CP ‘de la seguridad’. IÑAKI RIVERA BEIRAS pone en cuestión las siguientes novedades legislativas: a) la elevación de las penas privativas de libertad hasta los 40 años, constitucionalmente inadmisibles, ya que atenta contra la finalidad declarada de la pena y, en la práctica, presupone una suerte de penalidad perpetua; b) recortes en la aplicación de beneficios penitenciarios para ciertas categorías de delitos, que contradice lo preceptuado por la Ley penitenciaria respecto al tratamiento penitenciario, de tipo personal, caso por caso, y prohíbe la consideración de ‘categorías’ o ‘tipologías’ para personas y delitos; c) la creación de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la Audiencia Nacional, lo cual puede interpretarse como una ‘desconfianza’ hacia los JVP, pieza clave del Poder Judicial y, por lo demás, presenta la dificultad de la falta de inmediatez y proximidad que debe sustentar su función; d) endurecimiento en la previsión legal y en la aplicación de la prisión preventiva, convirtiéndose así este instituto más en regla que en excepción; y e) la medida de expulsión de los ciudadanos extranjeros que cometan delitos, que contribuye a una extraordinaria forma de criminalizar la inmigración extracomunitaria (*La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006).

libertad) y de la tenencia de animales (entre las privativas de derechos) y las reformas a los regímenes de suspensión y sustitución de las penas privativas de la libertad.

Tras este recorrido normativo, cabe señalar que, bajo la denominación “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de la libertad” (Libro I, Título III, Capítulo III), el CPE contempla las instituciones de suspensión de la ejecución y de sustitución de las penas privativas de la libertad por las penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente. El régimen general de ambos mecanismos puede sintetizarse del siguiente modo:

Suspensión genérica¹⁴ de la ejecución de la pena privativa de la libertad (artículos 80 a 87, CPE)

Consiste en la posibilidad legal del condenado de no ingresar a prisión, al quedar en suspenso la pena impuesta. Supone la concurrencia de determinados requisitos, así como el cumplimiento de una serie de condiciones que el juez determine, durante un plazo de tiempo, transcurrido el cual la responsabilidad penal queda extinguida. Cabe únicamente la suspensión de las penas privativas de libertad — prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa—. Asimismo, quedan suspendidas las penas privativas de derechos que sean accesorias, por su esencial vinculación a la pena principal (prisión), de modo que si aquella queda en suspenso idéntica suerte corre la accesoria.

Desde comienzos del siglo XX, los diversos sistemas jurídicos fueron incorporando la suspensión de la ejecución de la pena, como fórmula orientada a evitar el encarcelamiento de condenados por delitos de menor entidad. Aplicada en especial a delincuentes primarios, este mecanismo tiene como objetivo impedir los efectos negativos que puede aparejar un primer contacto con el medio penitenciario. Su fundamento estriba así en el interés de incrementar las posibilidades de recuperación de la persona condenada, potenciando así prevención especial sobre la general¹⁵.

El régimen de la suspensión de la ejecución de la pena vigente con anterioridad a la última reforma citada establece los siguientes requisitos de procedencia: a) haber delinquirado por primera vez; b) duración de la pena impuesta: pena o suma de penas impuestas no superior a dos años; y c) satisfacción de la responsabilidad civil.

Se trata pues de una medida de otorgamiento facultativo, al no contemplarse su concesión automática. El CPE anterior a la reforma fijaba al efecto dos criterios que el juez o tribunal, caso que concurren las condiciones de procedencia, debe valorar para adoptar la decisión: la peligrosidad criminal y la existencia de otros procedimientos penales.

¹⁴ La denominación “genérica”, o también “ordinaria”, permite distinguir dicha suspensión de otras “específicas” o “extraordinarias” contempladas en la norma, consistentes en: a) suspensión para enfermos graves con padecimientos incurables; b) suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes y c) suspensión de la ejecución de la pena por tramitación de indulto. (Valga la aclaración de que, por exceder al objeto de este trabajo, se omite el desarrollo de tales institutos).

¹⁵ RÍOS MARTÍN, JULIÁN; “Las alternativas a la prisión” en ECHAVARRI GARCÍA, MARÍA AUXILIADORA (Dir.), *Las penas y medidas de seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial 14 – 2006*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 16-17; en igual sentido, QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.)/ MORALES PRATS, FERMÍN (Coord.); *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011 y PÉREZ CEPEDA, ANA I./ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA/ SANZ MULAS, NIEVES / FERNÁNDEZ GARCÍA, JULIO; *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo IV – Derecho Penitenciario*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.

Asimismo, se regulan el plazo de suspensión de la pena¹⁶ y las condiciones relativas al comportamiento de quien se ha visto beneficiado con la medida. Por un lado, se exige que no delinca durante el plazo fijado por el juez o tribunal (condición obligatoria). Por otro lado, el juez o tribunal puede imponer reglas de conducta, relacionadas según un catálogo abierto (imposición facultativa del órgano sentenciador¹⁷) que abarca: 1º prohibición de acudir a determinados lugares; 2º prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal, o de comunicarse con ellos; 3º prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida; 4º comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas; 5º participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares; 6º cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad suya, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (artículo 83, CPE).

La reciente Ley Orgánica 1/2015, modificatoria —según se dijo— del Código Penal de 1995, introduce una serie de cambios en la regulación del instituto de suspensión de la ejecución de la pena, que dotan de mayor flexibilidad y celeridad a esta medida alternativa, mitigando la rigidez de los tradicionales requisitos que habilitan el acceso a la suspensión, cuanto de los que determinan su revocación¹⁸.

El legislador de 2015 ha procedido a reformular el presupuesto material habilitante de la suspensión, enriqueciendo los factores a tener en cuenta por el juez para decidir sobre la innecesariedad de ejecución de la pena. Entre tales cambios destacan: a) flexibilización del concepto de “primariedad delictiva”: aunque la nueva ley mantiene este requisito como condicionante de la suspensión genérica u ordinaria, aclara que no se tendrán en cuenta, a estos efectos, además de las anteriores condenas —no rehabilitadas— por delitos imprudentes y por delitos leves, tampoco las correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probable comisión futura de un delito; b) flexibilización del límite de la pena: aunque en el régimen ordinario de suspensión se mantiene el límite penológico de dos años, en el régimen excepcional del apartado tercero del artículo 80 se contempla la posibilidad de suspensión de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, aunque la suma de ellas supere dicho límite; c) flexibilización del requisito de satisfacción de las responsabilidades civiles: basta en adelante el compromiso de su reparación de acuerdo con las posibilidades del penado, suficientemente garantizada; conducta que condiciona el mantenimiento de la suspensión¹⁹.

¹⁶ Este plazo de suspensión, que oscila entre dos y cinco años para penas privativas de libertad inferiores a dos años, y entre tres meses a un año para penas leves, es fijado por los jueces o tribunales previa audiencia de partes, con atención a las circunstancias personales del condenado, las características del hecho y la duración de la pena (art. 80, CPE).

¹⁷ Con la única excepción de los delitos de violencia de género, al ser algunos de imposición preceptiva.

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.); *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Ed. Aranzadi, España, 2015, págs. 143-152.

¹⁹ Acorde con otra reforma introducida por la norma, según la cual el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En el régimen anterior, dicha decisión es adoptada ya en ejecución, una vez declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos que habilitan la suspensión (artículo 82 CPE). Ciertamente que no cabe exigir la satisfacción de responsabilidad civil con anterioridad a la declaración de firmeza de la sentencia.

Sustitución genérica²⁰ de la pena privativa de la libertad (artículos 88 y 89, CPE)

Consiste en la posibilidad legal de sustitución de la pena impuesta, de la forma señalada en la ley, por otra menos lesiva para los bienes jurídicos del condenado, en la medida en que concurren los requisitos de ley. Como vía que procura favorecer una respuesta penal prescindente de la pena privativa de la libertad, permite conjugar los fines de prevención especial (pena menos lesiva) y los de prevención general (cumplimiento de una pena)²¹.

Se trata de una de las novedades más destacadas del Código Penal de 1995, que opera como mecanismo complementario de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de la libertad, al habilitar una fórmula de aplicación en supuestos en los que, por no verificarse el requisito de delincuencia primaria en el condenado, no procede la suspensión.

En cuanto a sus requisitos generales²², se exige que la pena de prisión sea inferior a un año, en cuyo caso puede sustituirse alternativamente por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad y, en caso de penas que no excedan de seis meses también por localización permanente. Cada día de prisión se sustituye por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente.

Para ello, el penado no puede ser habitual (esto es, condenado por tres o más delitos del mismo capítulo en cinco años). La posibilidad de sustituir la pena procede, previa audiencia de partes, en la misma sentencia o bien posteriormente, mediante auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución. Se requiere del Juez una valoración de las circunstancias personales del condenado, su conducta, la naturaleza del hecho y, especialmente, el esfuerzo por reparar el daño causado. Se extiende a suma de penas impuestas en la misma sentencia y no pueden sustituirse penas que sean sustitutivas de otras.

Cabe añadir que se prevé la posibilidad de que el juez o el tribunal imponga, además de la pena sustitutiva, una o varias de las obligaciones y deberes previstos para la suspensión de la pena, por tiempo que no podrá superar la duración de la pena sustituida²³.

Excepcionalmente, se contempla la posibilidad de sustitución, por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, de la pena de prisión no exceda de dos años,

²⁰ La denominación “genérica” permite diferenciar este mecanismo de otro, consistente en la posibilidad legal de sustitución de las penas impuestas a personas extranjeras no residentes legalmente en España, por su expulsión del territorio español. Aunque no será objeto de desarrollo, en función de los límites del presente trabajo, cabe aquí la referencia de que el artículo 89 CPE regula dicho régimen en los siguientes términos: “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, Ministerio Fiscal y de las partes apersonadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas”.

²¹ RÍOS MARTÍN, JULIÁN; op. cit., pág. 31.

²² Otras particulares rigen para los supuestos de condena por delitos relacionados con violencia de género.

²³ Se alude aquí a las obligaciones o deberes contemplados en el artículo 83 CPE antes citados, a saber: 1º) prohibición de acudir a determinados lugares; 2º) prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal, o de comunicarse con ellos; 3º) prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida; 4º) comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la administración que estos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas; 5º) participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares; y 6º) cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad suya, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

bajo los mismos requisitos y términos que el supuesto anterior. Para su otorgamiento, se exige al juez una valoración de las circunstancias del hecho y del culpable en orden a relacionar el cumplimiento de la pena con la frustración de los fines de prevención y reinserción social.

Frente a incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, se establece que se ejecutará la pena de prisión inicialmente impuesta descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con reglas de conversión establecidas.

Se advierte que, a la hora de aplicar la sustitución, surge la cuestión de la discrecionalidad judicial, habida cuenta de la delegación al juez del poder de elegir la pena que finalmente debe cumplir el condenado sin sujeción a criterios legales²⁴.

Acerca de la multa, cabe la mención de que, como es sabido, consiste en la imposición al penado de una sanción pecuniaria, que se traduce en el pago de una suma de dinero al Estado, impuesta bajo la forma de retribución por el delito cometido y de acuerdo al sistema de días-multa²⁵.

En relación con los trabajos en beneficio de la comunidad, se trata de una pena que priva al condenado del derecho a un trabajo remunerado²⁶. Consiste en la prestación de cooperación en actividades de utilidad pública, donde el trabajo se caracteriza por las siguientes notas: es gratuito y no puede someterse al logro de intereses económicos; debe ser facilitado por la Administración y a su beneficio o de una entidad pública o una asociación de interés general; no atentará contra la dignidad del penal, gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social. En observancia de la normativa internacional respecto a la prohibición de los trabajos forzados²⁷, es requisito de procedencia el consentimiento previo del penado.

Consiste, en definitiva, en una sanción penal más grave que la multa y que la mera suspensión de la ejecución, que evita la privación de libertad de corta duración²⁸.

²⁴ La única restricción a la libre decisión radica en los supuestos de violencia de género, para los que cabe optar entre trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente.

²⁵ Se ha observado que el campo de actuación de la multa como sustituta de la pena de prisión es muy restringido, dado el cúmulo de requisitos legales para su aplicación, con el problema añadido del arresto sustitutorio en caso de impago de la multa. De acuerdo al artículo 53 CPE, si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, responderá con un día de prisión por cada dos cuotas no pagadas, salvo que el juez opte por acordar que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad (PÉREZ CEPEDA, ANA I./ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA/ SANZ MULAS, NIEVES / FERNÁNDEZ GARCÍA, JULIO; op. cit., pág. 26).

²⁶ Esta sanción, prevista ya en el siglo XIX en algunos Estados alemanes y en el Código Penal noruego de 1902, ha sido especialmente desarrollada en Inglaterra, con la introducción del *Community Service* en 1972, primero como sustituto más habitual de penas breves de prisión y luego como pena directa, en especial para pequeños delitos contra el patrimonio. Portugal y Francia la incorporan en sus ordenamientos jurídicos como pena sustitutiva de la prisión, en 1982 y 1983, respectivamente. Por su parte, países como Holanda, Bélgica y Dinamarca la contemplan tanto como sustitutiva de la prisión, alternativa al impago de multa u obligación durante la suspensión de la ejecución (SERRANO PASCUAL, MARIANO; *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal Español*, Ed. Trivium, Madrid, 1999, pág. 262).

²⁷ Artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y Convenio N° 105, de 25 de junio de 1957, adoptado por la Conferencia General de la OIT, ratificado por España.

²⁸ No obstante ello, se ha puesto de resalto su escasa aplicación por parte de los tribunales, dadas sus dificultades prácticas (al suponer la concurrencia de consentimiento del condenado, por un lado y por el otro, exigir un mayor esfuerzo de la administración de justicia) (PINA MASSACHS, JORDI/NAVARRO MASSIP, JORGE; *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*, CIMS, Barcelona, 2000, pág. 16).

Con motivo de las reformas del CPE, esta pena pasó de ser un mero sustitutivo de la extinta pena de arresto de fin de semana a constituir una pena sustitutiva de penas de prisión de hasta dos años de duración. A la par de ello, en virtud de la LO 11/2003, se halla prevista hoy como pena principal para determinados delitos y faltas, en la forma de pena privativa de otros derechos²⁹.

Por último, la sustitución por la localización permanente se limita a penas que no excedan de seis meses y que no superen los dos años, cuando el condenado lo fuera por un delito relacionado con la violencia de género. Como tal, su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez. En el último de los casos mencionados, el cumplimiento será en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima.

Para concluir, hay que decir que la Ley Orgánica 1/2015 introduce modificaciones en materia de sustitución genérica de las penas privativas de la libertad. En efecto, la citada norma ha procedido a la unificación y fusión de dicho instituto en el régimen de la suspensión de la pena. Ello merece el comentario de que la doctrina ha subrayado la trascendencia práctica de esta unificación, al señalar que con la nueva regulación corresponde al juez decidir sobre una suspensión de la ejecución de la pena, sin perjuicio de sus particularidades³⁰.

La sustitución pierde su *nomen iuris* y se concibe entonces como una modalidad específica de suspensión. En concreto, se prevé que el juez o tribunal puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de ulteriores medidas: el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. De esta forma, lo que hasta el 2015 fueron catalogadas como penas sustitutivas, con la última reforma comentada califican como medidas, prestaciones o deberes que pueden imponerse de modo añadido en cualquier caso de suspensión y que la condicionan. Cabe señalar que, conjuntamente con el cambio de denominación, el legislador sustrae estas prestaciones (multa y trabajo) de su correlación estricta con la duración de la pena suspendida y establece un límite mínimo y máximo de duración: entre la quinta parte y las dos terceras partes de la pena, que puede fijarse en forma discrecional. Por su parte, los presupuestos habilitantes de esta clase de suspensión resultan similares a los previstos en el ordenamiento anterior.

Antes de concluir, es importante señalar que la revisión de la normativa española en materia de medidas alternativas a la prisión que antecede permite observar cierta similitud en los criterios generales de regulación contemplados en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino, en particular con las previsiones contenidas en los preceptos de la Ley Orgánica 1/2015, tanto en el género de condiciones y requisitos establecidos para su procedencia, cuanto en la amplitud de discrecionalidad judicial prevista para su aplicación.

Conclusiones

Hay que decir, para concluir, que las penas alternativas a la prisión representan una incorporación de considerable importancia en el repertorio de instrumentos punitivos; al mismo tiempo, no puede ignorarse que su valoración generalmente positiva ha solido deva-

²⁹ Si bien de entrada todas las penas son privativas de derechos, se conoce propiamente como tales a aquellas penas que imponen determinadas limitaciones —políticas, profesionales o civiles— a la libre capacidad de participación del ciudadano en la vida social. Se trata, en concreto, de un grupo de sanciones penales relativamente heterogéneo, en las que —como nota común— se priva o se restringe un derecho distinto a la libertad o al patrimonio.

³⁰ Así, deja de tener sentido toda una discrepancia de posturas acerca de la posibilidad o no de acceder a la sustitución de la pena de prisión después de revocada la suspensión condicional de la pena (QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.); *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, op. cit., págs. 154-155).

luarse con su aplicación concreta, pasándose así de un entusiasmo inicial a un cierto escepticismo posterior.

En efecto, pese a que inicialmente se pensó que las medidas alternativas podían contribuir a disminuir en forma efectiva la población carcelaria y, con ello, atenuar la suma de efectos indeseables o “daños colaterales” del encierro, la experiencia concreta no deja de ser decepcionante. Entre las causas de su ineficacia en los sistemas penales que las han incorporado suele mencionarse, en esencia, a la falta de aplicación de ellas por parte de los jueces, por un lado, o bien a la falta de infraestructura para su correcta ejecución. Por otra parte, hay una coincidencia bastante amplia en doctrina en el sentido de que, si bien tienden a la reducción del uso de la pena privativa de la libertad, han suscitado, a cambio, una expansión notable del arsenal punitivo del Estado.

La experiencia española en la materia da cuenta de que las penas alternativas a la prisión fueron objeto de una larga y profunda discusión doctrinaria. Por lo general, se ha entendido que su incorporación al sistema de sanciones penales por el Código Penal de 1995 supuso un avance respecto del modelo anterior. En particular, se enfatizó en la imperiosa necesidad de su inclusión en un sistema de sanciones penales regido por los principios de diversificación e individualización de la respuesta penal. Ello aparece con mayor relevancia en la regulación introducida en la última reforma referida.

No obstante ello, los autores han puesto de manifiesto ciertas deficiencias en la regulación de tales penas alternativas a la prisión, que hacen poco factible su incidencia significativa en la reducción del uso de la prisión por parte del sistema punitivo español. En este sentido, se han identificado los siguientes inconvenientes: a) escasez de casos en que las alternativas se imponen como pena principal frente a una infracción penal; b) penas muy graves para determinados delitos que restringe la posibilidad de suspensión o sustitución de la pena privativa de la libertad; c) sistema muy severo de alternativas, que hace poco realista su aplicación; d) número escaso de alternativas y poca factibilidad de adecuación al caso concreto³¹.

Como sea, estas valoraciones deben ser enmarcadas, según creo, en cierto avance expansionista del Derecho penal en España, denunciado respecto del propio Código Penal de 1995, pero también, en particular, de las reformas operadas en 2003 y 2004³², y del que —en términos generales— tampoco parece sustraerse la reforma de la Ley Orgánica 1/2015³³.

Ya en referencia a la aplicación de las penas alternativas, sobre la base de diversos estudios científicos se ha insistido en que aquéllas no han avanzado significativamente respecto del uso de la pena de prisión, verificándose en todo caso una situación de coexis-

³¹ CID MOLINÉ, JOSÉ Y LARRAURI PIJOAN, ELENA (Coords.); *Penas alternativas a la prisión*, op. cit.; asimismo, CID MOLINÉ, JOSÉ Y LARRAURI PIJOAN, ELENA (Coords.); *Jueces Penales y penas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 11.

³² MORILLAS CUEVA, LORENZO; “Alternativas a la pena de prisión”, en CASTRO ANTONIO, JOSÉ LUIS (Dir.), *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones. Cuadernos de Derecho Judicial 22 – 2006*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 4.

³³ Salvo, según lo visto, por las reformas introducidas al régimen genérico de suspensión de la ejecución de la pena, valoradas positivamente por la doctrina (QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.); *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, op. cit.).

tencia entre las distintas opciones punitivas, con un resultado final de pronunciada expansión del derecho penal y del sistema de penas³⁴.

Ello conduce a señalar que la instrumentación de las penas alternativas a la prisión plantea algunos desafíos, e incluso inconvenientes prácticos, en relación con su efectividad. En este sentido, el Grupo de Estudios de Política Criminal, conformado por casi dos centenares de expertos en Derecho Penal procedentes de la Magistratura y de la Universidad, se ha pronunciado expresamente sobre la escasa aplicación de las penas alternativas en relación con la de prisión³⁵.

Por su parte, se ha alertado al respecto que no basta con la mera plasmación de los sustitutos penales en la normativa, sino que resulta imperioso que su efectividad práctica sea una realidad. Se señala, así, que los problemas evidenciados con algunos de los institutos responderían a ciertas políticas contrarias a la excarcelación de penados (a favor de una pretendida “seguridad ciudadana”), a la falta de recursos materiales para su implementación, así como a la exigencia de una sensibilización social del tema y de un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos³⁶. En términos similares, se ha considerado, en fin, que el proceso de implementación de este modelo sufrió un proceso frenado en dos fases: primero, por la falta de dotación de los recursos personales y materiales para poner en marcha las nuevas penas, unida a una inexistente reacción frente a las rutinas judiciales; más adelante, por un discurso político-criminal que renegó de todo lo que no fueran incrementos en el uso de la prisión y que se encargó de desmontar buena parte de los avances del Código de 1995 mediante las reformas que tuvieron lugar a partir del año 2003³⁷.

Bibliografía

- AA.VV.; *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2014.
- 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/ LARRAURI PIJOAN, ELENA (Coords.); *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

³⁴ PARÉS, RAMÓN; “Análisis valorativos sobre qué medidas penales alternativas destacan en la legislación comparada europea. Tendencias de futuro” en: *REUNIÓN DE EXPERTOS. Aplicación de las medidas penales alternativas*, Instituto de Reinserción Social (IRES), Barcelona, 2005, pág. 26-27.

³⁵ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL; *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga, 2005, pág. 12.

³⁶ TÉLLEZ AGUILERA, ABEL; *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005, pág. 51.

³⁷ Díez Ripollés, José Luis; *Delitos y penas en España*, Ed. La Catarata, Madrid, 2015, págs. 106-107. Más allá de tales consideraciones generales, se ha observado que ni el CPE ni la Ley Orgánica 1/2015 han contemplado medidas específicas dirigidas a conseguir una adecuada garantía, tanto en lo que atañe a un control efectivo supervisado por el órgano judicial responsable de la ejecución, cuanto en lo que refiere a un mecanismo motivado de sustitución de la pena por otra, en caso de incumplimiento por parte del penado que en este caso operaría la sanción de multa correspondiente al delito de quebrantamiento de condena (artículo 468, CPE), que —según advierten los autores— suele resultar una reacción ineficaz (QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.)/ MORALES PRATS, FERMÍN (Coord.), op. cit., pág. 424).

- CID MOLINÉ, JOSÉ/ LARRAURI PIJOAN, ELENA (Coords.); *Jueces Penales y penas en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS; “Alternativas a las penas corta privativas de la libertad en el Proyecto de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje al Profesor Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pág. 322.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; «La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003» en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08.07, 2006, pp. 07:1-07:25 (disponible en www.criminet.ugr.es).
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; *Delitos y penas en España*, Ed. La Catarata, Madrid, 2015.
- FOUCAULT, MICHEL; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 12º ed., Siglo veintiuno, España, 2000 [1975].
- GARLAND, DAVID; *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1987.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL; *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga, 2005.
- LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M.; *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS; *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Ed. Comares, Granada, 2008.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO; “Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español” en CASTRO ANTONIO, José Luis (Dir.), *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial 17 - 2003*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 1-40.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO; “Alternativas a la pena de prisión”, en CASTRO ANTONIO, José Luis (Dir.), *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones. Cuadernos de Derecho Judicial 22 – 2006*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 1-28.
- OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (OSPDH); *El Populismo Punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005)*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 2005.
- PARÉS, RAMÓN; “Análisis valorativos sobre qué Medidas penales alternativas destacan en la legislación comparada europea. Tendencias de futuro” en *REUNIÓN DE EXPERTOS. Aplicación de las medidas penales alternativas*, Instituto de Reinserción Social (IRES), Barcelona, 2005, pág. 25-27.
- PÉREZ CEPEDA, ANA I./ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA/ SANZ MULAS, NIEVES / FERNÁNDEZ GARCÍA, JULIO; *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo IV – Derecho Penitenciario*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
- PINA MASSACHS, JORDI/ NAVARRO MASSIP, JORGE; *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*, Ed. CIMS, Barcelona, 2000.

- PRADO, CAROLINA; “Las penas alternativas a la prisión en el Anteproyecto de Código Penal (o la alternativa hacia una vía de “penas diferenciadas” en: AROCENA, GUSTAVO/BALCARCE, FABIÁN (Dir.), *Novedades en el Anteproyecto 2014 de Código Penal Argentino*, Ed. Lerner, Córdoba, 2015, págs. 297-318.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.)/ MORALES PRATS, FERMÍN (Coord.); *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.); *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Ed. Aranzadi, España, 2015.
- RÍOS MARTÍN, JULIÁN; “Las alternativas a la prisión” en ECHAVARRI GARCÍA, MARÍA AUXILIADORA (Dir.), *Las penas y medidas de seguridad. Cuadernos de Derecho Judicial 14 – 2006*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 1-50.
- 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].
- SERRANO PASCUAL, MARIANO; *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal Español*, Ed. Trivium, Madrid, 1999.
- TÉLLEZ AGUILERA, ABEL; *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005, pág. 51.

Relaciones entre los derechos constitucional, penal y procesal, con motivo de la aprehensión privada en caso de flagrancia* **

Connection between constitutional rights, penal rights and procedural law, with the purpose of private apprehension in flagrant case

por **ROBERTO V. VÁSQUEZ*****

RESUMEN: Las normas penales y su dogmática imponen constantemente la consideración de “relaciones” entre los extremos que su estructura e interpretación suponen. Se trata de la selección de las ineluctables articulaciones que exhibe un tema sometido a estudio, que deja para después la determinación de contenidos y pretende superar tradicionales (y parciales) enfoques estáticos. Aquí se enfatizarán las asociadas con la facultad que ejerce una persona común cuando aprehende a otra en circunstancias de flagrancia, ignoto “talón de Aquiles” del sistema jurídico.

PALABRAS CLAVES: Aprehensión privada. Flagrancia delictiva.

ABSTRACT: *Penal laws and its dogma impose constantly the consideration of the ‘connection’ between the extremes of its organization and interpretation. It means the selection of the ineluctable connections of a studied topic that leaves apart the determination of contents and pretends to improve traditional (and partial) statics approaches. In this work, it will be developed the connections associated to the act of a person who apprehends another person in flagrant crime, unknown “Achilles’ heel” of the legal system.*

KEY WORDS: *Private apprehension. Flagrant crime.*

I. Introducción

En el estudio de la aprehensión privada se verifican contactos, poco planificados, entre normas con desigual jerarquía que la regulan en los más diversos temas. Dicho examen, propio de la interpretación sistemática, ilumina su comprensión y fortalece la coherencia en la constelación de la dogmática.

II. Sobre las acciones penales

La consideración conjunta del principio de legalidad (CN, arts. 18 y 19, Const. de Córdoba, arts. 39, 120, 155, 161 y 171), del régimen de las acciones penales (CP, arts. 71 a 73), y la regulación de la aprehensión en supuestos de flagrancia (Const. de Cba., art. 42, CPP de Cba., arts. 275 a 279) revela que la aprehensión privada constituye una vía de iniciación de la investigación con características especiales: la comisión del hecho supuestamente delictivo da lugar al nacimiento de la acción penal y sin que intervenga autoridad judicial competente alguna ni se haya iniciado formalmente el proceso (la acción no está promovida) se admite una medida de coerción personal (que la aprehensión constituye). De

* Dedico este trabajo al maestro Fernando F. Allende, fallecido el 6 de Noviembre del 2016, quien hasta sus últimos días, ayudándome a chequear las citas bibliográficas, honró la enseñanza universitaria.

** Se basa en la exposición que pude realizar en el Instituto de Ciencias Penales “Jorge de la Rúa”, el día 18 de Agosto de 2016.

*** Abogado (UNC). Doctorando en Ciencias Sociales (UNVM).

este modo representa una excepción (constitucional) al régimen de las acciones penales públicas, no siempre recordada por quienes las estudian.

La doctrina recientemente ha advertido que las constituciones de cada jurisdicción identifican el tipo de delito que habilita la aprehensión (VÁSQUEZ, 2016a). Sin embargo, en algunas, las normas procesales la admiten respecto de todos los delitos de acción de pública, y lo que es más grave, cuando la acción depende de instancia privada, medidas de coerción impuestas en virtud de la aprehensión privada pueden mantenerse en el período temporal durante el cual quien tiene derecho a instar todavía no ha presentado la denuncia. Ejemplo: en la Provincia de Buenos Aires por prescripción constitucional la aprehensión en flagrancia procede respecto de todos (legisladores y ciudadanos) sólo si se trata de un “crimen” con “pena corporal” (arts. 16 y 97). Su CPP (art. 153), en cambio, declara que procede respecto de cualquier delito de acción pública con pena privativa de la libertad, y si se trata de un delito cuya acción dependa de instancia privada, en el acto será informado quien pueda promoverla. Si no presentare la denuncia inmediatamente, el aprehendido será puesto en libertad. Resuelven la específica cuestión en términos similares: Jujuy (CPP, art. 312), Mendoza (CPP, art. 287), Córdoba (CPP, art. 275), entre otras. No contemplan reglas especiales para la situación: Neuquén, Río Negro.

Así las cosas, la aprehensión privada también representa una excepción (constitucional) al régimen de las acciones penales públicas de instancia privada, marco en el cual la privación cautelar de la libertad puede prolongarse excesiva e injustificadamente, con dudoso sustento en reglamentaciones procesales como las indicadas, sin el impulso calificado e inicial que marca la ley penal.

III. Sobre la clasificación de los delitos

Concentraré el análisis en la íntima conexión que existe entre los nominados “permanentes” (en oposición a los “instantáneos”), la flagrancia, en tanto concede al sujeto que la considera configurada una gran discrecionalidad para actuar, y la aprehensión privada.

Los “permanentes” o “continuos” (CP, art. 63) tienen incomparable trascendencia respecto de múltiples situaciones jurídicas-penales. En cuanto a lo que aquí interesa, se trata de aquellos que permiten que la flagrancia delictiva se extienda en el tiempo más allá de la realización del tipo objetivo y subjetivo, es decir, a posteriori del momento de la consumación, período durante el cual procede la aprehensión del autor, co-autor, o de quien presta auxilio, cooperación o ayuda a la ejecución de un hecho delictivo.

La identificación de los tipos “permanentes”, que merecen atención por las consecuencias políticos-criminales que acarrear¹, presenta dificultades que ponen en crisis el rigor de las categorías utilizadas, ello sin considerar las implicancias de su incidencia sobre el injusto. La calificación doctrinaria de “necesariamente” permanentes se apoya en las características de la acción típica (que giran alrededor del verbo) y que, en contextos de su repetición o mantenimiento sin que el hecho se multiplique, el bien jurídico sea apto para una ofensa constante y dilatada. Puede observarse breves interrupciones (en las que la flagrancia se diluye) sin que pierda tal carácter. Son “en su mayoría” delitos de mera actividad (ROXIN, 1997: 329). También pueden ser de peligro abstracto (JAKOBS: 207). Ejemplos: CP, art. 140, primer enunciado segundo supuesto: el que logra y persiste en someter a una persona bajo su yugo explotándola económicamente; CP, art. 210, primer enunciado: la banda mixta de tres personas que mantiene un acuerdo de cooperación delictiva durante

¹ FERRAJOLI (1995: 792) advierte, inclusive, sobre la manipulación política que pueden facilitar.

la temporada de verano; CP, art. 130, primera hipótesis: el que subtrae por la fuerza a otro con la intención de menoscabar su integridad sexual; CP, art. 234: el que para cometer una rebelión o una sedición usurpa el mando de tropas (NÚÑEZ, 1964 I: 255; NÚÑEZ, 2009: 155). En los llamados “eventualmente” permanentes se tiene en cuenta, finalmente, la modalidad concreta de consumación, puesto que la ley prevé acciones instantáneas y permanentes en forma alternativa respecto del mismo delito, o bien, el tipo, aunque contempla una sola forma de acción, admite que su ejecución pueda presentarse mediante varios actos, como un “estado”. Ejemplo: CP, art. 246 inc. 1 segundo supuesto: el ciudadano común que atribuyéndose status policial, sin nombramiento expedido por autoridad competente, realiza la investigación de un caso que le interesa esclarecer por razones económicas (NÚÑEZ, 1974 VII:56).

Los tipos de omisión también pueden ser permanentes, cuando la obligación de actuar que recae sobre un sujeto no debe ser satisfecha en un instante determinado. Queda incurso “sólo después de un lapso en cualquier momento de cuyo curso resulta posible y legítimo actuar” (NÚÑEZ, 1964 I:254). Ejemplo: Ley N° 13944, art. 1 (el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar); CP, art. 143 inc. 6 (la omisión funcional de hacer cesar una detención ilegal); CP, art. 277 .1 d) (el encubrimiento por omisión de denuncia; CP, art. 106 (el abandono de personas).

No deben confundirse con el delito continuado, puesto que éste trata de la ejecución de varios hechos dependientes entre sí (CP, art. 55 a contrario), ni con los delitos instantáneos que producen efectos que perduran (v.gr: CP, art. 79 (matar a otro)).

El concurso ideal puede darse entre delitos permanentes. Pero, desde un punto de vista práctico, resulta importante advertir que entre instantáneos y permanentes también resulta admisible, aunque no basta la mera simultaneidad ni la relación de medio a fin (el abuso sexual forzado luego de penetrar el domicilio) (ROXIN, 2015:971), es necesario que las acciones ejecutivas formen parte de un hecho único (CP, art. 54). Ejemplos: CP, arts. 142 inc. 1 primera hipótesis, 89 y 54: las lesiones causadas para impedir la liberación del privado ilegalmente de la libertad (NÚÑEZ, 2008:176); CP, arts. 150, 89 y 54: el intruso que doblega con violencia la resistencia del titular del inmueble urbano (ROXIN, 2015:972). Un delito permanente, vgr.: como la portación ilegal de armas, asimismo, puede ser el que concurre idealmente con hechos independientes entre sí (dos robos calificados por el uso de armas de fuego ejecutados sucesivamente por los mismos co-autores) (CP, arts. 166 inc. 2 segundo párrafo, 189, 45, 54 y 55). De tal modo, la aprehensión privada puede activarse respecto de sucesos comprendidos por el “efecto abrazadera” (ROXIN, 2015:974).

IV. Sobre las causas de justificación

Los principales enfoques que permiten conocer el aquí propuesto objeto de estudio son:

- a) el que lo acoge como vía de iniciación de una investigación penal (MANZINI, 1953, IV: 128),
- b) el que lo examina como una medida de coerción personal,
- c) el que pone énfasis en la estructura normativa de un tipo permisivo de base constitucional y legal,
- d) el que lo observa en el tipo ampliado de la resistencia a la autoridad.

En el marco del punto c) adelanto que la aprehensión privada tiene estructura normativa de un tipo permisivo de jerarquía constitucional y legal que reconoce (o concede) el derecho de un particular a la aprehensión en caso de flagrancia.

Por lo tanto, se conecta con las principales cuestiones del tipo, las causas de justificación y las concepciones que existen sobre su relación con la totalidad del sistema jurídico, principio ordenador, concepto, origen, elementos, si admite o no la interpretación extensiva, oportunidad de la apreciación (ex ante o ex post).

En el derecho comparado, en especial el alemán, un sector de la doctrina trata la “actuación pro magistratu” entre las causas de justificación, concretamente la “detención en flagrancia que asegure la presencia y la identificación” prevista en el § 127 I 1 StPO². Tal sistema no tiene una conceptualización legal de la flagrancia, de allí que se afirme “Un delito es “flagrante” mientras está en la fase de tentativa punible, pero también sigue siéndolo si está consumado pero se encuentra al autor aún en el lugar del hecho, o cuando lo abandona y se le persigue inmediatamente. No es preciso que el delito sea aún “flagrante” en el momento de la detención, que a veces sólo es posible tras una persecución de varias horas” (ROXIN, 1997: 746).

Dicha estructura tiene diferencias con los ordenamientos jurídicos argentinos.

En líneas generales se puede afirmar que en éstos reviste la forma de un tipo permisivo con base constitucional y legal que: 1) resulta ser excepción de la garantía que establece que nadie puede ser privado de su libertad sin orden escrita y fundada de autoridad judicial competente (CN, art. 18, Const. Pcial., art. 42), 2) habilita la intervención de particulares, 3) fija las características del delito que la justifica: 3.1) haciendo referencia al tipo subjetivo (Jujuy), 3.2) haciendo referencia a los llamados no excarcelables (Santa Fe) 3.3) haciendo referencia a la especie o cantidad de pena (Neuquén) o a sus combinaciones (VÁSQUEZ, 2016a). En algunas jurisdicciones, se puede adicionar, ciertos delitos expresamente están excluidos de cualquier tipo de flagrancia y consecuentemente de la aprehensión³.

En Córdoba el tipo permisivo se construye y completa sobre la base del ya citado art. 42 de su Constitución, y los arts. 279, 275, 276 y 277 del CPP.

Tiene la estructura de un tipo permisivo de pluralidad de hipótesis.

Su tipo objetivo expresa: los “particulares” están autorizados (tienen el derecho) a practicar la “aprehensión” (elemento objetivo) a quien sea “sorprendido” en “flagrancia” (elemento objetivo llamado “incierto”) (DE RÚA—TARDITTI, I: 565) en:

a) la comisión de un delito de acción pública que merezca pena privativa de libertad, cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo, al que intentare un delito en el momento de disponerse a cometerlo, o inmediatamente después (estricta);

b) mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público (cuasiflagrancia);

c) mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito (presunta flagrancia),

² Dicha norma dispone: “Si se encuentra o se persigue a alguien en delito flagrante, y hay sospechas de que vaya a huir o no se puede comprobar inmediatamente su identidad, cualquiera estará autorizado a detenerlo provisionalmente aun sin mandato judicial” (ROXIN, 1997: 746).

³ Las cartas magnas de Río Negro, Buenos Aires y Neuquén (arts. 26, 13 y 25 respectivamente) se destacan por prescribir que los abusos de la libertad de pensamiento y los delitos cometidos por medio de la prensa “nunca se reputarán flagrantes”. En similar sentido Chaco (art. 18), Chubut (art. 64) y Santa Cruz (art. 12).

d) al que fugare estando legalmente preso (de fuga)⁴.

Su tipo subjetivo abarca el conocimiento de los presupuestos objetivos del derecho a la aprehensión.

Entre las causas de justificación existen diversas opciones de encuadramiento.

Un sector de la doctrina entiende que la defensa legítima comprende a todos los bienes, inclusive los del Estado, y al mismo orden jurídico cuando la agresión afecta de un modo convergente un derecho individual, que puede ser de un tercero (ZAFFARONI, 1983 IV: 609 y ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000: 600). El mejor argumento político-criminal en contra de tal postura lo da ROXIN (1997:627) cuando expresa "La razón por la que los bienes jurídicos de la comunidad no son susceptibles de legítima defensa es porque no es deseable dotar de modo general a la población de facultades policiales mediante el rodeo de la legítima defensa". Es cierto que existen puntos de contacto entre una y otra figura, pero su fusión revela una comprensión rudimentaria de las especificidades de la aprehensión privada. Tal apreciación se refuerza, en los sistemas provinciales y nacional, con el argumento que daré a continuación: si la aprehensión privada debiera quedar sometida a los presupuestos legales, interpretados sistemáticamente, de la legítima defensa de terceros (CP, art. 34 inc. 7 en función del inc. 6: agresión ilegítima y racionalidad del medio empleado para impedirla o repelerla) su campo de aplicabilidad quedaría restringido en la medida que constitucionalmente sólo se exige la concurrencia de flagrancia y la correspondencia entre los bienes en tensión (VÁSQUEZ, 2016).

Si se entiende que no es viable aplicar el tipo permisivo de la legítima defensa de terceros respecto de bienes sociales, cuya protección tiene al Estado como principal responsable, como la "seguridad ciudadana" (Informe CIDH 2009) o la "administración de justicia", se deben analizar alternativas afines.

El estado de necesidad, tanto el agresivo como el defensivo, debe descartarse, ya que la aprehensión privada no puede considerarse como la opción seguida por quien, sometido a un conflicto, decide evitar el bien mayor. Es más, afecta la libertad de una persona, que puede haber ofendido un bien de menor jerarquía. Tampoco se trata del cumplimiento de un deber, ya que la aprehensión privada no se basa en un deber impuesto a un particular que nace del derecho positivo, marco en el que no se admite como fuente los usos y costumbres ni los contratos ni la interpretación extensiva. Ni del ejercicio legítimo de un cargo, ya que no se basa en un deber que nace de un cargo público o de la función pública desconcentrada hacia un organismo privado que la ejerce por delegación. Ni una mera autorización legal ya que no capta riesgos permitidos, por tratarse de comportamientos socialmente aceptados que descartan el tipo aunque causen daños. Asimismo, la aprehensión privada no cuenta con el consentimiento del aprehendido ni constituye una acción fomentada por el Estado.

Subsisten razones, en cambio, para argumentar que se trata del ejercicio legítimo de una autoridad. En efecto, un sector de la doctrina alude a una "posición de supremacía" que tiene una persona particular frente a otra, que proviene de una situación jurídica que le otorga la facultad de ejercer coerción. Se sostiene que "implica un posicionamiento del ciudadano como autoridad, motivada en razones de colaboración ciudadana con la justicia..." (DE LA RÚA—TARDITTI, II: 100/5). NÚÑEZ (1964 I: 409) expresa que sin contar con el cargo en este caso se "les concede a los particulares autoridad para realizar actos propios de ese cargo" y a favor de la especialidad cita la equiparación establecida por el art. 240

⁴ La constitucionalidad de este supuesto será examinada en otra oportunidad.

del CP⁵. Como es facultativo no puede consignarse como cumplimiento de un deber o ejercicio de un cargo.

Los siguientes fundamentos, sin embargo, inclinan la balanza a favor de considerar la ejercicio legítimo de un derecho.

En dicha causa de justificación, con razón, se incluye al derecho constitucional de resistencia contra los actos de fuerza desplegados por quienes interrumpen la vigencia del orden constitucional y democrático (CN, art. 36 párrafo cuarto). Lo que no resulta coherente es ubicar la aprehensión privada en otra hipótesis permisiva, ya que si aquél constituye ejercicio legítimo de un derecho, ésta sin más no puede ser ejercicio legítimo de una autoridad. El ordenamiento jurídico nacional contiene sendos permisos constitucionales, los dos protegen bienes colectivos y tienen similar función.

La historia del art. 240⁶ del CP, por otra parte, enseña que por vía de la equiparación puntual los proyectistas lo que quisieron hacer, y podían hacer desde el diseño de una ley penal, fue explicitar el derecho del ciudadano de aprehender en caso de flagrancia, más que instituirlo de autoridad.⁷ Vale aquí recordar que el art. 38 de la Ley nacional N° 49 prescribía: “El que resistiere...a un ciudadano en el caso de flagrante delito, sufrirá la mayor pena que, según las leyes, corresponda al delito que motiva su arresto...”. Mientras que su art. 40 establecía: “Las que libertaren del poder de un ciudadano no investido de autoridad pública a un reo aprehendido en flagrante delito...”. Es decir, este último expresamente afirmaba que el particular no portaba “autoridad”, y en consecuencia no podía circunstancialmente “ejercerla” para justificar su accionar.

Cuando se lee en el actual art. 240 del CP que serán reputados funcionarios públicos debe entenderse que en determinadas circunstancias los particulares tienen el derecho de aprehender que se le impone o faculta en principio a funcionarios policiales o integrantes de alguna fuerza de seguridad. Si el aprehendido se resiste su conducta encuadra en el tipo del 239 del CP. Además, debe admitirse que la ley “reputa” funcionario al particular sólo cuando ello ocurre. El resto de las aprehensiones privadas (sin resistencia), por lo tanto, quedarían fuera de la formal asignación de autoridad.

Vale remarcar que apoyar la aprehensión privada en el ejercicio legítimo de una autoridad debilitaría el ya de por sí endeble respaldo constitucional y legal del accionar de los particulares en supuestos de casi flagrancia, presunta flagrancia, así como de la flagrancia de fuga. ¿Cuál sería en estos casos el origen de la autoridad? ¿Hasta dónde la doctrina estaría dispuesta a admitir su ampliación?

Por otra parte, vale señalar, en el Estado de Derecho establecido con las normas de la Constitución Nacional, de los tratados de similar jerarquía incorporados en virtud del art.

⁵ En el Manual Parte General y en las Disposiciones Generales dejó de mencionarla como un supuesto comprendido por esta categoría.

⁶ En la época en la que se sancionó la Ley nacional N° 49, exclusivamente para la jurisdicción federal, el ejercicio de la autoridad no se distinguía del ejercicio de un derecho.

⁷ La facultad del particular para aprehender en caso de flagrancia convive, en la mayoría de los supuestos, con la obligación de los funcionarios públicos policiales, excepcionalmente también con el derecho de éstos. Así, por ejemplo, en Córdoba: arts. 275 y 277 del CPP. Igualmente coexiste con la de fiscales y jueces que actúan en calidad de sujetos activos de una aprehensión pública “sui generis” (D’ALBORA, 1993:248 y D’ALBORA, 2012:464), frente al falso testimonio u otro delito flagrante, cuando en el marco del proceso en el que intervienen proceden de conformidad al CPP aplicable (en Córdoba, arts. 230, 379 y 401; Nación, arts. 252, 371, y 390). Se trata de una medida de coerción dispuesta por una autoridad judicial, ejecutada por otra, en principio, policial, en un proceso preexistente a la constatación que la fundamenta, sin que aquélla pierda su rol funcional ni adquiera uno diverso.

75 inc. 22 a partir del año 1994, y de las constituciones provinciales, así como el marco axiológico que las inspira, vigente en las múltiples redes sociales argentinas, no emergen posiciones de supremacía entre una persona y otra, más bien diría todo lo contrario, tiende a garantizar su igualdad. Tampoco se puede identificar en los contextos aquí analizados una relación jurídica (como si se observa en los casos de corrección familiar)⁸ en la que tal superioridad podría sustentarse. La tesis criticada en todo caso supone una concepción basada en una fugaz desigualdad. Si así fuera, la única vía para admitirla sería concederle a la flagrancia la virtud de asignar autoridad (siendo que es sorpresiva, aleatoria, y ajena al aprehensor).

V. Sobre la privación ilegítima de la libertad y ofensas adicionales no autorizadas

El tipo objetivo de la aprehensión privada tiene su núcleo en la acción de “aprehender”, esto es, agarrar una persona (o un objeto), según el DRAE, “especialmente si es de contrabando”.

Se trata de la coerción personal que puede aplicar un ciudadano sobre otro en virtud de haberlo sorprendido en flagrancia en principio delictiva. Siempre consiste en violencia directa, tosca o sutil.

Aprender significa privar de la libertad, esto es, la acción que produce la pérdida de la capacidad de circular y deambular con criterio propio. También puede ser afectada la de quedarse, inmóvil, donde se está. Tal acción no debe ser confundida con la que el particular desarrolla asistiendo a una autoridad, que se lo ha requerido, ni con la que constituye el cumplimiento de una obligación legal establecida en razón de sus funciones. Se trata de un comportamiento seguido de un resultado, permitido por la ley sin intervención de autoridad alguna, apto para generar obligaciones de hacer (la entrega) y consecuentes actos procesales.

La regulación de la aprehensión no admite mera legalidad. Exige una especificación tal que impida que cualquier fuerza pueda desplegarse en cualquier caso (FERRAJOLI, 2011 I: 444); precisamente, la deslegitimación se da cita si la norma no determina las condiciones que la habilitan y la intensidad de la afectación autorizada bajo el excepcional rótulo.

En la aprehensión terrestre, bajo el amparo de la justificación y sin control ni formalidad alguna, el sujeto activo puede producir diversos perjuicios con trascendencia penal, siempre sometidos al principio de racionalidad.

No existe, sin embargo, con la privación ilegítima de la libertad simple o calificada (CP, arts. 141 y 142 inc. 1 (con violencias o amenazas)) una correspondencia absoluta, puesto que hay acciones típicas que no se encuentran comprendidas por la aprehensión⁹. Ésta es una especie de aquélla, que incluye:

- a) la clausura o imposición de:

⁸ En el caso de la corrección familiar (supuesto indiscutible de ejercicio legítimo de autoridad) el anterior Código Civil (art. 265) expresamente establecía que los hijos menores están bajo la “autoridad” de los padres, y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 638) se habla de “conjunto de deberes y derechos” (“responsabilidad parental” (Título VII, Cap. I, arts. 638 y sgts., 111) que se podría traducir como autoridad), pero la fuente legal de la aprehensión privada no refiere por ningún lado a la autoridad que supuestamente tendría el aprehensor. En definitiva, el tipo objetivo quedaría conformado como si se tratara de un derecho.

⁹ La aprehensión también puede ser comparada con las acciones de sustraer o retener previstas en el tipo objetivo del rapto (CP, art. 130).

1. una acción o dirección en la circulación (locomoción): el aprehensor le impide al aprehendido alejarse del lugar donde se encuentra o del camino o destino donde debe ser entregado.

El encerramiento en un espacio particular, cuando el hecho ha ocurrido en la vía pública, queda excluido, así como la exigencia de trayectos extravagantes.

2. un movimiento corporal (la imposición de ataduras).
Queda excluido el sometimiento a movimientos arbitrarios.

La violación del domicilio, en virtud de la causa de justificación especial establecida en el art. 152¹⁰ del CP, puede concurrir con el tipo permisivo aquí analizado.

Desbordan el cauce de la estricta aprehensión privada, por tratarse de excesos que tornan ilegítimo el ejercicio del derecho concedido, y por lo tanto quedan fuera de la justificación:

1) las lesiones que van más allá de los rasguños y moretones provocados como consecuencia inevitable de la sujeción utilizada por el aprehensor en el caso concreto (WELZEL: 136).

2) la sustracción de las llaves del vehículo en el que se transportaba el sujeto pasivo de la aprehensión y de los instrumentos del delito¹¹,

3) la sustracción de la documentación para tomar los datos necesarios para la identificación¹²,

4) las amenazas ajenas a la conducción forzada ante la autoridad¹³,

5) la sustracción del celular para que no se comunique con terceros,

6) blandir y usar armas (ROXIN, 1997:749),

7) el abuso sexual y la imposición de la desnudez.

En relación al tipo subjetivo, por ahora, adelantaré que en todas las modalidades de aprehensión (terrestre, aérea, marina), según la jurisdicción que se analice, el particular debe tener el conocimiento preciso de la comisión de un hecho delictivo y de la intervención en él del aprehendido, o sobre la legalidad de la privación de la libertad que el aprehendido pretende frustrar o bien respecto de la orden de detención o captura que pesa sobre el rebelde. Si carece de un sólido saber, más allá de la duda razonable, al que en dichas circunstancias puede acceder un humano, es porque no concurren las características típicas de la flagrancia en el caso concreto.

¹⁰El art. 152 dispone que la violación de domicilio (CP, art. 150) y el allanamiento ilegal (CP, art. 151) no se aplicarán al que entrare para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciera para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia. Esta norma resulta crucial para justificar la acción de particulares que para aprehender se ven obligados a ingresar en un domicilio ajeno, puesto que la autorización para allanar sin orden, v.gr.: en Córdoba, prevista en el art. 206 del CPP, no los comprende, ya que está solo dirigida a la policía judicial, a la fuerza policial antinarcóticos y a los funcionarios policiales o miembros de las fuerzas de seguridad nacional en función judicial.

¹¹ WELZEL (1970:136) los admite en lugar de la aprehensión por tratarse de medios “menos graves”.

¹² En sentido similar a las notas anteriores ROXIN (2000: 278) y ROXIN (1997 I: 749), en base al principio de proporcionalidad y porque la pueden hacer “innecesaria”. Sin embargo, admite que la cuestión es discutible, con cita de Schmidt, “con el fundamento de que una persona privada tiene prohibido el secuestro”. De allí que flexibiliza su postura al decir que la documentación debe ser devuelta “después de la identificación”, y que sólo se trata de una desposesión por breve tiempo.

¹³ Ver nota anterior.

VI. La aprehensión privada como justificación especial de la recepción ilegal

El art. 143 inc. 5° del CP establece que será reprimido “El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito”¹⁴. Al respecto SOLER (IV: 46) advierte que “La adición del caso de flagrancia resulta, por lo tanto, bastante oscura... No queda más supuesto que el de una detención practicada por un particular, de un delincuente en flagrancia, y que no pudiendo entregar al detenido a otra autoridad lo entrega al alcaide de una cárcel”.

El análisis de la relación tiene gran importancia puesto que obliga a considerar si el concepto de “flagrancia” debe ser el mismo en el plano constitucional, penal y procesal. Los teóricos no han construido uno constitucional, marco en el que la expresión anida desde hace más de dos siglos; su noción tiene un claro origen procesal, la que, sin muchos controles de calidad, tiende a proyectarse al ámbito penal. De allí la pregunta: en la salvedad típica del art. 143 inc. 5° ¿se admite la cuasi flagrancia y la presunta flagrancia? prevista en los códigos de ritos, o ¿sólo la estricta? como todo indica. Las de fuga y de rebeldía, sin dudas, quedan descartadas.

VII. Sobre la equiparación del art. 240

a) La fórmula y sus indefiniciones

La circunstancia de que un ciudadano al poner en riesgo su plan de vida por concretar una aprehensión asume el rol -en principio- asignado por ley sólo a una especie de representantes del Estado (de perfil policial), no lo transforma en otro sujeto, sigue siendo un particular. Sin embargo, el art. 240 del CP prescribe que se reputará funcionario público al particular que tratase de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente, en flagrante delito.

Asimismo, cuando a dichos fines el art. 240 expresa que es “Para los efectos de los dos artículos precedentes...”, de la manera que lo hace, es decir, de forma genérica, no cumple con la obligación de precisar los supuestos a los que se refiere, con el fin de que sus destinatarios sean tratados por igual en cuanto a las consecuencias. Ello sin contar las incoherencias que se verán más adelante. La única precisión que se obtiene con su lectura es, una vez más, que la aprehensión en casos de flagrancia de fuga o equivalentes queda descartada. En cuanto a lo demás, así como está, se trata de una ficción (SÁNCHEZ OSTIZ: 215), que afecta seriamente el mandato constitucional de certeza¹⁵. El Estado actúa sin fundamento, y no puede hacerlo, emitiendo leyes penales que no determinan la punibilidad (KUHLEN: 151).

b) Antecedentes

La regla del art. 240 del CP tiene sus raíces en los arts. 38 y 40 de la Ley nacional N° 49, promulgada el 14 de Septiembre de 1863 (también llamada Ley de 1863). Por intermedio de ellos sus mentores pretendieron fijar la base jurídica de la facultad de un ciudadano de privar de la libertad a otro en caso de flagrancia delictiva, con criterio propio, es decir, no basado en el derecho comparado¹⁶. Sus textos dan cuenta de un fino entendimien-

¹⁴ Dicha norma ha sido receptada por el Anteproyecto del 2014 (art. 109 inc. e).

¹⁵ Una aplicación de dicho principio se puede consultar (y evaluar) en el voto en disidencia del Ministro Zaffaroni en el caso “Estevez” (CSJN E.519.XLI).

¹⁶ El proyecto de la Ley 49 fue obra de los primeros miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Francisco de las Carreras, Francisco Delgado, Salvador M. del Carril y José Barros Pazos, este último, quizás

to de las relaciones constitucionales, penales y procesales que la aprehensión privada genera, receptada en ese entonces de un modo expreso por las constituciones bonaerense (1854, art. 151) y cordobesa (1855, art. 79, Sección Undécima, Disposiciones Generales), entre otras (VÁSQUEZ, 2015).

El proyecto fue entregado al Presidente Mitre quien lo hizo suyo y lo remitió al Senado de la Nación, cuya Comisión de Legislación lo analizó con asistencia de sus autores. En lo que constituye un histórico debate¹⁷ sobre la cuestión aquí investigada se destaca que en la H. Cámara de Diputados de la Nación, en la sesión del 10 de agosto, Francisco de Elizalde (miembro de la Comisión de Legislación) expresó: “En la Constitución no hay ningún artículo que autorice a un ciudadano a prender a un reo sino en flagrante delito. Hablando de los Diputados dice que sólo pueden ser aprendidos por delito flagrante, y la Comisión ha creído deber consignar en este artículo, que un ciudadano puede tomar a un reo en flagrante delito”. Es decir, frente al texto constitucional procuraron por la vía indirecta de la protección penal (arts. 38 y 40), facultar al ciudadano para aprehender a otro en caso de flagrancia. La primera ley penal autóctona en materia de delitos federales (sin parte general) rigió hasta que fue derogada por el art. 305 de la Ley nacional N° 11.179 de 1921.

En el ínterin surgieron diversas propuestas. El Proyecto Tejedor de 1866/7 contiene categorías que rechazan otorgar a un particular la facultad de detener a otro¹⁸. El Proyecto de 1881, receptado en Córdoba, se fue al otro extremo, al considerar encubridor, sin exigir calidad funcional alguna, al sujeto activo que, pudiendo “aprehender o auxiliar la toma”

el más versado en idiomas, derecho romano y cuestiones penales. También se reconoce la intervención del Procurador General Francisco Pico (ZAVALÍA: 70).

¹⁷ El senador Navarro (miembro informante de la Comisión de Legislación), en la discusión sobre el art. 38 del Proyecto nominado N° 2 (luego Ley N° 49), dijo: “...según la Constitución, infraganti, no sólo pueden prender al delincuente los agentes del gobierno sino cualquiera ciudadano...”. Tal afirmación exige preguntarse: ¿a qué Constitución hace referencia? ¿a la Nacional? El Senador De la Vega expresó: “...Es una prescripción de la Constitución que nadie puede ser aprehendido sino en virtud de orden escrita por autoridad competente. Este precepto constitucional casi nunca se cumple en las provincias...se manda un soldado cualquiera para que traiga preso un ciudadano. Si el ciudadano pide orden escrita, no se la da; si se resiste el ciudadano, se lo lleva por la fuerza...”. A lo que Navarro contestó: “...Esta es una de esas bellezas aparentes que tiene nuestra Constitución hecha a la francesa, admitiendo las declaraciones de derechos del año 91; pero esto no puede llevarse a la práctica porque es imposible. Se comete un asesinato en una tienda, en cualquier casa, y sale el matador a la calle huyendo; lo toma un celador o un sereno, ¿hay que esperar orden escrita para prenderlo? Cfse. Actas de la sesión ordinaria de la H. Cámara de Senadores de la Nación, del 30 de junio de 1863. En la sesión del 2 de julio el Ministro Costa allí presente dijo que la regla del art. 18 debía ser reglamentada, como ocurrió en Buenos Aires, y luego agregó “...Hay casos y graves en que es imposible cumplir esta disposición. Por ejemplo, en un delito in fraganti, entonces la autoridad encargada de velar por la conservación del orden público no deberá proceder a la detención del delincuente sin orden escrita del juez competente, y esto todos los días se hace sin llevar ese requisito...sin que preceda orden ninguna...”

¹⁸ Tejedor al receptor el sistema de la declaración, en el art. 156, prescribió que la defensa era legítima inc. 2: “Contra el individuo que tomado en flagrante delito de hurto resista con armas, o huya con lo robado en actitud amenazante, sin obedecer las intimaciones del robado o del agente público, y sin podérsele aprehender de otro modo”. Pero su posición crítica sobre la aprehensión se exhibe en los fundamentos del Proyecto: “El crimen de detención privada, se consideraba de lesa majestad por la ley Romana, porque encerraba una usurpación de poder, y se ofendía al príncipe ejerciendo un acto que él solo tenía la facultad de ejercer, cual era el de privar a los ciudadanos de su libertad.” (PROYECTO: 348). Más adelante, cuando analiza la resistencia y desobediencia a la autoridad, refiere al art. 38 de la ley 49, sin mayores comentarios y eludiendo el tratamiento del art. 40 (PROYECTO: 470). Sin embargo, admite que los particulares puedan estar “encargados”, excepcionalmente y por requerimiento de una autoridad, de la conducción o custodia de un preso (PROYECTO: 507).

del delincuente en flagrante delito, sin perjuicio personal, no lo hace (art. 28)¹⁹. El Código de 1886, respecto de los delitos comunes, no trató la cuestión.

La fórmula del Proyecto de 1891, tanto para delitos federales como comunes, diseñó la estructura normativa de la equiparación, de un modo claramente diferente al esquema previsto por la Ley 49²⁰. En su art. 284 remite a los dos inmediatos precedentes: el art. 283 que contenía en el primer párrafo los tipos básicos de la resistencia y de la desobediencia, como hasta el día de hoy (CP, art. 239)²¹, y el art. 282 que contenía el tipo básico del atentado junto a sus calificantes. Es decir, la equiparación en primera instancia alcanzaba al tipo básico como a las agravantes del atentado²². El Proyecto de 1906, que mantiene intacta la fórmula de la equiparación, separa en dos artículos, sin explicitar fundamentos, el tipo básico y las agravantes del atentado, y así se llega a los actuales 237 (tipo básico) y 238 (agravantes), este último el único que originalmente quedó alcanzado por la formal remisión dirigida a los “dos artículos precedentes”, junto al 239. El Proyecto de 1917 recepta el esquema tanto como el Código de 1921 (art. 240) actualmente vigente.

Pero, una vez más, el legislador penal ejerció su poder clasificatorio con escaso rigor. En efecto, la Ley nacional N° 26.394 (Anexo I, arts. 10 y 11), del año 2008, que derogó el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentaban, y modificó el CPPN, según Ley nacional N° 23.984, además introdujo en el medio (de los dos originalmente comprendidos) dos artículos más, los actuales 238 bis y 238 ter, que atañen exclusivamente a la relación jerárquica militar²³.

Es así que la dogmática, preparada para grandes desafíos, tiene que identificar de qué artículos se trata. Una alternativa, basada en la interpretación histórica y sistemática, debería explicar que los “dos artículos” a los que refiere el 240 del CP no son en realidad los que a simple vista se leen para atrás (239 y 238 ter), sino que la expresión legal “precedentes” permite pensar que pueden ser o no inmediatos, y como existen elementos que así lo indican la misma estrictamente sólo vale para el primero (239), y para encontrar al artículo restante su concepto debe flexibilizarse hasta llegar al 238 (a la sazón el cuarto), esfuerzo analógico que, como se verá más adelante, resultará en vano. Otra interpretación, más respetuosa de las palabras de la ley y del principio de legalidad, podría deducir que la inusitada inserción en definitiva elimina toda posibilidad de equiparación respecto del atentado, que ahora queda numéricamente fuera de la remisión para el sector de la doctrina que aún sostenía aquélla. Sinuoso camino si los hay: la referencia del 240 al segundo ar-

¹⁹ En los fundamentos la Comisión refiere “al auxilio que la sociedad debe a la justicia” (PROYECTO: XV).

²⁰ El Proyecto de 1891 no “reproduce”, como afirman sus autores (PROYECTO: 199) el texto de los arts. 38 y 40 de la ley 49. Estos le dan protección penal al ejercicio por un particular del derecho de aprehender en caso de flagrancia, no previsto expresamente en la CN como excepción al art. 18. El art. 284 del Proyecto citado en determinadas circunstancias asimila con fines penales la calidad del particular a la del funcionario. No es lo mismo ejercer una facultad propia que ser considerado funcionario en la especial ocasión de subrogarlo.

²¹ El art. 283 del Proyecto de 1891 en el párrafo segundo establecía una pena especial si concurrían los mismos supuestos agravantes del atentado, a los que remitía. Respecto de los tipos de resistencia y desobediencia, sin embargo, a partir de 1906 los proyectos suprimieron las calificantes, y por lo tanto, a los fines del presente análisis, desaparece como problema.

²² En este período histórico la dogmática estaba centrada en la discusión sobre las diferencias del atentado y la resistencia con el desacato (PROYECTO de 1891:199; SOLER, V: 93).

²³ En dicha relación jamás podrá llegar a tener algún efecto la equiparación de un particular con un funcionario público en supuestos de flagrancia delictiva. Dicho en otros términos: un simple particular (no lo es quien ha sido soldado “raso” o “dragoneante”, en la medida que pasen a la reserva, en caso de convocatoria, según Ley nacional N° 19101 (art. 37)), nunca podrá ser reputado militar, aunque la situación inversa puede presentarse: un militar puede ser considerado particular (VÁSQUEZ, 2016b).

título queda vacío de contenido real, nunca tuvo efectos sobre el 238 y menos ahora en relación al 238 ter.

El Anteproyecto de Código Penal del 2014, mantiene la equiparación, pero, como lo proponía la doctrina a finales del S. XIX, sólo respecto del atentado en su absorbente configuración.

c) Para los efectos del atentado a la autoridad

En lo concerniente al atentado, que protege la libertad de decisión, la acción del sujeto activo nunca podrá ser el medio “para exigirle” a la víctima “la ejecución u omisión de un acto”, elemento del tipo objetivo previsto en el art. 237 (no alcanzado por la remisión pero de ineludible examen por ser el básico de las agravantes del 238)²⁴, puesto que, como lo presupone el 240, en el momento que se ejerce violencia en contra del particular agredido, éste ya ha tomado la decisión de aprehender y la ha ejecutado o lo está haciendo²⁵.

Excepcionalmente, el encuadramiento en el tipo básico del art. 237 podría darse cuando la violencia que despliega el autor del atentado es contra un particular que trata de aprehender o aprehendió en flagrancia (con ello satisface el 240) pero la finalidad de la misma (intimidación o fuerza) está dirigida a “actos conexos”²⁶, es decir, a un episodio diverso de la aprehensión ya decidida. Ejemplos: el imputado de cometer un delito sorprendido en flagrancia o un tercero en su favor ejerce fuerza contra el particular que lo aprehende para exigirle “la ejecución”²⁷ o la “omisión”²⁸ de otra aprehensión antes que haya adoptado la decisión encaminada en dicho sentido.

Ahora bien, ¿a qué agravante se refiere la remisión del art. 240?

Entre las previstas en el 238 en el inc. 3º y en su último párrafo se menciona al “funcionario público”, pero carece de sentido vincularlas con la aprehensión, dado que se trata de supuestos en los que lo consideran como eventual autor de un atentado, no a quien padece su fuerza e intimidación por aprehender o tratar de hacerlo a quien ha sorprendido en flagrante delito. Si el autor del atentado (contra un particular que trata de aprehender o aprehende en los términos del 240) es funcionario público no corresponde hacer jugar la asimilación puesto que ya lo es y la misma está prevista para el sujeto pasivo del atentado, no para el funcionario público que en tales circunstancias agravantes es el sujeto activo.

La equiparación aparenta poder asociarse, en cambio, con la calificante establecida en el inc. 4 del 238: “Si el delincuente pusiere manos en la autoridad”. Sin embargo, también debe descartarse, ya que dicha circunstancia está contenida en el tipo básico, y por lo tanto, la reproducción de un elemento típico para aumentar la pena, es decir, su doble inclusión, resulta inconstitucional, por ser violatoria de los principios non bis in idem y proporcionalidad²⁹.

²⁴ Se da cita aquí la relación de accesoriedad (o de subordinación) de la figura agravada (CP, art. 238, al que, en una de las interpretaciones posibles, remite el art. 240) respecto de la básica (CP, art. 237), en virtud de la cual ésta suministra los elementos esenciales que no pueden faltar en ningún caso (NÚÑEZ, 1964 I: 225).

²⁵ Lo mismo ocurre, es decir, ya tomó la decisión, si el particular es destinatario de violencia mientras presta asistencia a requerimiento de un funcionario o en cumplimiento de un deber legal (CP, art. 237).

²⁶ MORENO (VI: 130) con sigilo deja fuera el atentado. Lo advierte y expone con fundamentos Núñez 1974 VII:24. En similar sentido DONNA (III: 101).

²⁷ El imputado le exige al particular que proceda a la aprehensión de otra persona a quien le endilga la responsabilidad.

²⁸ Que no aprehenda a su pareja.

²⁹ El art. 41 bis del Código Penal, según Ley nacional N° 25.297, del año 2000, ha consagrado un principio equivalente.

En síntesis: el básico no está comprendido por la remisión, que solo se conjuga respecto de actos conexos a la aprehensión, y las agravantes afines ninguna resulta procedente.

d) Para los efectos de la desobediencia

El imputado de un delito cuya comisión ha sido sorprendida en flagrancia que no acata la posterior orden de someterse a la aprehensión, emitida por un particular, queda excluido del tipo de la desobediencia (CP, art. 239 segunda hipótesis). Tal supuesto, sin violencia, constituye una insumisión permitida, puesto que el destinatario del mandamiento está amparado por el derecho constitucional a la libertad (CN, arts. 14 y 19; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3 y 29; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9) y no está obligado a cumplirlo³⁰. En otros términos, la equiparación no comprende la desobediencia por autoeximición.

Recientemente, la Sala Penal del TSJ, en el caso “R. A. W.”, Sentencia N° 348 del 11/8/2016, con cita del precedente “Freytes”, Sentencia N° 299 del 14/11/2012”, y como también lo sostuvo en “Z.E.D.”, S N° 127 del 8/5/14, ha determinado las notas conceptuales del tipo objetivo de la desobediencia, y por defecto individualizado acciones que escapen al mismo, invocando similares fundamentos que el antes expresado. De conformidad a dicha doctrina, la orden para que se someta a la aprehensión emitida por un particular y dirigida al desobediente sorprendido en flagrante delito corresponde ser asimilada a la trasgredida restricción impuesta por el Fiscal en los términos del art. 268 in fine del CPP, a la orden que se comunica al sujeto que se fuga estando legalmente detenido, preso o condenado, o a la que previamente se ha notificado al que no se presenta debiendo hacerlo en cumplimiento de las reglas pautadas en el citado art. 268 incs. 1 a 4.

e) Para los efectos de la resistencia a la autoridad

El particular, al que refiere el art. 240 (VÁSQUEZ, 2016b), no presta asistencia a un funcionario a su requerimiento ni actúa en cumplimiento de una obligación legal, sino que el despliegue que se le atribuye tiene a su exclusiva decisión, eventualmente adoptada por varios a la vez, como única fuente de la privación de la libertad de otra persona, la cual puede resistirse. En tales circunstancias procede la equiparación legal a un funcionario público de perfil policial, en la que el legislador penal ha ponderado la calidad humana (ser particular) y su acción concreta y determinada (la aprehensión) en un sentido contrario al delito cometido, es decir, algo más que la mera equivalencia entre dos sujetos, en virtud de lo cual queda conformado el siguiente tipo ampliado: “el que se resistiere a un particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito” (CP, art. 240 en función del 239 primer enunciado).

Bibliografía

Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, formulado por la Comisión creada por Decreto del PEN N° 678/12.

³⁰El Proyecto de 1960 (art. 308) expresamente la exceptúa. En su nota agrega: “El que se fuga sin violencia corre el riesgo del uso de la fuerza pública; pero no parece justo castigar la simple autoeximición”. El Proyecto de 1979 (art. 319) mantiene el criterio (SOLER, IV:282; DONNA, III:89).

- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., y TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003.
- D'ALBORA, FRANCISCO J., *Código Procesal Penal de la Nación, anotado, concordado y comentado*, 9º Edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás F. D'albora, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012 (1993).
- DE LA RÚA, JORGE y TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2014/5.
- DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal, Parte Especial, T III*, Rubinzal Culzoni Ed., Santa Fe, 2003.
- “El Proyecto de Código Penal del Dr. Sebastián Soler y sus antecedentes, Instituto de Ciencia Penal y Criminología”, *Cuadernos, N° 6*, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales, Santa Fe, R.A., 1964.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995 (1989).
- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011 (2007).
- Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, CIDH, Organización de los Estados Americanos, del 31 de Diciembre del 2009.
- JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- KUHLEN, LOTHAR, “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía”, en MONTIEL, JUAN PABLO (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Derecho Penal y Criminología, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LASCANO, CARLOS J. (h), et. al., *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.
- LASCANO, CARLOS J. (h), “Derecho Penal y Constitución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología, Año V, Número 10*, Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2015.
- MAIER, JULIO B., *Derecho Procesal Penal, T I, Fundamentos*, 2º edición, cuarta reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
- MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Procesal Penal, T I, III, IV y V*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951/2/3 (1949).
- MORENO, RODOLFO (h), *El Código Penal y sus Antecedentes*, H.A. Tomamasi Editor, Bs. As., 1923.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, T I a V, Buenos Aires, 1964/7; Lerner Ediciones, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5º Edición actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, Lerner Editora, Córdoba, 2009 (1972).

- NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual Parte Especial, Parte Especial*, 3° Edición actualizada por el Dr. Victor F. Reinaldi, Lerner Editora, Córdoba, 2008 (1976).
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Las disposiciones generales del Código Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1988.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL, enviado por el PE al HCN, el 10 de Noviembre de 1960, Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal, 1966.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1979.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA, redactado en cumplimiento del decreto del 7/6/1890, por los Dres. Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, y José N. Matienzo, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1891.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Carlos Tejedor, Primera y Segunda Parte, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866/7.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL, presentado al PEN por la comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. Carlos Tejedor, compuesta por Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, Imprenta de El Nacional, Bs. As., 1881.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, T 1, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997 (1994).
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, T 2, Especiales formas de aparición del delito*, Thomson Reuters Civitas, 2015 (2003).
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Bs. As., 2000 (1967).
- SÁNCHEZ OSTIZ, PABLO, “Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho Penal”, en MONTIEL, JUAN PABLO (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, *Derecho Penal y Criminología*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978 (T I y II:1940, T III a V:1945/6).
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., *Interpretación histórica de normas sobre coerción personal (con motivo de la aprehensión privada en caso de flagrancia)*, La Ley, Buenos Aires, 6/1/2015, T 2015-A.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., “¿Qué delito habilita la aprehensión privada en caso de flagrancia?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VI, Número 03, Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016a.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., *¿Quién y cuándo es “particular” a los fines de la aprehensión privada en caso de flagrancia?*, 2016b (en prensa).
- WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán, Parte General, 11° Edición*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1970 (1947).
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 1983.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000.

ZAVALÍA, CLODOMIRO, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo americano*, Talleres “Casa Jacobo Peuser”, Bs. As., 1920.

Prescripción de la acción penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Prescription of the penal action in the jurisprudence of the Inter-American court of human rights

por **SEBASTIÁN FÉLIX GARCÍA AMUCHÁSTEGUI Y MAXIMILIANO GERMÁN VIDELA***

RESUMEN: El presente estudio intenta describir las diferentes categorías en que se entiende que podría admitirse la imprescriptibilidad de la acción penal o la inoponibilidad o revocabilidad de una prescripción ya dictada, a partir de lo dispuesto en las Convenciones Internacionales vigentes en la República Argentina y en función de la interpretación de sus alcances con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVES: Acción penal. Prescripción. Imprescriptibilidad. Corte Interamericana.

ABSTRACT: *The present study tries to describe the different categories in which it is understood that the imprescriptibility of the criminal action or the unenforceability or revocability of a prescription already dictated could be admitted, from the provisions of the International Conventions in force in the Argentine Republic and in function of The interpretation of its scope based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.*

KEY WORDS: *Criminal Action. Prescription. Non-Applicability. Inter-American Court.*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en la República Argentina, a partir de la Reforma de nuestra Constitución Nacional operada en el año 1994, con la incorporación del art. 75 inc. 22, los tratados internacionales de derechos humanos allí enunciados (junto a los que se incorporaron posteriormente por el procedimiento y con las mayorías parlamentarias previstas), sin perjuicio de preservar su autonomía con relación a la Constitución, tienen reconocida su misma jerarquía en las condiciones de su vigencia. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de nuestra Nación (en adelante CSJN), a partir del caso “Gioldi” (*Fallos 318:514*) indicó que los instrumentos internacionales adquieren jerarquía constitucional tal como la Convención dictada efectivamente rige en el ámbito internacional, considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por parte de los tribunales internacionales competentes. Ello implica que deben tenerse especialmente en consideración los criterios interpretativos fijados por la jurisprudencia internacional, que deben servir de guía para la elucidación de los preceptos convencionales (“*Bramajo*”, *Fallos 319:1840*). Dicha temática se involucra con el denominado control de convencionalidad, es decir con la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito in-

* Los autores son Abogados, Especialistas en Derecho Judicial y de la Judicatura, y se desempeñan como Prosecretarios de la Relatoría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba y como Profesores en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, haciéndolo el Dr. García Amuchástegui en la materia Derecho Penal II y el Dr. Videla en la materia Derecho Constitucional. Contactos: amuchasteguisseba@hotmail.com. - maxivid@hotmail.com

terno, a partir de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y su jurisprudencia, así como con los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. En el derecho internacional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH. Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en dicha Convención (arts. 1.1 y 2), que se traduce en el deber que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público, para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que allí se reconocen. Es así que tanto las decisiones jurisdiccionales de los Tribunales Supranacionales como las recomendaciones de los organismos internacionales, aun en aquellos casos en que no resultan vinculantes por no resultar nuestro Estado parte³¹, deben tenerse especialmente en cuenta por el operador como una “*insoslayable pauta de interpretación*” para casos similares.³² En esa misma dirección, el Máximo Tribunal de la Nación, en “Acosta” del año 1998 (*Fallos 321: 3555*) destacó el necesario esfuerzo que ha de hacerse para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), aun cuando “ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de aquellas decisiones vinculantes para el Poder Judicial.”³³ En ese marco, el mentado órgano jurisdiccional ha intentado delimitar su jurisprudencia en orden a establecer que la ejecución de conductas que involucren lo que ha dado en llamar “graves violaciones a los Derechos Humanos” no pueden quedar impunes so pretexto del mero transcurso del tiempo. Sin embargo, la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) no trajo aparejado una intelección clara en orden a qué debe entenderse por dicha expresión. Es así que, mientras para algunos únicamente la consumación de crímenes de derecho internacional se encontraría inmersa dentro de dicho supuesto, para otros, por el contrario, ciertos delitos perpetrados en determinadas circunstancias también podrían quedar abarcados por la expresión aludida. Del mismo modo, no luce claro si ante estos supuestos corresponde afirmar la imprescriptibilidad de la acción penal como regla general o si se trata de supuestos en donde puede –sólo en ciertas condiciones- sostenerse la inoponibilidad de la prescripción dictada o su revocabilidad, sin poder sostenerse, en cambio, su imprescriptibilidad, con alcance igual o similar al que se reconoce a los crímenes de derecho internacional. Al respecto, el presente estudio tiene por objeto intentar describir las diferentes categorías en que puede admitirse la imprescriptibilidad de la acción penal, o en su caso, la inoponibilidad o posibilidad de revocación de la prescripción ya dictada (sin perjuicio de otras limitaciones que pudieren corresponder, como la inaplicabilidad de disposiciones de amnistía o excluyentes de responsabilidad que permitan eludir la investigación y sanción de los responsables de estos hechos así como el resarcimiento de las víctimas y sus familiares), todo ello, a partir de lo dispuesto en las Convenciones Internaciona-

³¹ Cabe tener en cuenta al respecto, además, lo resuelto recientemente -14/02/2017- por la CSJN en autos “Menem Carlos Saúl c/Editorial Perfil S .A. Y otros s/ daños y perjuicios sumario” (Fallos: 324:2895). Se ha dicho allí, que la aludida obligatoriedad alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, se afirma que es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana

³² BARRERA BUTELER, G., *Derecho Constitucional*, T.1, ed. Advocatus, 1º ed., Córdoba, 2015, p. 138.

³³ BARRERA BUTELER, *op. cit.*, T.1, p. 212.

les vigentes en nuestro país y específicamente en función de la interpretación de sus alcances con base en la jurisprudencia de la Corte IDH. Se intentará así precisar, a partir del estudio de diferentes casos en los que se ha pronunciado el citado Tribunal Internacional, qué puede entenderse incluido dentro de aquella categoría que denomina “graves violaciones a los Derechos Humanos”, así como cuáles son las consecuencias que estrictamente cabe de ello derivar, procurando identificar las propiedades relevantes que permiten diferenciar esos supuestos de otros que merecerían un tratamiento distinto. En este último sentido, se hará hincapié en una de las últimas categorías admitidas pretorianamente por dicho tribunal, vinculada a supuestos en donde pareciera haberse asumido un nuevo estándar de inoponibilidad o revocabilidad de la prescripción, ante la verificación de una cosa juzgada aparente o fraudulenta, a raíz de la corroboración de que ha mediado mala fe o graves negligencias del Estado en la iniciación, impulso, avance y conclusión de la investigación de un hecho de violación de derechos humanos, claramente direccionadas a producir la prescripción de la acción penal como medio para procurar la falta de esclarecimiento de la verdad de lo acontecido y la impunidad de sus responsables. Estos últimos supuestos, se intentarán deslindar, a su vez, de aquellos otros en los que si bien se verifica desidia, negligencia o incapacidad del aparato estatal para investigar ciertos delitos de manera eficaz, ello no permite inferir una voluntad estatal direccionada evidente e indudablemente a procurar la falta de esclarecimiento del delito y de sus responsables. En tales casos, lo que se intentará distinguir será, entonces, aquellos que sólo podrían generar responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus compromisos a nivel convencional, así como responsabilidad civil resarcitoria frente a los afectados, de aquellos otros en los que, además de ello, resulta necesario -a pesar de la irrevocabilidad de la prescripción e imposibilidad de aplicar sanción penal- continuar y agotar la investigación hasta esclarecer los hechos, ante la necesidad de satisfacer el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad a conocer la verdad de lo acontecido, todo ello, también en el marco de nuestra interpretación de la doctrina del citado Tribunal Internacional.

II. ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES CATEGORÍAS Y CASOS DE IMPRESCRIPTIBILIDAD, INOPONIBILIDAD O REVOCABILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

II.1. PRIMERA CATEGORÍA: “GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS” CAUSADAS POR AGENTES DEL ESTADO.

Subcategorías: A) “Crímenes de derecho internacional”

 B) “Otras graves violaciones a los derechos humanos”

II.1.A) “Crímenes de derecho internacional” (*Imprescriptibilidad de la acción penal*).

a) **Alcances:** Como primera categoría jurisprudencial pergeñada por la Corte IDH en orden a la imprescriptibilidad de determinadas conductas nos encontramos con la referida a los crímenes de derecho internacional, por cuanto, en esencia, las cuatro figuras que integran dicho categorización –*crimen de lesa humanidad, genocidio, crimen de guerra y de agresión*- traen aparejado, con su consumación, la afectación misma de las bases sobre las que se asienta la comunidad internacional en su conjunto. Así, se ha sostenido que no existe mayor contenido de injusto que la realización del genocidio por masacre³⁴

³⁴ ZAFFARONI, E., “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, en *La Ley*, AR/DOC/3149/2010.

estipulado, por ej., en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 6), lo cual evidencia el porqué de la inclusión de dicha categoría en este primer eslabón de análisis. En tal sentido, es válido recordar que la CADH no contiene referencias expresas a la obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen derechos consagrados en el tratado, ni establece limitaciones a la aplicación de normas sobre prescripción en tales casos, sino que dichos extremos han sido afirmados vía jurisprudencial por parte de la Corte IDH. Precisamente, el *deber de investigar y sancionar penalmente conductas violatorias de los derechos humanos* fue enunciando ya en el primer caso contencioso en el que dicho órgano judicial emitió sentencia. Así, en el caso *Velásquez Rodríguez* (Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1988, § 166-167), al interpretar el alcance del deber de garantizar los derechos consagrados en la CADH (artículo 1.1) la Corte expresó: *La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público (...). Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención (...)*.³⁵ Repárese, que el Alto Tribunal Internacional ha sostenido que aun cuando un Estado no haya ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (el cual goza de jerarquía constitucional en nuestro país, conforme ley 25.778, B.O. 3/9/2003) ello no es óbice para soslayar dicha normativa, siendo que la imprescriptibilidad aludida surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), de modo que dicho Estado no puede dejar de cumplir esa norma imperativa (Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 153). Así, entre los casos en que el mentado órgano jurisdiccional aplicó este criterio, se advierten los siguientes **aspectos comunes**:

Imputados: en todos los casos estaban involucrados en el hecho violatorio de derechos humanos agentes de alguna esfera del Estado, generalmente, de fuerzas de seguridad.

Víctimas: civiles integrantes de grupos denominados subversivos o guerrilleros.

Delitos: en todos los casos se verifican detenciones ilegales, torturas, desaparición forzada de personas o ejecuciones extrajudiciales y sumarias de personas.

Derechos afectados: generalmente la vida, la integridad física y la libertad (entre otros).

Contexto común: se observa que en todos los casos aparecen múltiples autoridades del Estado implicadas, generalmente miembros de fuerzas armadas y de seguridad, verificándose *ataques masivos y sistemáticos a derechos humanos contra civiles*, principalmente vinculados a grupos denominados subversivos o guerrilleros, en el marco de gobiernos dictatoriales militares, sosteniéndose las acciones tendientes a no investigar y dejar impunes este tipo de hechos incluso luego del retorno de gobiernos democráticos, a través del dictado de leyes de amnistía o a partir del dictado de la prescripción de la acción penal. Este último aspecto, nos permite ubicar los casos que analizaremos a continuación en esta primera categoría –aun cuando el mentado órgano judicial no lo haya consignado expresamente en tal sentido– en cuanto, justamente, todos los crímenes de derecho internacional –

³⁵ PARENTI, PABLO, *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 211/212, disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

sin perjuicio de los requerimientos propios de cada tipo penal- poseen un denominador común: el *elemento de contexto*³⁶.

b) Casos:

b) 1. Gelman vs. Uruguay (Corte IDH, Sentencia del 24/02/2010).

• **Derechos afectados:** Vida, integridad personal libertad personal, identidad, nacionalidad, nombre, relaciones de familia, personalidad jurídica, derechos del niño y garantías judiciales.

• **Imputados:** miembros inferiores y agentes superiores de las fuerzas de seguridad policiales, militares, de inteligencia y de la órbita diplomática del Estado.

• **Víctimas:** particulares (subversivos). Mujeres embarazadas.

• **Hecho:** En el marco de una dictadura cívico-militar, se realizaron prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales por parte de las fuerza de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya (Operación Cóndor). En ese contexto, se sustrae, suprime o sustituye la identidad y se produce la apropiación ilícita de hijos de mujeres embarazadas detenidas, que fueron entregados en muchos casos a familias militares o policías luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados. Se dicta ley de caducidad de las pretensiones punitivas del Estado (1986), concediendo amnistía por los delitos cometidos, que fueron declaradas constitucionales por la Corte Suprema y respaldadas por la ciudadanía mediante referéndum y plebiscito.

• **Responsabilidad del Estado:** Por no adecuar su derecho interno a la CADH, al dictar una ley de caducidad de las pretensiones punitivas, concediendo amnistía a los agentes policiales y militares responsables, no investigando graves violaciones de derechos humanos. Incumplimiento de obligación estatal de mantener a las personas privadas de su libertad en centro de detención oficialmente reconocidos y presentarla sin demora ante la autoridad judicial competente. Constante negativa de las autoridades de proporcionar información acerca del paradero de las víctimas, la no iniciación de una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido y el ocultamiento de cuerpos como mecanismo para procurar impunidad. El Estado violó sus deberes de prevención y protección de los derechos de las víctimas, utilizando la investidura oficial y sus recursos para cometer violaciones contra los derechos humanos. También incurrió en privación del derecho de acceso a la verdad.

• **Criterios de la Corte IDH:** resultan inadmisibles e ineficaces (por su incompatibilidad con la Convención) las disposiciones de amnistía, prescripción y excluyentes de responsabilidad que permitan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas de personas, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se destacó que se trató de un patrón sistemático en el que múltiples autoridades del Estado pudieron estar implicadas. También que se trató de una operación transfronteriza. Se excluyó la

³⁶ Así, en los crímenes contra la humanidad, el hecho global consiste en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial, de un grupo protegido. En los crímenes de guerra, el contexto de violencia corresponde, por lo general, al conflicto armado en cuyo marco los sucesos criminales deben ser realizados (BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992; CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2º edición, Oxford University Press, Oxford, 2008).

prescripción y la aplicación retroactiva, al entenderse que en la desaparición forzada se trata de un delito de ejecución permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo.

- **Resolución del caso:** Se declaró la ineficacia de la ley de amnistía dictada, indicándose que no podía considerarse obstáculo para investigar las graves violaciones a derechos humanos del caso, determinar y sancionar a sus responsables. Se aclaró que no obsta a ello la constitucionalidad declarada por la Corte Suprema Nacional ni la aprobación ciudadana, dado que tanto justicia como ciudadanía debieron efectuar control de convencionalidad de la ley sin poder legitimarla si se opone a la Convención, dado que también las mayorías de una sociedad se encuentran limitadas por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos. Se ordenó continuar eficazmente y en término la investigación de los hechos, y arribar a la determinación y sanción de los responsables y resarcimiento de las víctimas y familiares, y difundir el reconocimiento de responsabilidad.

b) 2. “Gómez Lund y otros vs. Brasil” (Corte IDH, Sentencia del 24/11/2010):

- **Derechos afectados:** Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. Libertad del pensamiento y expresión.

- **Imputados:** Agentes de las fuerza de seguridad del Estado (militares)

- **Víctimas:** particulares, guerrilleros, desaparecidos.

- **Hecho:** Desaparición forzada de personas integrantes de un grupo guerrillero por parte de Gobierno militar de Brasil entre los años 1964 y 1985.

- **Responsabilidad del Estado:** no se investigaron los hechos con el propósito de procurar impunidad. Desde el cese de la guerrilla (año 1974) en adelante, el Estado guardó silencio absoluto acerca de lo ocurrido, hasta que más adelante reconoció su responsabilidad, pero nunca se encontraron los cuerpos ni se supo lo que ocurrió con ellos. En 1979 se dictó ley de amnistía (nº 6.683/79) a favor de quienes habían cometido crímenes políticos o conexos con éstos, por la que se absolviéron graves violaciones a derechos humanos perpetradas por agentes del Estado. Así, Brasil no investigó, procesó, ni sancionó penalmente a los responsables de las violaciones a derechos humanos cometidas durante el régimen militar.

- **Criterios de la Corte IDH:** el Estado está obligado por compromisos internacionales a investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos e indicó la incompatibilidad de las leyes de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

- **Resolución del caso:** Declaró que ley de amnistía que impedía investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecía de efectos jurídicos, en cuanto su *ratio legis* era dejar impunes graves violaciones al derecho internacional, lo que resulta incompatible con CADH. Estado omitió control de convencionalidad de oficio de dicha ley. Se recordó que no se pueden incumplir los compromisos internacionales por razones de orden interno.

II.1.B) “Otras graves violaciones a los derechos humanos” (Tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y desapariciones forzadas de personas) propiciadas por agentes del Estado, que no reúnen todos los elementos necesarios para configurar crímenes de derecho internacional.

a) Alcances: Se trata de situaciones en que por la entidad del delito, la calidad de inderogable del derecho humano concernido y el carácter de *ius cogens* de la norma que lo tutela, existe efectivamente una responsabilidad agravada del Estado que, sin embargo, por la ausencia del denominado “elemento de contexto” no es factible clasificar como un crimen de derecho internacional.

La Corte IDH ha estimado al respecto, que independientemente de si una conducta es determinada por un tribunal interno como delito de lesa humanidad o no (Corte IDH, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sentencia del 01/09/2010), debe tenerse en cuenta el deber especial que tiene el Estado frente a las violaciones “graves” de los Derechos Humanos. A raíz de ese deber especial, es que el Alto Tribunal ha considerado que en tales casos no sería procedente la prescripción de la acción penal cuando no se ha desarrollado previamente una investigación diligente (“*Bueno Alves vs Argentina*” Supervisión de cumplimiento de sentencia. Sentencia de 5 de julio de 2011), siendo por ello importante delimitar adecuadamente los alcances de esta segunda categoría. Al respecto, al dictar sentencia en el caso “*Vera Vera y otros vs. Ecuador*” (19/05/2011), la Corte IDH se ocupó de precisar que si bien se estima que toda violación a los Derechos Humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, ello no debe confundirse con los casos que el tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como “violaciones graves a los Derechos Humanos”, a los que otorga una connotación y consecuencias propias. La cuestión referida a delimitar el contorno preciso de la expresión “graves violaciones a los derechos humanos” no constituye una cuestión menor, pues en realidad, dicha referencia involucra el correcto deslinde con respecto a aquella hipótesis –por algunos autores aludidas- en orden a que todo delito (al menos los de mayor entidad penal) evidencia una afectación concreta de un derecho humano reconocido por la CADH y, por consiguiente, deberían ser excluidos del régimen general de prescripción que prevea el derecho interno, posición que no compartimos. Pues, tal como se explicará a continuación, los casos comprendidos en la categoría general de “graves violaciones a los derechos humanos” por parte de la Corte IDH, incluyen, por un lado, los crímenes de derecho internacional a los que se hizo referencia como primer subcategoría previamente, y además, aquellas “otras graves violaciones a los derechos humanos” que se incluyen en esta segunda subcategoría, en donde se ubican supuestos relacionados con hechos de tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y desapariciones forzadas de personas que no alcanzan a reunir todas las condiciones necesarias para quedar comprendidos como crímenes de derecho internacional. En definitiva, la categoría aludida no ostenta nitidez siendo necesario escrudiñar la casuística de la Corte IDH al respecto.

b) Casos:

b) 1. Barrios Altos vs. Perú (Corte IDH, Sentencia del 14/03/2001):

• Derechos afectados: Vida; integridad personal; Libertad de pensamiento y de expresión y garantías judiciales.

• Imputados: agentes militares del Estado (Perú).

• Víctimas: particulares (lesionados y muertos).

• Hecho: El 3/11/1991, seis miembros del Ejército irrumpieron en un inmueble y obligaron a las víctimas a arrojar al suelo. Seguidamente empezaron a dispararles por un período aproximado de dos minutos. 15 personas fallecieron y 4 quedaron gravemente heridas. El Congreso peruano promulgó una ley de amnistía, la cual exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y

1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

- Responsabilidad del Estado: Se declaró responsabilidad internacional.

- Criterios de la CIDDDH:

- Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

- Las leyes de amnistía y autoamnistía son incompatibles con la CADH, en cuanto incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en cuanto conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, siendo manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la CADH, impiden la identificación de los responsables de violaciones a derechos humanos, obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de esa incompatibilidad, tales leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden representar un obstáculo para la investigación de los hechos, e identificación y castigo de los responsables en casos de violación de los derechos consagrados en la CADH.

- Resolución del caso: se señaló que las leyes de amnistía por hechos violatorios de derechos humanos carecían de efectos jurídicos, se ordenó al Estado investigar los hechos para determinar sus responsables y sancionarlos, así como la divulgación de la sentencia y la reparación a los familiares de las víctimas.

b) 2. Bulacio vs Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C. N° 100).

- Derechos afectados: Vida; integridad personal; Garantías Judiciales; Libertad Personal; Protección Judicial.

- Víctimas: particulares (lesionados y muertos).

- Hecho: El 19/04/2001, la Policía Federal Argentina efectuó detenciones colectivas en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones de un estadio en el cual se realizaría un concierto. Entre los menores de edad detenidos se encontraba Walter David Bulacio, de 17 años de edad. Posteriormente a su detención ilegal y arbitraria, fue trasladado a la sala de menores de la Comisaría 35°, donde fue golpeado por agentes policiales. Al momento de los hechos existía una comunicación interna de la Dirección de Asuntos Judiciales de la Policía Federal Argentina, denominada “Memorandum 40”, según la cual los policías decidían si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos. La detención de Bulacio no fue comunicada a sus familiares ni a la autoridad judicial competente. Al día siguiente de su detención, Bulacio fue llevado al Hospital Pirovano, donde el médico le constató “traumatismo craneano”, falleciendo a los seis días. Si bien se iniciaron investigaciones penales al respecto, se verificaron distintas dilaciones procesales, que derivaron en la prescripción de la causa y el sobreseimiento del imputado, no existiendo ningún responsable determinado al momento del dictado de la sentencia por la Corte IDH.

- Responsabilidad del Estado: El Estado Argentino realizó un reconocimiento total de responsabilidad internacional, el cual fue aceptado por la Corte IDH, suscribiendo, así-

mismo, un acuerdo de solución amistosa, el cual fue aceptado por el Alto Tribunal Internacional.

• Criterios de la CIDDDHH:

○ El Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos. Los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la CADH, siendo que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados.

○ El Estado debe garantizar que no se repitan hechos como éstos, adoptando las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos; dándoles plena efectividad.

○ Se dispone así la necesidad de adecuación del derecho interno a la CADH, en especial, a la normativa relativa a los derechos y las condiciones de privación de la libertad, particularmente en materia juvenil. La Corte Suprema de Justicia, en el precedente "Espósito", aclaró que fue en virtud de la declaración de responsabilidad del Estado Argentino efectuada en "Bulacio vs Argentina" que debió declararse inaplicable la prescripción en el caso aunque el mismo no se encontrara alcanzado por las reglas de imprescriptibilidad de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento (Convenciones sobre la "desaparición forzada de personas" y la "imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad").

b) 3. Bueno Alves vs Argentina (Supervisión de cumplimiento de sentencia. Sentencia de 5 de julio de 2011).

La Corte IDH supervisó el cumplimiento de la sentencia emitida en contra de la República Argentina (Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007), por su responsabilidad internacional por los actos de tortura en perjuicio de Juan Francisco Bueno Alves por parte de agentes policiales, así como la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos, sostuvo lo siguiente:

○ El presente caso no se relaciona con un crimen de lesa humanidad. En efecto, dicho Tribunal indicó que "si bien los actos de tortura perpetrados contra el señor Bueno Alves habían quedado alcanzados por la protección [...] de la Convención [Americana], ello no significaba que debieran] ser calificados per se como delitos de lesa humanidad", debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Es decir, ni ante la Corte Suprema de Argentina ni ante dicha Corte fue probado que los actos de tortura cometidos en contra del señor Bueno Alves cumplieran los requisitos para establecer que fuera un crimen de lesa humanidad (Consid. 31).

○ El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha expresado su reserva sobre la aplicación de la prescripción al crimen de tortura. Así por ejemplo, en sus Observaciones Finales sobre Chile en 2004, el Comité recomendó al Estado Parte "considerar eliminar o extender el actual plazo de diez años para la prescripción del delito de tortura, en vista de su gravedad". De otro lado, en sus conclusiones sobre Marruecos, el Comité expresó su preocupación por "la aplicación a los actos de tortura del período de prescripción previsto en el derecho común, que privaría a las víctimas de su derecho imprescriptible a intentar una acción de justicia" y recomendó al Estado Parte incluir "en el Código de Procedimiento Penal disposiciones que prevean el derecho imprescriptible de toda persona

que haya sido víctima de un acto de tortura a intentar una acción de justicia contra todo torturador” (Consid. 38).

○ En el eventual análisis de la impunidad en un proceso judicial, es importante tener presente que ciertos contextos de violencia institucional, además de ciertos obstáculos en la investigación, pueden propiciar serias dificultades para la debida investigación de algunas violaciones de derechos humanos. En cada caso concreto, teniendo en cuenta específicos argumentos sobre prueba, la no procedencia de la prescripción en un determinado momento puede relacionarse con el objetivo de impedir que el Estado evada precisamente la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios en el marco de dichos contextos. Al respecto, en relación con Argentina, el Comité contra la Tortura ha mostrado su preocupación por la utilización de la figura de "apremios ilegales" en la investigación del delito de tortura, aspecto que en el presente caso implicó que se considerara que el máximo de la pena para el cómputo de la prescripción fuera de cinco años (Consid. 40).

○ La Corte IDH concluyó que las autoridades judiciales, cuando analicen la posible prescripción de un delito de tortura, dada su gravedad, deben declarar dicha prescripción, cuando fuere conducente, solo después de que se haya efectuado una investigación con debida diligencia. Este criterio no implica que la Corte desconozca los alcances e importancia que tiene el instituto procesal de la prescripción, el cual, en algunos países de la región, es reconocido como garantía del imputado. El Tribunal consideró que, por regla, el instituto procesal de la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que, como en el presente caso, se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura (Consid. 45).

II.2. SEGUNDA CATEGORÍA: “OTRAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS, RESPECTO DE LAS CUALES SE VERIFICAN ACTOS U OMISIONES PROCESALES DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO DIRIGIDOS CON CLARA MALA FE A QUE LA ACCIÓN PENAL PRESCRIBA CON EL OBJETO DE PROCURAR IMPUNIDAD (*Cosa juzgada aparente o fraudulenta: revocabilidad de la prescripción*).

a) Alcances: Esta categoría ofrece, a nuestro entender, escasos precedentes y muy pocas precisiones en la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que intentaremos nosotros humildemente identificar sus alcances. Entendemos al respecto, que aquí se ubican aquellos casos que sin encuadrar en crímenes de derecho internacional, ni tampoco en aquellas otras graves violaciones a los derechos humanos alcanzadas en las categorías previamente analizadas³⁷, igualmente resulta inoponible y revocable la prescripción declarada a su respecto, al verificarse que los órganos del Estado han buscado intencionalmente la extinción de la acción penal con el objeto de eludir la investigación, esclarecimiento y sanción de violaciones a derechos humanos protegidos por la CADH, privando así de un verdadero acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva a la víctima. Ante este tipo de supuestos, se ha entendido que es posible revocar sobreseimientos ya decretados por sentencia firme, en tanto pueda comprobarse que la cosa juzgada resulta aparente o fraudulenta. En tal sentido, el Tribunal Supranacional indica que si bien la prescripción es una garantía del debido pro-

³⁷ Se quiere referir: ni “crímenes de derecho internacional”, aquí designados como “primera subcategoría”, ni hechos de “desaparición forzada, tortura o ejecuciones sumarias y extrajudiciales de personas que no encuadran en crímenes de derecho internacional”, captados dentro de las denominadas “otras graves violaciones a los derechos humanos” por el tribunal supranacional, y aquí consignados como “segunda subcategoría”, todo ello dentro de la primera categoría (graves violaciones a los derechos humanos).

ceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito (caso *Barrios Altos vs. Perú* y caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*) la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actos u omisiones procesales dirigidas con clara mala fe o negligencia a propiciar o permitir la impunidad. Entendemos así captados en esta segunda categoría dos supuestos:

i) Mala fe: se prueba en forma directa y manifiesta, que los actos u omisiones procesales que condujeron a que la acción penal prescriba, respondieron a una voluntad deliberada de las autoridades del Estado de evitar a través de ello que se esclarezca un delito que involucra la violación de derechos humanos, respecto de los cuales se procura impunidad.

ii) Negligencia “direccionada”: Es aquí donde a nuestro entender se presentan las mayores dificultades para definir los alcances de esta segunda categoría, al aludirse de manera que entendemos poco clara, terminológica y dogmáticamente imprecisa, a negligencias procesales “direccionadas”. Pensamos que con esa expresión es posible que se estén queriendo abarcar aquellos casos en los que bajo la falsa apariencia de que los agentes del Estado habrían incurrido en simples “negligencias” en la tramitación del proceso, que condujeron a que la acción penal se prescriba, se oculta en realidad la mala fe a la que alude el primer supuesto, es decir, una voluntad deliberada de los órganos del Estado de que la causa prescriba sin esclarecer un delito que involucra la violación de derechos humanos para dejar impune a sus responsables. Así, desde un intento de clarificar los casos abarcados para este supuesto, entendemos que podría interpretarse que al aludirse a negligencias “direccionadas” se quieren referir aquellas situaciones en que aun cuando no se logran obtener pruebas que den cuenta de manera directa de que ha mediado una voluntad deliberada de los órganos del Estado de que la acción penal se prescriba para dejar impune un delito que involucra la violación de derechos humanos, ese propósito puede inferirse indirectamente, entre otras razones, a raíz de la gravedad de las negligencias en que se comprueba que han incurrido los órganos estatales en la tramitación de la causa, siempre, por supuesto, que las restantes particularidades del caso así permitan entenderlo. Interpretamos, de este modo, que la diferencia entre el primero y el segundo supuesto sería meramente probatoria, en función de si se reunieron pruebas directas o indirectas de la referida voluntad deliberada de los órganos del Estado. Este es el alcance que creemos más ajustado a la alusión de la Corte IDH a supuestos de “negligencias” que a su vez se exige que luzcan “direccionadas” a procurar impunidad. En este marco, y a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, en ninguno de los dos supuestos abarcados la revocación del sobreseimiento por prescripción de la acción penal vulneraría la cosa juzgada respecto del imputado, dado que ésta sería meramente aparente o fraudulenta. En este sentido, la Corte IDH se ha pronunciado respecto de violaciones a derechos humanos causadas por agentes del Estado, como se observará en el caso que se pasa a analizar. No obstante, pensamos que si el fundamento de la inoponibilidad y revocabilidad de la prescripción en estos supuestos obedece a la circunstancia particular de que al momento de tornarse temporalmente procedente dicho instituto, se observa que -previamente- los órganos del Estado se han ocupado deliberadamente de privar u obstruir a la víctima de violaciones a derechos humanos de un real acceso a la justicia, negándosele intencionalmente la realización de un debido proceso y una tutela judicial efectiva, incumpliendo así el Estado de manera deliberada aquella obligación de garantía asumida en el artículo 1.1 de la CADH, no se advierte que se trate de un criterio sólo procedente para aquellas violaciones a derechos humanos causadas por agentes del Estado, y

excluyente, en cambio, de otros supuestos en donde tales afectaciones hayan sido ejecutadas por particulares, independientemente, por supuesto, de las dificultades que este tipo de supuestos puedan presentar en el orden probatorio.

b. Caso:

Ivcher Bronstein vs. Perú (Corte IDH, Sentencia del 06/02/2001).

- Derechos afectados: Libertad de pensamiento y expresión, Nacionalidad, Propiedad privada, Garantías judiciales (debido proceso y tutela judicial efectiva).

- Imputados: Agentes del Estado.

- Víctimas: particular.

- Hecho: El Estado privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio de un Canal de televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial del mismo y coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción (denuncias sobre posibles torturas cometidas por el Servicio de Inteligencia del Ejército). Se entendió que la resolución que dejó sin efecto legal su título de nacionalidad constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión.

- Responsabilidad del Estado: Se retiró al ciudadano su nacionalidad, privándolo de defenderse y ofrecer prueba al respecto, al llevarse a cabo todo el procedimiento administrativo sin permitirle participar, con la sola actuación de las autoridades públicas. A su vez, en sede judicial, el Estado juzgó su caso con tribunales constituidos e integrados especialmente, sustrayéndolo de los tribunales establecidos por la ley antes del hecho. Se vulneraron así las garantías de juez natural, debido proceso y tutela judicial efectiva. Incumplió, de esta manera los arts. 20, 8, 21, 25 y 13, y de ese modo, desoyó deliberadamente lo dispuesto por el art. 1.1 de la CADH.

- Criterios de la Corte IDH:

- Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado en los términos previstos por la misma CADH.

- El Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

- Sobre los Estados Partes recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Con base en esta obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que ha sido definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos protegidos por la CADH.

- Con relación a la prescripción, indicó que si bien se trata de una garantía del debido proceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito³⁸, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia a propiciar o permitir la impu-

³⁸ Corte IDH, *Caso Barrios Altos*, *supra* nota 9, párr. 41; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 9, Considerando decimotercero, y *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 8, Considerando decimoséptimo.

nidad. Al respecto, la Corte reitera lo señalado en otras oportunidades, en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”³⁹. Asimismo, el Tribunal ha señalado que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados”⁴⁰. Es decir, la garantía de prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se obstruye la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito.

○ Por consiguiente, se ordenó a Perú que investigue los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia, para identificar y sancionar a los responsables.

○ En esa dirección, se señaló que ante la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, se debe garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y disponer, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización.

III. ANÁLISIS DE OTROS SUPUESTOS EN DONDE A PESAR QUE LA PRESCRIPCIÓN RESULTA OPONIBLE E IRREVOCABLE, MERECE IGUALMENTE UN TRATAMIENTO ESPECIAL SEGÚN LA CORTE IDH:

III.1. “OTRAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS CAUSADAS POR AGENTES DEL ESTADO, QUE PRESCRIBEN POR FALTA DE INVESTIGACIÓN DILIGENTE O POR NEGLIGENCIAS PROCESALES, SIN QUE PUEDA PROBARSE QUE ELLO DERIVE DE LA VOLUNTAD DELIBERADA DE PROCURAR IMPUNIDAD (*Operada la prescripción de la acción penal la misma resulta irrevocable y no hay posibilidades de aplicar sanciones penales, no obstante subsiste igualmente el deber del Estado de investigar y esclarecer completamente lo sucedido, con el fin de satisfacer el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad de conocer la verdad de lo acontecido, así como la obligación del Estado de resarcir los daños causados y asumir su responsabilidad internacional*).

a) **Alcances:** Estos casos se diferencian de aquellos incluidos en la categoría previamente analizada (Acápito II.2.), por el hecho de que aquí la falta de diligencia o negligencias que se verifican en la investigación no pueden atribuirse con certeza a una voluntad deliberada de los órganos encargados de la persecución penal de que la acción prescriba para no esclarecer el delito y procurar la impunidad de sus responsables. En efecto, a diferencia de lo que se indica para la categoría precedente, aquí la prescripción de la acción penal sí resulta oponible y una vez decretada con firmeza se torna irrevocable, no obstante lo cual, al encontrarse involucrados agentes del Estado en el hecho delictivo, subsiste igualmente la obligación del Estado de investigar con la debida diligencia el hecho (a pesar de la imposibilidad de aplicar pena) con el sólo objeto de esclarecer lo sucedido y determi-

³⁹ Corte IDH, *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 115; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008, Considerando decimotercero, y *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 8, Considerando decimoséptimo.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; *Caso Bulacio*, *supra* nota 11, Considerando decimotercero, y *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 8, Considerando decimoséptimo.

nar sus responsables, para satisfacer así el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general a conocer la verdad de lo acontecido, resarcir los daños ocasionados, y asumir la responsabilidad internacional que le quepa por el incumplimiento (en estos casos “no deliberado”) de sus compromisos asumidos en ese plano (Corte IDH, “*Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*”, Serie C n°226, Sentencia del 19 de mayo de 2011). Este criterio se ha aplicado (con pocas precisiones acerca del modo en que se debe proceder en la continuación del procedimiento) en casos que involucraron la muerte no violenta de quienes se encuentran privados de libertad bajo custodia estatal, en orden a la determinación de posibles negligencias de los funcionarios a cargo, entendiéndose la CSJN que en tales casos debe continuarse con la investigación cuando se encuentra involucrado personal policial *-inclusive fuera de funciones-* a fin de “brindar una mejor tutela judicial efectiva a los familiares de la víctima (arts. 8.1 y 25.1 de la CADH), con prescindencia de que por el tiempo transcurrido sea posible o no aplicar sanciones penales.

b. Casos:

b.1. Vera Vera vs. Ecuador (Corte IDH, Sentencia del 19/05/2011):

- Derechos afectados: Derecho a la vida, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial (arts. 5.1, 5.2 y 4.1, con relación al 1.1., 8.1. y 25.1 de la CADDHH)

- Imputados: policías federales y médicos de hospitales públicos.

- Víctimas: particular detenido herido, que luego muere, y su madre, a la que el Estado no le brindó respuestas, ni durante la detención, ni después del fallecimiento de su hijo.

- Hecho: un particular, tras ser perseguido por civiles que lo acusaban de haber intentado un robo a mano armada, es detenido por la policía con una herida de bala (que no se sabe quién la causó) y mantenido luego bajo la custodia del Estado, sin que se le brinde atención médica adecuada (existió negligencia médica en los hospitales a los que se llevó al detenido) ni oportuna (mientras permaneció detenido no fue sometido a controles físicos adecuados) tras lo cual falleció a los diez días de detenido.

- Responsabilidad del Estado: se declaró la responsabilidad internacional de Ecuador por no investigar el hecho (tanto la causa y responsables de la herida de bala como las causas y responsables por su muerte en detención). Sólo se elaboró un informe policial acerca de lo ocurrido que no satisface el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables.

- Criterio de la Corte IDH: declaró la responsabilidad internacional de la República de Ecuador, y le ordenó investigar el hecho para satisfacer el derecho de los familiares del fallecido a conocer la verdad de lo acontecido, con la obligación de difundir ello en los medios. Asimismo, lo condenó a indemnizar a los familiares.

b.2. "Funes, Gustavo Javier y otro". (CSJN.S.C. F 294; L.XLVII.)

El precedente previamente analizado tuvo recepción por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso del niño Víctor Alejandro Flores. Sucedió allí que dos policías habían atropellado a un niño en el año 1991, omitiendo llevarlo a un hospital, dejando que muera, para luego ocultar su cadáver. Al ser hallado de casualidad el cuerpo recién en el año 2008, un año después, en una misma resolución se dispuso imputar a los policías por los delitos de homicidio culposo y encubrimiento, y al mismo tiempo, sobreseerlos por constatar que a esa altura la acción penal se encontraba prescripta. Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta ordenó reabrir el caso. Si bien se confirmó la prescripción dictada, se explicó que siendo que fue la propia negligencia judicial (*no direccionada dolosamente a procurar impunidad*) lo que posibilitó que

prescribiera la causa, la extinción de la pretensión penal no autoriza al Estado a desentenderse de la obligación de asegurar el derecho de los padres de la víctima a conocer la verdad de los hechos. Se hizo eco allí del voto expuesto en disidencia por el juez Fayt in re "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), exponiéndose que si bien la cuestión que allí se trataba era la constitucionalidad del indulto dispuesto por el decreto 1 002/89, se señaló que "...el derecho de las víctimas a la verdad -previsto en la CADH- puede asegurarse sin necesidad de violentar las garantías del imputado sometido a proceso" (considerando 49, pág. 3354). La doctora Argibay también votó en disidencia y dejó en claro "que no se cancela la posibilidad de investigación y de llegar a conocer la verdad, sino que se está tratando la situación de una sola persona, en una situación particular. Otros casos pueden ser distintos" señaló (considerando 7º, en pág. 3378). Si bien fueron votos en disidencia, en cuanto a la continuidad de la investigación hubo unanimidad pues, como la mayoría de la Corte se pronunció por la invalidez constitucional del decreto, ello importó la reapertura del proceso que había quedado clausurado por efecto del indulto oportunamente dictado por el Poder Ejecutivo. En definitiva, se señaló que dadas las particularidades del caso, el Estado debía observar las "condiciones de vigencia" fijadas al respecto por la Corte Interamericana y brindar una mejor tutela judicial efectiva a los familiares de la víctima (arts. 8.1 y 25.1 de la CADH), con prescindencia de que por el tiempo transcurrido sea posible, o no, aplicar sanciones penales (conf. Caso "Vera Vera", cit. *-acápite III.1.b.1.-*). Esta jurisprudencia ha sido receptada, también, por el **Tribunal Superior de Justicia de Córdoba**, en autos: "*Carranza, Mauricio Ariel y otros p.ss.aa. Tortura calificada por muerte*", Sentencia n° 546 de fecha 02/12/2015.

III.2. "VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS CAUSADAS POR PARTICULARES, QUE PRESCRIBEN A CAUSA DE NEGLIGENCIAS EN SU INVESTIGACIÓN POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO, SIN QUE PUEDA PROBARSE QUE ELLO DERIVE DE LA VOLUNTAD DELIBERADA DE PROCURAR SU IMPUNIDAD (*Prescripción resulta irrevocable, sin que sea tampoco posible continuar la investigación para esclarecer el hecho, subsistiendo solo la obligación del Estado de resarcir los daños y asumir la responsabilidad internacional que le quepa*).

a) **Alcances:** Si bien aquí también se abordan supuestos en donde la causa ha prescripto como consecuencia de negligencias de parte de los órganos del Estado en la investigación y tramitación de causas que involucran afectaciones a derechos humanos, respecto de las cuales no se verifica una voluntad deliberada de procurar impunidad, la diferencia con la categoría precedente radica en que aquí los hechos ilícitos investigados involucran sólo a particulares. En efecto, al no encontrarse involucrados agentes del Estado en el delito investigado, y tampoco verificarse cosa juzgada aparente o fraudulenta, no sólo resulta oponible e irrevocable la prescripción de la acción penal, y es, en efecto, imposible ya aplicar pena, sino que tampoco se genera siquiera el deber de continuar la investigación para lograr al menos el esclarecimiento de la verdad de lo acontecido, como se indica para la categoría precedente (acápite III.1), sino que aquí, por graves que sean las negligencias de los órganos del Estado encargados de la persecución penal, que -sin buscarlo- han dejado sin posibilidades de esclarecer un caso que involucra la violación de derechos humanos, ello solo le podría generar al Estado, como garante del acceso a la justicia y de una tutela judicial efectiva, responsabilidad civil resarcitoria frente a las víctimas o sus familiares por la denegación de justicia, sin perjuicio -además- de la responsabilidad internacional que le quepa por el indebido cumplimiento (no deliberado) de sus compromisos internacionales al respecto. Los efectos de la cosa juzgada ya no pueden hacerse ceder en este tipo de casos,

por cuanto no se puede hacer cargar al imputado (ajeno al Estado) con los retardos, negligencias e incumplimientos de los órganos de justicia, por más graves que fueren, ni siquiera bajo la invocación de la necesidad de brindar una tutela judicial efectiva a la víctima, en cuanto, al no verificarse aquí alguno de los supuestos que habilita a considerar que la cosa juzgada es aparente o fraudulenta, su revocación vulneraría inconstitucionalmente el principio del *ne bis in ídem* y atentaría contra la seguridad jurídica. Ello, desde que justamente uno de los fundamentos de la recepción del instituto de la prescripción (respecto del cual la Corte IDH se refiere como garantía integrante del debido proceso frente al imputado) es el de no cargar al acusado con la ineficacia del Estado en su función judicial de determinar la responsabilidad o irresponsabilidad por un hecho, en detrimento de la dignidad humana, lo que exige que al individuo acusado se le brinde, en un tiempo razonable, certeza acerca de su situación jurídica frente al Estado, garantizándosele a partir del dictado de una decisión definitiva al respecto la seguridad jurídica de que su situación quedó definitivamente resuelta en el sentido que allí se disponga y no se volverá a revisar en su contra (cosa juzgada). Ello, junto a los restantes fundamentos de la prescripción, como aquellos que se relacionan a los fundamentos y fines de la pena. Para PARENTI, en la causa de mención la Corte IDH restringió los límites de su doctrina sobre imprescriptibilidad, corrigiendo la postura esgrimida en el fallo *Bulacio* siendo que, como se verá a continuación, los hechos del presente caso planteaban un supuesto claramente alejado de conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional o que pudieren considerarse dentro del relativamente incierto concepto de *graves violaciones de los derechos humanos*.⁴¹ De ello se deduce que para la Corte IDH, en tales casos, es sólo el Estado quien deberá cargar, como se dijo, con la responsabilidad de resarcir los perjuicios derivados de sus incumplimientos (no deliberados) frente a las víctimas o sus familiares y asumir la responsabilidad internacional que le quepa.

b) Caso:

Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2007).

- Derechos afectados: Vida, Integridad Personal, Protección a la Familia, Deber de adoptar disposiciones de derecho interno, Protección Judicial, Garantías Judiciales.
- Imputados: Médicos.
- Víctimas: Particulares.
- Hecho: El 13/12/1987, Laura Susana Albán Cornejo ingresó al Hospital Metropolitano, en Quito, Ecuador. Su hospitalización se debió a un cuadro clínico de meningitis bacteriana. Posteriormente, el 17/12/1987 sufrió un fuerte dolor, por lo que el médico residente le prescribió una inyección de diez miligramos de morfina. Al día siguiente, mientras permanecía bajo tratamiento médico, la misma falleció. Sus padres iniciaron una acción judicial para determinar la responsabilidad por su muerte. Uno de los dos médicos investigados por negligencia fue sobreseído, mientras que la situación jurídica del otro médico se encontraba pendiente de resolución judicial.
 - Responsabilidad del Estado: El Estado de Ecuador realizó un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, el cual fue aceptado por la Corte IDH.
 - Criterios de la Corte IDH:
 - Señaló que en el caso estaba probada la estrecha vinculación afectiva de Carmen Cornejo de Albán y de Bismarck Albán Sánchez con su hija, para considerarlos

⁴¹ PARENTI, PABLO, *op. cit.*, p. 223.

como víctimas de hechos violatorios al artículo 5 de la CADH, y en particular, la situación de la primera, quién se dedicó a la búsqueda de justicia por la muerte de su hija.

○ La falta de respuesta judicial para esclarecer la muerte de Laura Albán afectó la integridad personal de sus padres, Carmen Cornejo de Albán y Bismarck Albán Sánchez, lo que hace responsable al Estado por violación del derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de las referidas personas.

○ El Estado tuvo conocimiento el 3 de agosto de 1995 acerca de la muerte de Laura Albán, siendo a partir de esa fecha cuando debió iniciar e impulsar la investigación y el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, no fue sino hasta quince meses después que inició la investigación, tal como quedó probado. Al respecto, la Corte IDH consideró que el hecho anteriormente descrito denota que las autoridades estatales no asumieron con seriedad y con las debidas garantías la denuncia presentada por los padres de Laura Albán vulnerando los artículos 8.1 y el 25.1 de la CADH, al no iniciar oportunamente la investigación de la muerte.

○ La adecuación del derecho interno a la CADH, conforme el art. 2 de ésta, se debe realizar a la luz de la naturaleza misma de los derechos y libertades y de las circunstancias en las que se produce el ejercicio de adecuación, en forma que asegure la recepción, el respeto y la garantía de aquellos. En el presente caso, se aduce la inexistencia o la deficiencia de normas sobre mala praxis médica siendo que los Estados deben adoptar las medidas necesarias (v.gr.: la emisión de normas penales, el establecimiento de un sistema de justicia para evitar y sancionar la vulneración de derechos fundamentales, etc.).

○ La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los presupuestos necesarios⁴².

IV. CONCLUSIONES: A partir del análisis de los casos y categorías descriptas en los párrafos precedentes, hemos pretendido describir la jurisprudencia emanada de la Corte IDH en orden a delimitar con mayor claridad sus especiales pautas sentadas frente al instituto de la prescripción. Particularmente con relación a la segunda subcategoría ubicada dentro de la primera categoría, denominada “otras graves violaciones a derechos humanos”, atento que la Corte IDH nunca precisó de forma cabal qué debía entenderse por “graves violaciones a los derechos humanos”, sino que sólo dio ejemplos al respecto, entendemos que resta desentrañar con mayor precisión qué casos quedan involucrados en ella, además de los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales y sumarias de personas que capta expresamente la jurisprudencia de la Corte IDH, definiendo si tales supuestos lucen taxativos o meramente ejemplificativos. Dicha pauta jurisprudencial fue menguada en su amplitud hasta encontrar, si se quiere, un límite –no exento de ambigüedades- en el caso *Albán Cornejo*, donde el Alto Tribunal determinó, al menos con mayor precisión, que la prescripción no operaba para cualquier supuesto de afectación de

⁴² Corte IDH, caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, 22 de noviembre de 2007, § 111.

derechos humanos consagrados en la CADH. A nuestro entender, parece evidente que, por fuera de los supuestos que pueden considerarse crímenes de derecho internacional, no toda afectación de un derecho humano puede conllevar a la inoponibilidad o revocación de la prescripción de la acción penal por el delito, siendo plausible mantener la categoría de “otras graves violaciones” únicamente reservada para aquellas situaciones en que por la entidad del delito, la calidad de inderogable del derecho humano concernido y el carácter de *ius cogens* de la norma que lo tutela, exista –efectivamente– una responsabilidad agravada del Estado que, sin embargo, por la ausencia del denominado “elemento de contexto” no sea factible clasificar como un crimen de derecho internacional. No obstante, tal como lo sugerimos al abordar la categoría respectiva, no creemos que a estos casos deba entenderse estrictamente como una nueva categoría de imprescriptibilidad, con alcance similar al reconocido a los crímenes de derecho internacional, desde que interpretamos que sus efectos son diferenciados y más limitados. Ello exige delimitar qué diferencias presentaría –en rigor– sostener la imprescriptibilidad de la acción penal, con relación a la afirmación, aparentemente más limitada, de la inoponibilidad o revocabilidad de la prescripción. Entendemos que una de las diferencias principales en este sentido, es que en los casos de “otras graves violaciones a derechos humanos” que no encuadran en crímenes de derecho internacional, la prescripción es inoponible o revocable en tanto no se haya llevado a cabo previamente una investigación diligente, pero luego de ello, es decir, ya en el marco de una investigación diligente, sí se tornaría posible declarar la prescripción por el transcurso del tiempo. Claro que, ante la discrecionalidad a la que podría dar lugar la ponderación acerca de cuándo se ha llevado ya una investigación diligente que torne viable la declaración de la prescripción, parecería que el único límite que –en resguardo de la situación del imputado– encontrarían temporalmente este tipo de casos sería, más probablemente, la garantía de duración razonable del proceso. Por su parte, con relación a la segunda categoría, en la que señalamos que resulta inoponible o revocable la prescripción de la acción penal (acápito II.2.), cuando en la investigación de violaciones a derechos humanos consagrados en la Convención Americana se verifican actos u omisiones procesales que evidencian la intención deliberada de los órganos encargados de la persecución penal de que la causa prescriba, para procurar que el caso no se esclarezca y así lograr la impunidad de sus responsables, no caben dudas de que quedan atrapados aquellos casos que involucran a agentes del Estado en las aludidas violaciones, e interpretamos que también podrían quedar alcanzados aquellos supuestos en donde las violaciones de derechos humanos hayan sido causadas por particulares, principalmente teniendo en cuenta que el fundamento de la revocación de la prescripción, en estos casos, radica esencialmente en el incumplimiento deliberado del Estado de aquella obligación de garantía asumida en el artículo 1.1 de la CADH, al privar intencionalmente a la víctima de violación de derechos humanos consagrados en dicha convención el acceso a la justicia, un debido proceso y una tutela judicial efectiva. Además, también con relación a esta categoría, entendemos que la referencia a “negligencias” de los organismos persecutorios del Estado “direccionadas” a procurar impunidad, no sólo evidencia cierta inexactitud terminológica, desde una perspectiva dogmática, sino que, a su vez, ello deja abierto un delicado margen de discrecionalidad en lo que atañe a los criterios que puedan asumirse para tener por comprobado dicho supuesto. Por su parte, en los supuestos en que resultando oponible la prescripción procede igualmente la continuidad de la investigación a efectos de esclarecer el hecho, por encontrarse funcionarios públicos involucrados (categoría III.1), advertimos poco definido el modo en que el proceso debe continuar en tales condiciones. En suma, creemos que las diferentes categorías analizadas exi-

gen profundizar el análisis relativo a las posibles tensiones y afectaciones que ciertos márgenes de imprecisión y discrecionalidad que se advierten para su aplicación pueden generar con relación a diferentes derechos y garantías constitucionales (igualdad, legalidad, seguridad jurídica, cosa juzgada, *ne bis in ídem*, duración razonable del proceso, etc.), habiéndose referido la propia Corte IDH a la prescripción como una “garantía” de debido proceso en favor del imputado que, por regla, debe aplicarse. Finalmente, creemos que -desde otro plano- la problemática aquí abordada exige también ahondar el análisis relativo a la responsabilidad individual de los funcionarios públicos que participan o permiten que acontezcan este tipo de casos que generan de manera cada vez más frecuente responsabilidad resarcitoria e internacional al Estado, aspecto aquí no abordado, pero que dejamos planteado para un estudio subsiguiente de la cuestión.

V. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI — BÖHM, MARÍA LAURA, “La desaparición forzada de persona como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009.

BARRERA BUTELER, GUILLERMO, *Derecho Constitucional*, T.1, ed. Advocatus, 1° ed., Córdoba, 2015.

BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992.

CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2° edición, Oxford University Press, Oxford, 2008.

PARENTI, PABLO, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp. 211/212, disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

ZAFFARONI, EUGENIO, “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, en *La Ley*, AR/DOC/3149/2010.

Asociación ilícita en delitos asociativos

Criminal association in associated crimes

por **MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO***

RESUMEN: El trabajo se aboca al tratamiento de los delitos que para su consumación o tentativa necesitan como presupuesto el delito de asociación ilícita, con especial referencia a su codificación en Latinoamérica.

PALABRAS CLAVES: Delitos asociativos. Asociación delictiva. Sociedad criminal. Codificación latinoamericana.

ABSTRACT: *The article addresses the treatment of crimes that for their consumation or a ttempt need as a budget the crime illicit association, and their comparison between codes of Latin America.*

KEY WORDS: *Associated crimes. Criminal association. Criminal society. Latin America codes.*

Concepto

Se trata de una muy contemporánea denominación que le ha dado independencia a un tipo delictivo que para su consumación o tentativa necesita el delito de asociación ilícita, el que se convierte en una circunstancia intratípica por consunción por estructura del tipo, conformando un solo delito en la medida que la indeterminación de los delitos sean dirigidos la misma empresa delictiva. Estos son delitos asociativos propios.

Pueden darse casos de delitos asociativos impropios. Son los casos en los que una asociación ilícita, entre otros, comete alguno de éstos delitos en lo que para su necesaria comisión hace falta una estructura delictiva de asociación ilícita. En este caso, dado que el delito de asociación ilícita no está dirigido específicamente a la empresa asociativa, no se tratará de una circunstancia intratípica y producirá un solo delito, sino que concurrirá materialmente con el llamado delitos asociativo impropio.

La asociación ilícita

El delito de asociación ilícita, ciertamente poco aplicado o utilizado a veces para atrapar alguna ideología puesta en cabeza de un grupo de personas, como lo sostienen algunos postulantes de su derogación, pareció presentarse en décadas más aún escasamente o no presentarse.

Sin embargo, una mirada desde el punto de vista histórico resulta obligada, pues permitirá recrear dentro de las circunstancias actuales, aspectos fundamentales de esta figura.

En tal sentido cabe recordar que “las agrupaciones de individuos asociados con fines ilícitos merecieron ya la atención de los juristas de los primeros tiempos”. Estas agrupaciones son designadas en la bula de Sixto V con el nombre de *conventiculum* o conventi-

* Dra. en Derecho y Ciencias Sociales UNC. Directora del Departamento de Coordinación Docente de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho. Miembro Honorario de la Asociación Argentina de Victimología. Autora de libros y colaboradora en publicaciones periódicas de Derecho Penal y Procesal Penal. E-mail: mbarberaderiso@gmail.com.

cola, comprendiéndose bajo esta denominación las asociaciones de bandoleros que asolaban el estado romano y que tenían por objetivo atacar contra las personas y *la propiedad*, siempre que se hubieran reunido “con mal fin y con armas”.

Así entre los prácticos romanos e italianos reciben ese nombre las agrupaciones armadas con fines de venganza o para cometer *saqueos*, depredaciones u otros hechos similares¹. Como puede apreciarse, no sólo las personas sino también la *propiedad* y no sólo la venganza, sino sólo *el mal fin* fueron aspectos reconocidos originariamente en dicha figura y ya se habla de *saqueo* que en la tercera acepción implica “apoderarse de todo o la mayor parte de aquello que se habla”² Empero, el concepto moderno de la institución se precisa recién en el Código Penal Toscano de 1853, donde en el art. 421 se adopta el nombre de “asociaciones ilícitas” o “asociaciones delictivas” es decir, en plural pero que desde el punto de vista jurídico penal, expresa en forma más exacta la conducta que se incrimina. De otro costado, este código ya perfila una característica fundamental de este delito: la de que el mismo se agota con el simple pacto³. En efecto, contrariamente a lo señalado (de que el delito se agota con el simple pacto) en el código penal toscano, ocurre que el Código Penal Francés de 1810 requiere, además, la existencia de una organización jerárquica y operativa en la que cada individuo debe tener fijada su medida o forma de participar en el producto de los delitos que deben ejecutarse⁴. A su vez del código Rocco, art. 416 ya surge que *las personas asociadas no necesitan ser más de tres* y de ese mismo cuerpo legislativo resulta la liberación de la asociación *para la comisión de cualquier clase de delitos* pues se estimó que tal limitación no corresponde a una absoluta exigencia de justicia por constituir un obstáculo para la eficaz represión de las asociaciones ilícitas⁵. A los elementos ya expuestos considerados en los primeros tiempos y en la modernidad, que concurrieron a la configuración del delito que nos toca analizar cabe agregar asimismo: a) la voluntad de asociarse para cometer delitos, siendo suficiente a tal fin el acuerdo de voluntad de los diversos individuos asociados, sin que sea necesaria ninguna otra formalidad, bastando su existencia concreta; b) a cada participante se le exige que debe tener consciencia de que se vincula para actuar por y en pro de la asociación, por el acuerdo de voluntades dirigido a la comisión de delitos de manera que su actividad no quede limitada a la ejecución de un plan que comprenda un número determinado de hechos previstos de antemano pues lo que da carácter particular a la asociación ilícita es el peligro de la variedad, de la repetición y de la propagación pues esto fue lo que distinguió desde siempre, a la “*societas delinquentium*” “asociación ilícita” de las “*societas delinquentium*” o concurso de varias personas en el delito.

Es que la primera supone una relativa estabilidad, es decir, cierta permanencia que no es propia de la segunda y de esta circunstancia surge la eventualidad del peligro que representa⁶. En nuestro país la “asociación ilícita” no estaba prevista como delito “per se” y recién toma significación penal como tal en el proyecto de 1891, art. 252 y en la ley 4189, art. 30. El proyecto de 1906 sigue al de 1891 y el código penal de 1922 al igual que

¹ NÚÑEZ, JOSÉ MANUEL, “La asociación ilícita o banda en el código penal argentino”, “L.L.” t. 68, octubre, diciembre, sección doctrina, 1962, p. 898).

² DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO “ESPASA 1”, Editorial Espasa Calpe, 13ª edición, Madrid, abril 1998, p. 1518.

³ NÚÑEZ, JORGE, ob. y lug. cit.

⁴ NÚÑEZ, JORGE, ob. y lug. cit.

⁵ ZERBOGLIO “*Delitti contro l'ordine público...*” p. 51

⁶ NÚÑEZ, JORGE, ob. y lug. cit. notas 6 y 7.

en estos dos precedentes, la banda pasa a constituir un delito en sí mismo, abandonándose el complot o la banda como modalidades de la autoría reguladas en la parte general.

Aparece como atentado al orden público como está ahora, bajo el art. 210 mediante restauración del epígrafe original efectuado por ley 23.077, art. 1, pero modificado en cuanto a las penas por ley 20.642. Así las cosas, interpretando la ley argentina, en cuanto a lo que aquí importa, la doctrina y la jurisprudencia resultan coincidentes acerca de los siguientes aspectos: A) no es necesario una reunión material de los asociados, ni la identidad del lugar de residencia, ni el conocimiento recíproco de los que la constituyen, ni en fin, la identificación de todos y cada uno de los responsables, ni la unión en concreto. Basta la rudimentaria organización inherente al criminal convenio y al propósito común y la resolución de delinquir. Basta con la mínima organización que requiere la cohesión del grupo en orden a la consecución de los fines delictivos comunes⁷ (CREUS, *Derecho Penal, Parte Especial, t. II*, p. 117); B) debe estar formada por tres o más personas (COSTA, ROBERTO R. Y OTROS, *CNCrim y Correc., Sala VI*, abril 29, 1997, (L.L., 1997-F, 397); C) el objetivo común debe ser cometer delitos sin que puedan presentarse dudas sobre la seriedad de la determinación de su propósito criminoso; D) debe tener un carácter de relativa permanencia⁸; “La convergencia de voluntades hacia la permanencia de la asociación es lo que distingue la asociación ilícita de la convergencia transitoria -referida a uno o más hechos específicos- propia de la participación. No se trata de una permanencia absoluta (sine die o con plazos determinados), sino relativa, exigida por la pluralidad que el objetivo de la asociación, que no se puede conseguir sin una actividad continuada y que como tal, podrá quedar determinada, en cada caso, por la tarea delictiva que se haya propuesto la asociación. No se trata pues de una mera cuestión de tiempo”; E) no se exige un plan de acción determinado; F) concurre materialmente con los hechos concretos que cometen los asociados y responden criminalmente sólo los que participan en su ejecución; G) la acción se traduce en tomar parte, es decir “estar en el concierto delictivo”⁹. Tal conducta no exige una actividad material en sí misma, sino la de *estar intelectualmente* en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado, o sea coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos. Para ello basta el acuerdo, sin que sea imprescindible, ninguna forma corporal de expresión voluntaria¹⁰. Se trata de una figura de pura conducta o pura actividad¹¹, ya que como se dijo el hecho todo consiste en la acción de ser miembro de la asociación. Los hechos aquí sancionados son de *lege ferenda*, verdaderos actos preparatorios, lo que al ser tipificados por el art. 210, se transforman, de *lege lata*, en actos de ejecución¹². En consecuencia, la calidad de cómplice se produce por la simple pertenencia a la asociación, lo que es independiente de la responsabilidad penal que corresponde por cada una de las acciones delictivas cumplidas como consecuencia de la asociación¹³; H) aunque alguno de los integrantes de la asociación resulte en definitiva absuelto, los demás pueden ser condenados en la medida que se mantenga el número de tres

⁷ CREUS, *Derecho Penal*, parte especial, t. II p, 117, COSTA, ROBERTO R Y OTROS, *CNCrim y Correc, Sala VI*, abril 29, 1997 (L.L., 1997-F, 397);

⁸ COSTA ROBERTO R., *CNCrim y Correc., Sala VI*, abril 29 , 1997(L.L. 1997-F,397

⁹ LAJE ANAYA, JUSTO, *Comentarios al Código Penal, parte especial, Vol. IV*, p. 21 y NÚÑEZ, RICARDO C., *TRATADO DE DERECHO PENAL*, T. VI, 188, esto es en “ser miembro de ella” (FONTÁN BALESTRA, VI, 188), RADRIZZANI GOÑI, MIGUEL, *CNFed. Crim y Correc, Sala “I”*, mayo 7, 1984 (L.L. 1984-C,75).

¹⁰ CREUS, ob. cit. p. 118 parágrafo 1787

¹¹ CARDONA, JOSÉ A., *SC. Buenos Aires*, mayo 26 1982) DJBA, 123-165)

¹² FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal, Parte especial*, p. 627

¹³ T.S.J Sala Penal Airut, Jorge y otros, S. 25/8/1964, B.J.C., VIII, 1964, p. 462

personas y por cierto, el resto de los requisitos, el pacto y la permanencia para delinquir sin elegir el delito; I) el pacto o acuerdo se traduce en una expresión de voluntad aún tácita, manifestada libremente que recae sobre el objeto que tiene la sociedad. Es decir el autor debe saber cuáles son los fines y debe querer tomar parte en la asociación, sea ingresando a ella una vez constituida, sea en carácter de socio fundador *lo que no necesariamente implica ser jefe u organizador* (C.P. 210, 2º supuesto). Lo importante es que el estado anímico no resulte compatible con el error o la ignorancia sobre el *objeto esencial de la asociación*. L) El delito, que es imputable a título de dolo, no exige dolo específico sino sólo genérico y *hasta se admite el dolo eventual*; LL) la punibilidad del pacto no está en la punibilidad de sus autores, *sino en el peligro que implica el pacto en sí mismo* cualesquiera sean sus autores y nada obsta a que algunos de sus *integrantes* esté prófugo, que se pueda condenar a unos y absolver a otros por prescripción, claro que si uno de los *tres* integrantes (es decir se trata de una banda constituida por el número mínimo) fuera sobreseído por su participación en la banda, el delito habría desaparecido para los restantes en razón de no alcanzar el mínimo plural que precisa la figura¹⁴ o bien cuando uno de los tres integrantes deja de pertenecer a la banda, ésta desaparecerá porque faltará el mínimo legal. Va de suyo que el alejamiento de uno de los partícipes determina para él, el cese de la actividad delictiva sin que se trate de un alejamiento temporal o espacial, se traduce en desvinculación espiritual del grupo en el sentido de que la fuerza aglutinante o cohesionante se ha perdido; M) no es necesaria la unidad de lugar, lo único que importa para la determinación de la acción es el doble aspecto de sentirse partícipe y a la vez el de ser considerado como tal por los demás integrantes de la asociación ilícita; N) el delito es de carácter formal¹⁵; Ñ) no existe razón histórica ni dogmática que obligue a interpretar la palabra “delitos” del art. 210 en el sentido de que significa delitos indeterminados. Lo único exigible es que el acuerdo constitutivo de la asociación de los delincuentes, no implique el acuerdo propio de la participación criminal en un delito determinado¹⁶. El fin o destino de la asociación es el de cometer delitos de lo que se deduce que no se trata de castigar la participación en un delito, sino la participación en una asociación o banda destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos. A la inversa, no será suficiente pertenecer a la banda para que ya se deba responder también por el hecho en el cual no se ha participado¹⁷. Sobre el punto no resulta ocioso insistir en que cuando se usa la noción delitos indeterminados *es perfectamente posible que se trate de delitos de la misma especie*, de esta forma se puede entender la indeterminación de los delitos en el sentido de que varios sujetos se habían puesto de acuerdo para cometer incendios indeterminados¹⁸. En consecuencia la asociación ilícita resulta incompatible con hechos plurales cuando éstos representan formas de participar en cada uno de ellos. Es decir esta característica excluye la idea de sentirse partícipe y a la vez ser considerado como tal por los demás integrantes de algo más. Por ello resulta muy claro hablar de planes en lugar de delitos indeterminados. Lo importante es que los planes delictivos sean varios, plurales; pero es poco razonable exigir que sean indeterminados o sea, que se trate de una pluralidad de

¹⁴ NÚÑEZ, RICARDO, ob. y lug. cit nota 62, SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, IV, 604, nota 52.

¹⁵ SINISI, LUIS, C. 3ª Penal, La Plata, Sala II, abril 20, 1978 (S.P. L.L. 980, 121 (299-SP), y permanente (C.C.C. L.L. 144-288 (dictamen fiscal) y C.C.C. Repertorio L.L. XXV, 99 sumario 1.

¹⁶ NÚÑEZ, RICARDO, ob. cit. , p. 187.

¹⁷ T.S.Cba. B.J.C. t. VIII, V. 7, agosto de 1964, p. 462, también y del mismo tribunal, Repertorio L.L. XXVI, 110, sumario 2, Cámara Federal, L.L. 146- 556. En el mismo sentido SOLER, SEBASTIÁN, ob. cit. IV, 608; NÚÑEZ, RICARDO, VI, 189 y FONTÁN BALESTRA, VI, 405.

¹⁸ LAJE ANAYA, JUSTO, ob. cit. p. 28 citando un ejemplo de Tejedor

planes y que pueda de hecho afirmarse la existencia de aquel elemento de permanencia ya referido que caracteriza a una asociación verdadera, diferenciándola de un acuerdo criminal, tendiente a varios delitos, pero transitorio”¹⁹. O) El delito se consuma con el acuerdo o pacto delictuoso, pues con él se “toma parte” y el individuo se convierte en miembro de la asociación. Estas características de la consumación vienen determinadas por la misma ley al prescribir la procedencia de la punibilidad por el hecho de ser miembro de la asociación²⁰. Así las cosas, fuera de la existencia de dicho pacto, no se necesita ninguna otra actividad exterior para que la consumación se manifieste. Por tratarse de un delito permanente cuya vigencia temporal abarca el lapso de existencia de la asociación respecto de cada miembro en particular, la permanencia rige para cada autor separadamente por el tiempo que siga perteneciendo a la asociación, la acción cesa para cada uno en el momento en que él deja de ser miembro, aunque la asociación siga existiendo con otros componentes²¹. En definitiva la asociación ilícita, según la ley penal argentina se presenta con los siguientes aspectos esenciales: 1) la ley no excluye del catálogo de delitos susceptibles de ser objeto del delito de asociación ilícita la perpetración de cualquier clase de delito, de modo que es legalmente posible la asociación ilícita para cometer cualquier delito; 2) la ley exige un acuerdo de voluntades cierto y sólido pero formalizado sin exigencia instrumental alguna; 3) el pacto es para cometer todos los delitos inherentes al mismo; 4) tiene que haber permanencia en el tiempo; 5) debe estar integrada por tres personas como mínimo. Por su parte, pueden considerarse accidentales son: 1) el conocimiento personal de sus integrantes entre sí, 2) la existencia de un lugar determinado para operar, 3) el hecho de que los integrantes de la asociación sean a su vez autores o partícipes de los delitos inherentes al pacto, 4) que tenga una organización jerárquica o con tareas explícitamente determinadas.,

Observación Crítica: Denominación. Responsabilidad objetiva. Inconstitucionalidad.

Una de las primeas cuestiones es si lo llamamos ¿asociación para delinquir o asociación ilícita para delinquir? Al igual que el autor citado, me inclino por la primera opción, y es que creo que el hablar de una asociación para delinquir, bajo ningún punto de vista podría suponer una actividad lícita, de manera que la asociación destinada a cometer delitos como resulta obvio siempre vivirá en la ilicitud, ello se puede colegir inclusive, si tomamos en cuenta lo dispuesto por el Código Civil, Art. 141, 145, 146 y 168. Existen posiciones críticas contemporáneas que consideran **el Delito de Asociación para delinquir**²² una figura de responsabilidad objetiva. Se reconoce que en los numerosos procesos judiciales que soporta el tan cuestionado sistema anticorrupción existieron execrables actos delictivos en el depuesto régimen, que merecen sancionados ejemplarmente y que es cierto también que en el período presidencial comprendido entre los años 1990 – 2000, vivió enquistada una organización delictiva con múltiples matices y componentes que a la postre sumió a nuestro país en un gran perjuicio de índole moral y económico constituye una suerte sitio residual en todos los procesos penales anticorrupción. Compartimos que el tema no es simple y resulta importante entonces conocer la real dimensión de este delito de

¹⁹ SOLER, SEBASTIÁN, ob. y lug. cit., IV, 608, FONTÁN BALESTRA, VI, 408 y NÚÑEZ, RICARDO, *Tratado...* VI, 187).

²⁰ GRANCOMANO, ALBERTO D. Y OTRO, *CNFed. Crim. y Correc.*, sala Y, agosto 20, 1981, JA. 1982-III-176

²¹ CREUS, ob. y lug. cit., p. 120, parágrafo 1789.

²² VALVERDE, RICARDO CÉSAR, *El Delito de Asociación para delinquir*.

asociación para delinquir y su tratamiento en la legislación nacional. Sin embargo, puede responderse fácilmente que se trata de un caso de responsabilidad subjetiva sin más porque no es una situación de mera atribuibilidad del hecho a un número no menor a tres de autores o cómplices, sino que hay una actitud interna consistente en pertenecer a la asociación queriendo y comprendiendo su objetivo, a sabiendas que se está lesionando un bien jurídicamente protegido cual es el orden público. Otra cuestión será la prueba de la misma.

En general la existencia de la Asociación Ilícita se demuestra cuando la misma comete delitos de manera sistemática pero aunque no se cometa delito alguno la lesión al orden público subjetivamente admitida está en el sólo hecho de la reunión para tratar finalidades ilícitas. Esta cuestión va íntimamente unida al reproche constitucional desde que el mismo se basa en la situación de no respetar el principio de culpabilidad contenido en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

En efecto, si bien la Constitución protege el derecho de Asociación es con fines lícitos y estos se subvierten tan pronto existe una actividad comunicativa de sus comportamiento tendientes a la comisión de delitos.

Marcan esa comunicación lesiva, querida subjetivamente por sus miembros la reunión consecutiva en sitio o sitios determinados, con iguales personas, mínimas alternativas de cambio de presencia personal, lista de la formación, actitud secreta, datos de futuras víctimas, aunque estos aspectos estén establecidos en forma rudimentaria.

El orden público es la expectativa legítima de que quienes conforman la sociedad de estar unidos recíprocamente por el respeto a los intereses socialmente respetados y establecido por la Constitución y las leyes.

En nuestro país hoy rige la figura básica del art. 210 del Código Penal texto de fe de Errata²³ que dice así: Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la Asociación.

Para los Jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

En el Anteproyecto de Código Penal de año 2014 se dispone que:

1. Será penado con prisión de dos a seis años el que tomare parte en una asociación estable de tres o más personas, destinada a cometer delitos cuya pena máxima sea igual o superior a seis años.

2. La pena será de tres a diez años de prisión cuando tuviere alguna de las siguientes características:

- a) Estuviere integrada por diez o más individuos.
- b) Tuviere organización militar, de tipo militar o estructura celular.
- c) Dispusiese de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo.
- d) Operare en más de una provincia o también en el exterior.
- e) Participaren en ella uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.
- f) Tuviere conexiones con otras organizaciones similares existente en el país o en el exterior.
- g) Recibiere apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

²³ B.O.19/3/85.

Serán penados con prisión de tres (3) a quince (15) años, los que tomaren parte en una asociación que tuviere por finalidad cometer los delitos previstos en el Título I del libro Segundo de este Código, o que pusieren en peligro la vigencia de la Constitución Nacional o de la Constituciones provinciales.

Actualmente el Art. 210 bis del Código Penal vigente dispone que se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar.
- c) Tener estructura celular.
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo.
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país.
- f) Estar compuesta por unos más oficiales o suboficiales de las fuerza armadas o de seguridad.
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior.
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

En el Capítulo 5, bajo la rúbrica Otros atentados contra el orden público, se dispone:

213 bis: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años, el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de esta Código, tuvieren por objeto principal o accesorio imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Capítulo 6: Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo²⁴

213 ter²⁵ Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto de abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características:

- a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político.
- b) Estar organizado en redes operativas internacionales.
- c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneas para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas.

Para los fundadores o jefes de la asociación el mínimo de la pena será de diez años de reclusión o prisión. *Se define el delito de terrorismo como una forma de Asociación ilícita*

213 quáter. Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años, salvo que correspondiere una pena mayor por aplicación de las reglas de los arts. 45 y 48, el que recolectare o proveyere bienes o dinero, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar a una asociación ilícita terrorista de las descriptas en el artículo

²⁴ Capítulo 6, incorporado por ley 26268 (B.O. 5/7/07)

²⁵ Arts. 213 ter quáter incorporado por ley 26.268 (B.O. 5/7/07)

213 ter, o a un miembro de éstas para la comisión de cualquiera de los delitos que constituyen su objeto, independientemente de su acaecimiento.

Este agregado ha sido hecho con la finalidad de poder atribución a terceras personas el delito que se trata. Efectivamente, es unánime la posición de la atribuibilidad a todos los particulares que de una u otra forma colaboraron con la ejecución de las atrocidades cumplidas dentro de la llamada guerra sucia por parte de los militares.

Asociación ilícita –códigos latinoamericanos–

Argentina

210. Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión reclusión.

210 bis. Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Bolivia

Art. 132. (Asociación delictuosa): El que formare parte de una asociación de cuatro o más personas, destinada a cometer delitos, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o prestación de trabajo de un mes a un año.

Igual pena se aplicará a los que formaren parte de bandas juveniles con objeto de provocar desórdenes, ultrajes, injurias o cualquier otro delito.

Brasil

TÍTULO IX

dos crimes contra a paz pública

Quadrilha ou bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Chile

Art. 293. Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior.

Colombia

Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

Costa Rica

Artículo 281. Asociación ilícita. Será reprimido con prisión de uno a seis años, quien tome parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

La pena será de seis a diez años de prisión si el fin de la asociación es cometer actos de terrorismo o secuestro extorsivo.

Cuba

Art. 207. 1. Los que, en número de tres o más personas, se asocien en una banda creada para cometer delitos, por el solo hecho de asociarse, incurren en sanción de privación de libertad de uno a tres años.

2. Si el único fin de la banda es el de provocar desórdenes o interrumpir fiestas familiares o públicas, espectáculos u otros eventos de la comunidad o cometer otros actos antisociales, la sanción es de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

Ecuador

Art. 369. Toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida.

Art. 370. Si la asociación ha tenido por fin la perpetración de delitos que merezcan pena de reclusión mayor, los provocadores de la asociación, sus jefes y los que hubieren ejercido en ella un mando cualquiera, serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor.

Serán reprimidos con prisión de dos a cinco años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos reprimidos con reclusión menor; y con prisión correccional de seis meses a tres años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos de otra índole.

El Salvador

Art. 345. El que tomare parte en una agrupación, asociación u organización ilícita, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, serán sancionados con prisión de seis a nueve años.

Serán consideradas ilícitas las agrupaciones, asociaciones u organizaciones temporales o permanentes, de dos o más personas que posean algún grado de organización, cuyo objetivo o uno de ellos sea la comisión de delitos, así como aquellas que realicen actos o utilicen medios violentos para el ingreso de sus miembros, permanencia o salida de los mismos.

Si el autor o partícipe fuera autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público, la pena se agravará hasta la tercera parte del máximo e inhabilitación absoluta del cargo, por igual tiempo.

Los que promovieren, cooperaren, facilitaren o favorecieren la conformación o permanencia de la agrupación, asociación u organización ilícita, serán sancionados con una pena de uno a tres años de prisión.

La proposición y conspiración para cometer este delito, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Guatemala

Art. 396. Quienes promovieren la organización o funcionamiento de asociaciones que actúen de acuerdo o en subordinación a entidades internacionales que propugnen la ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario, o destinadas a cometer delitos, o tomaren parte en ellas, serán sancionados con prisión de dos a seis años.

Honduras

Art. 332. Se sancionará con tres (3) a seis (6) años de reclusión y multa de cien mil (L.100,000.00) a doscientos mil Lempiras (L.200,000.00) a los fundadores, cabecillas o conductores de pandillas o grupos ilícitos. A los demás miembros se les sancionará con las mismas penas rebajadas en un tercio.

México

Artículo 164. Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

Art. 164 Bis. Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se le impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro.

Nicaragua

Asociación para delinquir y crimen organizado

Art. 392. Asociación para delinquir

A quien forme parte de una asociación de dos o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer o favorecer delitos menos graves, será sancionado con pena de prisión de seis meses a un año.

Los jefes y promotores de una asociación ilícita, serán sancionados con pena de uno a dos años de prisión.

Art. 393 Crimen Organizado

Quien forme parte de un grupo delictivo organizado o banda nacional o internacional estructurada, de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con la finalidad de obtener directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole, con el propósito de cometer uno o más delitos graves, será sancionado con pena de cinco a siete años de prisión.

La pena se incrementará en sus extremos mínimos y máximos:

a) En un tercio, si el autor ostenta una posición de superioridad con relación al resto de personas involucradas en la organización criminal, o si el delito se realiza total o parcialmente a nivel internacional.

b) Al doble si el delito realizado está sancionado con pena igual o superior a quince años de prisión.

La provocación conspiración y proposición para cometer el delito, serán sancionadas con pena de uno a cinco años de prisión.

Panamá

Artículo 329. Cuando tres o más personas se concierten con el propósito de cometer delitos, cada una de ella será sancionada por ese solo hecho con prisión de tres a cinco años.

La pena será de seis a doce años de prisión, si la asociación es para cometer homicidio doloso, asesinato, secuestro, extorsión, robo, hurto de autos y accesorios, delitos relacionados con el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, delitos financieros, violación sexual, pornografía infantil, trata de personas, terrorismo o tráfico de armas.

Artículo 330. Quienes constituyan o formen parte de una de pandilla serán sancionados con pena de prisión de cuatro a seis años.

La pena será de siete a catorce años de prisión. Si la pandilla es para cometer homicidio, secuestro, extorsión, robo, hurto de autos y accesorios, delitos relacionados con el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, delitos financieros, violación sexual, trata de personas, pornografía infantil, terrorismo o tráfico de armas.

Para efectos de este artículo, constituye pandilla la concertación previa de tres o más personas de manera habitual con el propósito de cometer delitos, que se distingue por reunir por lo menos dos de las siguientes características:

1. Tenencia, posesión o uso de armas.
2. Uso de símbolos personales o colectivos de identificación de sus miembros.
3. Control territorial.
4. Jerarquía.

Artículo 331. Al promotor, jefe o dirigente de la asociación ilícita o de la pandilla se le aumentará la sanción hasta una tercera parte.

Artículo 332. Las penas establecidas en los artículos anteriores serán reducidas a la mitad cuando:

1. El autor voluntariamente contribuya con la autoridad a la desarticulación de la asociación o de la pandilla.
2. El autor voluntariamente proporcione a la autoridad información oportuna para impedir o impida la ejecución de actos ilícitos planificados por la asociación o la pandilla.

Paraguay

Artículo 239. Asociación criminal

1° El que:

1. Creara una asociación estructurada jerárquicamente u organizada de algún modo, dirigida a la comisión de hechos punibles;
2. fuera miembro de la misma o participara de ella;
3. la sostuviera económicamente o la proveyera de apoyo logístico;
4. prestara servicios a ella; o
5. la promoviera.

Será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años.

2° En estos casos, será castigada también la tentativa.

Perú.

317. El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho, de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

República Dominicana

Art. 265. Toda asociación formada, cualquiera que sea su duración o el número de sus miembros, todo concierto establecido, con el objeto de preparar o de cometer crímenes contra las personas o contra las propiedades, constituye un crimen contra la paz pública.

Art. 266. Se castigará con la pena de reclusión mayor, a cualquier persona que se haya afiliado a una sociedad formada o que haya participado en un concierto establecido con el objeto especificado en el artículo anterior.

Art. 267. Se castigará con la pena de reclusión menor a cualquiera persona que haya favorecido a sabiendas y voluntariamente a los autores de los crímenes previstos en el

artículo 265, proveyéndolos de dinero, instrumentos para el crimen, medios de correspondencia, alojamiento o lugar de reunión.

Serán también aplicables al culpable de los hechos previstos en el presente artículo, las disposiciones contenidas en el párrafo primero del artículo 266.

Uruguay

Art. 150. Asociación para delinquir. Los que se asociaren para cometer uno o más delitos serán castigados, por el simple hecho de la asociación, con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

El hecho será castigado con dieciocho meses de prisión a ocho años de penitenciaría si la asociación tuviere por objeto la ejecución de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1° de la Ley N° 8.080, de 27 de mayo de 1927; en los artículos 30 a 35 del Decreto Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en el artículo 5° de la Ley N° 14.095, de 17 de noviembre de 1972, de cualquier actividad ilícita relacionada con el tráfico de órganos o tejidos (Ley N° 14.005, de 17 de agosto de 1971); el contrabando o la adquisición, recepción u ocultamiento de dinero o de los efectos provenientes de un delito.

Art. 151. Circunstancias agravantes de la asociación delictuosa.

Constituyen circunstancias agravantes y la pena se aumentará de un tercio a la mitad:

1° El hecho de haberse constituido la asociación en banda armada;

2° La de que los asociados sobrepujen el número de diez;

3° La de ser jefe o promotor. (35)

4° La participación en ella de algún funcionario policial en actividad u otro funcionario con funciones de policía administrativa.

Art. 152. Excepción de las normas relativas a la participación criminal.

Cualquier asistencia que se preste a la asociación susceptible de favorecer su acción, o su mantenimiento, o su impunidad, fuera de los casos de participación o de encubrimiento, será castigada con tres a dieciocho meses de prisión.

Venezuela

Artículo 287. Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por el solo hecho de la asociación, con prisión de dos a cinco años.

Artículo 288. Si los agavillados recorren los campos o los caminos y si dos de ellos, por lo menos, llevan armas o las tienen en un lugar determinado, la pena será de presidio por tiempo de dieciocho meses a cinco años.

Artículo 289. Los promotores o jefes de la gavilla incurrirán en la pena de presidio de dieciocho meses a cinco años, en el caso del artículo 287 y de treinta meses a seis años, en el caso del Artículo 288.

Artículo 290. El que, fuera de los casos previstos en el artículo 84, dé a los engavillados o a alguno de ellos, amparo o asistencia, o les procure subsistencia, será castigado con prisión de tres a seis meses.

Artículo 291. El que, en el caso previsto en el artículo 290 ampare o proporcione víveres a un pariente cercano, amigo íntimo o bienhechor, quedará exento de la pena.

Artículo 292. En lo que concierne a los delitos cometidos por todos o alguno de los asociados durante la existencia de la asociación o con motivo de ella, la pena se agravará con el aumento de una sexta a una tercera parte, salvo lo dispuesto en el artículo 79.

Artículo 293. El que haya tomado parte en una asociación, con el objeto de cometer los delitos previstos en el artículo 286²⁶, será castigado con presidio de seis meses a un año.

Conclusión

1) Es un delito de muy vieja data no reconocido autónomamente como tal porque faltaba una denominación que le diera esa independencia.

2) Actualmente no ha sido modificado grandemente en su estructura básica.

3) Los agregados respecto del objeto, han quedado absorbidos por la figura básica.

4) Son delitos de peligro cuya constitucionalidad está resuelta porque el ataque a la misma proviene de una confusión con la prueba del delito

5) Los llamados delitos asociativos absorberán el delito de asociación ilícita mediante consunción por la estructura del tipo pues si no fuese así caeríamos en un *bis in ídem* flagrante.

6) debe negarse terminantemente la existencia de un concurso real. Éste se dará en los casos de otra clase de delitos donde la asociación ilícita se ha configurado para cometer delitos diversos indeterminados y entre otros comete uno de estos que necesitan como presupuesto la asociación ilícita, no como en estos delitos donde el tipo reclama la asociación como inherente al mismo y no es concurso ideal porque no es una circunstancia extratípica del delito asociativo sino como dije, se trata de una estructura típica –inratípica– absorbida por el delito asociativo.

7) Son delitos asociativos aquéllos que por su modalidad de ejecución, la complejidad de su consumación y la dificultad en la eficacia respecto del aseguramiento de sus efectos necesitan una estructura asociativa previa organizada como los señalan los requisitos establecidos en la ley.

8) Reclaman este tipo de asociaciones, entre otros, que la expansión del derecho penal nos irá diciendo, la desaparición forzada de personas, la trata de personas, el robo de órganos, el terrorismo, todos los movimientos sediciosos o traicioneros, el tráfico de drogas y de armas, por ahora.

Bibliografía

AA. VV., *Diccionario Enciclopédico "Espasa 1"*, Editorial Espasa Calpe, 13º edición, Madrid, abril 1998.

CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, parte especial, t. II.*, Ed. Astrea, 6ª ed., Buenos Aires, 1997.

CARDONA, JOSÉ A., *S.C. Buenos Aires, mayo 26 (1982) DJBA*, 123-165)

COSTA, ROBERTO R Y OTROS, *CNCrim y Correc, Sala VI*, abril 29, 1997 (L.L., 1997-F, 397).

FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal, Parte especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

²⁶ Incitación a la desobediencia civil, promoción del odio entre habitantes y apología de delitos.

- GRANCOMANO, ALBERTO D. Y OTROS, *CNFed. Crim. y Correc., sala Y*, agosto 20, 1981, JA. 1982-III-176
- LAJE ANAYA, JUSTO, *Comentarios al Código Penal, parte especial, Vol. IV*, De Palma, Buenos Aires, 1981.
- NÚÑEZ, JOSÉ MANUEL, “La asociación ilícita o banda en el código penal argentino”, “*L.L.*” t. 68, octubre, diciembre, sección doctrina, 1962.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal, t. VI*.
- RADRIZZAÑI GOÑI, MIGUEL, *CNFed. Crim y Correc, Sala “I”*, mayo 7, 1984 (L.L. 1984-C,75).
- SINISI, LUIS, *C. 3ª Penal*, La Plata, Sala II, abril 20, 1978 (S.P. L.L. 980, 121 (299-SP), y permanente (C.C.C. L.L. 144-288 (dictamen fiscal) y C.C.C. Repertorio L.L. XXV, 99 sumario 1.
- T.S.J *Sala Penal Airut, Jorge y otros*, S. 25/8/1964, B.J.C., VIII, 1964, p. 462
- T.S.Cba., *B.J.C. t. VIII, V. 7*, agosto de 1964, p. 462, también y del mismo tribunal, Repertorio L.L. XXVI, 110, sumario 2, Cámara Federal, L.L. 146- 556.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino, IV*, Tea, Buenos Aires, 1996.
- VALVERDE, RICARDO CÉSAR, *El Delito de Asociación para delinquir*.
- ZERBOGLIO, ADOLFO, “Delitti contro l’ordine público”, en *Trattato de Diritto Penale*, Biblioteca Giuridica Contemporanea, Vallardi, Milan.

El problema del dolo en el Anteproyecto 2014

The problem of mens rea at draft criminal code 2014

por ENRIQUE R. BUTELER*

RESUMEN: El Anteproyecto de reforma al Código penal de 2014 propone reducir los alcances de la imputación subjetiva a los supuestos de dolo directo de primer y segundo grado dejando fuera las hipótesis de dolo eventual. Esos casos sólo podrían sancionarse como casos de imprudencia, siempre que la clase de delito respectiva, admita esa modalidad excepcional de castigo. Sin embargo, de ese modo también se modifica la “ratio” sobre la que se asienta el castigo de estos delitos. Es que, como consecuencia de lo anterior, las figuras imprudentes también deberían pensarse como respuesta a las actuales hipótesis de dolo eventual. Y ello podría tener consecuencias negativas.

PALABRAS CLAVES: Imputación subjetiva. Dolo. Dolo eventual. Imprudencia. Anteproyecto 2014.

ABSTRACT: *Draft criminal code of 2014 propose to reduce the scope of “mens rea” by the hypothesis of purposefully and intentionally knowingly crime, excluding all the other cases. The reform proposal suggest to punish its like imprudence, whenever the specific crime admits that excepcionally subjective liability. However in this way the proposal also changed the “ratio” that supports imprudence punishment. It means that crimes also have to be thought as an answer from the other hypothesis. And that would have negative consequences.*

KEY WORDS: *Mens rea. Purpose. Knowledge. Recklessness. Negligence. Draft criminal Code 2014.*

I. Introducción¹

El Anteproyecto de reforma al Código penal de 2014², plantea cambios significativos en el ámbito de los delitos dolosos, entre los que, advertimos, se intenta excluir del concepto general de dolo, todos los supuestos que actualmente comprende el dolo eventual. De manera que se buscaría que los alcances de la noción general de dolo, queden circuns-

* Doctor Universidad de Navarra (España); Máster Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra de Barcelona (España); Especialista Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); profesor adjunto por concurso de Derecho Penal (Parte General), Universidad Nacional de Córdoba; Co-director Especialización en Derecho penal, Universidades Nacionales de Córdoba y del Litoral; Relator de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

¹ El contenido central de este trabajo fue presentado y debatido en el Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba durante el año 2014. Por distintas razones su publicación se ha dispuesto en la fecha, entendiéndose que el paso del tiempo no ha restado valor ni utilidad a la crítica que aquí se formula a la que sigue siendo última propuesta de reforma de nuestro Código Penal.

² Desarrollado 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), presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni e integrada por León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

criptos a las hipótesis de dolo directo de primer y de segundo grado. En ese marco, los supuestos clásicos de dolo eventual, sólo podrían sancionarse mediante las figuras imprudentes; siempre que la clase de delito respectiva, admita esa modalidad comisiva menos grave y dentro de su marco punitivo más reducido. Pero de ese modo, también se modifica la *ratio* sobre la que se asienta el castigo de esa clase de delitos. Es que, como consecuencia de lo anterior, las figuras imprudentes también deberían pensarse como respuesta a las actuales hipótesis de dolo eventual. Y ello podría tener otro tipo de consecuencias.

Ante este panorama, a continuación formularemos algunas precisiones sobre las características de la propuesta de reforma en lo atinente al tratamiento del dolo eventual, sus consecuencias centrales, los argumentos que se esgrimieron al formularla y algunas importantes críticas que se advierten en una primera aproximación al tema.

II. La propuesta legislativa

Para introducir esos cambios, el Título I del Libro Primero (Parte General) del Anteproyecto, relativo a los Principios y aplicación de la ley penal, incorpora una definición de dolo que procura lograr esos alcances más restringidos. En ese sentido, el art. 1° inc. 2do., apartado “b” (*Legalidad estricta y responsabilidad*), expresa que sólo se considerarán delitos, «*las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia*»³. Y ante las dudas que pudieran plantearse sobre el modo en que debe entenderse esa referencia a la *voluntad directa* del agente, la Exposición de Motivos aclara expresamente que dicha voz se empleó para excluir las hipótesis de dolo eventual de las figuras dolosas.

El principal argumento que se invoca a favor de esos cambios es de orden práctico. Se trata de las ventajas que acarrearía la eliminación del dolo eventual ante las dificultades evidenciadas en la doctrina y jurisprudencia nacionales para diferenciarlo de la culpa consciente. Aunque de esa manera, la solución al problema de la distinción entre ambas categorías, pasaría directamente por su eliminación. Asimismo subyace una situación de duda sobre la existencia de verdaderas diferencias cualitativas entre ambas categorías que sustenten su tratamiento separado. Algo que no se plantea al momento de distinguir el dolo directo de la imprudencia.

III. Breve análisis crítico de la propuesta

III. 1. Argumentos a favor

La propuesta encuentra alguna apoyatura en ciertas diferencias que se advierten entre el dolo directo, por un lado, y el dolo eventual y la imprudencia, por otro lado. Se trata de los mismos aspectos que históricamente han determinado la distinción del dolo eventual del dolo directo y que asimismo generan las dificultades para diferenciarlo de la imprudencia consciente. Ello es planteado como una diferencia ante la especial intensidad volitiva que se advierte en el dolo directo de primer y segundo grado –mal llamado dolo indirecto–⁴, y la voluntad del agente dirigida a la producción de los efectos típicos en un grado que no se daría ni en el dolo eventual ni, por cierto, en la imprudencia. Es lo que en la lógica de la propuesta permitiría hablar de un primer grupo de ilícitos que contaría con una *voluntad directa*, que no podría predicarse del segundo, en el que por ello se hablaría de una *volun-*

³ Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 1ª edición, Infojus, marzo 2014, p. 335.

⁴ En relación a la distinción y el empleo de las denominaciones mencionadas, por todos, LASCANO, CARLOS JULIO (h), *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, edit. Advocatus, Córdoba, 2002, pp. 277-278.

tad indirecta. Lo mismo por lo que no sería correcta la denominación del dolo directo de segundo como dolo indirecto. Ello nos recuerda al *dolus indirectus* de la “doctrina Bartoli” que partiendo de la posición de *Carpzov* y su complemento por *Bartolus* según la cual deben imputarse como dolosas todas las consecuencias necesarias o probables del hecho querido por el autor en tanto éste sea consciente de las consecuencias necesarias o probables (no deseadas) del hecho intencionalmente perseguido⁵.

En el *dolo directo de primer grado*, los procesos realizados por el agente se orientarían directamente a *satisfacer* el propósito específicos que lo *mueven* en su acción. El hecho coincidirían con la acción final deseada por el agente y por ello suele hablarse de un *propósito*⁶ o *intención*⁷. Por esa razón, no faltan autores que consideran que en el dolo directo de primer grado hay un plus volitivo que permite flexibilizar las exigencias cognitivas considerando suficiente, cuando hay intención, la sola la representación de la posibilidad de esos efectos⁸. Pero es discutible que en el dolo directo de segundo grado o al menos algunas de sus hipótesis, esos efectos no son parte de la propia intención, atento que ésta no constituye algo tan privado como el *mero deseo*⁹. Y en el *dolo directo de segundo grado*, aunque esos efectos no son parte de lo finalmente buscado por el agente, tratándose de medios o consecuencias que el agente se representa necesariamente unidas a ellas, igualmente se consideran parte de la voluntad directa del agente¹⁰.

Estos casos de menor intensidad volitiva comenzarían con el dolo eventual y seguirían con la imprudencia, que completaría el panorama de esos supuestos de *voluntad indirecta*, abonando su tratamiento conjunto, diferenciado del dolo directo. En la imprudencia ello es evidente pues el agente, o no se representa el resultado al emprender su acción –aun debiéndolo hacer–, o se lo representa pero confía en que no se producirá. Pero ello tampoco ocurre en los supuestos de dolo eventual por cuanto en éstos, la producción del resultado no es parte de la intención del agente ni una consecuencia necesaria sino sólo eventual de su acción. De manera que se puede afirmar que desde esta perspectiva, también aquí – en el dolo eventual– hay una voluntad indirecta.

Asimismo puede mencionarse a favor del cambio propuesto, que de ese modo se lograría una mayor coherencia con el régimen de la tentativa. En efecto, el texto nuevo continúa con la tradición de la fórmula del actual art. 42 CP al mantener la exigencia del

⁵ PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como un estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 162

⁶ Lo destaca ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2ª ed., trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros, edit. Civitas, Madrid, 1997, p. 415.

⁷ A ello se refiere Jescheck, resaltando que en la intención predomina el *factor volitivo* r. JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, edit. Comares, Granada, 1993, p. 267.

⁸ Autor y obra citada, p. 416.

⁹ No hay dudas, al menos, respecto de aquéllos fines intermedios que constituyen medios necesarios para la producción del resultado final que caracteriza la acción y se encuentra muy cerca de ello aquellas consecuencias necesariamente unidas a ella. Se refiere a estas cuestiones, ANSCOMBE, GERTRUDE ELIZABETH, *Intención*, 1ª edición, (trad. Ana Isabel Stellino), Paidós, Barcelona, 1991. También destaca la falta de autorreferencialidad causal del mero deseo, SEARLE, JOHN R., *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente* (trad. Enrique Ujaldón Benítez; revisada por Luis Valdés Villanueva), Edit. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 108-116. Algo de esto había sido advertido ya por Welzel.

¹⁰ Incluso, podría discutirse si son parte de esa intención, sobre todo ante aquellos efectos que constituyen un medio necesario para el logro de los fines más específicos de esa acción, Estaríamos ante el fenómeno de lo que Searle denomina *efecto acordeón*. SEARLE, *Intencionalidad*, p. 111. También lo emplea y destaca el origen de la expresión en Joel Feinberg, GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, p. 39.

fin de cometer un delito determinado (en su art. 7 inc. 1° del Anteproyecto) que una parte de la doctrina considera compatible sólo con el dolo directo¹¹. Más allá de lo cuestionable que ello pueda resultar de *lege ferenda*, atento las numerosas posiciones doctrinarias y normativas comparadas que tienden a admitir la tentativa con dolo eventual, sobre todo tras la difusión de las concepciones partidarias de un injusto personal.

Por otra parte, debe destacarse que la propuesta de reforma ha sido consciente de la merma punitiva que acarearía la idea de responder a los actuales supuestos de dolo eventual mediante las figuras imprudentes. Ante ello, propone una manera de *compensar* esta merma recurriendo a una nueva noción de culpa temeraria, que cuenta con una escala penal agravada, que se prevé en la Parte Especial en algunas de las figuras culposas. Al respecto, la exposición de motivos destaca sus ventajas debido a la objetividad de sus criterios y su importante arraigo histórico. Esto último por tratarse de la vieja fórmula de Feuerbach, que ya había inspirado a Tejedor para distinguir *culpa simple* y *culpa temeraria* en función de la *gravedad de la norma de cuidado infringida*¹².

Finalmente, parecen innegables las ventajas *operativas* y de *seguridad jurídica* que se derivarían de la superación de los problemas que plantea la distinción práctica de los supuestos de dolo eventual y culpa consciente. Sin perjuicio del costo material que en términos de justicia y de prevención podría representar hacerlo directamente con la eliminación del dolo eventual. Por un lado, porque eso significa eliminar una categoría que por situarse a medio camino entre el dolo directo y la imprudencia, generaba algunas dificultades de delimitación ante ciertos casos grises. Por otro lado porque simplifica la labor probatoria surgidos de la necesidad de acreditar aquellos contenidos subjetivo-internos a las que solía vincularse el dolo eventual. Aunque como veremos, nada de eso es como parece.

III. 2. Crítica a la propuesta de reforma

Lo primero que se advierte es que la fórmula del Anteproyecto no repara suficientemente en la incidencia de otras semejanzas incluso con supuestas proyecciones *volitivas*, que tienen en común el dolo eventual con el dolo directo, y lo diferencian de la imprudencia. Se trata de criterios materiales que surgen cuando la voluntad del agente en lugar de analizarse en función de los efectos materiales que produce, es puesta en relación con lo que ordenaba el Derecho. Es que, desde ese punto de vista la conclusión es exactamente la inversa, pues determina un claro acercamiento material de las hipótesis de dolo eventual con las de dolo directo en su diferenciación con los supuestos de imprudencia. Ello por cuanto en todos los casos de dolo, incluido el dolo eventual, la *voluntad* del agente muestra una decisión en contra de lo que manda el ordenamiento jurídico. Se trata de una voluntad orientada hacia la inobservancia de la norma en términos que no se advierten en la imprudencia¹³.

En efecto, al obrar con dolo, incluso con dolo eventual, el agente se decide expresamente a actuar en contra de lo que le exige el Derecho y ello no puede predicarse de la imprudencia, siquiera en su modalidad consciente. Es que, en los casos de imprudencia inconsciente, el agente ni siquiera se representa estar actuando en contra de derecho, en los de imprudencia consciente, pese a esa representación, confía razonablemente en que ello

¹¹ En nuestra opinión, correcta, pues se trata de una clara definición de intención que nos guste o no puede soslayarse en el marco de la garantía de legalidad del art. 18 CN. Por todos, DE LA RÚA, JORGE – TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 246.

¹² ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, «Exposición de Motivos», *Anteproyecto...*, p.57.

¹³ Autor y obra cit, p.133.

no ocurrirá. Lo cual no denota una explícita decisión de obrar en contra del Derecho sino todo lo contrario. En definitiva, el dolo eventual plantearía un apartamiento más intenso ante la norma que la imprudencia¹⁴ y ello lo acerca al dolo directo o por lo menos a la noción general de dolo. Igualmente el dolo a partir del dolo eventual es caracterizado como un obrar con un *defecto volitivo* en esa relación, distinto al *defecto cognitivo* que, en cambio, se suele predicar de la imprudencia¹⁵. Y es que, en el delito doloso el agente incurre en «una *actuación intrínsecamente opuesta al bien jurídico*, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, distinto al del hecho imprudente»¹⁶.

Tampoco convence la gravitación que, para sustentar la propuesta, se pretende dar a los problemas que se plantean para distinguir dolo eventual de imprudencia consciente. Éstos no parecen ser tan graves ni en la doctrina ni en la práctica jurisprudencial. Al menos en términos para justifiquen la directa eliminación de la categoría, como se propone. Desde perspectivas doctrinarias, las cosas no parecen tan poco claras si se parte de las teorías cognitivas del dolo –e incluso las que podríamos llamar teorías normativas¹⁷–. A su vez, desde un punto de vista práctico, la obra de Ragués muestra que los Tribunales siguen criterios materiales muy cercanos a la hora de atribuir el dolo eventual, independientemente de la posición teórica que adopten¹⁸. Por otra parte, los problemas de delimitación sólo surgen en limitados grupos de *casos difíciles*. De manera que «casi nadie calificaría de imprudencia uno de esos casos en que normalmente se sostiene que hay dolo eventual, y muy pocos calificarían de doloso uno de esos casos en que normalmente se sostiene que hay imprudencia consciente»¹⁹. Es más, «si existe una zona de penumbra, es porque existe también una zona de claridad: “no podríamos reconocer los casos límite de un concepto como casos límite si, para empezar, no comprendemos el concepto”»²⁰.

En esa línea, debe agregarse que la idea de caracterizar el dolo en términos esencialmente volitivos, no fue pacífica para todos los integrantes la comisión redactora del Anteproyecto. Así lo muestra la disidencia de Federico Pinedo; aunque sus discrepancias se centran en críticas al empleo de una fórmula *volitiva* por considerar que en el concepto el aspecto cognitivo debe ser el *preeminente*. Con motivo de ello invoca expresamente el valor de las definiciones cognitivistas, citando expresamente la definición de dolo de Ramón Ragués i Vallès, que cita en su respaldo. Una fórmula construida, precisamente desde el dolo eventual en vez del dolo directo, que considera su concurrencia en toda conducta que el agente ejecute pesa a atribuirle la concreta capacidad de realizar un tipo penal. De tal manera que sería dolosa todas aquellas conductas «*realizadas con conocimiento y vo-*

¹⁴ PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL, obra citada, p.130.

¹⁵ En ese sentido JAKOBS, GÜNTHER, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y los defectos cognitivos», *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Meliá, edit. Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 132-142.

¹⁶ Por ejemplo, quien mata a otro dolosamente niega la vida de la víctima, mientras que quien la atropella sin dolo, por imprudencia, no niega por completo el bien vida, sino que sólo manifiesta un cuidado insuficiente frente al mismo». MIR PUIG, SANTIAGO, obra citada, p. 169.

¹⁷ Lo que sucede con planteamientos como los de Pérez Barberá en la obra citada.

¹⁸ Ragués destaca el acercamiento que se advierte en los contenidos reales de las teorías del consentimiento, de la probabilidad y de la posibilidad a partir del *Lederriemenfall* del BGH en 1955. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 467 y ss.

¹⁹ PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL, obra citada, p. 53.

²⁰ Con cita de SEARLE, *Ibídem*, p.55.

luntad», lo que va más allá de la «*voluntad directa*» a la que la fórmula analizada reduce el concepto²¹.

Tampoco se advierte que las alternativas que se brindan para adecuar la respuesta de las figuras imprudentes a los supuestos de dolo eventual resulten suficientes para sustentar la propuesta de eliminación –del dolo eventual–. La nueva noción de culpa temeraria responde a una lógica distinta a la del dolo eventual. La mayor gravedad de la imprudencia no siempre coincide con la existencia de una decisión personal consciente de realizar el acto jurídicamente lesivo. Más allá de la utilidad que, como destaca Pinedo, tiene esta modificación en relación con los supuestos de muertes cometidas en el contexto del tránsito vehicular. Y ese incremento punitivo parecería insuficiente a esos efectos. En primer lugar, porque la escala penal de la culpa temeraria sigue siendo inferior a la del dolo, a pesar de responder ahora a las hipótesis de dolo eventual. Sobre todo en aquellos en que el agente se represente con una alta probabilidad la producción del resultado lesivo –sin llegar a la necesidad del dolo directo de segundo grado–²². En segundo lugar, porque la culpa, y por ello la culpa temeraria, sólo se contempla frente a algunas de las muchas más figuras dolosas. De manera que con frecuencia la eliminación del dolo eventual puede conducir directamente a la impunidad del hecho. Sobre todo si se atiende a que los alcances muy restringidos que tiene la noción en el anteproyecto, donde sólo está prevista para el homicidio.

Asimismo, hemos anticipado que tal exclusión del dolo eventual de las figuras dolosas, comporta un cambio en la *ratio* de las figuras imprudentes, pues ahora deben pensarse también como castigo para las hipótesis de dolo eventual. Y ello acarrea riesgos de ulteriores prácticas jurisprudenciales y legislativas viciadas. Es que debido a esas mermas y lagunas de punibilidad que se podrían producir, no sería irrazonable que en ciertos casos los Tribunales fuercen la *acreditación* de aspectos *internos* para encuadrar ciertas hipótesis actuales de dolo eventual dentro del dolo directo para así poderles dar la respuesta de los delitos dolosos. Es más, serían de esperar repercusiones expansivas en el ámbito legislativo para, ante las lagunas generadas, introducir nuevas figuras culposas actualmente inexistentes y aumentar las escalas penales de las que ya están para adecuarlas a la necesidad de responder también a las hipótesis de dolo eventual. Todo ello en detrimento del tratamiento que han merecido históricamente las hipótesis imprudentes.

Finalmente, también caben críticas técnico-legislativas a la propuesta formulada pues no se advierte que con su referencia a una *voluntad directa* del agente, necesariamente excluya toda interpretación que postule la admisión de un dolo eventual dentro del concepto. Ello no cambia con lo manifestado en la exposición de motivos pues lo dicho allí no es parte del texto legal, ni obliga a los Tribunales a los que sólo ilustra desde perspectivas históricas. Es más, incluso desde este punto de vista, no está claro en la aludida disidencia de Piñero, que éste admita que la fórmula consagrada con su referencia a la voluntad directa del agente determine necesariamente la exclusión del dolo eventual. Su crítica se circunscribe a cuestionar la preeminencia que se otorga a lo cognitivo sobre lo volitivo en la fórmula legal que se procura introducir sin decir nada sobre su eventual incidencia en la pretendida exclusión del dolo eventual de las figuras dolosas. Sólo alude a la «*pretensión*»

²¹ PINEDO, FEDERICO, «Fundamentos de las disidencias» del «Anexo a la Exposición de Motivos», *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, 1ª edición, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Bs. As., 2014, p. 313.

²² La culpa temeraria en el homicidio culposo del art. 83 llega hasta los 8 años (el mínimo de la escala para el homicidio intencional). El 76 CP (homicidio simple) tiene de 8 a 25 para el doloso. Y el 83 tiene 1 a 5 para culpa simple que asciende a 8 con la culpa temeraria.

de excluir el dolo eventual de la fórmula, sin decir si con ello se logra ese objetivo que, eso sí, considera inconveniente²³. Incluso se destaca que los problemas de delimitación en materia de accidentes de tránsito encuentran suficiente respuesta en la incorporación de la imprudencia temeraria en los arts. 83 inc. 2 y 95 in. 3°.

IV. Conclusiones

En términos generales, no compartimos el objetivo de eliminar la noción de dolo eventual y circunscribir las figuras dolosas a los supuestos de dolo directo de primer y segundo grado. Al menos en la medida en que ello conduzca a su tratamiento al ámbito de las figuras imprudentes. Incluso si en éstas se incrementan las penas, aunque la conveniencia de esto último resulte discutible.

En primer lugar, entendemos que la distinción resulta cuestionable desde perspectivas materiales y pone el acento en cuestiones que no determina el núcleo en el que se asienta el castigo más difundido y más grave de las modalidades dolosas. Tampoco consideramos que ese traslado del dolo eventual al ámbito de la imprudencia se pueda compensar con la limitada respuesta que plantea el añadido de la culpa temeraria habida cuenta de su escasa difusión y el carácter absolutamente excepcional de alternativas imprudentes ante la generalidad de las figuras dolosas.

Asimismo se advierte que la utilidad práctica de eliminar la distinción tampoco es tan significativa pues los problemas se presentan sólo en ciertos grupos de casos grises, la doctrina ha desarrollado valiosos aportes a esos efectos y la jurisprudencia suele seguir criterios materiales uniformes. De manera que existen alternativas técnicas más adecuadas y modernas para resolver los problemas que plantea la definición de dolo eventual, que restan validez a la pretensión de hacerlo mediante la eliminación que se propone.

Por otra parte, esa modificación de la *ratio* que comportaría para la imprudencia, pueden conducir a que las mermas e incluso lagunas de punibilidad generen riesgos de prácticas jurisprudenciales cuestionables y futuras tendencias legislativas expansivas para sanear las deficiencias producidas, con impacto negativo en el ámbito del castigo de la imprudencia.

A su vez, los cambios propuestos nos alejamos de las legislaciones comparadas más afines, como la española y la alemana, y de las tendencias incluso a una mayor difusión del dolo eventual sobre las que incluso se construyen las más modernas definiciones de dolo.

Finalmente incluso podría discutirse la utilidad de la fórmula legal empleada, centrada en su referencia a una *voluntad directa* del agente, para lograr los objetivos que pretende en orden a la noción de dolo eventual. Todo lo cual trae el peligro de que en el futuro no se logre lo pretendido y se abran nuevas y conflictivas discusiones doctrinarias en detrimento de la mayor seguridad jurídica pretendida.

Bibliografía

ANSCOMBE, GERTRUDE ELIZABETH, *Intención*, 1ª edición, (trad. Ana Isabel Stellino), Paidós, Barcelona, 1991.

DE LA RÚA, JORGE – TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

²³ *Ibidem*.

- GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía*. 2da. ed., edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2013.
- JAKOBS, GÜNTHER, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y los defectos cognitivos», *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Meliá, edit. Civitas S.A., Madrid, 1997.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, edit. Comares, Granada, 1993.
- LASCANO, CARLOS JULIO (h), *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, edit. Advocatus, Córdoba, 2002.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 6ta. Ed., edit. Reppertor, Barcelona, 2002.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como un estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- PINEDO, FEDERICO, «Fundamentos de las disidencias» del «Anexo a la Exposición de Motivos», *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, 1ª edición, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Bs. As., 2014.
- RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2ª ed., trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros, edit. Civitas, Madrid, 1997.
- SEARLE, JOHN R., *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente* (trad. Enrique Ujaldón Benítez; revisada por Luis Valdés Villanueva), Edit. Tecnos, Madrid, 1992
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, «Exposición de Motivos», *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, 1ª edición, Infojus, marzo 2014.

Nuevos criterios reglados de disponibilidad de la acción penal (ley 27147)

Naturaleza jurídica y competencia legislativa nacional

New legal guidelines to decide whether or not criminal prosecution (law 27147) Legal nature and federal legislative competence

por ENRIQUE R. BUTELER*

RESUMEN: La ley n° 27147 introdujo al Código penal argentino institutos de disponibilidad de la acción penal como la oportunidad, conciliación y reparación, y la suspensión del juicio a prueba, que ya estaban regulados en la mayoría de los Códigos procesales penales provinciales y en el de la Nación. Sin embargo, el sistema federal argentino no admite competencias concurrentes entre Nación y provincias en materia penal para normar sobre estas cuestiones. Ellas sólo pueden pertenecer a una u otra instancia. Por ende, una de esas regulaciones es inconstitucional por contradecir el modelo del art. 75 inc. 12 CN y la garantía de igualdad ante la ley de los arts. 16 y ctes. CN. Este trabajo busca responder a esa problemática precisando los alcances de esa distribución constitucional de facultades legislativas, e indagando en los fundamentos generales y específicos de esos institutos de disponibilidad.

PALABRAS CLAVES: Disponibilidad, legalidad y oportunidad. Reparación. Conciliación. Suspensión del juicio a prueba.

ABSTRACT: *Law n° 27147 introduced in Penal Code, new institution with legal guidelines to decide about criminal prosecution like opportunity, conciliation and restitution, and diversion, despite they were also regulated in provincials procedural Codes. However, the Argentinian federal system, not accept coincident competence in procedural and criminal matters. Consequently, one of each law is unconstitutional because contradict the legislative federal model of art. 75 inc. 12 and the equality guarantee of art. 16 Argentinian constitution. Here, we try to answer this questions, specifying the constitutional assignment of legislative competence, and thinking about the generals and specifics grounds of this institution.*

KEY WORDS: *Discretionary prosecution. Legality and opportunity. Restitution. Conciliation. Diversion.*

1. Introducción

La reforma del Código penal por ley n° 27147 modificó los arts. 59, 71, 73 y 76 del CP introduciendo nuevos institutos de extinción por disponibilidad de la acción penal. De ese modo se incorporaron la conversión de la acción pública en privada (art. 73), la oportunidad (59 inc. 5°), la conciliación o reparación integral del daño (59 inc.6°) y la suspensión del juicio a prueba (59 incs. 7°).

* Doctor Universidad de Navarra (España); Máster Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra de Barcelona (España); Especialista Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); profesor adjunto por concurso de Derecho Penal (Parte General), Universidad Nacional de Córdoba; Co-director Especialización en Derecho penal, Universidades Nacionales de Córdoba y del Litoral; Relator de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Muchos de esos criterios ya estaban en los Códigos procesales penales provinciales, por lo cual, descartado que se trate de competencias legislativas concurrentes, analizaremos cuál de ambas instancias –la provincia o la nación–, asumió facultades constitucionalmente vedadas. Aunque, adelantamos, entendemos que la infracción fue de las provincias.

No vamos a detenernos aquí en la otra cuestión constitucional, derivada de la errónea técnica legislativa empleada, que determina una re delegación legislativa a las provincias de materia atribuida constitucionalmente al Congreso de la Nación¹. Una problemática zanjada jurisprudencialmente² que siquiera parece conveniente ahondar³.

Por otra parte, nuestra crítica sólo se dirige a la técnica legislativa de su regulación, no a su incorporación. Muy por el contrario, entendemos que su necesidad resulta indiscutible ante la *imposibilidad real, en todo el mundo, de responder siquiera a la mayoría de los delitos cometidos*.

Es que, siendo ello así, si no se establecen criterios claros de disponibilidad, alguien, de algún modo y en algún momento debe elegir cuáles son esos pocos procesos que culminarán y cuáles van a parar al *casillero de la prescripción*⁴ mediante decisiones no controlables y en general ajenas a pautas de racionalidad político-criminal, que generalmente termina beneficiando a cierta clase de delincuencia que es justamente la que más se pretende castigar. Como ocurre con los delitos de corrupción y de cuello blanco, muchas veces de mayor complejidad, cometidos por sujetos con mejores posibilidades de defensa, que por ello requieren más esfuerzos y medios para su adecuada persecución⁵.

Dado que el problema se relaciona con las competencias legislativas en nuestro sistema federal, comenzaremos con algunas precisiones sobre esa materia y las características que permiten diferenciar el Derecho penal sustantivo del Derecho procesal penal. Todo ello, sin desconocer la relación entre ambas, la imposibilidad de límites precisos y la consiguiente delegación implícita al art. 75 inc. 12 de materia procesal penal.

Seguidamente procuraremos destacar cómo la disponibilidad opera como excepción a la operatividad de la consecuencia jurídica ante los requerimientos de merecimiento y necesidad de pena surgidos del delito. Para ello analizaremos la naturaleza de los fundamentos generales de la disponibilidad y los específicos de sus distintos institutos (oportu-

¹ El nuevo art. 59 CP se limita a mencionar nominalmente los institutos aludiendo a la aplicación de *oportunidad* (inc. 5), *conciliación o reparación del daño* (inc. 6) o *suspensión del juicio a prueba* (inc. 7) sin dar ninguna precisión y remitiendo en todo lo demás a lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

² En interesantes fallos complementarios, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo la constitucionalidad del art. 59 CP (27147) por su fin de ampliar la aplicación a todo el país de institutos reconocidos en la mayoría de las provincias, argumentando además la vigencia de la ley 27063 para remisiones según su art. 6 (“Reynoso”, s. 515, 24/11/2016; “Oxandaburu”, a. 566, 14/12/2016)-.

³ Con la honestidad intelectual que lo caracteriza, Cesano destacaba ya en 2006, que pese a su conclusión sobre la competencia nacional, era necesario “buscar una legitimación que desde una perspectiva constitucional, justifique (...) esta actitud de los Estados provinciales” evitando la gravedad institucional que acarrearía lo contrario ante la aplicación de esas normas en la mayoría del país. CESANO, JOSÉ DANIEL, “De nuevo sobre las competencias constitucionales en torno a las facultades legislativas sobre la disponibilidad de la acción procesal penal”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, Ed. LexisNexis, 2006, n° 5, pp. 876-883. La idea es trasladable, con más razón, ante el tímido y defectuoso paso dado con la ley 27147.

⁴ En ese sentido, LASCANO, CARLOS, *La disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio según la reciente reforma del Código penal*, Libro Homenaje a Fabián Balcarce.

⁵ Difícil para tribunales que, a duras penas pueden responder a la delincuencia violenta de los más vulnerables que conforman las causas “con preso” (donde la libertad suele determinar la prescripción).

nidad, conciliación o reparación integral del daño, suspensión del juicio a prueba y conversión de la acción privada.

En ese marco, explicaremos cómo toda esta problemática se inserta dentro de la categoría clásica de la punibilidad y que así debe ser incluso si se atribuye a la cuestión naturaleza procesal penal concluyendo con un llamamiento a la urgente necesidad de una nueva regulación de la cuestión en el Código penal, que complete los tímidos pasos de la ley 27147 receptando las propuestas de los Anteproyectos de reforma 2006 y 2014.

2. Competencias legislativas nacionales y provinciales en materia penal en el marco de nuestro sistema federal y la disponibilidad

2.1. Relevancia de la naturaleza sustancial o procesal de la disponibilidad

La adopción del sistema federal de gobierno (art. 1 CN) exigió al constituyente de 1853 diseñar un modelo legislativo que pudiera conjugar las tensiones generadas entre lo uniforme para todo el país del régimen nacional y lo diverso de las distintas provincias.

Para ello se optó por respetar nuestra tradición jurídica de un Derecho penal de fondo común y un procedimiento diverso del período de Derecho indiano de Derecho patrio⁶, distanciándose del modelo norteamericano⁷.

De ese modo el constituyente argentino otorgó al Congreso de la Nación una «sustantiva cuota de poder unitario»⁸ en un sistema federal menos intenso en esos aspectos⁹ que ratificó en la reforma de 1994. Esto último al conservar el art. 67 inc. 11 en el nuevo 75 inc. 12, mantener las competencias exclusivas de los arts. 122, 123, 124 y 125¹⁰ y reiterar los principios de taxatividad de competencias federales delegadas (art. 126 CN), y de residualidad de las provinciales¹¹ (art. 121 CN) por el que conservan las facultades no expresamente delegadas¹², con la única excepción en materia medioambiental¹³.

En definitiva, compete al Congreso de la Nación el dictado del Código de derecho común y a las provincias los Códigos procesales –excepto el procedimiento federal–¹⁴. De modo el derecho penal sustantivo será competencia legislativa indiscutible del Congreso de la Nación. Y esa será la instancia legislativa para regular la disponibilidad de la acción penal si se concluye, como aquí, que involucra cuestiones de fondo.

2.2. Materia procesal implícitamente delegada a la regulación penal sustantiva por el art. 75 inc. 12 CN

⁶ BARRERA BUTELER, GUILLERMO, *Provincias y Nación*, ed. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, p. 271.

⁷ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, 4ta. Edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As., 2015, t. II, p. 175.

⁸ Autor y obra cit., t. I, p. 32; t. II, p. 175.

⁹ Se refiere a la mayor o menor intensidad federal de uno respecto de otro en este aspecto, GELLI, María Angélica, obra cit., t. I, p. 71.

¹⁰ Las que incluyen asegurar la administración de justicia –art. 123–, darse sus instituciones locales y regirse por ellas –art. 124–.

¹¹ Lo denomina de ese modo AZRAK, DAMIÁN, «Federalismo y distribución de competencias», en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, GARGARELA, ROBERTO/GUIDI, SEBASTIÁN, coordinadores, edit. La Ley, Bs. As., t. I, p. 258.

¹² CSJN, “Nobleza Piccardo SAIC y F c. Santa Fe, Provincia, s/acción declarativa de inconstitucionalidad, 27/10/2015 (lo destacan, aut y obra cit, p. 259, n. 41.

¹³ Aunque incorporarla como facultades concurrentes debió sustraerse de la fórmula del art. 75 inc. 12 CN y regularse separadamente en el nuevo art. 41 CN. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, obra citada, t.I, p. 32; t. II, p. 591.

¹⁴ BARRERA BUTELER, GUILLERMO, *obra citada*, p. 268.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra CSJN ha señalado desde antiguo que la delegación del art. 75 inc. 12 CN también supone la de aquellas materias procesales que resulten «indispensables» para asegurar el Derecho sustantivo, además de las cuestiones de fondo propiamente dichas¹⁵. Es que la unidad de la ley de fondo responde a una «unidad política de la república» que las provincias no pueden destruir con sus instituciones, «concediéndose ellos mismos privilegios o exenciones al margen de la legislación general (159:326)»¹⁶. Por ello, en caso de conflicto, las normas locales deben ceder¹⁷.

Por otra parte, el art. 75 inc. 12 también delega facultades para el establecimiento del juicio por jurados. Sin entrar en las interpretaciones doctrinarias sobre sus alcances¹⁸ debe al menos repararse en la interpretación de nuestra CSJN *in re* “Verbitsky” señalando que tal regulación debe advertir «que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley»¹⁹. Y, nuevamente, las diferencias provinciales no pueden cancelar esos alcances de la garantía de igualdad ante la ley²⁰.

En consecuencia, aun cuando se asignara a la disponibilidad naturaleza procesal, si tuviera una vinculación de esa intensidad con la materia de fondo debería ser legislada en el Código penal, lo cual parece evidenciarse con la propia discusión en cuestión.

3. Algunos criterios clásicos para distinguir entre materias de Derecho penal sustantivo y de Derecho penal procesal y su importancia relativa para la cuestión

En sentido *clásico*, el núcleo duro de las normas del Derecho penal sustantivo se refiere a la caracterización de las condiciones de merecimiento y necesidad de castigo del delito, la de sus consecuencias jurídicas y su individualización. El Derecho procesal penal, en cambio, se refiere a las reglas que sirven para la actuación de aquéllas²¹, cumpliendo con las exigencias del debido proceso. De manera que hay una *subordinación conceptual* del Derecho procesal al Derecho penal²².

Ello no significa desconocer vínculos y coincidencia de fines que puedan entre ambas disciplinas ni la incidencia procesal de los conceptos sustantivos²³. Tampoco se nos

¹⁵ Autor y obra citada, p. 269.

¹⁶ CSJN, “González, Modesto c. Provincia de Santiago del Estero s/Cobro de alquileres”, *Fallos* 159:326 (1930). Citado por GELLI, MARÍA ANGÉLICA, t. I, p. 33.

¹⁷ AZRAK, DAMIÁN, obra citada t. I, p. 260. Cita en respaldo los fallos “Don Modesto González c. la provincia de Santiago del Estero, por cobro de alquileres. Inconstitucionalidad del art. 6° de la Constitución Local (1930) y “Banco del Suquía c. Juan Carlos Tomassini s/P.V.E. apelación” (2002).

¹⁸ Cesano, siguiendo a Maier resalta que ello supone la delegación no sólo del poder de organizar el jurado sino también el de reglamentar el juicio penal. CESANO, obra citada, pp. 883.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*. El criterio se reitera en “Conferencia Indígena de Neuquén” donde se señala que «el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales (...) reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino»

²¹ Dice ROXIN se trata de los preceptos que “regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar”. ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 45.

²² El derecho procesal penal «está al servicio del derecho penal sustantivo para su realización» que de otro modo «no le toca al delincuente ni un pelo», en palabras de Beling. CLARIA OLMEDO, JORGE A., *Tratado de Derecho procesal penal*, Nociones Fundamentales, Ediar, Bs. As., 1960, t. I, p. 14.

²³ En ese sentido, RAGUES, RAMÓN, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada” en *La Reforma del proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho penal 2004*, pp 134 y ss.

escapa que la “actuación” del Derecho penal en el marco del debido proceso exige un ir y venir de los hechos al derecho en la mirada del operador jurídico²⁴. Asimismo no buscamos reducir la labor judicial a una reconstrucción aséptica de los hechos para simplemente subsumirlos en el Derecho de fondo²⁵. Sólo planteamos la posibilidad de distinguir, al menos analíticamente, el núcleo duro de los contenidos de ambas disciplinas, sin olvidar que ni siquiera el carácter procesal penal de una cuestión determina su pertenencia a las competencias provinciales cuando presenta estrecha relación con los institutos sustantivos.

Siendo así las cosas, resultarán útiles algunas aclaraciones.

En primer lugar y aunque parezca obvio, la determinación del carácter sustancial o procesal de esos institutos de disponibilidad de la acción penal, no puede provenir de la naturaleza material o formal del cuerpo legal en el que se halla regulado. Todo lo contrario, es precisamente la naturaleza de la cuestión la que determinará esa competencia legislativa.

Por otra parte, no es válido sostener que la disponibilidad tenga carácter procesal sólo porque tenga fines o efectos procesales. Como sería su orientación a una mejor economía de los recursos procesales en orden a la persecución de los delitos más graves. Es que, dada la relación y subordinación conceptual aludida, toda disposición de Derecho penal sustantivo, necesariamente tendrá consecuencias procesales, como ha ocurrido históricamente. Por ello es que la atipicidad de un hecho determina el archivo de la denuncia, el sobreseimiento del imputado en la investigación preparatoria o su absolución en el juicio, según el momento en que se advierta dicha circunstancia²⁶.

Finalmente, es importante recordar que las distintas categorías del delito (acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad) no agotan la caracterización del supuesto de hecho del Derecho de fondo. Hay un segundo nivel de presupuestos normativos para condicionar la operatividad de sus consecuencias jurídicas que en el Derecho penal conforma la categoría de la punibilidad²⁷.

4. La inclusión de la disponibilidad en las competencias legislativas del Congreso de la Nación y su pertenencia al Código penal

Aquí veremos cómo la regulación de los institutos de disponibilidad de la acción penal pertenece a las facultades legislativas delegadas al Congreso de la Nación por el art. 75 inc. 12 CN, incluso, con independencia de su naturaleza sustancial o procesal penal²⁸.

4.1. Pertenencia de la disponibilidad al Código penal por la naturaleza sustancial de sus fundamentos

La existencia de un delito supone requerimientos de merecimiento y necesidad de castigo que hacen al núcleo duro del Derecho penal de fondo, de modo que si las normas de disponibilidad autorizan a considerar otras para neutralizarlos, por lógica supondrán

²⁴ Se refiere claramente a ello GARZÓN VALDÉS, «*El principio de congruencia y al crisis del principio “iura novit curia”*», en *Revista de Derecho Procesal Penal*, n° 2013-2, «Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma-II» pp. 707-718.

²⁵ Al respecto, la rica propuesta de Ledesma sobre añadir el Derecho a los hechos como objeto del litigio penal. LEDESMA, ÁNGELA, *El Derecho como objeto del litigio penal*, ed. Hammurabi, Bs. As., 2016.

²⁶ Incluso podría conducir a la revisión en la cosa juzgada de una sentencia, como ocurre si tuvo recepción jurisprudencial oportuna ante el supuesto del art. 489 inc. 5° CPP.

²⁷ BUTELER, ENRIQUE R., *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, dir. Carlos J. Lascano (H), edit. Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 587-589.

²⁸ Un rico análisis sobre los autores enrolados en una y otra vía aporta FIGARI, RUBÉN, *El principio de oportunidad (algo para tener en cuenta en una futura reforma penal)*, diciembre de 2012, <http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad>.

decisiones de esa misma índole sustantiva. Máxime si se atiende a *todo* delito supone una dañosidad que satisface las excepcionales exigencias constitucionales de lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, última *ratio* necesarias para autorizar su castigo.

En efecto, esos requerimientos permiten hablar de un conflicto secundario que superando el primario suscitado entre las partes, es en sí mismo insuficiente para justificar la intervención punitiva estatal frente a la suficiencia de las respuestas del Derecho privado, y lo trasciende socialmente autorizando la excepcional intervención punitiva estatal²⁹.

Esa repercusión intersubjetiva del conflicto penal ha sido advertida históricamente desde la superación de los tiempos primitivos de venganza privada, aunque con el Estado Moderno adquirió sus contornos actuales. Por ello en la doctrina clásica italiana *Carrara* hablaba de la *fuerza moral objetiva* del delito³⁰. Lo mismo ocurre con la dimensión social del concepto de bien jurídico³¹. Y esa proyección comunicativa se hace todavía más evidente en la concepción de los valores ético-sociales de *Welzel*³² y en conceptos funcionalistas comunicativos como la vulneración de la vigencia de la norma de *Jakobs*³³.

En consecuencia, la regla es el conflicto suscitado por el delito se castigue y ello sólo puede excepcionarse ante normas, también sustantivas, que por ello pueden válidamente introducir excepciones. Todo lo cual halla amplio respaldo legal en la parte especial –la manera de conminar sanciones en las distintas figuras y la previsión del art. 274 CP-, y en la tradición y la sistemática de los arts. 71, 72 y 73 del CP.

La principal consecuencia de ello reside en el carácter *cualitativamente* excepcional que reviste la disponibilidad, con independencia de la proyección cuantitativa que esa excepción pueda luego tener³⁴. Aunque ante la imposibilidad material de castigar penalmente a la mayoría de los delitos cometidos, la excepción deberá ser *cuantitativamente amplia* para lograr esos fines de optimizar y transparentar el uso de los recursos estatales em-

²⁹ Se refiere a esta distinción entre *conflicto primario* y *conflicto secundario*, en el marco del paradigma de “gestión de la conflictividad”, SOLIMINE, MARCELO A., *Bases del nuevo Código procesal penal de la Nación. Ley 27.063*, ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2015, pp 119-120.

³⁰ Carrara hablaba de la *fuerza física objetiva* del delito para referirse a “ofensa del derecho agraviado o, como algunos dicen, el *daño material* del delito” y la *fuerza moral objetiva* para aludir a su dimensión social caracterizada como “intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en los ciudadanos”. CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, volumen I, trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, edit. Temis, Bogotá (Colombia), 1996), pp. 69 y ss.

³¹ Bien dice Silva Sánchez, “la dañosidad social de la lesión sí es requisito de *toda protección jurídica* del objeto lesionado” pues todo bien “para ser ‘jurídico’ requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso”. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona (España), 1992, p. 276.

³² En la doctrina de Welzel la lesividad del injusto repercute sólo indirectamente en el bien jurídico pues lo central consiste en el aseguramiento de la vigencia de los valores ético-sociales afectados no sólo con el resultado sino principalmente con la conducta y la subjetividad del autor.

³³ Jakobs profundiza esta idea y termina sosteniendo que el Derecho penal “...no garantiza la seguridad de bienes jurídicos sino la vigencia de la norma...”. Esto es, procura mantener el contenido de las expectativas sociales de que la norma constituya la motivación dominante, ya que el fin de la pena es el mantenimiento de la fidelidad al ordenamiento jurídico...”. JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de Derecho Penal*, trad. Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá, edit. Civitas SA, Madrid (España), 1997, pp. 118-119.

³⁴ Sostener la regla de la disponibilidad atendiendo a su proyección operativa en la *constante y permanente selección de casos* desconocer esa dimensión cualitativa de la cuestión. Es la posición de BINDER, ALBERTO M., *Derecho procesal penal*, t. II, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 2014, pp. 393-394.

pleados en el proceso penal para concentrar esfuerzos en la sanción de la delincuencia comparativamente más grave³⁵.

Con ello no estamos negando el carácter indiscutiblemente procesal de esos fines orientados a una mejor persecución penal del delito. En cambio, sí estamos mostrando que su satisfacción supone un nivel de análisis previo para identificar los delitos menos necesitado comparativamente de pena que se desechan. Y ello supone consideraciones de índole indiscutiblemente sustantivas de necesidad de pena que neutralicen las surgidas del delito. Precisamente lo que aportan los criterios contenidos en los distintos institutos del art. 59 CP incs. 5 a 7 CP (oportunidad, conciliación o reparación integral, suspensión del juicio a prueba y conversión de la acción), que autorizan a considerar otras circunstancias distintas al delito para inferir esos menores requerimientos de pena. Algo que puede surgir de aspectos concomitantes (menor cuantía del injusto) o posteriores al hecho (suspensión del juicio a prueba), y ser independientes o dependientes de la conducta ulterior del imputado (reparación del daño a la víctima).

En cuanto a las características y al modo de operar de esas circunstancias de las que el legislador habilita a extraer la mayor o menor necesidad relativa de pena de un delito, debe señalarse su pluralidad y la reiteración de algunas de ellas en los distintos institutos – como suele ocurrir con la menor cuantía del delito–.

En ese marco, en cada instituto la ley destaca algún criterio principal que se formula positivamente determinando el elemento distintivo que autoriza la disponibilidad en ese instituto específico y determina su denominación como tal. Por ejemplo, la menor cuantía del injusto en el grupo principal de los supuestos de oportunidad, o la reparación de la víctima en el instituto del inciso 6° del art. 59 CP. También es posible que junto a ese se incluya en la caracterización positiva otro, relevante pero no definitorio de la identidad del instituto. Como ocurre con las normas que en los supuestos de oportunidad añaden la regla de la reparación a la víctima.

No obstante, esas pautas positivas suelen complementarse con otros criterios formulados negativamente por tratarse de consideraciones que se autorizan para inferir el aumento de la necesidad preventiva que puede haber disminuido la consideración del o los criterios positivos del instituto de disponibilidad y obstar a su procedencia.

Es lo que ocurre cuando pese a dársele hipótesis de disponibilidad y de preverse la reparación darse ésta, la ley establece igualmente su improcedencia en casos de afectarse intereses protegidos por tratados internacionales. Aunque dado que ello se relaciona con consideraciones de jerarquía constitucional, su vigencia deberá considerarse con independencia de su inclusión en la ley positiva por subsunción constitucional³⁶.

En definitiva, no queda más que concluir que la regulación de la disponibilidad de la acción penal es materia sustantiva por ende delegada al Congreso de la Nación para la sanción del Código penal, como ha destacado calificada doctrina sobre el tema³⁷ y como

³⁵ Con claridad, LASCANO, CARLOS J. (H), *La disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio según la reciente reforma del Código penal*, Libro Homenaje a Fabián Balcarce, p. 4 y ss.

³⁶ Ej: la improcedencia convencional por la mayor necesidad de pena de delitos menores ante la afectación de intereses que la Nación se ha comprometido internacionalmente a tutela, como ante violencia de género.

³⁷ CESANO, JOSÉ DANIEL, *obra cit.*, pp. 877-878; DE LA RÚA, JORGE –TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General*, t. 2, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 422; MAIER, JULIO; LASCANO, CARLOS J., *obra citada*; PASTOR, DANIEL, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 28. SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, t. II, Ed. TEA, Bs. As. 1989, pp. 527-528.

puede también deducirse de quiénes se han pronunciado del mismo modo en relación a la prescripción de la acción penal³⁸.

4.2. Pertenencia al Código penal de los efectos procesales de la disponibilidad y de ella misma para el caso en que se sostenga que esa es la naturaleza de sus fundamentos

De acuerdo con lo expuesto en el apartado precedente, no tenemos dudas sobre la existencia de una dimensión de naturaleza claramente sustantiva detrás de todo instituto de disponibilidad de la acción penal. Entendemos que eso es lo propio de su análisis de menor necesidad de pena, más allá de los efectos procesales que ello acarree en orden a su persecución penal en un proceso.

Sin embargo, dado que esa afirmación podría cuestionarse, consideramos importante señalar que aun cuando se sostuviera que esas consideraciones de menor necesidad relativa de pena son de índole procesal, se trataría de aquéllas que por su relación con la cuestión sustantiva se encuentra entre las implícitamente delegadas al Congreso de la Nación por el art. 75 inc. 12 CN. De tal manera que igualmente debería ser materia competencia del legislador nacional y por eso mismo, incluirse también en el Código penal y por cierto, analizarse dentro del Derecho penal en la categoría de la punibilidad³⁹.

El principal argumento sobre el cual suele asentarse el carácter procesal de estas cuestiones es de carácter genético y ha sido argumentado por calificados juristas como Binder, poniendo el acento en que para los proyectos anteriores al Código Penal de 1921, se propiciaba la regulación procesal de las modalidades y oportunidad de ejercicio de la acción, como era regla en los ordenamientos continentales europeos donde se abrevó⁴⁰.

Sin embargo, este fundamento es categóricamente desechado por Cesano con profundos argumentos históricos y científicos. Desde el primer punto de vista advierte sobre la existencia de dos períodos en nuestra historia legislativa. Sobre esa base afirma que esa conclusión es difícil de extraer del primero (iniciado con el proyecto tejedor y culminado con el proyecto 1886) y debe desecharse completamente en el segundo (inaugurado con el proyecto de 1891)⁴¹. A su vez, desde perspectivas científicas trae la posición de Alexy en cuanto su casi absoluta *inviabilidad* ante la falta claridad sobre “quién deba considerarse

³⁸ Además de los autores citados, AROCENA, GUSTAVO Y BALCARCE, FABIÁN, *Derecho penal económico procesal. Lineamientos para la construcción de una teoría general*, Ediar, Bs. As., 2009, p. 95; BUTELER, JOSÉ A. (h); HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, *La prescripción en el proceso penal*, 2da. edición actualizada, edit. Mediterránea, Córdoba, 2010, p. 39; FIERRO, GUILLERMO, en *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dir. David Baigún y Eugenio Zaffaroni, Marco Terragni coordinador, edit. Hammurabi, Bs. As., 2002, p. 743; VERA BARROS, OSCAR N., *La prescripción penal en el Código penal*, 2da. edición actualizada, edit. Lerner, Córdoba, 2007, p. 100. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, edit. Lerner, Cba., 1969, t. I, p. 227, n. 9.

³⁹ En definitiva, «no puede sostenerse que el arbitrio provincial en materia legislativa procesal sea absoluto» ni que ello conduzca a que «las provincias destruyan la legislación penal cancelando por vía procesal las garantías que la propia CN impone». ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Bs. As. 2005, p. 132.

⁴⁰ Lo advierte CESANO, JOSÉ DANIEL, obra cit., pp. 877-879.

⁴¹ Aunque el proyecto Tejedor no trataba la cuestión en las disposiciones generales, sí se previeron normas específicas con relación a los delitos en particular (adulterio, violación, estupro, rapto, calumnias e injurias) sin que se objetara doctrinariamente su constitucionalidad. Y desde 1891 las reglas sobre el ejercicio de la acción penal se establecen en la parte general dando origen a la tendencia que cristalizaría luego el Código penal de 1821. Autor y obra citada, pp. 879-880.

como sujeto de la ‘voluntad del legislador’”, y a la frecuente imposibilidad de determinar con claridad el contenido de esa voluntad...”⁴².

Se nos ocurre otro argumento. Podría sostenerse que sólo las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena de la teoría del Delito se corresponden con las consideraciones de fondo. De manera que toda otra ponderación de necesidad ulterior a ello pertenecería al Derecho procesal penal al vincularse exclusivamente con sus propósitos de actuación. Una conclusión que nos parece objetable a partir de lo expuesto anteriormente, y compatible sólo con posiciones puramente retributivas que no admitan la disponibilidad por definición, pero que se podría argumentar.

Sin embargo, aun así es claro que involucrando consideraciones de necesidad de pena la relación de estas cuestiones con el derecho de fondo, si se sostuviera su carácter procesal, sería del tipo de las que hemos visto, deben considerarse implícitamente delegadas al Congreso de la Nación en el art. 75 inc. 12 CN, por su relación con las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena del Derecho de fondo.

5. Los fundamentos específicos de menor necesidad de pena en los distintos criterios de disponibilidad

A continuación haremos una brevísima caracterización de los fundamentos específicos de menor necesidad de pena que surgen de los distintos institutos de disponibilidad introducidos en el art. 59 CP (oportunidad, conciliación o reparación integral del daño, suspensión del juicio a prueba y conversión de la acción). En particular, procuraremos mostrar cómo en todos ellos operan criterios de valoración del menor requerimiento comparativo de sanción en orden a esos fines de una mejor economía de recursos y eficacia en el orden procesal.

Dada la relativa similitud entre estos distintos grupos de criterios a los que se refiere dicha disposición con los previstos en los diferentes códigos procesales penales provinciales en los que se encuentran previstos, la remisión de la propia ley a esos ordenamientos y su falta de regulación todavía en Córdoba, apelaremos a lo que surge de su normativa general⁴³.

5.1. Criterios de oportunidad

En este primer instituto de disponibilidad, el criterio positivo central autoriza a inferir la menor necesidad de castigo de estos delitos de la (i) menor cuantía del delito –debido a la menor la magnitud de su injusto o de su culpabilidad–, de (ii) razones de humanidad o de (iii) la imposición –actual o futura- de penas al encausado por otros delitos que desde otro lado neutralizan la sensación de impunidad que podría generar su falta de castigo.

Se trata del criterio más amplio porque, al menos conceptualmente, plantea los menores requerimientos para poder disponer de la acción penal –el más gravoso sería la suspensión del juicio a prueba en su regulación del art. 76 CP⁴⁴–. Por eso mismo, su regula-

⁴² Autor y obra citada. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 229-230.

⁴³ Un importante trabajo de campo útil a esos fines se encuentra en AGUAD, DOLORES; BAZÁN, NATALIA; BIANCIOTTI, DANIELA; GORGAS, MILAGROS; OLMEDO, BERNICE, *La regulación provincial del principio de oportunidad*, en “Nuevos paradigmas en la persecución penal. Criterios de oportunidad”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales, Córdoba, 2011, pp. 122/135.

⁴⁴ Además de exigir una menor cuantía, requiere cumplir con las reglas de conducta que se le impongan, reparar a la víctima y hasta abandonar instrumentos decomisables.

ción suele autorizar un mayor número de circunstancias previstas como criterios negativos para inferir consideraciones de mayor necesidad de pena que puedan neutralizar su procedencia excepcional del castigo. En ese sentido, hay regulaciones que exigen además la reparación a la víctima y otras que contemplan la posibilidad de conversión previa de la acción pública en acción privada que determina que la extinción quede en manos de la víctima. Esto último (la posibilidad de conversión) indispensable desde perspectivas convencionales a partir de la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 8.2.h. CADH en función del 75 inc. 22 CN).

5.1.1. Oportunidad por necesidad de pena por menor cuantía⁴⁵

Este sub-criterio, que conforma el supuesto de oportunidad más característico y difundido, extrae la menor necesidad comparativa de pena, directamente de su menor gravedad que en sus distintas variantes extrae de tres criterios centrales. *En primer lugar*, de la menor magnitud del injusto, lo cual supone un análisis abstracto y concreto del hecho ilícito del delito cometido. *En segundo lugar*, esa menor gravedad suele vincularse con las consideraciones propias de la participación criminal, autorizando que también se considere la menor trascendencia de su intervención. *En tercer lugar* se halla el grupo de casos que infiere dicha circunstancia de la menor gravedad por menor reproche de culpabilidad, lo cual trae una cuestión vinculada al merecimiento pero con una proyección cuantificable que incide en las consideraciones de necesidad de pena.

La inferencia del menor requerimiento de pena es razonable a partir de las menores necesidades comparativas de retribución y prevención, general y especial que surgen de la menor gravedad de estos delitos. Sin embargo, ello podría conducir a que estos supuestos queden sin castigo por esa sola razón cuando el propio legislador ha considerado que merecen y necesitan sanción aún dentro del marco restrictivo y de excepción de nuestra constitución. Por esa razón, la procedencia de este supuesto de oportunidad suele estar condicionada, más que en otros casos, a la concurrencia de otros requisitos positivos –en algunos ordenamientos la reparación de la víctima– y por cierto, por un abanico más amplio de criterios negativos que autoricen a inferir una mayor necesidad que obste a su procedencia.

En relación a estos últimos –los criterios negativos–, la oportunidad por menor cuantía suele excluirse cuando el delito cometido afecte intereses tutelados por tratados internacionales, y muy especialmente, en los casos en que éstos revistan jerarquía constitucional. La mayor necesidad de pena, surge claramente de los compromisos internacionales que, dada su jerarquía superior a las leyes, en muchos casos incluso constitucional (supuestos del art. 75 inc. 22 CN). Es lo que ocurre ante delitos en los que media discriminación en general, violencia de género en particular, víctimas menores de edad, crimen organizado, etcétera. Tanto es así que esas reglas no serían formuladas necesariamente pues esos compromisos igualmente determinarían su incidencia para ponderar esa necesidad de pena desde una interpretación convencional. En esta misma línea debe mencionarse la frecuente regulación de la improcedencia del instituto cuando el sujeto activo sea funcionario público, pues aquí también, la ley de ética pública y los tratados contra la corrupción permitirían argumentar su exclusión aún sin regulación legal.

⁴⁵ Entendemos que esta denominación es más correcta que la de insignificancia al evitar su confusión con este principio del Derecho penal de fondo que determina la atipicidad o falta de antijuridicidad penal del delito, según las posiciones, por insuficiente afectación del bien jurídico en el marco de las exigencias del principio de lesividad. Aquí, por el contrario, estamos ante un delito que satisface esas exigencias de lesividad, sólo que su afectación comparativamente menos grave que otros delitos, autoriza su no punición para poder orientar los recursos procesales que a delitos más graves.

Asimismo es frecuente la exclusión de la oportunidad ante delitos reprimidos con penas de inhabilitación. Las razones son evidentes, dada la supuesta peligrosidad criminal del autor. Ello explica por qué sin embargo, en estos casos se autorice la suspensión del juicio a prueba ante la imposibilidad de imponer reglas de conducta neutralizadoras de esa específica peligrosidad criminal, revelando claramente la relación de menor a mayor entre ambos institutos y la consiguiente mayor excepcionalidad relativa de la oportunidad frente a la mal llamada *probation*. Igualmente criterios negativos suelen determinar su procedencia ante la existencia de antecedentes penales o disponibilidades previas dentro o fuera de determinados lapsos. En ese sentido parece ser lo propio del nuevo instituto que sus efectos sean absolutos una vez dadas sus requisitos. Y no, por ejemplo, que la oportunidad deje en suspenso la persecución durante un término condicionando la disponibilidad final a la no concurrencia de un nuevo delito en ese lapso⁴⁶.

Hemos señalado que entre las circunstancias negativas reveladoras de una mayor necesidad de pena suelen aparecer las referencias a las instrucciones generales del Fiscal general para perseguir penalmente a esa clase de delitos. Éstas suponen consideraciones de requerimientos político-criminales de la región, estableciendo diferencias en la disponibilidad en distintos lugares del país. Entendemos que ello no contraría las pretensiones de uniformidad sustantiva de nuestro régimen federal. La posibilidad de adaptar la procedencia de institutos con vigencia en todo el país a las particularidades de la criminalidad de cada región, lejos de afectar, reafirma la igualdad entendida como el tratamiento igual en iguales circunstancias. Máxime si se atiende a que este criterio opera como una *excepción de la excepción* de la no punición que constituye la disponibilidad frente a la comisión de un delito. Ello, por cierto, en la medida en que el Ministerio Público respete esos lineamientos político-criminales de fondo⁴⁷.

Finalmente, es importante resaltar otras consecuencias materiales que se derivan de esa *excepcionalidad* de la disponibilidad ante los requerimientos del delito⁴⁸. Se trata de la posibilidad del intérprete de restringir teleológicamente su procedencia, aun sin reglas negativas expresas, ante su eventual uso, contrariando los fines para los que fue previsto el instituto –de dejar de lado la delincuencia verdaderamente menos necesitada de pena–. Por ejemplo puede haber casos de mayor culpabilidad que determinen una mayor necesidad de pena que torne irrazonable disponer en ese caso de la acción penal. Es lo que ocurriría ante delitos de pena menor, pero cometidos por delincuentes de cuello blanco, o pertenecientes a sectores de alta invulnerabilidad que revelan una mayor culpabilidad, más allá de la incidencia que ello pueda tener ya, en orden a la aplicación de la condena condicional del art. 26 CP.

5.1.2. Oportunidad por menor necesidad de pena ante la existencia de otras penas reales o posibles del mismo imputado

⁴⁶ Se trata de una interesante observación que supiera hacerme Guillermo Lucero Ofredi en el año 2016, durante una conversación sobre el tema.

⁴⁷ De modo que, por ejemplo, sería arbitrario y por lo tanto, discriminatoria, una instrucción que exceptúe la disponibilidad invocando la “alarma social” sin argumentar dentro del marco que establece el Derecho penal de qué manera ello se relaciona con sus fines. Sí sería razonable, en cambio, que se argumentara el incremento en la comisión de una determinada clase de delitos en la región, incide en una mayor necesidad preventivo-general de castigo. Algo muy distinto a una mera “alarma social”, que incluso puede ser *creación* de construcciones mediáticas sensacionalistas.

⁴⁸ También consecuencias procesales, como la necesidad de certeza sobre los requisitos positivos y negativos de procedencia debido a su excepcionalidad –como ocurre también, por ejemplo, con los que determinan el sobreseimiento–.

En este sub-criterio, se autoriza a extraer la menor necesidad de pena de la menor utilidad del castigo del agente debido a que ya se le impuso o próximamente se le va a imponer una sanción por otro delito. Las razones que hay detrás entroncan con los fines generales del derecho penal, aunque no es tan fácil vincularlos en forma directa con los más inmediatos de sus teorías de la pena⁴⁹.

En efecto, la imposición de una pena considerable por otro delito, reduce las necesidades preventivo-especiales de castigo ante la utilidad resocializadora de la sanción ya impuesta. También puede jugar un papel importante el límite a la acumulación punitiva que plantean las reglas del concurso y la unificación.

No obstante, consideramos que la intuición legislativa también se relaciona con consideraciones sociales vinculadas de otro modo con los objetivos del Derecho penal. Es cierto que necesidad de pena por un delito en principio no puede considerarse compensada por la sanción de otro delito sin acarrear dificultades explicativas. La amenaza de la pena no aplicada en caso de disponerse de la acción se relaciona con el delito cometido y no con otro, y la norma cuya vigencia se alteró es la de ese y no la de otro delito.

Sin embargo, desde una perspectiva más amplia de los fines globales del Derecho penal, se advierte que la existencia –actual o futura– de esa sanción por el otro delito, tiene efectos en la estabilización general de expectativas al neutralizar la sensación de impunidad que genera la falta de castigo del sujeto activo de un delito. Y ello puede introducirse como un criterio para ponderar la menor necesidad atento a que ese razonamiento se orienta a dejar de castigar y no a justificar la sanción de un sujeto.

5.1.3. Oportunidad por menor necesidad de pena por razones de humanidad

La menor necesidad de pena de estos supuestos, se extrae de razones de humanidad que generan tensiones frente a la garantía constitucional de prohibición de penas crueles y hacen socialmente más comprensible no castigar a su autor.

El primero y principal de estos supuestos es la mal llamada *pena natural*, en que se considera que los sufrimientos acarreados por el delito a su partícipe inciden en una mayor crueldad del castigo. No se trata propiamente de una *pena* pues esas consecuencias gravosas no resultan de un reproche al autor⁵⁰. Su fundamento está en el menor impacto que tiene en las expectativas sociales no castigar a quién se halla en una situación de dolor distinto a la generalidad de las personas.

Hay también razones de humanidad en las otras dos hipótesis de oportunidad previstas en algunos ordenamientos ante casos de una *enfermedad incurable en período terminal* o antes situaciones en las que procedería la *prisión domiciliaria*. En ambos casos, de imponerse una pena, su ejecución sería domiciliaria. Y la gravedad de la consecuencia posible también incide en la necesidad concreta de su imposición.

5.2. Conciliación o reparación integral del daño

Mucho se ha escrito y se podría decir de este criterio de disponibilidad relacionado con nociones como las de la reparación como tercera vía –*dritte spur*– del Derecho penal

⁴⁹ Debe advertirse que el reconocimiento de criterios de disponibilidad plantea serio problema desde la perspectiva de las teorías retributivas puras ante sus dificultades para justificar diferencias de respuestas en orden a la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 y cctes. CN).

⁵⁰ Compartimos plenamente la crítica a la expresión y el análisis que hace SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «¿Puede considerarse el remordimiento una “poena naturalis”?» en *Indret*, http://www.indret.com/pdf/editorial.2_7.pdf

alemán o la *restorative justice* del *common law*⁵¹. Pero para nuestros objetivos alcanzará con exponer su lógica más básica para establecer sus características diferenciales.

En esta hipótesis de disponibilidad, la ley autoriza a considerar para neutralizar la necesidad de pena surgida del delito, la conducta del imputado posterior al hecho que repara el daño privado sufrido por la víctima. El fundamento reside en la reducción del conflicto secundario ante la solución del conflicto primario entre víctima y victimario⁵².

Aunque se trata de un criterio *conceptualmente* menos amplio que la oportunidad, su regulación en general suele considerar la necesidad de criterios negativos en relación con las características y gravedad de los delitos en los que procede. Por ejemplo, excluyendo los casos de delitos cometidos con violencia o de injusto más grave, aunque no siempre.

Ante el carácter conjuntivo o disyuntivo que la expresión “o” en la fórmula y sus precedentes, entendemos que se ha buscado prioritariamente la reparación dentro de la conciliación. Máxime cuando de otro modo se autorizaría a prescindir de toda respuesta punitiva⁵³.

5.3. *Suspensión del juicio a prueba y oblación voluntaria de la multa*

La suspensión del juicio a prueba, en tanto alternativa menos gravosa y preventivo-especialmente más eficaz que las penas de encierro parece ser algo más que un criterio de disponibilidad a partir de sus mayores exigencias y sus reglas de conducta resocializadoras.

Lo esencial aquí es la menor necesidad de pena que surge del cumplimiento de las reglas de conducta impuesta, más allá de la frecuente adición de otros requisitos que evidencian otros criterios, como el abandono de los instrumentos decomisables, el pago del mínimo de la multa conjunta y/o la reparación de la víctima, entre otros requisitos. Es que son reglas iguales a las que se le impondrían en el caso de condena de ejecución condicional por lo que las necesidades preventivo generales y especiales ya estarían. Una lógica similar plantea a la oblación voluntaria de la multa también de la ley 24.316⁵⁴.

5.4. *Conversión en acción privada*

La conversión de la acción pública en acción privada es otra clase de respuesta que tiene que ver con la disponibilidad de la acción penal desde al menos dos puntos de vista diferentes. Por un lado porque la transformación se traduce en un empoderamiento de la víctima y de su capacidad de negociación con el victimario al poder él directamente disponer de esa acción penal. Una situación que entendemos, abre plenamente las puertas para las instancias de mediación. Por otra parte, porque suele contemplarse como criterio complementario de la disponibilidad por oportunidad, muchas veces cuando ésta no incluye la reparación para evitar una afectación de la garantía de la tutela judicial efectiva.

⁵¹ Se refiere amplia y minuciosamente a esta cuestión, LASCANO, CARLOS JULIO (H), «La reparación integral del perjuicio como causa de extinción de las acciones penales», *Revista de Derecho penal y Criminología Dialnet*, año 2016, n° 6.

⁵² La gravedad del conflicto primario necesariamente influye en el conflicto secundario. El impacto en la comunidad de un homicidio difiere del hurto aunque ambos sean atentados a bienes jurídicos individuales.

⁵³ La crítica que hacía Hirsch a Roxin, quién salvaba la cuestión con argumentos que insertan la cuestión en el ámbito de los fines del Derecho penal ajenos a esta idea de extinción por la sola pretensión de reparar unilateralmente a la víctima. ROXIN, CLAUDIUS, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en *De los delitos y de las víctimas*, ESER/HIRSCH/ROXIN/CHRISTIE/MAIER/BERTONI/BOVINO/LARRAURI, edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1992, pp. 129 y ss.

⁵⁴ Cumplido voluntaria y anticipadamente el pago que correspondería por la condena, su sanción carecería de utilidad y necesidad preventiva. Máxime si se añaden los demás requisitos del art. 64 CP.

6. La disponibilidad como nuevo instituto de la categoría dogmática de la punibilidad

Hemos concluido que la regulación de los criterios de disponibilidad, supone un análisis de necesidad de pena propio del Derecho penal sustantivo, más allá de sus objetivos procesales de una más eficaz persecución penal de la delincuencia más grave.

Sin embargo, dijimos, las pautas para ese análisis son distintas a las consideraciones de necesidad (y merecimiento) de la teoría del delito y por ello se refieren a circunstancias también diferentes, que se autoriza a ponderar para *revalorar* esos requerimientos originales de castigo y condicionar la operatividad de su sanción⁵⁵. Aunque ello supone que actúen en ese mismo nivel para poder neutralizarlas, como históricamente ocurre con las condiciones que la doctrina penal sitúa en la punibilidad, ajenas al ilícito y su culpabilidad⁵⁶.

En efecto, la punibilidad surge, precisamente, para dar cuenta de supuestos en que la ley penal introduce criterios adicionales a las categorías del delito para autorizar la extinción del castigo –tornando inoperativa la consecuencia jurídica– a pesar de haberse cometido un delito. Es decir, estableciendo que para punir un delito, además de concurrir sus elementos básicos (*acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad*), se añade el requisito de la *punibilidad*. Por eso en la Parte general no pertenece a la teoría del delito sino a la de las consecuencias jurídicas⁵⁷. Supone la priorización de fines político-criminales distintos a los del delito que van desde la preservación de la familia en la excusa absolutoria del art. 185 CP, al *punto de oro* del art. 43 CP, pasando por la inutilidad de castigar un hecho cuando feneció la necesidad social de pena por el transcurso del tiempo (art. 59 inc. 4° CP)⁵⁸.

En el caso de la disponibilidad esos fines político-criminales se relacionan con la optimización de los recursos procesales con que cuenta el Estado ante la imposibilidad de castigar todos los delitos para mejorar su eficacia y concentrarse en los delitos que por distintas razones se consideran más necesitados de pena (arts. 59 incs. 5 a 7 CP)⁵⁹. De modo que *la disponibilidad se suma como una subcategoría más a los contenidos históricos de la punibilidad, conformado por las otras dos subcategorías clásicas de las excusas absolutorias y de las condiciones materiales para ejercer la acción penal y sus requisitos de extinción*.

Adviértase que para ello es indiferente la naturaleza sustancial o procesal de la cuestión, pues dada su directa relación con las consideraciones de necesidad de pena del delito, la disponibilidad pertenecería la materia procesal implícitamente delegada al Con-

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ SÁNCHEZ OSTIZ, PABLO, *Delictum 2.0*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (Navarra, España), 2013, p. 242.

⁵⁷ Lo hemos dicho en BUTELER, ENRIQUE R., *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, dir. Carlos J. Lascano (H), edit. Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 587-589. En sentido similar, MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA, *Punibilidad y Delito*, Edit. Reus, Madrid (España), 2017, p. 57. Igualmente SÁNCHEZ OSTIZ, PABLO, obra cit. p. 242.

⁵⁸ Adviértase que la extinción por prescripción de la acción penal ha sido incluida entre los requisitos materiales de los delitos de lesa humanidad en el Estatuto de Roma (el art. 29 se sitúa en la Parte III) y que la CSJN y nuestro TSJ (“Ferreyra”, s. n° 74/2005) aplica para ellas la garantía de la ley penal más benigna en general aceptada sólo para las leyes de fondo. Para consultaren sentido amplio *Corte Suprema de Justicia de la Nación Secretaría de Jurisprudencia “DELITOS DE LESA HUMANIDAD”* Julio 2009 Corte Suprema de Justicia de la Nación Delitos de lesa humanidad : Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires, 2009.

⁵⁹ Nos referimos a esta cuestión de manera más amplia en BUTELER, ENRIQUE R., «Los nuevos criterios de disponibilidad introducidos con la reforma de la ley 27.147 a los arts. 71, 73, 59 y conc. del CP, *Revista El Foro de Córdoba*, Córdoba, febrero de 2017, revista n° 184, pp. 49 y ss.

greso de la Nación para su inclusión en el Código penal por el art. 75 inc. 12 CN a la que hemos hecho referencia precedentemente⁶⁰. De modo que también debe regularse en el Código penal y abordarse en la Parte General del Derecho penal⁶¹. Como plantean quiénes atribuyen a la acción pena pero remiten su regulación al Código penal⁶².

Esas relaciones entre disponibilidad y punibilidad son todavía más evidentes cuando se advierte que también las condiciones de punibilidad suelen considerar la una menor cuantía del delito para su aplicación. Por ejemplo, la excusa absolutoria del art. 185 CP procede ante hurto y no, por ejemplo, ante robo entre parientes, pese a que en ambos casos serviría para preservar el vínculo familiar. Lo mismo ocurre con la excusa absolutoria del art. 1, 1er. párrafo, 2do. supuesto de la ley 22278⁶³ y en la menor gravedad de los delitos de acción privada y la mayoría de los de instancia privada, por su cercanía con el interés privado del afectado. Algo que refuerza la conversión de la acción penal.

Pero donde esos lazos se hacen más palpables es ante viejas excusas absolutorias que ya contenían criterios de disponibilidad. En efecto, no hay dudas sobre la pertenencia a la disponibilidad de institutos como el *arrepentido*. Pues bien, el viejo Código penal contenía un supuesto en el art. 217 CP que siempre se trató como una excusa absolutoria⁶⁴. Algo similar ocurría con el derogado instituto del arrepentido del art. 29 bis introducido a la ley 23737 en 1995. Igualmente con la incorporación del art. 41 ter CP por ley 27304. Aunque en este caso se trata de una disponibilidad con efectos punitivos parciales⁶⁵.

Cabe recordar aquí lo dicho sobre los efectos procesales de todo instituto sustantivo, pues también la punibilidad tenía expreso reconocimiento en los viejos Códigos procesales como causal de sobreseimiento en la fase preparatoria y la del juicio⁶⁶.

Por último, evidenciadas las graves deficiencias de la regulación introducida por ley 27147 ante la falta de definición de los institutos y su diferimiento por remisión a los cuerpos procesales nace la urgente necesidad de una regulación nueva y completa de la cuestión en el Código Penal fiel a nuestra tradición legislativa recientemente ratificada en los anteproyectos de reforma al Código penal 2006 y 2014. Saldar la deuda del Congreso de la Nación que propició el caos generado con su regulación provincial⁶⁷.

⁶⁰ Ragues resalta los problemas para establecer fronteras tajantes. RAGUES, RAMÓN, obra citada, pp. 129 y ss.

⁶¹ Con mayor flexibilidad, Figari plantea que por razones de conveniencia la cuestión sea incluida en el Código Penal incluso cuando se entienda que se trata de materia procesal penal regulada por las provincias. FIGARI, RUBÉN, *El principio de oportunidad (algo para tener en cuenta en una futura reforma penal)*, diciembre de 2012, <http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad-algo-para-tener-en-cuenta-en-una-futura-reforma-penal/>.

⁶² ZAFFARONI, EUGENIO/ ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 2003, pp. 166/167.

⁶³ Se destaca que no se trata de casos de *presunción de inimputabilidad* pues no puede depender de la naturaleza del delito sino la *renuncia a la pena* por la escasa entidad de estos injustos ante la posibilidad de otras consecuencias menos intensas (educativas, por ejemplo) y más proporcionadas. DE LA RÚA, JORGE/TARDITTI, AÍDA, *Derecho penal. Parte General*, t. 2, ed. Hammurabi, Bs. As. 2014, pp. 192-193

⁶⁴ Por todos, se refería así Núñez al 2do. párrafo del viejo art. 218 NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho penal argentino, Parte Especial*, t. VI, Ed. Lerner, Córdoba, 1971, pp. 227y ss.

⁶⁵ No ocurriría lo mismo con la excusa absolutoria del art. 1º, 1er. párrafo, 2do. supuesto de la ley 22278 que en el régimen de menores que en su entendimiento tradicional deja sin sanción a ciertos delitos de menor cuantía, pues no estarían detrás de ello fines procesales de una persecución penal más eficaz.

⁶⁶ Además que de advertirse durante el debate justificaría la absolución del imputado.

⁶⁷ El Senador Urtubey, informante de la comisión bicameral, destacó el origen de las regulaciones provinciales en la materia «un poco frente a la inacción del orden federal» y la consiguiente necesidad de regularla en el C. Penal para salvar cuestionamientos constitucionales y afianzar la disponibilidad en las provincias en

Bibliografía

- AGUAD, DOLORES; BAZÁN, NATALIA; BIANCIOTTI, DANIELA; GORGAS, MILAGROS; OLMEDO, BERNICE, *La regulación provincial del principio de oportunidad*, en “Nuevos paradigmas en la persecución penal. Criterios de oportunidad”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales, Córdoba, 2011.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- AROCENA, GUSTAVO–BALCARCE, FABIÁN, *Derecho penal económico procesal. Lineamientos para la construcción de una teoría general*, Ediar, Bs. As., 2009.
- AZRAK, DAMIÁN, «Federalismo y distribución de competencias», en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, GARGARELA, ROBERTO/GUIDI, SEBASTIÁN, coordinadores, edit. La Ley, Bs. As., 2016.
- BARRERA BUTELER, GUILLERMO, *Provincias y Nación*, ed. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1996.
- BINDER, ALBERTO M., *Derecho procesal penal*, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 2014.
- BUTELER, ENRIQUE R., *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, dir. Carlos J. Lascano (H), ed. Advocatus, Córdoba, 2005.
- BUTELER, ENRIQUE R., «Los nuevos criterios de disponibilidad introducidos con la reforma de la ley 27.147 a los arts. 71, 73, 59 y conc. del CP, Revista *El Foro de Córdoba*, Córdoba, febrero de 2017, revista n° 184.
- CESANO, JOSÉ DANIEL, “De nuevo sobre las competencias constitucionales en torno a las facultades legislativas sobre la disponibilidad de la acción procesal penal”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, Ed. LexisNexis, 2006, n° 5.
- DE LA RÚA, JORGE–TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General*, t. 2, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- ESER/HIRSCH/ROXIN/CHRISTIE/MAIER/BERTONI/BOVINO/LARRAURI, *De los delitos y de las víctimas*, edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1992.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, 4ta. Edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As., 2015.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, volumen I, trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, edit. Temis, Bogotá (Colombia), 1996), pp. 69 y ss.

donde se hallaba regulada, y propiciar su extensión a todo el país (Cámara de Senadores de la Nación, Período 133°, 4ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 27 de mayo de 2015, versión taquigráfica, p. 103).

- CLARIA OLMEDO, JORGE A., *Tratado de Derecho procesal penal*, Nociones Fundamentales, Ediar, Bs. As., 1960.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Delitos de lesa humanidad*, Secretaría de Jurisprudencia, julio 2009, 1a ed., Bs. As., 2009.
- FIERRO, GUILLERMO, en *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dir. David Baigún y Eugenio Zaffaroni, Marco Terragni coordinador, edit. Hammurabi, Bs. As., 2002.
- FIGARI, RUBÉN, *El principio de oportunidad (algo para tener en cuenta en una futura reforma penal)*, diciembre de 2012, <http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad-algo-para-tener-en-cuenta-en-una-futura-reforma-penal/>.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, «*El principio de congruencia y al crisis del principio “iura novit curia”*», en *Revista de Derecho Procesal Penal*, n° 2013-2, «Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigma-II.
- HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, *La prescripción en el proceso penal*, 2da. edición actualizada, edit. Mediterránea, Córdoba, 2010.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de Derecho Penal*, trad. Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá, edit. Civitas SA, Madrid (España), 1997.
- LASCANO, CARLOS, *La disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio según la reciente reforma del Código penal*, Libro Homenaje a Fabián Balcarce.
- LASCANO, CARLOS JULIO (H), «La reparación integral del perjuicio como causa de extinción de las acciones penales», *Revista de Derecho penal y Criminología Dialnet*, año 2016, n° 6.
- LEDESMA, ÁNGELA, *El Derecho como objeto del litigio penal*, edit. Hammurabi, Bs. As., 2016.
- MENDES DE CARVALHO, ÉRICA, *Punibilidad y Delito*, Edit. Reus, Madrid (España), 2017.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho penal argentino, Parte Especial*, t. VI, Ed. Lerner, Córdoba, 1971.
- PASTOR, DANIEL, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Hammurabi, Bs. As., 2015.
- RAGUAS, RAMÓN, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada” en *La Reforma del proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho penal 2004*.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, edit. Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ OSTIZ, PABLO, *Delictum 2.0*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (Navarra, España), 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, «¿Puede considerarse el remordimiento una “poena naturales”?» en *Indret*, http://www.indret.com/pdf/editorial.2_7.pdf
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona (España), 1992.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Ed. TEA, Bs. As. 1989.
- SOLIMINE, MARCELO A., *Bases del nuevo Código procesal penal de la Nación. Ley 27.063*, ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2015.
- VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, edit. Lerner, Cba., 1969.

VERA BARROS, OSCAR N., *La prescripción penal en el Código penal*, 2da. edición actualizada, edit. Lerner, Córdoba, 2007.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Bs. As. 2005.

El Problema de la Tentativa en el Derecho Penal Griego

The Problem of Attempt in Greek Criminal Law

por **DIEGO A. PERETTI ÁVILA***

RESUMEN: El delito, como una tipicidad legal, comienza a ser ejecutado en el momento en que se realizan algunos de los elementos constitutivos del tipo, sin que aún se haya alcanzado el objetivo del autor. En caso contrario, nos encontraremos todavía en el terreno de los actos preparatorios. Sin embargo, la pena de la tentativa sólo se encuentra justificada en los casos en los que el autor, a pesar de no haber llegado a consumir el resultado exigido por la ley ha establecido las condiciones para poner en riesgo al bien jurídico protegido.

PALABRAS CLAVES: Tentativa, comienzo de ejecución, Derecho Penal Griego.

ABSTRACT: *The offense, as a legal typicity, begins to be executed at the time that some of the type's elements are made, while the purpose of the author has not yet been reached. Otherwise, we still find us in the field of preparation. However, the punishment for criminal attempt is only justified in cases in which the author, despite not having reached the result required by law, has established some conditions for endangering the legally protected interest.*

KEY WORDS: *Attempted crime, begin of execution, Greek Criminal Law.*

ΠΕΡΙΛΗΨΗ: *Το έγκλημα όμως, ως τυποποιημένη στο νόμο συμπεριφορά, αρχίζει κατά κυριολεξία να τελείται μόνο όταν πραγματοποιούνται ορισμένα από τα στοιχεία της αντικειμενικής του υπόστασης, χωρίς ακόμα αυτή να έχει ολοκληρωθεί. Διαφορετικά βρισκόμαστε ακόμα στο χώρο των προπαρασκευαστικών πράξεων. Η ποινή ωστόσο για την απόπειρα ενός εγκλήματος μπορεί να δικαιολογείται μόνον όταν ο δράστης, μολονότι δεν έχει επιφέρει το αποτέλεσμα που απαιτεί ο νόμος, έχει θέσει πάντως όρους κινδύνου για το προστατευόμενο έννομο αγαθό.*

ΛΕΞΕΙΣ ΚΛΕΙΔΙΑ: *Απόπειρα, αρχή εκτέλεσης, Ελληνικό Ποινικό Δίκαιο.*

Palabras preliminares del traductor

El presente trabajo resulta ser una traducción de la conferencia dictada por el Dr. Aristóteles Charalambakis, titulada “El problema de la tentativa en el Derecho Penal”, en el marco de jornadas organizadas por las Universidades de Tracia y Tesalónica y dirigidas por el ya desaparecido y célebre jurista griego, Dr. Iannis Manoledakis, en el año 1994.

En el trabajo original se pueden encontrar citas que aquí hemos omitido, en razón que ellas remiten a bibliografía en idioma griego, de complicado acceso para el público hispanoparlante, por lo que nos hemos contentado con reproducir el texto del modo en que

* Abogado; Miembro del Instituto de Ciencias Penales –I.C.P.– de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Secretario de la Sección de Derecho Penal Comparado del I.C.P. y Doctorando en Derecho –Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba–. Traductor al español del texto original de Aristóteles Charalambakis “*El comienzo de ejecución del delito*”.

debe haber sido recibido en la exposición que lo sustenta –igualmente el lector interesado y conocedor de la lengua podrá tomar contacto con las notas correspondientes al acceder al texto original de la conferencia que, afortunadamente, se encuentra publicado en internet y cuyo link especificaremos en el apartado correspondiente a la bibliografía de este trabajo–.

Consideramos útil reproducir el pensamiento de Charalambakis en idioma español en razón de dos motivos fundamentales: en primer lugar, por la solidez, plasticidad y actualidad de su pensamiento y en segundo, ante la escasez de obras que manejamos en el mundo de habla hispana de pensadores del Derecho Penal de origen griego.

Como veremos a lo largo de la lectura del presente texto, el autor se encarga de abordar el complicado problema del comienzo de la tentativa, objeto de mi tesis doctoral, recientemente presentada, teniendo en cuenta las teorías más desarrolladas en el Derecho Penal Griego, a la época de la exposición, sentando con claridad su punto de vista acorde con una teoría de tipo material objetiva, que presenta el aspecto objetivo de la acción de la tentativa como la realización de alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, postura que, en lo que al aspecto objetivo refiere, posee tintes muy similares, a mi juicio, a aquella que encuentra el punto de comienzo de la tentativa punible a partir de la realización parcial del tipo penal –*die Teilverwirklichung des Tatbestandes*– que defienden en Alemania, en nuestros días, autores del prestigio de Freund,¹ Köhler o Murmann,² con fundamentos casi idénticos a los esgrimidos por los autores alemanes citados, me refiero, en especial, a Georg Freund que, al igual que Charalambakis, afirma que *cuando reconocemos la posibilidad de una tentativa punible aun cuando el sujeto interesado no haya hecho o dejado de hacer todavía nada que represente, vista desde una concepción material, una parte del tipo penal del delito consumado correspondiente –Teilstück des Tatbestands des entsprechenden Vollendungsdelikts–, corremos un serio peligro de hundirnos en un inaceptable derecho penal de actitud.*³

La realización de los elementos constitutivos del tipo penal no es el único componente de esta rica estructura funcional que presenta Charalambakis, sino que ella se encuentra complementada por la presencia del peligro concreto generado por la acción para los bienes jurídicos agredidos, que es lo que termina justificando, según el criterio del autor, la tutela penal del Estado y, con ello, el ejercicio de la punibilidad sobre los sujetos particulares.

La posición del expositor sigue una línea metodológica que nosotros compartimos, en atención a que, si bien se presenta, como resulta ineludible en nuestra época, como conocedor de las principales posturas alemanas, no se agota en los fundamentos de la profunda y prolífica ciencia del Derecho Penal de ese país; sino que edifica las bases de su doctrina a partir cimientos correspondientes al Derecho Griego, partiendo de su Constitución Nacional, en dirección hacia el Derecho Penal y de allí, a la institución de la tentativa de delito, lo que hace de su exposición un auténtico trabajo de dogmática penal griega.

Decimos que compartimos de manera esencial la línea de pensamiento del autor, en atención a que estamos convencidos que la única forma de encontrar una respuesta adecuada para la resolución de una cuestión tan antigua, complicada y debatida como es determinar la frontera que demarca el fin de la preparación y el comienzo de la tentativa pu-

¹ FREUND, GEORG: *Strafrecht. Allgemeiner Teil –Personale Straftatlehre–*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2009, ps. 329 y ss.

² Ambos autores citados por Roxin en: ROXIN, CLAUDIUS: *Strafrecht allgemeiner Teil –Besondere Erscheinungsformen der Straftat–*; Verlag C. H. Beck, Band II, München, 2003, p. 364 –nota 122–.

³ FREUND, GEORG: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., p. 331.

nible surgirá de tomar a la Constitución como punto de partida, en atención a que es la Norma Fundamental de cada país el instrumento por medio del cual se fija la justificación de la invasión del Estado de la esfera jurídica de los particulares, a través de la prohibición y la punición; sino que también señala los límites que debe respetar el ejercicio de estas facultades. Pretender descubrir el punto que demarca el comienzo de ejecución de la tentativa, sin remontarse a la Constitución, es como tratar de encontrar la salida del legendario laberinto de Creta, sin contar con el hilo de Ariadna, el jurista podrá coronar con éxito su empresa, mas dicho logro, hartamente improbable, como lo demuestra la historia de la ciencia del Derecho Penal, será el producto de una revelación intuitiva o de la mera casualidad, racionalmente injustificable y de escaso valor, por ende, para el saber científico y la práctica jurídica.

Finalmente, deseo aclarar que a este trabajo se sumarán, a modo de notas, las traducciones del artículo 7 de la Constitución Griega y del artículo 42 del Código Penal de dicho país, por sugerencia de mis colegas del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, quienes, atinadamente afirmaron, en oportunidad de exponer ante ellos esta traducción, la necesidad de incluir estos textos, a los fines de facilitar su comprensión y lectura.

El comienzo de ejecución del delito

–Η αρχή εκτέλεσης του εγκλήματος–
por Aristóteles Charalambakis

1. El comienzo de ejecución del delito ha sido, desde siempre, no sólo uno de los temas más complicados dentro del terreno del derecho penal, sino también una cuestión de evidente importancia ya que, dependiendo de la posición frente a la regla que se tome en uno y otro sentido se define el límite entre la impunidad, es decir, los actos preparatorios penalmente indiferentes y el comportamiento criminal.

En el campo de la ciencia griega, en la actualidad, se apoyan los más diferentes puntos de vista al respecto de la constitución de la tentativa.

Las teorías preminentemente subjetivas se enfocan en la intención del autor para determinar el punto de comienzo de ejecución. En los últimos años ha ido ganando muchos adeptos la teoría de la impresión –θεωρία της εντύπωσης–, de acuerdo a la cual existe comienzo de ejecución cuando se produce una impresión, objetiva y externa, de la delincuencia que conduce a un debilitamiento en la confianza de la sociedad en el sistema legal y la seguridad jurídica. Aún se apoya a la teoría objetiva –**η αντικειμενική θεωρία**– según la cual para la configuración de la tentativa se requiere de un acto de agresión a bienes jurídicos según lo descripto por la ley penal o en aquellos casos en que la ley describe como resultado una mera actividad. Nuestra jurisprudencia ha adoptado la fórmula de tipo de Frank, esto es la llamada teoría material objetiva –**ουσιαστική αντικειμενική θεωρία**–, según la cual se acepta que como comienzo de ejecución a cada acción del delincuente que es parte de los elementos constitutivos del tipo, así también como aquellas acciones que, debido a su necesaria vinculación con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella según la concepción natural o común de las cosas y conducen a ésta si no son interrumpidas de ninguna manera. Finalmente, han aparecido las llamadas teorías mixtas –**οι μικτές θεωρίες**– que tratan de completar la fórmula de Frank adicionando elementos de tipo subjetivo con el plan general criminal del delincuente.

La adopción ya sea de una u otra teoría lleva, como es obvio, conduce a soluciones diferentes. Si se excluyen los actos objetivos que son comúnmente aceptados como comienzo de ejecución de un delito, no existe un criterio uniforme que permita la clasificación de una u otra conducta como tentativa.

Un ejemplo muy ilustrativo de los diferentes puntos de vista se da en el caso en que A queriendo matar a B consigue una pistola y comienza a acechar a su víctima al frente de su casa, cuando éste llega, (A) se acerca –con la intención de matarlo– y dispara. Al respecto, tanto Adroulakis, como Jorafás afirman que, sin lugar a dudas, el comienzo de ejecución del delito tiene lugar en el momento del acecho –**σκόπησης** (viene del griego antiguo *σκοπέω*, que significa acechar) –. Liliópulos a comienzos de siglo y Manoledakis en nuestros días, aceptarán que el comienzo de la tentativa de homicidio se da a partir del momento del disparo del arma. El Tribunal Supremo ha sostenido que el comienzo de ejecución del delito de homicidio no se da sólo a partir del acecho y del disparo del arma de fuego en contra de la víctima, al tiempo que Filípides, yendo aún más lejos, afirma que la tentativa se configura incluso en circunstancias en que el delincuente ha cargado el arma, si de acuerdo con su plan criminal procederá inmediatamente al acto de matar o quizás también en el momento de sostener su arma cargada lista para disparar en el momento en que haga su aparición la acechada víctima, a pesar que ésta finalmente, en contra de las expectativas del delincuente, no aparezca.

En lo que respecta al delito de robo, las diferencias de opiniones también conducen a soluciones muy distintas. Para Androulakis, quien sigue la teoría de la impresión, que tenemos comienzo de ejecución del delito de robo a partir del momento en que el ladrón se ocupa de escalar el muro de la casa ajena. Hace muchos años, un tribunal menor en una causa caratulada “Thes/Nikis” afirmó que no se configura la tentativa de robo aún a partir del forzamiento o rotura de las ventanas de un inmueble. Sin embargo, la Corte suprema sostuvo que existe una tentativa de robo a partir del forzamiento mismo de la puerta de entrada de una vivienda. Manoledakis, Caifás y Papadamaki, afirman que es una condición necesaria para la tentativa de robo la contrectación de la cosa que va a ser sustraída.

2. La pregunta que tenemos que respondernos antes de optar por una u otra teoría es si el posicionamiento respecto del comienzo de ejecución del delito sólo puede basarse en la representación de cada autor o si existen límites relacionados con el objeto para poder determinarlo. En los estudios relacionados con la tentativa, a menudo se encuentran los que parten tanto de la primera, como de la segunda premisa. Respecto de la primera, se dice que el límite es excesivamente estrecho; puesto que hay casos como en el comienzo de ejecución del delito de homicidio en los que no puede faltar el disparo del arma de fuego. Este tipo de posiciones no tienen un valor general. Por otra parte decimos que, independientemente de la representación personal o teóricamente coherente de cada autor, el punto del comienzo de ejecución no puede ser colocado fuera de los límites fijados por la propia Constitución que es el que se establece para todos los delitos.

El límite está demarcado por la obligación de una descripción exacta de la acción que opera como garantía en el derecho penal. En virtud del Artículo 7, inc. 1º, de la Constitución Nacional se desprende que sólo pueden recibir sanción los hechos específicamente definidos por la ley⁴, por lo que debe quedar bien en claro, si este acto está descrito en la

⁴ El artículo 7, inc. 1º, de la Constitución Nacional Griega, dice lo siguiente: *No existe delito, ni se podrá aplicar pena alguna, a menos que se especifique antes de la perpetración del hecho, la definición de los elementos constitutivos del acto por una ley vigente. En ningún caso se podrá aplicar una pena más grave*

regla, para que sea un derivado de ésta, no sólo la identidad de su ataque, sino también el carácter injusto del mismo.

Evidentemente, al decir que el comienzo de ejecución del delito se extiende a actos que no son específicamente tipificados porque o bien se adecuan a la “natural” o “común” percepción de las acciones del agente o bien porque causan una impresión de la delincuencia que sacude la confianza de los ciudadanos en la ley, no se está respetando la garantía de una clara descripción del delito; puesto que, tanto la percepción “común” o “natural” de las cosas, como así también la impresión causada por el delito no son parámetros de comportamiento empíricamente verificables y cuantificables, por lo que el juez o cualquier intérprete de la ley determinará, necesariamente, el comienzo de ejecución del delito apelando a su propia percepción, como así también a su propia impresión de la delincuencia.

El segundo límite también se desprende del artículo 7 de la Constitución Nacional que no puede imponerse pena basándose en la moral de una persona, en sus pensamientos o en su actitud. Se causa un mal muy importante cuando alguien es castigado sin siquiera haber hecho algo que no resultó ser objeto de su interés. Se causa un importante mal cuando la pena reposa necesariamente en el pensamiento o plan criminal del autor cuando el acto no comporta ningún riesgo para los intereses legales. Cuando no se ocasiona daño a una persona o no se pone en riesgo algún bien jurídico ¿qué otra cosa que no sea los pensamientos se está pensando? Cuando, por ejemplo, se pena por tentativa de homicidio a aquél que armado con una pistola tenía la intención de matar a su víctima, en la medida en que esta acción en sí misma no genera un riesgo para el bien jurídico vida, esta pena sólo encuentra su apoyatura en los pensamientos del delincuente.

Si esto es así, estamos en condiciones de esbozar la conclusión preliminar que las acciones que no se encuentran debidamente tipificadas en una norma con fuerza de ley y no crean un riesgo para un bien jurídico no pueden ser incluidas dentro del concepto de la tentativa; puesto que esta integración es contraria a la Constitución.

3. Partimos de la base que la garantía constitucional permite no solo proteger el derecho de defensa de los ciudadanos frente a los excesos sancionadores estatales, sino que también ella misma sienta las bases para la posibilidad de intervención punitiva del Estado.

Esta observación puede tener valor como una sugerencia para una futura reforma legislativa. Debido a que el Legislador de 1975, reconociendo lo que es obvio, que el Estado, a modo de violencia legal, puede castigar en cualquier momento un comportamiento que considera peligroso, estableciendo como obligación mínima a cargo de éste, el definir con precisión cada uno de esos comportamientos y la prohibición de extender el campo de la sanción al terreno de la moral o de las creencias.

4. Incluso, se sostuvo que la necesidad de cumplir con el artículo 7 de la Constitución no requiere la conformidad del órgano ejecutivo respecto de la opinión que sostiene que el comienzo de ejecución es un acto objetivo. Tendría apoyatura constitucional una circunscripción legislativa del significado de “acto” en la que no se abarcara solamente a

que la especificada en el momento de la comisión del hecho -1. Έγκλημα δεν υπάρχει ούτε ποινή επιβάλλεται χωρίς νόμο που να ισχύει πριν από την τέλεση της πράξης και να ορίζει τα στοιχεία της. Ποτέ δεν επιβάλλεται ποινή βαρύτερη από εκείνη που προβλεπόταν κατά την τέλεση της πράξης-. Texto de la Constitución extraído en idioma Griego de la siguiente página web: http://www.et.gr/images/stories/eidika_themata/a_120_2008.pdf.

los actos objetivos propiamente dichos, sino también a muchos que son la expresión “objetivada” de la voluntad criminal.

Este punto de vista –que acabamos de referir- ignora el hecho que la cuestión de inconstitucionalidad no se plantea en razón del significado que la ley le atribuye a las expresiones, sino en base a actos, los elementos de la ley, los elementos que se describen en la misma ley –su contenido– y cierto es sólo el acto descrito en la realidad objetiva del delito.

Esta restricción objetiva impuesta en el derecho para el surgimiento de la responsabilidad penal, parece ser la misma adoptada por el artículo 42 del Código (que es el que legisla sobre la tentativa) si se lo interpreta en sentido restringido.

De conformidad con el texto del artículo 42, para que exista una tentativa, el autor tiene que emprender el acto por medio del cual se comienza a ejecutar el hecho delictivo⁵. El delito, como una tipicidad legal, comienza a ser ejecutado en el momento en que se realizan algunos de los elementos constitutivos del tipo, sin que aún se haya alcanzado el objetivo del autor. En caso contrario, nos encontraremos todavía en el terreno de los actos preparatorios.

Se puede extraer un argumento en esta dirección tomando la práctica seguida por el Legislador en el momento de tipificar los delitos contra el comercio, estableciendo en su origen del delito consumado en la tentativa de impugnar bienes legítimos. Vale también mencionar el caso del delito de Alta Traición, en el que la intención del Legislador de contar con la más amplia protección penal posible, se refleja en la formulación inclusiva de actos preparatorios y en la transformación de la tentativa en un delito consumado. El Legislador no hizo esto para tipificar por separado a la violencia y la amenaza de violencia, a la usurpación de autoridad o a cualquier otra conducta asociada con ellas y mucho menos a cualquier acto que cree la impresión que se cometió la Alta Traición. En su lugar sólo se refiere a ciertas modalidades de comisión, que son las formas de integración del ataque.

Ahora bien, si el Legislador en la práctica ha querido ofrecer la más amplia protección posible a los bienes jurídicos, es razonable concluir que, en la mayoría de los casos, la tentativa solamente se configura a partir de la puesta en marcha de actos que forman parte de los elementos constitutivos de los tipos penales contenidos en las normas.

5. En contra de este punto de vista se ha afirmado que, si bien esto puede servir para otorgar mayor seguridad al Derecho penal, como así también para ratificar la validez de la norma cuando se describe un comportamiento determinado, la solución no aparece satisfactoria cuando la ley penal describe un resultado. Así pues, se puede decir que, en el caso del delito de hurto, el comienzo de ejecución estaría dado a partir del momento en que se comienza a desapoderar la cosa: éste es el término que implica un acto de desapoderamiento dinámico o en el delito de estafa, desde el momento en que se comienzan a afirmar hechos falsos como ciertos –con el fin de desapoderamiento–; pero la cuestión se complica en el caso de los delitos de homicidio o lesiones corporales, en los cuales se produce el

⁵ El artículo 42, inciso 1º, del Código Penal Griego, establece la regla siguiente: El que, habiendo decidido realizar un delito o falta y la acción del intento representa, al menos, un comienzo de ejecución, será castigado, en caso de no completarse el delito o falta, con la pena –establecida para dicho delito- reducida (artículo 83)–, Όποιος, έχοντας αποφασίσει να εκτελέσει κακούργημα ή πλημμέλημα, επιχειρεί πράξη που περιέχει τουλάχιστον αρχή εκτέλεσης, τιμωρείται, αν το κακούργημα ή πλημμέλημα δεν ολοκληρώθηκε, με ποινή ελαττωμένη (άρθρο 83). Texto del Código Penal Griego vigente obtenido de la página web: www.e-rooster.gr.

castigo como consecuencia de un específico resultado. Las críticas en contra de la tentativa conectada a los elementos objetivos constitutivos del tipo son tan vagas y en la mayoría de los casos insuficientes a veces se ha llegado a argumentar que se desvirtúa con esto la institución de la tentativa; puesto que en esta, al igual que en el caso de los delitos consumados, se estaría describiendo un resultado.

6. Las cosas no son, sin embargo, como se presentan a simple vista. El hecho es que el Legislador, en la formulación de los delitos, ha optado por seguir dos caminos diferentes, en algunos casos describir un patrón específico de comportamiento, mientras que en otros referirse a un resultado causal en particular. No obstante, ninguna de las dos opciones escogidas afecta al límite de los elementos constitutivos del tipo penal.

El problema solamente se plantea cuando el resultado que se describe en la ley se encuentra separado o escindido de la acción muscular que lo causó; puesto que esta idea se opone a la concepción misma de acción penalmente relevante. De acuerdo con el artículo 14 del Código Penal, los delitos también puede consistir en la modificación del mundo exterior basada en un ataque al bien jurídico apoyado en una energía autónoma muscular (u omisión). Resultado y energía autónoma muscular conforman un solo acto físico, en el sentido que la energía muscular (u omisión) se incorpora de tal manera al resultado que queda indisolublemente unido a éste, como si se tratara de un simple hecho natural.

En este artículo se aparta el Legislador de su método original y establece el grado de responsabilidad describiendo, por un lado el efecto de la acción y por el otro la descripción de los procesos de causación del resultado, se tipifican así las omisiones que se incorporan de esta manera a la norma penal.

Cuando, por ejemplo, en el caso del artículo 299 del Código Penal, cuando se castiga a aquél que mata a otro, el elemento objetivo de la figura no está representado solamente por el resultado de la muerte, sino también por el conjunto de acciones que llevan a ese resultado. Cuando hablamos del delito de homicidio, es una acción la que produce el resultado de la muerte como, por ejemplo, disparar contra la víctima o colocar un potente artefacto explosivo, en estos casos ya existe una actuación de los elementos objetivos del tipo y, por lo tanto, ya hay comienzo de ejecución del delito de homicidio.

El hecho que la ley no contemple en algunas figuras las omisiones, como por ejemplo en el caso del delito de hurto, en el que sólo se encuentra tipificada la sustracción, no significa que en delitos como el homicidio se ratifique esta regla. Lo que el Legislador ha hecho es realizar una descripción con elementos generales, ya que el tipo incluye necesariamente a las omisiones que pueden en sí mismas llevar a la muerte, es decir que estas últimas pueden ser incorporadas a este delito específico.

Si, efectivamente, se aceptara que, en el caso del art. 299 del Código Penal no se encuentran debidamente descriptos todos los elementos del tipo, tendríamos que arribar a la conclusión que esta norma es inconstitucional, lo que no encuentra ningún tipo de sustento ni asidero.

7. Las cosas no cambian cuando un delito llega a cometerse a través de una omisión. Conforme al artículo 15 del Código Penal, el fracaso es parte de la realidad objetiva del delito y, en este mismo sentido, el cese de las acciones del músculo que puede causar el resultado de la muerte es un comienzo de ejecución del delito de homicidio.

Aquí también existen diferencias relativas en lo referente al punto a partir del cual podemos considerar que se da una tentativa, en especial cuando hay una brecha de tiempo

más amplia dentro de la cual es concebible la ejecución de la acción prevista, por ejemplo, esto ocurre cuando una madre, con intención homicida encierra en su casa a su hijo menor de edad y sale. Según una opinión, el comienzo de ejecución tiene lugar desde el momento en que el delincuente tuvo su primera intervención, de modo que, básicamente, esto se daría a partir del momento en que la madre deja en la casa al niño o en el caso de la enfermera que deja pasar el tiempo para aplicar una inyección al paciente, poniendo con esto en riesgo la vida de éste.

Sin embargo, como hemos ya referido, la pena de la tentativa sólo se encuentra justificada en los casos en los que el autor, a pesar de no haber llegado a consumar el resultado exigido por la ley ha establecido las condiciones para poner en riesgo al bien jurídico protegido –έχει θέσει πάντως όρους κινδύνου για το προστατευόμενο έννομο αγαθό–. No tenemos, entonces, una tentativa de homicidio a partir del momento en que la madre deja de alimentar al hijo o la enfermera de colocar la inyección, independientemente de la intención que éstas puedan tener. Existirá tentativa de homicidio a partir del momento en que, debido a la conducta omisiva, se cree un riesgo de vida y el agresor no actúe, a pesar de pesar sobre éste una obligación legal especial de accionar para detener el progreso de dicho riesgo.

Del mismo modo, se puede encontrar el comienzo de ejecución, como parte de los elementos constitutivos del tipo, en todos los demás delitos en los que se describe solamente un resultado o, para decirlo con mayor precisión, en todos aquellos tipos en los que la omisión no es una operación requerida por ellos.

8. La adopción de la tesis del comienzo de ejecución como puesta en marcha de los elementos objetivos del tipo de ningún modo se opone a la aceptación de institución de la tentativa como un delito en sí mismo.

Así, por supuesto, si el delito consumado consiste en un solo acto u omisión, habrá tentativa a partir del momento en que se cometa ese acto que lleva a la consumación del delito. Ahora bien, si la figura típica requiere de la realización de actividades más específicas o implica un proceso de acciones más largo, la tentativa tendrá lugar a partir de la realización de los elementos constitutivos del tipo objetivo. Así, por ejemplo, en el caso del delito de bigamia habrá comienzo de ejecución a partir del momento del inicio de la segunda ceremonia matrimonial y se extenderá la tentativa hasta la finalización de ésta.

9. Pero existen otros casos en los que los elementos constitutivos de la tentativa han ocasionado severos problemas. Puede llegar a transformarse en una herramienta muy útil para la determinación de los límites de la punibilidad en estos casos la relación entre el comienzo de ejecución y la puesta en peligro del bien jurídico. En situación, por ejemplo, de la “actio libera in causa”, es decir, actos u omisiones llevados a cabo en los términos del artículo 35 del C.P., evidentemente, no existe comienzo de ejecución ya desde el momento en que el “agresor” pierde la capacidad de controlar sus acciones, como alguna vez se ha argumentado.

Si A ha decidido cometer un homicidio y, para ello, se emborracha; pero debido a este estado, no puede siquiera salir de su casa; se puede decir que su comportamiento no ha creado todavía ningún riesgo para el bien jurídico vida y, en esa medida, no se puede justificar una pena aun. El comienzo de ejecución se dará sólo a partir del momento en que el delincuente cometa un acto de homicidio, incluso, aunque en ese momento (el autor) fuese inimputable.

10. Se puede dar una tentativa (teniendo en cuenta el principio anterior), en casos de participación, también en circunstancias en las que el aspirante a partícipe aun no haya tenido tiempo de desarrollar concretamente su papel criminal.

De acuerdo con la teoría de la “Solución Global” que prevalece en la ciencia alemana desde hace unos años, el comienzo de ejecución para todos los partícipes se coloca en un punto en el tiempo en el que la acción común comienza a ser un delito. La idea que sustenta esta posición es bastante simple. En el crimen cometido en complicidad todos llevan adelante los elementos constitutivos del tipo objetivo, de manera que el comienzo de ejecución llevado adelante por un autor como “objetivación de la voluntad colectiva” rige para todos los otros.

Sin embargo, aún en este caso de delito integral, estamos hablando de actos objetivos llevados a cabo (por lo menos) por dos cómplices, por lo que la idea global no es objetiva y no reviste utilidad ni para la justificación ni para la graduación de una pena. Si ninguno de los cómplices lleva a cabo alguno de los actos constitutivos del tipo, falta el requisito mínimo para la configuración de la tentativa; por lo que no puede ser éste penado.

11. De lo anterior, estimo que se deriva claramente que la relación entre el comienzo de ejecución y la puesta en peligro del bien jurídico, así como (el método de) la ratificación de la regla estandarizada, no sólo puede operar de manera eficiente en todo tipo de delitos, a pesar de las objeciones, sino que puede proporcionar una seguridad adicional para la solución de casos; puesto que reafirma la función de garantía de nuestra ley penal.

Bibliografía

CHARALAMBAKIS, ARISTÓTELES; *Η αρχή εκτέλεσης του εγκλήματος* –El comienzo de ejecución del delito–; en: *Προβλήματα της απόπειρας στο ποινικό δίκαιο* –El problema de la tentativa en el Derecho Penal–, Conferencia dictada los primeros dos días de áreas de reuniones científicas de las universidades de ciencias criminales y forenses Tesalónica y Tracia: Komotini 25 a 26 noviembre 1994. Dirección: Iannis Manoleidakis y Aristóteles Charalambakis, Editorial Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 1995, ps. 91 y ss. Artículo disponible en idioma Griego en la página web: www.books.eudoxus.gr.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE GRECIA –ΣΥΝΤΑΓΜΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΑΣ–; texto extraído de: http://www.et.gr/images/stories/eidika_themata/a_120_2008.pdf.

CÓDIGO PENAL GRIEGO –ΠΟΙΝΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ–; texto extraído de la página web: www.e-rooster.gr.

FREUND, GEORG; *Strafrecht. Allgemeiner Teil –Personale Straftatlehre–*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2009.

ROXIN CLAUS; *Strafrecht allgemeiner Teil -Besondere Erscheinungsformen der Straftat–*; Verlag C. H. Beck, Band II, München, 2003.

Sobre el Derecho Penal de la actitud interior

(La actualidad del antiguo debate sobre la Teoría del Delito)*

*On the Criminal Law of the inner attitude
The news about the old debate of the theory of crime*

por **LUIS MARÍA BONETTO****

RESUMEN: El trabajo que traducimos, titulado en italiano “*Sul Diritto Penale dell’atteggiamento interiore*” (Sobre el Derecho Penal de la Actitud Interior), es una conferencia pronunciada por el Profesor Bettiol¹ en el aula Magna de la Universidad de Parma en noviembre de 1970. El escrito representa el último punto de la evolución del pensamiento jurídico en materia de la ciencia del Derecho Penal del destacado jurista italiano de la dogmática jurídico-penal de dicho país.

PALABRAS CLAVES: Derecho Penal. Actitud interior. Responsabilidad penal. Giuseppe Bettiol.

ABSTRACT: *The work that we translate, entitled in Italian “Sul Diritto Penale dell’atteggiamento interiore” (On the criminal law of the attitude inside), is a lecture given by Professor Bettiol in the aula Magna of the University of Parma in November of 1970--the writing represents the last point in the evolution of legal thought in the science of criminal law, of the prominent Italian jurist of the dogmatic legal in that country.*

KEY WORDS: *Penal Law. Inner attitude. Criminal responsibility. Giuseppe Bettiol.*

Palabras preliminares del traductor

Creemos oportuno, para una mejor comprensión del pensamiento del autor “Sobre el Derecho Penal de la Actitud Interior”, puntualizar en una brevísima síntesis, algunos aspectos salientes de la orientación jurídica de Bettiol y también destacar la situación creada en Italia, después de la sanción de la Constitución de 1948, con relación a las normas del Código Penal de 1931 o Código Rocco, como suele llamárselo.

Con relación a lo primero diremos:

— Dentro de las diversas direcciones de la dogmática jurídico-Penal, Bettiol comparte las ideas de la escuela de normativismo jurídico.

— El conflicto entre una “Jurisprudencia de los conceptos” y una “Jurisprudencia de los intereses” como métodos de investigación, se manifiesta partidario de una “Jurisprudencia de los valores” entendiendo a estos últimos no como una realidad que se encuentra fuera de

* Subtítulo aportado por el traductor.

** Abogado. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Roma (Italia). Profesor de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho de la UNC. Profesor de Derecho Penal I de la Universidad Católica de Córdoba y Ex Profesor de Derecho Penal II de la misma institución.

¹ Siendo Profesor Ordinario de Derecho Penal de la Universidad de Padua, Giuseppe Bettiol escribe en el año 1945 su “Diritto Penale” que es texto de Derecho Penal con el cual se enseña, en sus sucesivas ediciones, en las principales universidades italianas, tales como Nápoles, Milán, Roma y, desde luego, Padua.

las cosas, sino como “la naturaleza de las cosas expresada en términos inteligibles a fin de que el hombre se pueda servir de ellos para sus fines morales”.

— El concepto antes formulado de “valor” y como lógico corolario que el carácter teológico de los conceptos penales individuales y generales, inspiran todos sus sistemas de derecho penal.

— En cuanto a la relación entre moral y derecho es categórico en firmar la absoluta dependencia del derecho frente a la moral. Entiende al Derecho como “la moral misma” cristalizada en un determinado momento; en contra en consecuencia, tanto el escepticismo ético de los positivistas (Ferri, Grispigni) en cuanto de la tesis intermedias de Musotto, Petrocelli y del famoso “mínimo ético” de Manzini.

— De los puntos precedentes se desprende su posición notablemente retribucionista (fuertemente criticada por gran parte de la doctrina italiana) respecto a la filosofía de la pena.

En orden de la segunda aclaración que entendemos útil formular, siempre en apretado resumen, podemos decir:

— El Código Rocco no es un código “Homogéneo” antes bien “heterogéneo” desde el punto de vista de la ideología que les sostiene.

— Existen una discrepancia entre las normal del Código Penal vigente en Italia, que es consecuencia de una diversa posición ideológica de la constitución frente a la del Código Penal.

Esta distinción entre “Homogéneo” y “Heterogéneo”, referida a un ordenamiento jurídico o a un Código, es hecha en Italia por Franco Bricola, quien sostiene que los ordenamientos homogéneos son aquellos que están fundados sobre una única escala de valores que es la resultante de la ideología política imperante, en cambio de aquellos heterogéneos en los cuales la consistencia de más de una ideología determina la presencia de más de una escala de valores.

El código Rocco, de inspiración netamente autoritaria, con predominio del Estado sobre el individuo, no pudo sin embargo dejar de aceptar la influencia de la ideología liberal, fruto del confluir de una concepción autoritaria del derecho Penal, por un lado, y de una mentalidad burguesa-liberal de los autores del código, por el otro (F. Bricola).

En este enfoque “mixto” con predominio del todo sobre la parte, era lógico excluir una investigación sobre la culpabilidad, para ser reemplazada por un criterio de “responsabilización” del individuo por parte del Estado, “responsabilización” que, basada en el carácter lesivo del hecho, encuentra en la protección de los intereses y de los bienes jurídicos del hombre, como criterio eminentemente hedonístico- utilitarista, su razón de ser.- Pero caído el régimen político entonces imperante, Italia en el año 1948 sanciona su constitución en donde en su artículo 2 se lee: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea en forma particular, como en las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad...”

Esta aceptación de los derechos naturales del hombre abre la puerta a una instancia jurídica, paralela y contraria al ius-positivismo y al tecnicismo jurídico hasta entonces imperante. Es más, en el art. 27 de la C.I. se expresa: La responsabilidad penal es personal con lo cual se abre un polémico debate acerca de los alcances de esta expresión que mantiene aún hoy en discusión a la doctrina peninsular. De este artículo 27 de la Constitución Italiana, en concordancia con otros de menos importancia, la más moderna y destacada doctrina peninsular, entre la cual Giuseppe Bettiol elabora el llamado “voltocostituzionale dellillecitetopenale” o sea el rostro constitucional del ilícito penal o mejor aún, el concepto “personalista del delito” el cual lejos de entenderse como una conducta que resulta contraria a los

más importantes intereses de una comunidad en un determinado momento histórico o como una ofensa al fundamental derecho subjetivo del Estado para su propia existencia y conservación, es visto en su aspecto esencial, ontológico, es decir, como un ilícito “personal” como un hecho antijurídico cometido culpablemente.

Los lineamientos seguidos por Bettiol, que hemos precisado, y esta nueva concepción “personalista” del ilícito penal fruto de la nueva ideología que surge de la Constitución Italiana, están en la base, como criterios rectores e inspiradores de esta “nueva instancia” que propone Bettiol con su enfoque de un derecho Penal de la actitud Interior, el cual representa, como dijéremos al comienzo, el último punto de la evolución del pensamiento de Padua. Su teoría de la “Gesinnung” y su correspondiente utilización para la interpretación y aplicación de las normas de un sistema de derecho penal es fuertemente criticada por la doctrina italiana, la cual le objeta, como es lógico suponer, los difíciles problemas de verificación prácticos de una semejante concepción.

Transformar la pretensión punitiva del Estado no solo en la comisión de un hecho concretamente lesivo, sino más bien, en la específica intención contraria al valor del acto tutelado. No obstante Bettiol insista en lo contrario, puede conducir a extremos sumamente inciertos y peligrosos.

De ellos es consciente el mismo Bettiol, el cual culmina con otro artículo escrito en correlación con el que hemos traducido y titulado “Su sacertá e devianza del DirittoPenale” con estas palabras: “El hombre como portador de una eticidad que le diferencia de todo ser viviente es lanzado en primer plano como un hombre culpable propiamente en virtud de ese “Gesinnungsstrafrecht” que, mal entendido, puede ser el fin del derecho penal, pero que, visto en su luz y fuerza propia, salva el derecho penal de la opacidad de los hombres de cavernas.”

Es evidente, en nuestra opinión, que una concepción tal es mucho más cercana a las teorías de la “Culpabilidad por la conducta de vida” o “Culpa de autor (“Colpa di autore” o Lebensfuhrgschuld)” que a la misma teoría normativa de la culpabilidad, que defendiera Bettiol en su obra “DirittoPenale” ya que en un “Gesinnungsstrafrecht” la culpabilidad, lejos de ser un “juicio objetivo formulado por el juez sobre el comportamiento tenido por el agente”, se radica fundamentalmente en su actitud de conciencia frente al valor del acto tutelado, adquiriendo como consecuencia particular relieve la conciencia de la ilicitud del hecho, o cuanto menos, la posibilidad de una tal conciencia por parte del agente. He aquí la “Consciente decisión del delito” de la que nos habla Lange en el escrito y que veremos oportunamente.

“Solo siendo consciente de la culpa llego a ser libre, de otro modo sigo siendo esclavo de la naturaleza; solo llego a ser libre en la decisión que es como una resurrección, una transfiguración, o una revolución de mi forma de pensar. Así lo vieron Platón, la religión Bíblica, Kant” (Karl Jaspers).

El “quid” del problema está en el “objetivizar” esa conciencia a los fines, no solamente de una correcta individualización de la culpabilidad por parte del juez, sino también para conciliarla con los presupuestos metodológicos y políticos de la tipicidad y la lesividad del hecho, y lo que es más fácil aún, conciliar esta siempre creciente “objetivización” del ilícito penal y por lo tanto culpabilidad, expresión de una concepción iluminista del hombre de carácter exquisitamente liberal con las premisas necesariamente preventivas y represivas de un ordenamiento penal.

Los problemas de la culpa inconsciente, el error de derecho, los ilícitos contraven-
cionales, son algunos de los interrogantes que quedan abiertos.

Cuestiones tratadas²
por Giuseppe Bettiol

1. Una pregunta se impone hoy al investigador penalista que sobre todo, quiera ver si respecto de la naturaleza y de las posibles valoraciones de los fenómenos que le interesan, no se encuentra en el año mil novecientos setenta y uno, ante un significativo e importante cambio que lo induzca a rever posiciones que se creían tranquilamente aceptadas. No se trata con esto de volver al problema metodológico o de afirmar que con relación al mismo, en el pasado, hubiere existido plena concordancia de puntos de vista. Sino que más bien la verdad es lo contrario. Piénsese tan solo en el problema del bien jurídico, considerado por algunos, y hoy, particularmente por Schmidhauser la clave (“chiave di volta”) del sistema de derecho penal, mientras que para otros, en especial para Pedrazzi, el bien jurídico es redimensionado en razón de que también las modalidades de la acción deben considerarse importantes y determinantes en el difícil trabajo hermenéutico y sistemático de los tipos delictivos.

Va de suyo que ya no consideramos real el contraste entre un derecho penal de resultado (Erfolgsstrafrecht) y un derecho Penal de voluntad (Willensstrafrecht), de los que tanto se ha hablado en la década de 1930 a 1940. Razones políticas totalitarias habían agudizado ese contraste para poder combatir en términos políticos el delito entendido como rebelión del individuo frente a la voluntad normativa del Estado, como acto de infidelidad del particular respecto del jefe. No hay duda que aquí estábamos frente a una visión o concepción del derecho penal que, destruidos los límites puestos en el 800 por el Estado de Derecho de “bismarkiana” memoria, sometía el derecho penal al solo arbitrio de los que detentaban el poder político. Alemania nos había dado un trágico ejemplo de una semejante concepción, aunque en honor a la verdad, la escuela de Hamburgo se había mantenido en sus posiciones liberales aunque haciendo, de mala gana, alguna concesión al nuevo curso.

Pero en todo caso, es cierto (al margen de toda valoración política) que la acentuación del momento voluntarista en el cuadro de la noción del delito, nos permitió entonces ver mejor que antes, aspectos de problemas que un opaco objetivismo nos había ocultado; objetivismo que transferido al campo de la política criminal al de la dogmática, había transformado la ciencia del derecho penal en una máquina conceptualista, como si la dogmática fuere solo la expresión de fuerzas naturales al servicio de la utilidad colectiva, a la cual la dogmática misma debía servir.

La dirección naturalista había obstruido toda posibilidad de fijar o de plasmar los conceptos al margen de la categoría de la causalidad.- Quizás el derecho penal que ponía su acento sobre la voluntad, pudo haber servido para romper una semejante concepción, pero a condición de que la vida del espíritu no fuera coartada en el ámbito de una a veces disfrazada causalidad.

Bajo este aspecto, no se puede decir que la dogmática “voluntarista” haya conducido a un derecho penal indeterminadamente entendido. El problema se ubicaba en términos políticos más que filosóficos, e incluso hoy, superada hace veinticinco años la tormenta- un

² Título aportado por el traductor.

jurista del valor de English, habla de la libertad del querer como de un “incognoscible” que, no obstante, es prácticamente indispensable para comprender los problemas planteados por el derecho penal. Opinión, por otra parte ya sustentada y defendida por un amplio grupo de estudiosos, los cuales, no obstante reconocer la dificultad o la imposibilidad de una demostración filosófica teórica de la libertad del querer, afirmaban que en el plano de la vida práctica no se puede prescindir de ella.

Pensemos en Hans Welzel –a quien se debe el gran cambio finalista del derecho penal en los últimos treinta años– como un científico que en nombre del finalismo ha roto los puentes con el determinismo y puede considerarse como aportador de argumentaciones que sirven para liberarnos del dominio incontrastable de la ley de causalidad psicológica, aunque del sistema que de él surge no se puede dejar de advertir contradicción.

Por lo demás, no afirmamos una novedad, ya Olgiati en el año 1952, en una nota al “Nuevo Rostro de Derecho Penal”, del mismo Hans Welzel, publicado en “Jus”, había advertido al lector que la libertad del querer supone siempre una elección entre lo que es bueno y lo que es malo. Al margen de esta elección no hay libertad ni culpabilidad porque si la acción malvada no es una acción “libre” ya no se puede hablar de indeterminismo y, por lo tanto, de culpabilidad, a pesar de que Welzel insista con energía y convencimiento sobre esta idea.

Es conocido como a propósito de la libertad del querer, el insigne jurista alemán, distingue tres aspectos: uno antropológico, deducido de la naturaleza del ser humano en comparación a la naturaleza del animal; uno caracterológico, deducido del operar de “empujes” o impulsos que actúan en el organismo humano; y uno categorial, referido a aquellas que son los empujes cargados de significado y de valor debidos a las supremas decisiones o “a los golpes de timón”, típicos de la voluntad humana. Pero lo real es que en el pensamiento welzeliano la voluntad malvada no es otra cosa que una “dependencia causal” de un impulso contrario a todo valor y, en cuanto tal, no sería voluntad libre. La libertad no es un hecho o una situación (Zustand) sino un acto: el acto de liberación de la constricción causal del impulso a los fines de una autodeterminación conforme a un significado que representa un valor positivo. Solo la acción buena es acción libre. Y no se trata de un simple defecto del pensamiento de Welzel, sino de algo que incide profundamente sobre el valor y significado de sus sistemas. La acción finalista es, por su naturaleza, acción libre, sea en el bien como en el mal.

Por lo demás, si la acción malvada es una acción no libre, ¿cómo se construye un derecho penal que pretenda ser entendido en término de valor? Es la causalidad que expulsada por la puerta entra por la ventana y vuelve imposible un juicio moral, precisamente el juicio moral sobre el que se basa la idea misma de culpabilidad, la cual no es solo falta de autodeterminación consciente frente a un valor, y así, la incidencia de un momento causal sobre la acción moralmente negativa, si no, según nuestra opinión, es la libre elección entre un valor y un disvalor.

En todo caso, nosotros continuamos pensando que Welzel, no obstante su finalismo y su concepción personalista del ilícito, continua siendo un “objetivista” en el sentido que nosotros damos a esta palabra: “el derecho penal es tutela de bienes jurídicos”. Su función primaria es y será la de tutelar bienes o intereses de primaria importancia para la conservación y el progreso de la sociedad.

Él se refiere a “valores” cuando afirma que es tarea del derecho penal la tutela de los valores elementales de la vida comunitaria. Así, mientras Welzel permanece orientado hacia una concepción objetivista del derecho penal (su finalismo no transforma –como le

reprochan los penalistas de la Alemania Oriental– su derecho penal, en un “Willensstrafrecht” de caracterización autoritaria o burguesa), usa una expresión más adecuada a aquel proceso de moralización (finalismo o causalidad aparte) que cada vez adquiere más consistencia en la moderna literatura penalista. Esto va dicho para aquellos que se escandalizaron cuando desde el año 1940, quien escribe venía insistiendo sobre el concepto del “valor” como el más adecuado de todos para expresar la naturaleza de los bienes tutelados por el derecho penal y la función del mismo.

2. Desde hace algún tiempo en Alemania, aun en el ámbito de un derecho penal que no rechaza los conceptos de resultado y de bien jurídico, se está afirmando la tendencia que podría llevar, según algunos, a una nueva orientación del derecho penal muy significativa e importante. Se trata de la “Gesinnung” la actitud interior de conciencia del agente respecto a la naturaleza de un determinado bien jurídico y a su violación o modalidad de violación, no puede ser indiferente para el legislador y el intérprete cuando el hecho, en cada uno de sus elementos, debe ser plenamente valorado a los fines de una “imputación personalista”.

El objetivismo tradicional y el mismo derecho penal de la voluntad, han descuidado estos momentos que afloran en algunos tipos, y que pueden ser entendidos como periscopios desde los cuales se entrevé un “quid novi” de gran importancia para una profundización de categorías tradicionales y fundamentales. Actuar con “crueldad”, “bajeza”, “desprecio”, o por motivos “abyectos”, o “vilipendiar” o “injuriar”, etc. son modalidades o coloraciones de la acción frente a las cuales no se puede permanecer indiferente, como si se tratase de momentos descuidados o accidentales en la economía de los elementos accidentales del delito.

Algunos quieren reconducir los orígenes de este “descubrimiento” a los elementos subjetivos de la antijuridicidad que a su tiempo Mezger individualizó y llevó adelante con éxito. Pero, en el pensamiento de Mezger, se trataba de algo que solo repercutía sobre las relaciones entre la antijuridicidad y la culpabilidad y cuya función se desenvolvía en el marco de la sistemática de los elementos constitutivos del delito y no en función de una nueva orientación del derecho penal, como sucede con aquellos que hacen de ellos un dato de fundamental importancia no solo para los fines dogmáticos, sino también para fines de una política penal general. Fue en el año 1958, que Schmidhauser, con su ahora famoso volumen sobre los momentos de la “Gesinnung” en el derecho penal, puso en mayor evidencia este momento “personalista” del delito en función de la culpabilidad e inició la elaboración más o menos amplia de un “Gesinnungsstrafrecht” (derecho penal de la actitud interior), que hoy ha adquirido el derecho a su presencia dogmática en la penalística científica, junto a un derecho penal del resultado, a uno de la voluntad y a uno sintomático del derecho positivista criminológico.

El “Gesinnungsstrafrecht” parte de un dato de conciencia, si bien hoy este dato no está limitado solo al capítulo de la culpabilidad sino que se refiere también a la antijuridicidad.- Este dato de conciencia es el punto decisivo y determinante.- En verdad no se puede comprender este encuadramiento del derecho penal si se prescinde de la gran influencia que tuvo en Alemania la filosofía existencialista.- Basta pensar en Würtenberger y en su obra clásica traducida también al italiano.

La corriente filosófica existencialista es en sustancia una orientación de la conciencia en el sentido que el personalismo alrededor del cual ella gravita únicamente puede encontrar su punto de referencia en la actitud espiritual del sujeto actuante respecto de los problemas de la vida y del mundo que lo circunda. El mundo no lo oprime y no lo inserta a

modo de fragmento en un sistema nivelador, en el mundo no lo trasciende ni lo anula en los espirales de un devenir del cual la historia o el espíritu hegeliano son los protagonistas, pero en el mundo se refleja en cuanto ser dotado de conciencia que asume determinadas actitudes respecto de los valores de la vida y de los dictámenes de la ley moral.

El ser “hombre” consiste precisamente en eso: sentir en la propia conciencia un imperativo que puede ser seguido o transgredido, pero después se debe cargar con las consecuencias del comportamiento tenido y del grado de la culpabilidad. El de culpabilidad es un concepto que se expresa en términos de reproche y que varía de intensidad entre hombre y hombre, entre acción y acción, según de la actitud de conciencia, de los motivos y de los fines.

El mérito histórico del existencialismo ha sido, justamente, el haber sabido individualizar y personalizar el juicio de reproche penalmente importante, eliminando esquemas y fórmulas de las cuales se habían servido ampliamente los sistematizadores del clasicismo y del positivismo. Solo el neoclasicismo se supo liberal de las mallas de un sistema nivelador, precisamente porque ha sabido captar un aspecto de una concepción filosófica que hace de la persona humana el antisistema, o , cuanto menos, que pone en el centro del sistema al hombre, alrededor del cual el sistema gravita, en razón del potenciamiento de su personalidad.

La “Gesinnung” es por lo tanto, ante todo un dato y una expresión de conciencia del hombre que se ha liberado del peso de un sistema bajo el cual las libertades de elección y las orientaciones le resultaban difíciles y, a veces, imposibles.

Pero este “Gesinnungsstrafrecht” también se explica por el cambio político de los últimos años en Alemania, Italia y en otros países de Europa. Creo que hoy nadie niega las indisolubles relaciones que existen entre la política y el derecho penal. La política no nos proporciona únicamente caminos para elegir entre diversas orientaciones de fondo sino que influencia la propia dogmática en cuanto concierne a la conceptualización y al contenido de los conceptos mismos.

Ahora bien, qué quiere decir, por ejemplo, que “la responsabilidad penal tiene carácter personal?” No creemos que con esa expresión se haya querido excluir del derecho penal solo la responsabilidad por el hecho ajeno o la responsabilidad objetiva. Esto habría sido demasiado banal y superficial.

La “personalidad” de la responsabilidad penal quiere decir algo muy distinto: ella tiene horizontes amplios y profundidades todavía inadvertidas e insospechadas. Ella cubre todo el derecho penal y, sobre todo, no solo las concepciones positivistas, sino también las clásicas (no obstante las solemnes afirmaciones de estas últimas) que hacían del hombre un simple “fragmento de la naturaleza”, sin ver en él una “conciencia operante” Y hablo de “conciencia” a propósito, porque si ella también supone una serie de datos subjetivos (motivaciones, previsiones, voluntariedad) es algo que se presenta antes de esta serie de datos psicológicos, aunque siempre naturalistas, para referirse al núcleo central y espiritual de la persona humana, allí donde desempeñan su rol las reacciones responsables del individuo. Es a este “centro personal de responsabilidad” que se quiere hacer referencia por lo que se vuelven anacrónicas y meramente descriptivas las definiciones del dolo y de la culpa y otros que encontramos en los códigos del ochocientos y del novecientos los cuales han sufrido la influencia de una filosofía y de una política (si bien no, sobre todo, liberal); esquemática que en los efectos terminaba por negar la sustancia misma de la personalidad humana: su eticidad.

Si el “derecho penal de la actitud interior” debe tener un significado, el mismo está en función de un proceso que cada vez acentúa más el carácter ético del derecho penal, no solo en relación a las exigencias éticas objetivas tuteladas por la norma penal, sino en función de la eticidad de la persona humana que se manifiesta en las actitudes de conciencia y en la elección de las motivaciones de la acción.

Quizás cuando escribíamos nuestro “Derecho Penal” (1945), los tiempos no estaban aún maduros para entrever los lineamientos de un “derecho penal de la actitud interior”. La aversión de un derecho penal que miraba a la voluntad, fuente de tantos dolores para los pueblos europeos, nos empujaba, justamente, hacia una acentuación de un momento objetivo en la economía del tipo penal (el bien jurídico y, por lo tanto, el carácter teleológico del derecho y de la dogmática penalística).

Pero el momento subjetivo, “personalista” ya estaba presente en la valorización de la idea que sin hacer demasiado hincapié en la “personalidad moral”, del sujeto agente, el derecho penal seguía siendo un misterio y terminaba por transformarse en un simple instrumento de profilaxis social. Así era como se había transformado el “willensstrafrecht” en las manos de la política totalitaria: se trataba de la acentuación de momentos puramente psicológicos y, por lo tanto, naturalísticos para fines de represión y prevención (el problema en el plano histórico está todavía abierto), política verdadera y propia. Y esto lo entendió perfectamente Jescheck, que, por ejemplo, estructura la idea de la culpabilidad, no tanto sobre el acto de voluntad (que es un dato puramente psicológico), sino sobre la “gesinnung” o actitud hacia el acto mismo, en la cual se refleja el momento de naturaleza ética que caracteriza la elección del porqué de la acción voluntaria.

No cabe duda que entre un “willensstrafrecht” y un “gesinnungsstrafrecht” hay un claro contraste de enfoque, método y significado. Y es sobre esta palabra “significado” de la acción que la doctrina alemana insiste cuando se refiere al derecho penal de la actitud interior, porque es debido a la naturaleza de la actitud personalística que la acción se colorea éticamente en un sentido antes que en otro. Y por ello no tiene nada en común con un derecho penal “sintomático”.

El derecho penal de la actitud interior, no es un subproducto de una visión naturalística del hombre delincuente cuya naturaleza delincencial saldría a la luz a través de la acción, incluso independientemente del resultado. Aquí estamos en un campo estrictamente dominado por exigencias naturalísticas causales, hoy superadas. Dice bien Lange que si la idea de culpabilidad fue sustituida por la de la peligrosidad, hoy se pone en evidencia el concepto de la responsabilidad de la “consciente decisión del delito”. Hoy domina nuevamente la idea de la pena con un acentuado sentido ético-social, como desaprobación del hombre responsable. Estamos en un campo dominado por la ética y por una política que hace de la personalidad humana el centro de gravitación de todo el sistema. Ciertamente estamos más allá del radio de acción de una concepción organicista autoritaria del Estado y también por fuera de una visión formal del liberalismo-conservador. Estamos más cercanos, a una concepción democrática “personalista” que hoy informa por sí misma las nuevas legislaciones.

3. A veces, en la más reciente literatura, se habla también de un “Gefülsstrafrecht” como sinónimo de “Gesinnungsstrafrecht”. Al respecto es necesario estar atentos para no confundir ambos conceptos. El “Gefülsstrafrecht” representa, según nuestra opinión, solo una orientación metodológica con la cual se quiere, ojalá que inconscientemente, sacar una vez más a la luz la dirección irracionalista de investigación que tuvo su culminación en los

últimos años del totalitarismo político que veía en la conceptualización una limitación a un posible intervencionismo estatal en nombre de la razón de estado.

Se trata de aquella corriente de la “visión unitaria del todo” que negaba la utilidad del concepto y la distinción y separación entre los elementos del delito y , por lo tanto, de sus conceptos constitutivos; es decir de la corriente que nos ha proporcionado el tipo normativo de autor como un “espectro del tipo” (contra la cual, a su debido tiempo, nos hemos opuesto con Guarnieri), mientras sustituía al tipo mismo, de la corriente que en lugar de la legalidad introdujo la discrecionalidad más amplia del Juez en la interpretación de la ley. Al respecto se hablaba de una prevalencia del sentimiento sobre la razón categoría formal y abstracta que debe relegar entre las reliquias del pasado.

Pero un “Gesinnungstrafrecht” no tiene nada que ver con una “Gefül” si esta expresa la idea del sentimiento. No es con el “sentimiento”. No es con el “sentimiento” que el “derecho penal de la actitud interior” enfoca y resuelve los problemas hermenéuticos. Sino que permanecemos en el reino de la racionalidad, porque nunca se rechaza la conceptualización. Al contrario, ella subsiste como el instrumento más idóneo para una investigación seria y constructiva. Lo que cambia es el objeto de la investigación, no el método de la investigación misma, por lo cual todo reproche que pueda referirse al “Gesinnungstrafrecht” como una resurrección de lo que está muerto, carece de todo fundamento.

La “Gesinnung” no tiene nada que ver con el “Tatertyp” de infausta memoria. Ello significa, en todo caso, sin embargo, la posibilidad de efectuar una correlación entre la culpabilidad y la responsabilidad en la formación de la personalidad. Tema este que el positivismo había resuelto en términos de peligrosidad, mientras quien escribe, en el simposio criminológico de Roma de 1954, dirigido por Gispigni (cuyas ideas son bien conocidas por todos dada la fuerte mentalidad del desaparecido jurista), ya había subrayado que la formación de la personalidad no escapa a un juicio de eticidad. Es la idea sobre la cual hoy vuelve ampliamente el jurista portugués De Figueiredo Dias en su reciente volumen sobre el problema de la consciencia de la ilicitud que aborda magistralmente cada aspecto del importante y delicado problema. Un “Gesinnungstrafrecht” no será jamás un derecho fosilizado en un cuadro de esquemas naturalistas o jurídicos.

Toda tipología es rechazada “a priori” porque termina en la abstracción o en la inmovilidad, mientras que la personalidad vive en la historia, se motiva en la historia, se transforma con la historia. Ella es una realidad en movimiento, se concreta y se individualiza bajo el empuje de motivaciones y de fuerzas éticas, aun todavía antes de que el acto de voluntad se haya manifestado. Zuccala, que fue el primero (y quizás el único) que se ocupó de la “Gesinnung” afirma que esta puede ser “definida positivamente como una realidad que no se opone al Yo, como si fuera un dato extraño e independiente, sino que es una emanación del Yo mismo, la autodeterminación moral de una persona. Gesinnung es mentalidad, es la consiente orientación interior (Einstellung) de un sujeto, que emerge y se determina con referencia a algunos valores de la comunidad social.”

Y Guardini, un gran teólogo alemán de origen italiano (citado por De Figueiredo Dias), en su libro “El mundo y la persona”, dice que la palabra “Gesinnung” “... designa ante todo, una profunda actitud anterior a toda voluntad consciente; una predisposición interior, para abrirse o cerrarse en sí mismo, una estrechez de alma o una generosidad, una angustia o una disponibilidad, una franqueza o una fuerza, condiciones estas que determinan los primeros impulsos voluntarios y la primera acción vital, y que constituyen, de modo absoluto , su opinión previa.

En la medida en que la “Gesinnung” se modifica, y puede modificarse (en este punto se verifica una verdadera y propia “mentanoia”), el destino también se modifica. Y el jurista portugués, justamente dice que todo esto es de un gran valor, porque constituye, en primer lugar, un apoyo indiscutible a la ida de la culpabilidad de la personalidad en general, y, en segundo lugar, porque se muestra como tal concepción de la culpabilidad está en armonía con una idea totalmente optimista del hombre, al que, en todo caso, le son reconocidas las fuerzas necesarias para su recuperación moral y social, a través de la cual la pena, que continua siendo una retribución expiatoria de la culpa, adquiere una fecunda perspectiva para el futuro.

Bajo este perfil no puede dejar de existir una perfecta armonía entre un “Gesinnungsstrafrecht” y una concepción retributiva de la pena. Diría que esta última puede considerarse un lógico corolario de un derecho penal de la actitud interior dadas las premisas de las cuales este parte. Aquellos que creen que la pena retributiva es una reacción abstracta del ordenamiento jurídico frente a la lesión que el delito le ha ocasionado o aquellos que psicológicamente la ven estrictamente ligada a la idea de la venganza, no entienden el profundo sentido de humanidad que la pena retributiva lleva en sí. Aunque referida al hecho, ella es siempre una “pena de autor” en el sentido que debe ser individualizada para poder ser verdaderamente retributiva de manera que a través de las características de su ejecución se pueda obtener la enmienda o la recuperación moral del reo.

No se le asigna a la pena retributiva un fin específico a alcanzar, pero se adapta la misma para que la personalidad del condenado resulte completamente transformada, con la transformación de sus actitudes de conciencia. Todos los autores, que utilizan el concepto de la “Gesinnung” son retribucionistas, aunque sea con perspectivas diversas. Pero la sustancia es la misma

La retribución es un concepto al cual se le debe dar un mínimo de concretización en función de la personalidad del reo. Ella obra sobre los componentes morales de la personalidad del hombre. Y es por ello, que en el ámbito de un derecho penal de la actitud interior, jamás se podrá hablar de “resocialización” o “readaptamiento” o “recuperación social”, por cuanto estos términos llevan inherente un significado naturalista, como el injerto de una parte o de un todo entendido en términos orgánicos. Y la personalidad moral del agente desaparece en un enfoque donde todo se resuelve en el binomio “herencia y reflejos condicionados”, que pertenece a una concepción superada en el estudio del hombre. Pero la psicología de los impulsos interiores y profundos ha destruido semejante enfoque.

Las cosas no tienen un significado, en cuanto tales, bajo un aspecto objetivo y mecánico. Ellas deben ser miradas, comprendidas, entendidas y transformadas por el hombre que decide. Solo así se hace la historia que caracteriza al hombre. Dice Lange que el hombre debe ser entendido como una categoría histórica, es historia, es sólo una concepción o visión de valor y de significado del porvenir. Una tal concepción del hombre como un ser inmerso en la historia y por lo tanto, en la cultura, no es más un momento de una determinada concepción filosófica que podría ser rechazada por aquellos que están ligados más a la biología que a una antropología filosófica del derecho penal y de sus ciencias “, cita biólogos modernos para recalcar la que nosotros llamamos una “apertura” de la biología hacia una concepción de valor del hombre. Así, Portman, que tiene en la biología una preeminente posición de estudioso –afirma, permaneciendo sobre bases biológicas– que se puede concebir al hombre como un ser especial, con libertad de decisión no obstante los vínculos vitales, como el ser imperfecto, no prefabricado, cuya forma de vida en la historicidad determinada por la tradición, en todos los aspectos de su vida individual y social.

De esta manera, el darwinismo, el psicoanálisis, la ciega psicología asociativa, están superadas por las modernas concepciones psicológicas más profunda, más dinámicas, más estructurales, más finalistas.

Es la nueva concepción de la personalidad humana, dinámica y éticamente entendida, que surge hacia afuera por la naturaleza biológica del hombre, que tiene necesidad de la historia y de la cultura para desarrollarse y completarse. Y si la libertad de decisión está en las raíces mismas de la vida, el derecho penal no puede sino estar ligado a tal libertad, y por lo tanto, a la idea de culpabilidad que, como consecuencia, lleva a la de la retribución.- Con ello, no se trata de exasperar –como se dice– la idea de la retribución, sino de afirmar que ella es la única idea que constituye la razón de ser un derecho penal personalísticamente entendido, en cuyo ámbito la personalidad moral, con las actitudes de conciencia, es la nota decisiva del hombre libre en sus decisiones.

Y si el hombre es “el ser imperfecto”, es la historia la que lo perfecciona. Y la idea de la retribución es historia, porque es comprensión de una exigencia moral que surge del modo de ser del hombre. Y son historia también la explicación y la enmienda, porque perfeccionan y completan al hombre en su fisonomía moral, de donde deriva también una concepción moral de la vida asociada, que ya no está dominada y dirigida por fuerzas mecánicas, sino que gravita alrededor de los valores.

4. Pienso que, en una exposición que pretenda limitarse a lo esencial en tema de “Gesinnungsstrafrecht”, se pueden sacar algunas conclusiones para evitar equívocos peligrosos. Me parece que queda claro cómo, en el ámbito de un derecho penal orientado hacia una “Gesinnung”, los momentos objetivos del tipo no se rechazan: no se trata de sustituir la verificación de los datos objetivos y típicos sobre los cuales el delito se basa, por un oscuro e indistinto momento de carácter subjetivo, como se han constatado históricamente en algunas direcciones del derecho penal, con esenciales peligros para la libertad individual.

Ya Schmidhäuser, en su reciente manual, ha modificado sus primeras afirmaciones que definían la “Gesinnung” solo en actitudes subjetivas. Él le da relieve y significado y, por lo tanto contenido, también a la antijuridicidad.- En Italia, contra los delitos de traición por la falta de honorabilidad de la “Gesinnung”, Zuccalá, escribía, hace diez años que prescindir de la tipificación del hecho al cual se refiere la valoración del injusto, para mirar a la actitud de una “Gesinnung” interna que se determinaría, para más, sin alguna referencia a los elementos formales del tipo, significa caer en brazos de una peligrosa e incierta jurisprudencia del sentimiento, que no puede, por cierto, constituir la base sobre la cual se erige la teoría del delito y de la pena

El Derecho Penal de la Actitud Interior no es, de esta manera, un derecho penal que castigue la intención, ni la motivación de la intención, ni la opinión en cuanto tal, ni la libre manifestación del pensamiento. Si alguien piensa de ese modo, ignora lo que se quiere decir y afirmar con esta “nueva” instancia. No estamos en el ámbito de un derecho penal subjetivamente entendido, sea que mire a la voluntad o a la peligrosidad del reo. Políticamente hablando, él no es hijo de un totalitarismo o de un autoritarismo, para nosotros bien conocidos, sino que se afirma (como ya hemos dicho) en el renacimiento de una filosofía existencialista-personalista sobre la cual reposa la concepción política democrática, resurgida hoy en Europa.

Ni el positivismo tiene nada que decir al respecto. Entre el derecho penal de la Gesinnung, impregnado de momentos y valores morales, y la aunque refinada visión positi-

vista de la realidad penal, hay un abismo ontológico incolmable: son dos tendencias y dos mundos diversos desde sus orígenes.

El problema es otro: no se trata de establecer la peligrosidad o de medirla, sino de establecer la culpabilidad y su grado respecto de un hecho ilícito perpetrado. Se trata de saber cómo este hecho ilícito se refleja en el ánimo del reo, o mejor aún, en su conciencia que es un dato que precede a la voluntad. El acto de voluntad sigue siendo siempre un hecho –aunque sea psicológico– no una actitud de conciencia que se refleja en el acto, y da al mismo un tono más o menos acentuado en relación a lo que es la personalidad del sujeto, que la conciencia caracteriza en relación a los fundamentales valores de la vida. La culpabilidad es la expresión de una conciencia ética deteriorada, para usar una frase de Erik Wolf que usó ya en 1930, aunque, por entonces, dirigida a otros fines.

En el juicio de culpabilidad se reprocha esta disminución del tono moral de la conciencia, que preexiste al acto de voluntad y lo caracteriza cuando esto se manifiesta. Es verdad que ciertos autores hablan de una “*Gesinnung*” jurídicamente deteriorada pero para quien conoce, por ejemplo, el pensamiento de Joescheck sobre las relaciones entre el derecho y la moral, encontrará que una expresión equivale a la otra en cuanto estamos frente a un dato ético sobre el cual reposa toda concepción jurídica. Y entonces surge el problema de los móviles, o mejor, de los principios o de las máximas que están en la base de la decisión. Jescheck evita hablar expresamente de motivos porque son precedentes causales del acto de voluntad psicológicamente entendido.

Hay un “quid”, una actitud, un “status” de conciencia que precede a los motivos: son las convicciones, las reglas de vida, las orientaciones que caracterizan una personalidad y que desembocando o concretándose en una motivación hacen que el sujeto pase a la acción y la colore.

En este sentido los motivos adquieren significado en el cuadro de un derecho penal de la actitud interior.- Bajo este aspecto nuestro código de 1931 es mucho más rico que el alemán incluso modificado, en momentos que toman en consideración las razones del actuar.- Los alemanes han debido hacer un meditado y complicado esfuerzo hermenéutico para extraer de los tipos penales momentos que atiendan a la “*Gesinnung*”, mientras que nosotros tenemos ya en la parte general indicaciones precisas de que a nuestra legislación no le es extraño un derecho penal de la actitud interior, aunque hasta ahora no haya sido valorado como tal, sino considerado solo en términos causales psicológicos.- Basta pensar en los “motivos abyectos o fútiles”, o en aquellos de “particular valor moral o social”.- Piénsese también en la “causa de honor”

Es verdad que todo esto se traduce en la acción en cuanto empuja, como causa, a la acción, pero también es verdad que estos momentos denotan una actitud del sujeto respecto de los valores de la vida tutelados por el derecho, son características y momentos de su personalidad ética antes que criminológica. Por lo tanto el derecho penal y la personalidad están directamente ligados por un nexo indisoluble. Un derecho penal moderno ya no puede ser entendido en términos objetivos-mecanicistas, sino que lo debe ser en términos “personales” en el sentido de que el hecho solo se ilumina y explica por las características, tendencias y actitudes de la personalidad.

5. Y he ahí, por lo tanto, la nota culminante de un “*Gesinnungsstrafrecht*”; es la receptada por el art. 133 del C.P. vale decir, la capacidad para delinquir. Son bien conocidas las interminables disputas que esta expresión –usada por primera vez en una legislación penal– ha suscitado. El contraste entre Gispigni y Petrocelli que ha sido uno de los más

significativos de los últimos decenios, ha tenido, precisamente como objeto, el significado de la expresión “capacidad para delinquir”, identificada por el primero como peligrosidad y por el segundo como la aptitud de un sujeto para cometer un delito, pero referible al grado de la culpabilidad del sujeto mismo. Visión positivista la primera y neoclásica la segunda.

Pero si bien nosotros también entendemos que es Petrocelli quien está sobre la dirección justa que hace avanzar y no retroceder en un siglo (como decía Grispigni) la ciencia del derecho penal, entendemos necesario completar el contenido de la importante innovación, que no transforma nuestro derecho penal en un derecho penal sintomático, sino que acentúa el carácter ético de la personalidad del agente. La capacidad para delinquir se refiere a la culpabilidad y al grado de ella que se ha desarrollado en el delito: ella se identifica con la maldad y el grado de maldad del autor deducido de los motivos, del carácter, de la educación de la orientación de vida tal cual surgen de los indicios de que habla el art. 133 del C.P.

Ya hemos mencionado la importancia que siempre le hemos atribuido a la capacidad para delinquir como momento componente de la personalidad moral del autor, en contraste con una personalidad puramente criminológica sobre la cual se basa un derecho penal sintomatológico, y también hemos sostenido cómo, en un enfoque neoclásico del derecho penal, que se asienta sobre la idea de la retribución, la personalidad moral es un dato insustituible para poder afrontar y resolver los problemas de fondo: culpabilidad y penal. Y es, precisamente, en el cuadro de un “derecho penal de la actitud interior” que la capacidad para delinquir se inserta y se articula de la mejor manera y es claramente entendida. Ella, como sinónimo de una actitud interior del sujeto respecto a los valores de la vida, aprisiona un amplio radio de acción de los diversos sectores del derecho penal.

No es un simple criterio para el uso del poder discrecional del juez en la aplicación de la pena, ni es solo medida de la culpabilidad del sujeto agente, sino que penetra en todos los meandros del derecho penal. Por ejemplo, la culpabilidad por la conducta de vida, y, por lo tanto, la reincidencia, cómo se podría explicar sin una referencia a una constante actitud de desprecio del sujeto hacia el deber de no volver a violar un imperativo legal después de una primera o una serie de condenas.

La culpabilidad del reincidente es más intensa respecto a la del delincuente primario, justamente a causa de esta insistencia en querer desobedecer los imperativos de las normas. Cómo se explica la intensidad del dolo sino con la acentuación de una consiente persistencia “in re illicita”, siendo que en términos puramente psicológicos una acentuación de su intensidad encontraría una explicación muy difícil sino imposible. La conciencia de la ilicitud del hecho se transforma así en uno de los momentos constitutivos del dolo, si queremos darle una dimensión humana y, por lo tanto, ética y no es ya una simple decoración psicológico-naturalista.

La culpa misma no resulta diversamente iluminada: negligencia, imprudencia, impericia son calificaciones ético jurídicas de la conducta de un sujeto que presuponen una personalidad éticamente hábil de un individuo respecto a los deberes de atención de prudencia en el momento de actuar, para que la sociedad no tenga que resentirse de los daños de su acción. El alarmante aumento de la delincuencia culposa en materia de circulación vial es propiamente debido a este desprecio de la vida de la integridad ajena que caracteriza el modo de vida de demasiados automovilistas. Estamos frente a un colapso de la conciencia.

Conclusiones del traductor

El tema que propone el escrito “la actitud interior”, cualquiera sea la aproximación a la teoría del delito, identifica la esencia de la responsabilidad penal que la distingue de la civil. Como expresamente lo dice la Constitución Italiana de 1948 en su artículo 27, “la responsabilidad penal es personal”. Aún desde la actual mirada de la evitabilidad en el marco de un rol, tal pertenencia al agente, no puede ser ajena a un derecho penal que sea siempre un límite a la potestad punitiva. Lo esbozado, es un banco de prueba en los casos de los tipos subjetivos dolosos de omisión y la acción esperada y también en los tipos subjetivos culposos, entre otros.

Nosotros no queremos decir que el Derecho penal de la actitud interior representa un verdadero y propio cambio en el estudio del derecho penal, pero, sin embargo, el mismo siempre representa la acentuación del momento ético-personalista del mundo penal que todavía entendemos demasiado descuidado; y esto en relación a algunos institutos importados del derecho penal, pero sobre todo en función del significado que asume la conciencia moral del sujeto agente que no es vista en abstracto sino en su modo de sentir situaciones y valores de los cuales el estado se hace portador y garante a través de las normas penales.

En todo caso, toda una serie de conceptos e institutos penales, desde la capacidad para delinquir hasta el dolo, desde la culpa hasta los propósitos, desde la reincidencia al error de derecho, pueden sufrir una sustancial transformación. Los datos de conciencia no son más una incógnita. La antropología “cultural” los ha aclarado y los ha puesto en evidencia.

Siempre en el respeto del “hecho” y de la “antijuridicidad” como momentos o datos objetivos desde los cuales metodológica y políticamente por fines de seguridad se debe partir, es el concepto de la culpabilidad y el concepto y las finalidades concretas de la pena los que son investidos por el “*Gesinnungsstrafrecht*”, y los que asumen, sino distintos, más profundos significados culturales y, por lo tanto, científicos.

La unión entre el hombre y la historia, entre el hombre y la civilización, entre el hombre y la formación de su personalidad adquieren un significado más amplio y más claro. Es la actitud de la conciencia humana que emerge y que rompe los vínculos formales dentro de los cuales había sido constreñida y despreciada, para poder ayudar a la difícil verificación de la responsabilidad humana.

editado por:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Mayo 2017

