ISSN 2469-2085

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

CUADERNOS
DE DERECHO PENAL

MAYO 2021

7

ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL
Ley penal en blanco y error / Error de tipo y obediencia debida / Error inexcusable / Omisión impropia / Delito continuado / Uso policial de armas de fuego / Control social y control penal / Nuevo CPPN /

TEMAS DE DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 7

INVESTIGACIONES SOBRE ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL / TEMAS DE DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
MAYO 2021

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Autoridades
(Período 2019-2022)

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Presidente

MARCELA ASPELL
Vicepresidenta

JUAN MANUEL APARICIO
Secretaria

GABRIEL B. VENTURA
Tesorero

JUAN CARLOS PALMERO
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

CHRISTIAN G. SOMMER
Secretario Técnico

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

ISSN 2469-2085

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Autoridades

CARLOS JULIO LASCANO
Director

JOSÉ DANIEL CESANO
Vicedirector

CAROLINA PRADO
Secretaria

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA
Directora del Cuaderno

Comité Editorial

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

Comité Evaluador Externo

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

Miembros del Instituto

AROCENA, GUSTAVO / BACCINO, HÉCTOR O. / BARBERÁ DE RISO, MARÍA C. / BARONETTO, ENRIQUE / BERTONE, FERNANDO M. / BONETTO, LUIS M. / BUTELER, ENRIQUE R. / CANO, ERNESTO J. / CARRANZA TAGLE, HORACIO A. / CORTÉS, ANA M. / CRESPO, ÁLVARO E. / DE LA RÚA, MARÍA A. / DÍAZ PUCHETA, SOFÍA / FARFÁN, JUAN M. / FERRARI, DÉBORA / FRESNEDA, PABLO R. / GARCÍA AMUCHÁSTEGUI, SEBASTIÁN / GARCÍA GÓMEZ, JULIETA / GONELLA, CARLOS / GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ / GRAMÁTICA BOSCH, GERARD / GRAND GRUNDY, ESTEBAN / ILLANES, DARÍO / JUÁREZ, SOFÍA B. / LÓPEZ MESSIO, EZEQUIEL / LUNA JABASE, NATALIA / MANZANEL, GUSTAVO / MASSEI, FEDERICO / PAGLIANO, ANA I. / PERALTA, JOSÉ M. / PERETTI ÁVILA, DIEGO A. / PRADO, CAROLINA / REYNAGA, JUAN C. / RISO, ALDO / RUSCA, BRUNO / SÁNCHEZ FREYTES, ALEJANDRO / SAUCEDO QUINTANA, ELBA C. / TORÉS MARTÍNEZ, MARTÍN G. / TARDITTI, AÍDA / TROTTI, VALERIA / VÁSQUEZ, ROBERTO V. / VERA BARROS, OSCAR T. / VIDELA, MAXIMILIANO G. / YOFRE, GUSTAVO

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

NOTA PRELIMINAR

Como es habitual en esta publicación digital, el número 7 de los Cuadernos de Derecho Penal recoge trabajos de investigación de los miembros del Instituto de Ciencias Penales, que fueron presentados y debatidos en las sesiones quincenales realizadas a lo largo del año 2020. Al igual que la mayoría de las esferas de actividad de nuestra sociedad, el Instituto debió adaptarse a las circunstancias emergentes tras la aparición de la pandemia, y a las consecuentes restricciones impuestas por las autoridades nacionales y provinciales.

Las plataformas digitales, ya ampliamente difundidas en las áreas educativas y académicas, permitieron, afortunadamente, sostener la actividad a distancia con suficiente eficiencia. Ello no obsta para que se echase en falta la calidez de los encuentros personales, aunque ningún déficit de este tipo puede compararse con la dura situación económica y social que aflige al país y al mundo, a consecuencia del Covid-19.

Los trabajos que los miembros del ICP proponen para la discusión en la agenda de sesiones reflejan, por cierto, los intereses particulares de cada uno de ellos en el amplio territorio de las ciencias penales. Por tanto, las ediciones ofrecen generalmente un heterogéneo panorama. En este caso, algunos objetos temáticos se rozan entre sí, aunque con perspectivas y tratamientos diferentes, y un grupo de trabajos —como era esperable— rinden cuenta de diversas cuestiones actuales que involucran al derecho penal en el contexto de la pandemia. Finalmente, una vez más la labor de traducción de textos clásicos cierra el presente número.

Córdoba, Argentina
Mayo, 2021

ÍNDICE

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

CARLOS JULIO LASCANO
Ley penal en blanco y error…… 13

MARÍA CRISTINA BARBERÁ
Recursos Penales. Lineamientos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación…… 25

OSCAR TOMÁS VERA BARROS
Error de tipo y obediencia debida…….. 41

OSCAR TOMÁS VERA BARROS
Acerca del encuadramiento de la omisión impropia…….. 47

JOSÉ MILTON PERALTA
El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva…… 57

HORACIO A. CARRANZA TAGLE
El delito continuado. A partir del factor típico como criterio de conteo de los hechos delictivos……..…….. 67

ROBERTO V. VÁSQUEZ
El uso policial de las armas de fuego……..…… 79

CAROLINA PRADO
Apuntes sobre control social y control punitivo estatal. Origen, evolución y significaciones actuales de ambos conceptos……. 97

GERARD GRAMÁTICA BOSCH Y DÉBORA RUTH FERRARI
Las implicancias de la pandemia coronavirus (COVID-19) en el Derecho Penal Argentino……... 111

GISELA JAMARDO Y VALENTINA PEDERNERA
Delinquir en cuarentena: acerca de la relación concursal entre el tipo penal del art. 205 del CP y otros tipos penales. Análisis normativo y filosófico…… 131

ESTEBAN GRAND GRUNDY
Ley penal en blanco (art. 205 C.P.) y ley penal más benigna: norma de complemento extrapenal, principios constitucionales, jurisprudencia y algunas posibles consecuencias post-pandemia……...…… 153

TRABAJOS DE TRADUCCIÓN EN EL ÁMBITO DEL I.C.P.:

ROCCO PEZZANO [traducción por: **ALDO RISO**]
Compendio de Derecho Penal. Parte General y Especial
Parte Primera: Del delito en general.
Capítulo 9: La Culpabilidad (Primera Parte)…….. 167

Ley penal en blanco y error*

Blank criminal law and error

Por: **CARLOS JULIO LASCANO****

RESUMEN: A partir de un fallo dictado el 9 de marzo de 2020 por una sala unipersonal del Tribunal Oral Federal en lo Criminal n° 1 de esta ciudad, se analiza la relevancia del error que recae sobre el contenido de normas extrapenales complementarias, ya que para la presencia del delito se requiere que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. Además, como en su aplicación a un caso concreto esta técnica legislativa padece de la vaguedad del criterio para considerar al error como vencible o invencible, se reflexiona sobre los requisitos para que un desconocimiento normativo de esa índole pueda ser entendido como un error imputable al autor que no excluye la punibilidad.

PALABRAS CLAVE: Error de prohibición. Ley penal en blanco. Elemento normativo del tipo. Excusabilidad del error. Error de tipo sobre la imputación objetiva.

ABSTRACT: *Based on a ruling issued on March 9, 2020 by an unipersonal Chamber of the Federal Oral Criminal Court No. 1 of this city, the relevance of the mistake that falls on the content of complementary extra-criminal regulations is analysed here, in considering that the presence of the crime requires that the subject know or can get to know that his act is forbidden by law. In addition, as in its application this legislative technique suffers from the vagueness of the criterion to consider one mistake as avoidable or unavoidable, we reflect on the requirements so that a normative ignorance can be taken as a mistake attributable to the author that does not exclude the punibility.*

KEYWORDS: *Prohibition error. Blank criminal law. Normative element of the type. Excusability of the error. Type error on the objective imputation.*

1. Introducción

Relata el Génesis que Dios, después de haber creado al hombre y a la mujer, los colocó en el jardín del Edén, donde hizo brotar toda clase de árboles y, en medio del jardín, el árbol de la vida y el árbol del conocimiento del bien y del mal. Luego, Dios impuso al hombre una prohibición bajo amenaza de sanción: "Puedes comer de todos los árboles del jardín; pero del árbol del conocimiento del bien y del mal no comas, porque el día en que comas de él, quedarás sujeto a la muerte". Cuando Adán y Eva —inducidos por la serpiente— infringieron la norma divina, el Creador los juzgó y los condenó con este fundamento: "Y el Señor Dios dijo: el hombre es ya como uno de nosotros en el conocimiento del bien y del mal".

---

* Exposición efectuada el día martes 23 de junio de 2020 en la sesión ordinaria del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

** 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.

Como se advierte a partir de ese relato bíblico, la responsabilidad del ser humano por sus hechos ilícitos descansa en su conocimiento del bien y del mal, es decir el discernimiento de la licitud o ilicitud de su comportamiento.

La creencia del autor acerca de la licitud de su conducta determina que esta sea calificada *de buena fe*; por el contrario, si el sujeto activo obra con conciencia de la ilicitud de su comportamiento, se puede decir que ha actuado con *mala fe*. En el ámbito de la ilicitud penal esa mala fe —denominada *conciencia de la antijuridicidad*— debe caracterizar subjetivamente a la conducta humana que infringe la norma primaria dirigida al ciudadano, que le prohíbe o le ordena realizar determinado comportamiento bajo amenaza de pena. La ausencia de dicho elemento cognitivo puede determinar la exclusión de su responsabilidad penal, cuando obedece a un error inevitable del sujeto activo.

Estas reflexiones vienen a cuento porque el pasado 12 de junio hemos celebrado el día mundial contra el trabajo infantil y hace pocos meses una sentencia dictada por un tribunal oral federal en lo criminal de nuestra ciudad, de modo plausible resolvió absolver a una mujer extranjera acusada de haber cometido el delito de aprovechamiento económico del trabajo de una niña, en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, tipificado por el art. 148 bis C.P., incorporado por ley 26847 (B.O. 12/04/2013). Los fundamentos de dicho fallo —leídos el 9 de marzo de 2020— pueden resumirse en que la acusada no fue culpable del tipo de injusto atribuido, porque obró con error invencible sobre la norma extrapenal a la que remite esa ley penal en blanco.

A partir de dicho caso jurisprudencial. analizaré la relevancia del error que recae sobre el contenido de esas normas extrapenales complementarias, ya que para la presencia del delito se requiere que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. Además, como en su aplicación a un caso concreto esta técnica legislativa padece de la vaguedad del criterio para considerar al error como vencible o invencible, trataré de reflexionar sobre los requisitos exigibles para que un desconocimiento normativo de esa índole pueda ser entendido como un error imputable al autor que no excluye la punibilidad.

2. El caso

Romelia Flores Condorí —una mujer de nacionalidad boliviana, nacida el 9 de septiembre de 1962, soltera, madre de dos hijos de 30 y 25 años de edad, que no sabe leer ni escribir, trabajaba en un comercio de su hija, no posee adicciones ni antecedentes penales— fue acusada como autora del delito de trata de personas con fines de explotación laboral, agravado por haberse cometido mediante engaño o aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de una menor de edad y por haberse consumado la explotación (arts. 45, 145 bis, 145 ter inc. 1 penúltimo y último párrafo del Código Penal, texto según ley 26.842).

Según la requisitoria fiscal de elevación de la causa a juicio, se le atribuyó el siguiente hecho: "*Haber captado, transportado, acogido y explotado laboralmente a la menor de edad A.B.E., cuya captación se produce en la República de Bolivia a mediados del año 2013, siendo trasladada hasta la Argentina por medio de micro hasta la ciudad de Córdoba y de allí hasta la ciudad de La Carlota donde la alojó en su vivienda particular y la hizo trabajar en su negocio de venta de ropa denominado "Modas Flores" cumpliendo un horario de 8,30 a 13 y de 16 a 22 todos los días y en los ratos libres le hacía limpiar la casa de familia, reteniéndole el importe de sus haberes, el celular por un tiempo, impidiendo que la menor fuera a la escuela porque debía trabajar, aprovechándose de su estado de vulnerabilidad y la situación económica por la que atravesaba la víctima menor de*

edad en su lugar de origen; hecho que transcurrió hasta que la víctima se retira el 9/3/16 y pudo realizar la denuncia el día 11/3/2016".

Luego de evaluar la prueba incorporada, la sentencia consideró acreditada la existencia del hecho y la autoría de la enjuiciada del siguiente modo: "*En la localidad de La Carlota, entre mediados del año 2013 y hasta el 9 de marzo de 2016, Romelia Flores Condorí se aprovechó económicamente del trabajo de la menor A.B.E., haciéndola trabajar en el negocio de venta de ropa denominado "Modas Flores", donde cumplía jornadas de lunes a sábado, de 8 a 13 horas y de 16 a 22 horas, y los días domingo de 8 a 13 horas, y por las que abonaba un salario magro e irregular".*

3. La subsunción jurídica de la conducta acreditada

3.1. Posición del Ministerio Público Fiscal: al formular sus conclusiones finales en la audiencia de debate llevada a cabo ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Córdoba, integrado de manera unipersonal por la Sra. Jueza Dra. Carolina Prado, el Fiscal General —tras describir la plataforma fáctica imputada a Romelia Flores Condorí y analizar en forma pormenorizada las pruebas rendidas— expresó que no se encontraba configurado el delito de trata de personas con fines de explotación laboral y, en realidad, la conducta de la acusada encuadró en el tipo penal de aprovechamiento económico del trabajo infantil, con violación de las leyes laborales vigentes en nuestro país. El Fiscal General señaló que el cambio de calificación legal propiciado no era sorpresivo, ya que la plataforma fáctica no había sufrido alteraciones sustanciales en desmedro de la defensa, además de resultar beneficiosa para la justiciable. En consonancia con tal criterio, solicitó al Tribunal el mínimo de la pena prevista para el delito —un año de prisión en suspenso—, sobre la base de pautas de mensuración favorables, en especial, las condiciones socio-culturales de la acusada.

3.2. Posición de la defensa técnica: a su turno, el Defensor Público Oficial coincidió con el cambio de encuadramiento típico efectuado por el Fiscal General, pero sostuvo que no era posible que la justiciable supiera que la actividad llevada a cabo era ilícita y, por ende, que pudiera motivarse por la norma, si se tiene en cuenta que no sabe leer ni escribir y que en su país de origen rige la ley 548 que habilita el trabajo de menores para provecho de terceros a partir de los doce años de edad. En consecuencia, solicitó la absolución de Romelia Flores Condorí, por haberse encontrado en un error de prohibición inevitable que le impidió conocer que la acción llevada a cabo era delictiva.

3.3. Solución del fallo: al abordar la segunda cuestión, el fallo que comento expresa su coincidencia con el encuadramiento legal propiciado por el Fiscal General —en el que convino la defensa técnica—, en el delito de aprovechamiento económico del trabajo de un niño o niña, en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil (artículo 148 bis del Código Penal).

La magistrada, con precisión y claridad, expresa: "La conducta típica prevista por esta figura consiste en aprovecharse, vale decir, utilizar al niño o niña para obtener un provecho o beneficio económico propio. Para ajustar el concepto, "[…] *El aprovechamiento significa abusar de una posición de preeminencia del autor sobre el menor de edad. […] El abuso que presupone la relación entre el autor y el menor de edad debe arrojar beneficios económicos para el primero, no siendo necesario que el beneficio sea meramente monetario, es decir las ganancias pecuniarias obtenidas de la actividad que realiza el menor.*

Tampoco resulta atípico el caso en que el autor comparta las ganancias con el menor el fruto de su trabajo" (Aboso, Gustavo Eduardo, *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado con jurisprudencia*, tercera edición, Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2016, p. 764). La figura requiere, además, la violación de normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, de modo que se trata de un tipo penal en blanco, cuya configuración correcta reenvía a normas nacionales que regulan o prohíben el trabajo infantil (elemento normativo). Valga la mención de que las normas a las que alude el tipo son la Ley de Contrato de Trabajo 20.744/76, reformada por Ley 26.390, cuyo artículo 1° establece que "queda prohibido el trabajo de las personas menores de 16 años de edad, en todas sus formas".

A continuación, agrega que se trata de un delito pluri-ofensivo, pues no solo ataca la libertad de autodeterminación del niño o niña, sino que, a su vez, puede lesionar su integridad física o su vida. Sujeto activo del delito es cualquier persona, con excepción de los padres, tutores o guardadores de la víctima —en relación a los cuales opera una excusa absolutoria—, y sujeto pasivo solo puede ser un niño o niña menores de 16 años. El tipo penal prevé una causa de atipicidad, cuando las tareas tuvieren exclusivamente fines pedagógicos o de capacitación, a la vez que contiene una regla de subsidiariedad expresa relativa a que el hecho no importare la comisión de un delito más grave.

La resolución en estudio afirma que A.B.E. desde sus 13 años de edad trabajó para la imputada en un comercio de venta de ropa, durante casi tres años. Sus tareas se extendían durante largas jornadas, lo que limitaba su descanso y la posibilidad de estudiar, y recibía por ello una paga inferior a la debida, que la acusada le retenía a modo de custodia. Además, Flores Condorí no era su progenitora, tutora o guardadora, y su accionar no configura el delito más grave de trata de personas con fines de explotación laboral.

3.4. Ley penal en blanco y/o elemento normativo del tipo: sin perjuicio de manifestar mi total coincidencia con dicha calificación legal contenida en la sentencia, solo me detendré brevemente sobre la caracterización que realiza del delito descripto por el art. 148 bis del Código Penal como "***tipo penal en blanco****, cuya configuración correcta reenvía a normas nacionales que regulan o prohíben el trabajo infantil (****elemento normativo***)".

Es sabido que existen situaciones en las cuales es inevitable para el legislador penal —por tratarse de materias de contenido fluctuante que requieren una regulación flexible, como las económicas, laborales, sanitarias o ambientales— emplear la técnica legislativa de la *ley penal en blanco*, que consiste en remitir a otras normas extrapenales para la configuración de las acciones u omisiones punibles. Solamente cabría analizar su posible tensión con la garantía constitucional de legalidad y la consiguiente prohibición de delegar la facultad legislativa penal que le corresponde exclusivamente al Congreso (art. 18 C.N.), cuando la enunciación genérica de la ley penal remite a "normas" —sin precisar si estas deben ser de igual o inferior rango que una ley— como ocurre con el art. 148 bis C.P., que exige la "*violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil*". Aclaro que, en el caso concreto resuelto por el tribunal federal de nuestra ciudad, no hubo planteo de inconstitucionalidad respecto de esta cuestión.

Mi respuesta es negativa: no hay colisión con el principio de legalidad porque, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ[1], "*el núcleo esencial de la materia prohibida (concreción del*

[1] BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tercera edición, aumentada, corregida y puesta al día, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 75.

desvalor de acto de la norma) debe quedar fijado por la ley; el reglamento… solo podría señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca entrar a definir lo prohibido mismo". En igual sentido se pronuncia BIDART CAMPOS[2], para quien deben mediar dos exigencias: "*a) la norma complementaria siempre debe ser* anterior al hecho punible*; b) esa norma no requiere necesariamente ser una ley, pero si quien queda habilitado para dictarla es el Poder Ejecutivo o un organismo administrativo, la ley penal en blanco debe fijarle con precisión los contornos*".

La sentencia que comento expresa que la conducta típica prevista por este delito consiste en *aprovecharse*, vale decir, utilizar al niño o niña para obtener un provecho o beneficio económico propio. Luego de la cita de Aboso afirma que se trata de "*un* tipo penal en blanco*, cuya configuración correcta reenvía a normas nacionales que regulan o prohíben el trabajo infantil (elemento normativo*)", aludiendo a dos categorías (ley penal en blanco y elemento normativo del tipo) como si fueran equivalentes; personalmente me inclino por esta última categoría, es decir, que se trata de un *elemento normativo del tipo*, que obliga al juez a remitirse a normas no penales del ordenamiento jurídico para precisar valoraciones de diversa índole, en este caso, jurídica, que adelantan sistemáticamente la antijuridicidad del hecho al momento del examen de su tipicidad (similar al adverbio "ilegalmente" que constituye el elemento normativo de los tipos penales regulados en los arts. 141, 145 y 249 C.P.) y son incompatibles con la concurrencia de causas de justificación. En síntesis: el comportamiento típico está descripto y radica en aprovecharse económicamente del trabajo infantil prohibido por normas laborales a las cuales remite, que constituyen el elemento normativo del tipo. Veremos más adelante qué repercusión puede tener esta cuestión en el error que recae sobre la prohibición del trabajo infantil.

4. El error de prohibición invencible sostenido en la sentencia

El fallo presenta, en primer lugar, los argumentos por los cuales considera que la autora del hecho acreditado en la causa obró en error de prohibición, para luego exponer las razones para admitir en ese caso concreto la excusabilidad de dicho desconocimiento normativo.

4.1. El error de prohibición: a partir de las valiosas enseñanzas del Profesor SANTIAGO MIR PUIG[3] —cuyo deceso ocurrido el pasado 6 de mayo lamenta la dogmática jurídico-penal de todo el mundo— la Dra. Carolina Prado, en su plausible resolución, sostiene la premisa que no basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que es necesario, además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida. En otros términos, es menester el conocimiento —o bien su posibilidad— de la antijuridicidad del hecho. La falta de este conocimiento configura el denominado "error de prohibición", que será vencible o invencible según haya o no podido evitarse con mayor cuidado, a lo que cabe añadir que, según es admitido pacíficamente, el error invencible ha de determinar la impunidad, mientras que el error vencible debe conducir —al menos en principio— a una pena inferior. Luego agrega: "No escapa a mi ponderación que, más allá del acuerdo que impera sobre la cuestión en la doctrina actual, se ha polemizado a nivel nacional sobre la admisión o rechazo del error de prohibición en nuestro sistema jurídico vigente. No obstante, parto de considerar sobre este aspecto que *"las bases constitucionales del principio de culpabilidad y la configuración como categoría dogmática que centra su esencia en la atribución al*

[2] BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 294 y 295.

[3] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal – Parte General*, Ed. PPU, Barcelona, p. 660.

autor si obró decidiéndose por el injusto en ejercicio de su autonomía o libertad, se encontrarían burladas si se considerase, por un lado, que ella demanda la cognoscibilidad del injusto y, por el otro, que el error de prohibición no excusa porque no resulta receptado por el tenor literal del art. 34 inc. 1°, en tanto esta regla alude a la ignorancia o error de ´hecho´" (DE LA RÚA, JORGE/TARDITTI, AÍDA; *Derecho Penal – Parte General,* Tomo 2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 212)".

La correcta decisión del tribunal se enrola en la doctrina en la cual se basa el Código Penal vigente en Alemania, cuyo modelo siguen otros códigos, entre los cuales no se encuentra el nuestro. Es la denominada "teoría de la culpabilidad" que prevalece en la dogmática jurídico-penal actual en los países que siguen el sistema continental europeo.

Pero en las primeras décadas el siglo XX, en la ciencia jurídica alemana predominaba la posición del positivismo jurídico, en el sentido que la conciencia de la antijuridicidad —junto al conocimiento de las circunstancias del hecho— era el elemento esencial del dolo (el *dolus malus*). Esta concepción es denominada "teoría del dolo" porque, según ella, el error de prohibición excluía el dolo, que era la especie más grave de la categoría culpabilidad. Desde el punto de vista político-criminal, la consecuencia de dicha teoría era mucho más benigna para el sujeto activo del hecho porque —dado que la forma culposa no estaba tipificada en la mayoría de los casos en un sistema de *numerus clausus*— el error de prohibición llevaba a la impunidad. Según ROXIN[4], el argumento más importante a favor de esta teoría radica en que solamente sería merecedor del reproche de ser un infractor doloso de la ley aquel que se manifestara conscientemente en contra del Derecho; en cambio, aquel que se encuentra en error de prohibición no habría negado la obediencia a la ley y, por ello, a lo sumo habría actuado imprudentemente.

La "teoría de la culpabilidad" —defendida en su momento por HANS WELZEL, quien con su teoría final de la acción radicó el dolo natural en el injusto penal— abandona el concepto de *dolus malus* y diferencia claramente el dolo de la conciencia de la antijuridicidad, cobrando fuerza la distinción entre el "error de tipo" —que afecta al dolo ubicado en el tipo subjetivo- y el "error de prohibición", que no es significativo para el dolo sino solamente para la culpabilidad, el cual únicamente puede llevar a eximir de responsabilidad penal en el supuesto de error invencible, o a un delito doloso con una penalidad atenuada en el supuesto de un error vencible, pero nunca a un delito imprudente.

Afirma ROXIN[5] que hablan en favor de la teoría de la culpabilidad dos argumentos político-criminales: "El primero dice que un reproche de culpabilidad, sustancialmente mayor frente a la imprudencia basada en el desconocimiento de los hechos y que justifica una punición por dolo, existe ya cuando el autor conoce todos los hechos y de ello no extrae la conclusión sobre la prohibición penal. Ciertamente, el actuar conociendo plenamente la prohibición merece una pena incluso mayor; pero ello se toma en cuenta atenuando la pena del error de prohibición. En segundo lugar,… la circunstancia que de que la teoría del dolo coloca el ordenamiento jurídico casi a disposición del autor del delito: este no tiene que preocuparse del derecho; mientras menos conozca las prohibiciones, más absolución tendrá. Y cuando, como consecuencia de una actitud interna inescrupulosa, considere como permitidas conductas extremadamente dañosas socialmente, será premiado por ello con la impunidad (o por lo menos con una reducción al marco penal imprudente). Ponderando los

[4] ROXIN, CLAUS, *Acerca del error en el derecho penal*, en "La teoría del delito en la discusión actual", traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 206.
[5] ROXIN, CLAUS, ob. cit., pp. 206 y 207.

argumentos opino que los motivos que hablan a favor de la teoría de la culpabilidad son más atendibles".

Tales ventajas de la teoría de la culpabilidad frente a la teoría del dolo fueron también encomiadas por FERNANDO CÓRDOBA, autor de la mejor obra argentina sobre el tema[6], cuando afirma que con la primera de tales teorías se hizo posible que el error de prohibición no impidiera la punibilidad —especialmente en caso de ausencia de tipo imprudente— y, al mismo tiempo, se permitió la exclusión de la pena cuando el error fuera absolutamente invencible o inevitable. Agrega el destacado profesor de la Universidad de Buenos Aires[7] que la incorporación de la teoría de la culpabilidad en la reforma del Código alemán de 1975 aquietó las discusiones dogmáticas anteriores, pero dejó sin definir la evitabilidad del error de prohibición. Algo similar ha sucedido en nuestro país, donde, a pesar de no haber existido una disposición expresa sobre el error de prohibición, ha predominado aquella teoría en la doctrina a partir de la década de los setenta. Sin embargo, el problema concreto de cuándo es excusable el error de prohibición apenas ha sido formulado como tal.

4.2. La excusabilidad del error: después de haber sentado la premisa del error de prohibición basado en la teoría de la culpabilidad, los fundamentos de la Dra. Carolina Prado expresan:

> "Tales precisiones son relevantes a este caso, habida cuenta de que, tanto de las constancias de autos como del conocimiento *de visu* que obtuve de la imputada en el marco de la audiencia de debate, surge que la nombrada, de nacionalidad boliviana y con residencia en nuestro país, retorna con habitualidad y regularidad a Bolivia, donde mantiene estancias prolongadas junto a su familia, asentada en un ámbito rural. A través del mantenimiento de sus lazos familiares y sociales, puedo afirmar que Flores Condorí pertenece y se identifica aún hoy con aquel entorno socio-cultural, que claramente la define, más allá de su residencia en Argentina durante varios meses al año. Tal circunstancia no es un dato menor en tanto su país de procedencia, Bolivia, como sucede lamentablemente en general en los países de nuestra región, presenta una realidad de marcada desigualdad social, en la que prolifera el trabajo infantil, a causa de esas desfavorables condiciones sociales y económicas que impulsan a las personas a iniciar su vida laboral desde temprana edad. Y aunque el trabajo infantil es un problema de escala mundial, por lo general asociado a contextos de pobreza, discriminación y exclusión social, en el caso de Bolivia existe una multitud de niños y niñas que trabaja en las grandes ciudades o en las áreas rurales, muchos de ellos altamente vulnerables por la pobreza que afecta a sus familias, y muchos de ellos pertenecientes a las comunidades originarias. De hecho, con una población de unos 10 millones de habitantes, según la Organización Internacional del Trabajo hay un número aproximado de 800.000 niños que trabajan en aquel país, la mayor parte de ellos concentrados en sectores como el agropecuario, comercio, manufactura y construcción. Un alto porcentaje lo hace en condiciones muy disvaliosas: en oficios considerados peligrosos, como la zafra y la minería (87%), en trabajos con carácter informal (90%), o sin recibir sueldo, porque trabajan ayudando a sus padres (77%). Tal como lo puso de resalto la defensa, es en este contexto en el que el Gobierno de

[6] *La evitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 24.
[7] Ob. cit., p. 25.

Bolivia optó por adoptar un marco legal para los niños trabajadores —Ley 548 de 17 de julio de 2014—, que contempla la edad oficial para el trabajo en los 14 años y que, de manera excepcional, autoriza a los niños a trabajar desde la edad de 12 años a nombre de un empleador y desde los 10 años por su propia cuenta; excepciones éstas sujetas a autorizaciones de sus padres, de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, y a que el trabajo no sea perjudicial para su educación, salud y desarrollo".

Más adelante la sentenciante sostiene que, del análisis integral del caso, no puede sino concluir que a la imputada Flores Condorí le era del todo desconocida la prohibición emanada de la norma del art. 148 bis del Código Penal argentino, no solo por su condición de inmigrante, su escaso nivel de instrucción (no sabe leer ni escribir) y sus ciertos inconvenientes para comunicarse en idioma castellano, sino también por las dificultades propias de inserción en un contexto por completo diferente al suyo, muchas veces discriminatorio, y porque su realidad personal está informada sin duda por un imaginario cultural, una cosmovisión y unas costumbres, lengua y sistema de relaciones sociales muy particulares y propias de su lugar de origen.

Por ello, de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, la magistrada estima improbable que la acusada

"pudiera conocer y, por ende, motivarse, por una norma argentina, por lo demás, de reciente sanción al momento de los hechos (abril de 2013), cuya prescripción tiene un contenido radicalmente diferente al imperante en su país. En efecto, estando "ajena" a la ley argentina que la obligaba, a Flores Condorí le era conocida la práctica (con recepción normativa posterior) y realidad socio-cultural de su país. Tal realidad y tal norma son las que le eran "propias", "familiares" y, así, conocidas por ella: una realidad y una ley del Estado Plurinacional de Bolivia, que autoriza la utilización del trabajo de un niño que todavía no ha llegado a la edad de 14 años. La inserción en una cultura que contiene pautas contrarias a la prohibición puede condicionar culturalmente la cognoscibilidad del injusto. Considero así que, al momento de comisión del hecho, Flores Condorí ignoraba la prohibición cuya violación hoy se le atribuye y que dicha falta de conocimiento no le es imputable. En efecto, puede sostenerse que sus condiciones personales y la cultura marcadamente diferente de la que proviene le impidieron conocer que la acción llevada a cabo era delictiva, resultando así su error de carácter invencible. Resta decir que, aunque de modo general se considera que la ignorancia o error de la prohibición resulta infrecuente en el ámbito del derecho penal nuclear, no caben dudas de su mayor factibilidad en el derecho penal especial, o bien frente a normas penales en blanco, como la que juega en el caso. En definitiva, quien ignora la prohibición, o yerra al respecto, en tanto esa ignorancia o error sean invencibles, cree estar actuando en ejercicio de un ámbito de libertad civil amparado por la Constitución Nacional (artículo 19). De tal modo, "*Respecto de quien obra en esa situación no podrá derrumbarse el principio de inocencia, en tanto éste requiere que se pruebe la culpabilidad y si ésta contiene a la cognoscibilidad del injusto, continúa siendo inocente si se careció de ella debido al carácter inevitable del error*" (DE LA RÚA/TARDITTI, ibídem, p. 213). Por las razones dadas, y siendo que la consecuencia jurídica de un error invencible de prohibición es la exclusión de la culpabilidad, procede en autos la absolución de Romelia Flores Condorí (artículo 34, inciso 1°, del Código Penal) y así me pronuncio".

Las explicaciones brindadas acerca de la inevitabilidad del error de prohibición lucen convincentes y dotadas de razonabilidad. Destaco dos aspectos significativos:

a) Aunque no lo mencione expresamente, implica una aceptación —aunque no como fundamento principal de la absolución— de la categoría del "*error culturalmente condicionado*", que en la obra colectiva de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR[8] configura una forma de aparición del error directo de prohibición que se llama "error de comprensión", donde el sujeto conoce la norma prohibitiva pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección como parte de su sistema de valores, porque el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada donde ha internalizado valores distintos e incompatibles (la llamada "socialización exótica").

b) De modo explícito sostiene que —aunque de modo general se considera que la ignorancia o error de la prohibición resulta infrecuente en el ámbito del derecho penal nuclear— no caben dudas de su mayor factibilidad en el derecho penal especial, o bien frente a normas penales en blanco, como la que juega en el caso.

Tal afirmación es acertada y se compadece con lo que enseña FERNANDO CÓRDOBA[9], quien al referirse a los contenidos propiamente normativos de la base de conocimiento, distingue según que el error haya recaído sobre *normas fundamentales* o *de contenido disponible*. Las primeras —que corresponden al Derecho Penal nuclear— son las normas cuya derogación significaría un acto revolucionario porque reflejan las decisiones valorativas fundamentales de una sociedad (por ejemplo, la prohibición del homicidio, el robo, las ofensas sexuales, etc.); son aprendidas cotidianamente en el trato social y un error sobre el núcleo de ellas solo es concebible en personas con una *socialización exótica*. Las *normas de contenido disponible* —que pertenecen al Derecho Penal especial o accesorio— no reflejan principios fundamentales del orden social y tienen contenidos contingentes porque están destinadas a regular ámbitos de la sociedad permanentemente abiertos a los cambios y a la evolución de la valoración social. En atención a la masificación de esta clase de normas, propia de las sociedades modernas, es factible que incluso un ciudadano dispuesto a respetar el Derecho no siempre pueda conocer por sí mismo el contenido de tales prohibiciones o mandatos, porque no se transmiten de modo *quasi* automático por mera socialización.

5. Otras propuestas de fundamentación del error que podrían conducir a la exclusión de responsabilidad penal

Sin menoscabo de los sólidos argumentos expuestos en la sentencia comentada, me atrevo a proponer otras soluciones a la cuestión del error en que se encontró la acusada, que también excluirían su responsabilidad penal, pero no en el nivel de la culpabilidad por la vía del error de prohibición invencible, sino en el nivel del tipo de injusto, eliminando el dolo a través del error de tipo inevitable.

5.1. Error de tipo sobre el elemento normativo

Anteriormente, al tratar sobre el tipo objetivo del delito del art. 148 bis C.P., me incliné por afirmar que el comportamiento típico radica en aprovecharse económicamente del trabajo infantil prohibido por normas laborales a las cuales remite, que constituyen el elemento

[8] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 736.

[9] CÓRDOBA, FERNANDO JORGE, *La evitabilidad del error de prohibición*, p. 110 y ss.

normativo del tipo; tales normas son la Ley de Contrato de Trabajo 20.744/76, reformada por Ley 26.390, cuyo artículo 1° establece que queda prohibido el trabajo de las personas menores de 16 años de edad, en todas sus formas. Por ello, cuando el error de la acusada ha recaído sobre este aspecto y se ha beneficiado económicamente durante casi tres años del trabajo en un comercio de venta de ropa, de la niña A.B.E., desde sus 13 años de edad, resultaría excluido el dolo por un *error invencible sobre el elemento normativo del tipo que adelanta la antijuridicidad al momento del examen de la tipicidad o sea, que implica una valoración global*, porque por las buenas razones explicadas en el fallo no supo que en Argentina está prohibido el trabajo de esa menor de 16 años. Si hipotéticamente la imputada hubiera conocido esa prohibición pero hubiera creído, por ejemplo, que A.B.E. tenía 17 años, se trataría de un error sobre circunstancias fácticas o descriptivas del tipo objetivo.

5.2. Error de tipo sobre la imputación objetiva

Voy a plantear otra alternativa de solución, tal vez más atrevida, que también se sitúa en el nivel del tipo de injusto y que, por ser un error de tipo inevitable, desplazaría la responsabilidad penal por atipicidad por falta de dolo. Es una "idea loca" que hemos trabajado con Diego Peretti en nuestra contribución al libro-homenaje al Profesor Marcelo Sancinetti, de próxima aparición.

Siguiendo la posición de ROXIN podría conceptualizarse al dolo —ubicado en el tipo subjetivo— como *el conocimiento y la intención de realización de los presupuestos objetivos del tipo.* Teniendo en cuenta que entre éstos se encuentra la *imputación objetiva*, debemos interrogarnos si los criterios normativos de dicha teoría son relevantes para el dolo. Ellos consisten en que, para imputar el resultado a la acción, esta tiene que haber creado para el bien jurídico un riesgo no permitido y, además, este peligro jurídicamente desaprobado haya sido el que realizó el resultado delimitado por el tipo dentro del ámbito de protección de la norma.

Se plantea así un serio problema derivado del concepto de riesgo jurídicamente no permitido o prohibido (primer nivel y verdadera piedra angular de la imputación al tipo objetivo), el cual está representado por su articulación con la categoría de la antijuridicidad y su conciencia. El tema del conocimiento del carácter "no permitido", "prohibido" o "jurídicamente desaprobado" del peligro creado por el comportamiento del sujeto activo constituye una cuestión que no es pacífica en la doctrina.

Para mi querido y siempre recordado maestro JORGE DE LA RÚA en la ya mencionada obra en coautoría con AÍDA TARDITTI[10]:

> "la calidad de lo no permitido debe tratarse de modo similar a los elementos normativos que no implican tampoco una valoración global (injusto total), como sucede con las exigencias acerca de que la conducta captada por el tipo contraríe otras regulaciones (v. gr., la portación de armas "sin autorización"). Ello así porque si bien el criterio para deslindar entre *riesgos permitidos* y *no permitidos* es el filtro de mayor importancia de característica normativa para seleccionar si una acción dotada de capacidad causal respecto del resultado tiene relevancia para el ámbito delimitado por el tipo, no implica todavía un juicio de disvalor entre lo que se realiza y el orde-

[10] DE LA RÚA, JORGE - TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal - Parte General*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 438 y 439,

namiento jurídico total como sucederá en el nivel de la antijuridicidad, sino al conjunto de las reglas no penales que regulan una determinada actividad (legislativas, estándares científicos o técnicos, combinación entre parámetros objetivos e individualizadores cuando no se trate de actividades reguladas por reglas jurídicas o estándares científicos o técnicos, que son las que fijan los contornos de los riesgos "no permitidos". En relación a ellas basta con el criterio de la *valoración paralela del lego o profano*, o, por el contrario, cuando éste no proporciona posibilidad alguna de captar la significación social de lo que se hace, será necesario del conocimiento de la regulación (no penal) en sus contornos generales".

Aplicando este criterio al caso en estudio, la acusada Flores Condorí había obrado con error sobre los elementos normativos del tipo que no implican una valoración global, lo cual diferiría con lo que he sostenido en el apartado precedente cuando dije que podría caber un error invencible sobre el elemento normativo del tipo que adelanta la antijuridicidad al momento del examen de la tipicidad.

Por mi parte, al sostener una construcción bimembre de la teoría del delito que considera a las causas de justificación como elementos negativos del tipo, considero que el concepto de antijuridicidad ha sido absorbido dentro de la dimensión objetiva del tipo —lugar donde siempre debió ser considerada desde el momento de la incorporación de la imputación objetiva— y por ello han sido removidos los obstáculos para que la conciencia de antijuridicidad, que antes se encontraba en el ámbito de la culpabilidad, pase nuevamente a integrar el ámbito del dolo. La razón es muy simple: si el dolo resulta ser *el conocimiento y la intención de realización de los presupuestos objetivos del tipo* y lo que conocemos como antijuridicidad de una acción se encuentra dentro del ámbito del tipo objetivo, integrando un concepto más amplio como es el de la imputación objetiva, *el conocimiento y la voluntad del obrar antijurídico no es otra cosa que una parte sustancial del fenómeno normativo que llamamos dolo* —dolus malus, *si se quiere— aunque esta designación, en este nuevo marco, carecería sustancialmente de importancia práctica*. Con ello pensamos que si el sujeto activo obra con *conciencia de la ilicitud* de su comportamiento (*comprensión de la criminalidad del acto*, según el art. 34 inc. 1º de nuestro Código Penal), se puede decir que ha actuado con *mala fe*, o sea, con *dolo*.

En buena medida nuestra formulación implica una normativización del dolo frente al "dolo neutro" del finalismo y de la mayoría de los autores del post-finalismo que, aunque no comparten el ontologismo de la teoría de WELZEL, conservan su metodología del tipo subjetivo como uno de los componentes del tipo complejo. Ello reproduce el proceso de normativización de la culpabilidad frente a la concepción psicológica propia del positivismo jurídico. No obstante, ello no implica adherirme a la denominada "doble posición del dolo" sostenida por prestigiosos autores alemanes y españoles, según la cual el dolo natural se ubica en el tipo subjetivo y el dolo normativizado que supone el conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*) se encuentra en la culpabilidad (imputación personal para MIR PUIG).

Por consiguiente, teniendo en cuenta en el caso concreto del delito atribuido a Flores Condorí la incidencia de normas jurídicas extrapenales (prohibición del trabajo de menores de 16 años emergente de nuestra ley de Contrato de Trabajo), su excusable desconocimiento normativo le habría impedido saber que con su comportamiento estaba creando un riesgo jurídicamente desaprobado en relación al bien jurídico amparado por la norma

del art. 148 bis C.P. Por ello, no debería responder penalmente, porque en el momento del hecho no pudo comprender la criminalidad del acto por error no imputable.

Recursos Penales – Lineamientos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación

Penal Resources – Guidelines in the new Argentine Criminal Procedure Code

Por: **MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO**[*]

RESUMEN: El trabajo trata los medios impugnaticios, esto es, lo relativo a corregir errores de fondo o de forma en el nuevo CPPN argentino.

PALABRAS CLAVE: Recursos ordinarios y extraordinarios. Procedencia.

***ABSTRACT**: The work deals with the impugnative means, this is what is related to correcting errors of substance or form in the new Argentine Criminal Procedure Code.*

***KEYWORDS:** Ordinary and extraordinary resources. Origin.*

Introducción

Dada la vigencia del Código Procesal Penal de la Nación y su próxima aplicación de las modificaciones introducidas (fundándonos en acreditada publicación), *(Nota Infoleg:* según la cual se hace saber: VEASE el Decreto 118/2019, B.O. 8/2/2019, por el cual se aprueba el texto ordenado del CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL, aprobado por la Ley Nº 27.063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley Nº 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley Nº 27.482, el que se denominará", que como ANEXO I (IF-2019-05102811-APN-MJ) forma parte del Decreto de referencia).

Como puede apreciarse, se trata de una elaboración compleja, donde la base es la ley 27.063, la que recibió incorporaciones de la ley 27.272 y las de la ley 27.482.

En estas condiciones debió dársele al Código Procesal Penal de la Nación una denominación específica, Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019). Ha intervenido la Procuración General de la Nación, Departamento de Biblioteca.

Los dictámenes corresponden a 2020. Las disposiciones generales de los recursos y las particulares de cada uno de ellos muestran modificaciones, pero no hay cambios sustanciales como, por ejemplo, hubiera sido pasar a un derecho general al recurso, según los que se pueden imponer en las etapas eventuales de la denominada Instrucción y de las Vías Impugnativas y la etapa esencial, como son los que pueden interponerse durante la etapa esencial del juicio o, si se quiere, de "los" juicios que, como se verá, varían según cuál sea el objeto de cada de uno de ellos.

No se abandonan las condiciones tiempo y forma ni el principio de taxatividad, esto es, el establecimiento de limitaciones a la impugnabilidad objetiva y subjetiva.

Advertimos variantes y también mucho más detalle respecto de las razones de nulidad de la resolución impugnada, esto es, objeto impugnable o impugnabilidad objetiva.

---

[*] Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de postgrado de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UNC. Miembro del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho. Directora del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Honorario de la Asociación Argentina de Victimología. Miembro del Instituto de Prevención del Delito. Ex Vocal de Cámara en lo Criminal Sede Capital. Autora de libros y artículos en revistas de publicación periódica.

Podemos afirmar que es un Código relativamente conservador en cuanto al ejercicio de las vías impugnativas ordinarias y extraordinarias, cuestión que hemos analizado oportunamente.

En algún momento se supuso, tal como venía la jurisprudencia nacional y las provinciales, especialmente en Córdoba y Capital Federal, que se daría un gran cambio de paradigma en este nuevo Código, cuestiones que fueron acentuándose a partir de la última década del siglo pasado y se afirmaron más aún en las dos primeras décadas de este milenio y siglo.

En el actual Código Procesal Penal de la Nación, texto ordenado 2019, el libro IV es el que recepta las vías impugnativas ordinarias y extraordinarias.

Bajo la rúbrica LIBRO IV, Recursos. Capítulo I. Disposiciones generales**.** A partir del 432 se tratan las Reglas generales.

Como se puede apreciar, esta regla es exactamente igual a las de los Código Procesales modernos, adelantando la impugnabilidad objetiva y los instrumentos impugnaticios apropiados. Prosigue esta regla con tres aspectos que mantiene la estructura de los códigos modernos: 1) afirmar el principio de taxatividad desde el ángulo de la impugnabilidad subjetiva, esto es, quién puede impugnar; 2) confirma la necesidad de la existencia de un interés directo. Es decir el recurso debe tender a conjurar un perjuicio causado por la resolución impugnada. Se trata de una cuestión decisiva. En efecto, si la propuesta no tiende a mejorar la situación del imputado carecerá de interés, pero si se trata de una modificación de carácter sustancial, siempre estará el interés en una correcta calificación jurídica —por ejemplo, solicitar la calificación como un solo hecho de estafa en lugar de delito continuado—. En ambos casos habrá un hecho, pero no es lo mismo la existencia de un solo hecho fácticamente considerado que la existencia de un hecho jurídicamente entendido, por virtud de una posición jurídica que trata el delito continuado constituido por múltiples hechos material y homogéneamente semejantes-iguales unidos subjetivamente, de tal manera que, al formar una empresa delictiva, se lo considera jurídicamente un solo hecho; 3) asimismo, deja librado a cualquiera el derecho a impugnar, si no se ha establecido a quien pertenece, pero en todos los casos deberá tener un interés directo. Por ejemplo, no se entiende por interés impugnar el derecho a cobrar un resarcimiento por daño a un amigo de la víctima que no tuvo una relación de cuidado durante su agonía, sino meramente la tristeza por su desaparición física.

La regla del 433 establece la posibilidad del recurso del Ministerio Público inclusive a favor del imputado, dando por sentado que lo puede hacer en contra del mismo. No marca la existencia de agravio si hubiera pedido una mayor a la impuesta, sino el hecho de haber acusado, haber pedido pena y, de las resultas del juicio, surge la absolución del imputado. Es concordante con los agravios, teniendo en cuenta montos de pena impuesta. Aquí se considera que no puede existir agravio por el hecho de haber diferencia de penas.

Hacerlo a favor implica que puede haber acusado y decidir por sí o por orden del superior jerárquico hacerlo, dada la unidad del Ministerio Público. O bien puede hacerlo en caso de condena, en lo referente a la acción civil.

En el artículo 434 primera parte, dicho artículo habilita al imputado a impugnar una sentencia absolutoria, sea ulterior al debate o anterior al mismo en la etapa preliminar o en la instrucción respecto de una medida de seguridad. Tal derecho encuentra sustento en que una medida de seguridad puede resultar altamente agraviante (interés) por sus características de encierro en un nosocomio, por ejemplo, o por el sometimiento a un tratamiento *sine die*, o por la sujeción a una tercera persona que pasa a ser su guardador. El hecho de ser

absuelto penalmente no implica que no tenga interés. Lo mantiene, en tanto se haya dispuesto una medida de seguridad agraviante por su modalidad, irrazonable o infundada.

En todos los casos se necesitará asistencia letrada. Lo que se quiere señalar es quién decide impugnar. Si el imputado es mayor de edad, lo decide él y, si es menor dentro del proceso de penal de menores, lo decide el padre tutor, guardador o representante promiscuo. El menor puede estar en el juicio con mayores y se lo declara culpable si así se lo encuentra, pero no se le aplica pena. Se trata de los menores de 18 años imputables.

En cuanto a la ausencia de derecho a ser informado de la resolución, resulta ser una regla carente de sentido pues, si el menor está sólo, se le seguirá un proceso de menores y, si está con mayores de edad, se le informará al tiempo que se informe a los mayores.

En el Art. 435 debemos distinguir el querellante en el ejercicio de la acción privada (Art. 88) y el que se encuentra en el ejercicio de la acción pública (Art.83, 87). En este último caso se trata de la víctima que se constituye en querellante particular y, en principio, tenía un recurso adherido al del Fiscal, luego fue tomando independencia y, por el principio de tutela judicial efectiva que tiene garantía constitucional en el Tratado Internacional de San José de Costa Rica[1], tiene una facultad autónoma de recurrir.

[1] En el art.18 de la Constitución Nacional se establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. A su vez, el art. 8 de la Convención Americana de Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional supremo de conformidad al art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Y el art.25, el derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. La reforma constitucional de 1994, tanto en el ámbito de la Nación como en el de las provincias, al asegurar la efectividad de los derechos sustanciales, significó un avance en el tránsito del Estado de Derecho hacia el Estado de Justicia. El paso siguiente, su consolidación, dependerá de la ciudadanía y también del activismo de abogados y jueces, reformulando en el quehacer cotidiano la idea y la praxis del proceso justo. Sin embargo, el conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales de nada valen, si no se garantizara la tutela judicial efectiva, adecuada y continua, a cargo de un Poder Judicial independiente. La tutela judicial efectiva se vincula al Estado de derecho, que se caracteriza por el sometimiento de todos, gobernantes y gobernados, sin excepciones a la ley, de manera que nada ni nadie pueda estar por encima de ella. Para ello debe entenderse por todos que los propósitos constitucionales son imperativos y de observancia rigurosa. La Corte, en el caso Angel Siri, invocando el pensamiento de Joaquín V. González, ha dicho que "las declaraciones, derechos y garantías no son —como puede creerse— simples fórmulas teóricas, pues cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación". Cuando el sistema institucional funciona en términos iguales para todos, a través de normas claras y susceptibles de ser conocidas por todos, que rigen y se aplican a situaciones posteriores a su entrada en vigencia, puede hablarse de seguridad jurídica. De allí la importancia que revisten las garantías, tendientes a la efectividad de los derechos sustanciales, pero fundamentalmente también la organización del poder a través de una serie de potestades que se atribuyen a las magistraturas públicas, las que constituyen garantías políticas de control de las libertades. Siguiendo un orden lógico y cronológico, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva comprende, en primer término, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional. Se trata de la instancia inicial del ejercicio del derecho en el que la protección debe ser fuerte, ya que de él dependen las instancias posteriores. Una de las manifestaciones concretas de este primer momento está dado por el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes al juicio, sin restricciones irrazonables, y de interpretar con amplitud las leyes procesales en cuanto a la legitimación, pues el rechazo de la acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista importa una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. En tal cometido, es un principio básico de interpretación constitucional que la libertad es la regla y la limitación es, en cambio, la excepción,

En cuanto al recurso del querellante en ejercicio de la acción privada, está establecido en las reglas de dicho procedimiento y, por supuesto, tiene derecho a control casatorio e inconstitucional. Su situación procesal es tal que carece de la etapa eventual de instrucción y defiende sus derechos directamente en juicio, que es la etapa esencial.

Recursos del actor civil

El Art. 436 regula la situación del Actor civil; este no puede discutir absolutamente algo vinculado con el hecho penal punible y debe tener mucho cuidado a lo largo del proceso en dejar expedita la vía para impugnar, pues las nulidades provocadas son de carácter relativo, de tal manera que no pueden declararse en cualquier estado y grado del proceso sino solo cuando se haya efectuado oportuna protesta de recurrir. La oportuna protesta se efectúa inmediatamente después de producido el acto procesal, que luego puede generarle agravio, sea mediante oposición o reposición, haciendo reserva de ocurrir por el medio impugnati-

---

la que debe interpretarse restrictivamente. Resulta indiscutible que, en caso de duda, habrá que optar en virtud de la regla *pro homine*, a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos. De ello deviene una serie de principios que se aplican en los distintos ámbitos del derecho de fondo y el derecho procesal, tales como: *in dubio pro reo, in dubio pro operario, in dubio pro administrado, in dubio pro legitimación, in dubio pro vida del proceso, in dubio pro prueba,* etc. El derecho a la doble instancia es otra de sus manifestaciones concretas, es decir, a la posibilidad de revisión de las resoluciones judiciales, en cuanto a los hechos y el derecho aplicable, por parte de otro juez o tribunal superior al que las dictó. Tanto el art.8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos como el art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con rango supremo por el art.75 inc.22 de la Constitución Nacional, establecen esta garantía en el proceso penal, reconociendo el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. Antes de la reforma de 1994, en el caso "Jauregui"-1988-(2) la Corte Suprema interpretaba que la garantía de la doble instancia no constituía requisito constitucional de la defensa en juicio en toda clase de procesos, bastando con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal. Sin embargo, con posterioridad, en el caso "Gorriarán Merlo"(3) declaró inconstitucional la irrevisibilidad establecida por la Ley 23077.El derecho a la doble instancia no debe ser, en principio, solo limitado al proceso penal, ya que la instancia única, como regla, puede resultar incompatible con la prohibición de la arbitrariedad y la concentración del poder en un régimen democrático. El segundo momento en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva está dado por el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión, lo que no significa que la decisión sea favorable a la pretensión formulada. Lo esencial aquí es que la resolución sea motivada y fundada, es decir, razonable, congruente y justa; esta es una exigencia que deriva de la legitimación democrática del poder judicial y de la interdicción de la indefensión y la irracionalidad. Finalmente, el tercer momento que completa el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la resolución judicial se cumpla, de lo contrario, el reconocimiento de derechos establecidos en ella será vano, una mera declamación de intenciones, con grave lesión a la seguridad jurídica. Enseña la doctrina que el derecho a la tutela judicial efectiva, genuina expresión al derecho a la jurisdicción, contiene dos elementos: a) una formal, consistente en un proceso constitucional que tutele determinados derechos y garantías; b) otro sustancial, que procura que la cobertura jurisdiccional tenga la suficiente celeridad, para que la pretensión esgrimida, no se torne ilusoria o de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión. La inseguridad jurídica: a través de la función jurisdiccional, el Estado da certeza a los conflictos o situaciones de incertidumbre o inseguridad que se producen en la sociedad. La certeza no significa necesariamente dar la razón a quien recurre al servicio, pero sí a recibir una respuesta razonable y oportuna. Y a que una vez definida la cuestión por el Poder Judicial, todo el aparato coactivo del Estado se ponga al servicio de su ejecución. El único modo que tiene el Estado para exigir el cumplimiento de las normas y proscribir la justicia privada es a través de una administración de justicia organizada en forma eficiente. Cuando la administración de justicia fracasa, la seguridad jurídica es reemplazada por la irracionalidad y por la imprevisibilidad, desapareciendo la confianza y colocando a los miembros de una sociedad, y a veces hasta al propio gobierno, en estado de indefensión. Si este engranaje se resiente, en cualquiera de sus fases, se pone en peligro la seguridad jurídica, el estado de derecho y el estado de justicia. Por eso debe comprenderse que la jurisdicción, la tutela judicial efectiva debe extenderse, sin lagunas ni fisuras, a todas las personas, a todo el territorio y a todas las materias. Es responsabilidad de los jueces hacerlo posible y realizable.

cio adecuado al dictarse la resolución que define el proceso sustancialmente, como puede ser un sobreseimiento o la sentencia ulterior al debate.

Recursos del civilmente demandado

El Art, 437 regula el recurso del civilmente demandado; puede ser el imputado o un tercero que responda objetivamente, es decir, sin haber sido declarado penalmente culpable, tiene una obligación civil de reparación del daño causado mancomunada, como puede ser la compañía aseguradora o un garante de la deuda del imputado. En este orden de cosas, puede ser que el imputado esté conforme con la sentencia penal y no recurra, pues no existe agravio para él, pero sí existe para el tercero. En este caso, razonablemente la ley le acuerda el derecho a impugnar, pues para el demandado hay interés, aunque no lo haya para el imputado. Por ejemplo, se manda a pagar una indemnización no fundada o ilógica o irracional o violatoria de la ley de fondo o de principios constitucionales. Tratándose de obligaciones mancomunadas, el demandante puede elegir a quien demanda, derecho que tiene para satisfacer la economía procesal.

Sin embargo, en los delitos económicos, en virtud del inc. 6 del art. 59C.P., donde el pago del daño civil permite cancelar el proceso penal, teniendo por extinguida la acción penal, puede ocurrir que hayan intervenido varios imputados, pero uno (por ejemplo) es quien entregó los cheques sin fondos o cuenta cerrada y los otros, entre todos, efectuaron la compra fraudulenta por la entrega de cheques carentes fondos. La situación no es la misma. Para que opere dicha regla, quien tiene el dinero para cubrir el daño transforma la situación de todos, pero, si no hay arreglo por esa vía, todos van a juicio y pueden ser demandados civilmente, pues serían penalmente coautores.

Condiciones de interposición

El Art. 438 dispone exactamente igual a lo que hemos analizado (supra); marca la sanción que le corresponderá: inadmisibilidad, o sea, el no ingreso del acto proceso, indicando el tiempo en que debe interponerse cada recurso que varía entre tres, diez o quince días algunos hábiles otros corridos, ya veremos, y el motivo en que se basa (formal o sustancial) que no es lo mismo que el agravio. Dentro de cada motivo habrá agravios de distinta índole.

En los recursos ordinarios el motivo puede ser de orden fáctico, o sea, sobre los hechos y en los recursos extraordinarios es sobre cuestiones de Derecho, aún cuando se impugne por el motivo formal.

En la Apelación extraordinaria Federal (Art. 14 de la ley 48) se discuten cuestiones legales federales, o sea, de contraposición de normas con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Nada nuevo trae desde este punto vista; claro que la Corte Suprema interviene como Tribunal de Casación respecto de todas aquellas materias donde todavía no se han creado la Cámaras de Casación Federal.

La interposición del Recurso de Apelación Extraordinario Federal en causas no federales es usado para evitar la calidad de firme de las sentencias o autos pero, con buen criterio, con su declaración de inadmisibilidad formal por parte del Tribunal de Sentencia o del Tribunal que haya entrado al fondo de la cuestión justiciable es correcto considerarlos firmes.

En verdad, en esta situación no hay cuestión Federal, no hay "Caso" Federal. Es una corruptela jurisdiccional que agobia a la Corte Suprema materialmente y debe concluir definitivamente con una regla según la cual, habiendo intervenido los Tribunales Superiores o Cortes Suprema de Justicia de Provincia, cumpliendo el principio de Doble conforme,

mejor diría yo, mediante "control casatorio" ya está firme y puede ejecutarse. Ciertamente es así, pero el abuso de esta vía impugnativa parece reclamar una regla de esa índole.

Pensemos en la impugnación a una resolución sobre prisión preventiva, tiene oposición al pedido del fiscal, reposición a la decisión del Juez de control, apelación a la Cámara de Apelación o Acusación y por el principio de gravamen irreparable actual, aunque no sea objeto impugnable expresamente, tiene Casación ante el Tribunal Superior o Corte Provincia y, además, Recurso de Apelación Extraordinario Federal.

Adhesión

El Art. 439 dispone la adhesión. Esta no es al recurso, al contenido del recurso, sino a la vía. Es decir, si uno de aquellos a quienes se les ha resuelto su situación de modo definitivo, entrando al fondo de la cuestión justiciable, ha considerado que no debe impugnar pero la contraparte lo hace y aquel ha perdido el término para impugnar, frente al recurso adverso contrario a sus intereses adhiere a la vía y recurre señalando en la decisión defectos que causen nulidad en relación a la decisión tomada respecto de sí mismo. Por ejemplo: al imputado le han impuesto una pena mal fundamentada pero está conforme con el monto, aunque mejor fundada podría ser inferior e impugna el Fiscal pidiendo una pena mayor, el imputado adhiere a la vía e impugna dando razones para obtener una pena menor sea por la vía formal o sustancial.

La audiencia que se fija, en este texto ordenado, para abundar sobre sus pretensiones, adherir, presentar recursos por parte de quien no lo ha hecho y la posibilidad de intervenir por todo aquel que tenga un interés directo es muy importante luego de declarado admisible el recurso por el Tribunal *a quo* y elevado "inmediatamente" pues no sólo la parte puede adherir, sino que puede alegar la improcedencia formal del recurso de otra parte, puede defender la sentencia que, a su criterio, no le causa agravio, si se trata de su propio recurso sin agregar motivo nuevos, puede reforzar las razones dadas en sus agravios, respetando el o los motivos invocados.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.374, B.O. 30/5/2008. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial)

Recursos durante el juicio

El Art. 440 dispone los recursos durante el juicio. En ese sentido el recurso de reposición implica oponerse formalmente a decisiones tomadas durante la etapa instructora que luego impactarán en el debate. El tiempo para interponerlo es durante la etapa preliminar, necesariamente es sin trámite, esto es, sin sustanciación a las otras partes, dado que no es inherente a la reposición la sustanciación.

Se le pide al tribunal de juicio revoque, por contrario imperio, alguna decisión tomada en ese lapso. Este es otro momento muy importante; puede referirse a la admisión de alguna prueba o al modo de admisión de una prueba (por su lectura), o al hecho de elevar a juicio un expediente sin la acumulación de otro que está conectado objetiva o subjetivamente, está a punto de ser elevado en ese momento y se ingresa a la etapa preliminar del juicio con una parte del juicio que se seguirá contra un ciudadano sin tener acumulado otro, lo que implicará dos juicios y, consecuentemente, puede dar lugar a dos condenas que, sumadas, puede ser irrazonable por su monto, cuando si se hubiera efectuado en un solo juicio la pena sería arreglada a normas de razonabilidad punitiva. Es la última oportunidad que tiene un ciudadano de ser juzgado por los juicios que tiene en su contra por un mismo tribunal como lo manda el art. 58 C.P., y digo que es la última, pues puede plantearlo

cuando, terminada la instrucción, está a punto de ser elevado a juicio y, en esa ocasión, puede oponerse a la elevación a juicio sin la otra parte que se encuentra unida subjetiva u objetivamente.

La segunda parte tiene fundamento en la primera, en el sentido de que la reposición se podrá resolver en la etapa preliminar o en el debate o dejarla para la sentencia; claro que si la sentencia es irrecurrible porque no causa agravio, por ejemplo, porque la regla aplicada se derogó y lo alcanza el principio de ley penal más benigna no habrá lesión y, consecuentemente, no habrá agravio.

Sin embargo, a mi ver, la no acumulación de procesos acumulables causa un agravio irreparable actual que se debe resolver en la etapa preliminar, pues de otro modo habrá dos juicios unidos subjetiva u objetivamente.[2]

Efecto extensivo

En el art. 449 se regula el efecto extensivo. El primer párrafo de esta regla supone la existencia de una sentencia o auto cuya decisión afecta a varios imputados y uno solo de ellos impugna. La regla es que, no siendo motivos de orden personal, el resultado beneficioso para uno de ellos lo será para todos, por ejemplo, la nulidad de la sentencia ulterior al debate, la aplicación de una ley penal más benigna que abarca a todos según la sucesión de leyes y conforme el art. 2 C.P.

Constituyen motivos personales aquellos agravamientos que hayan incidido en la pena como es la calidad de reincidente, o bien, atenuantes como lo es el hecho de lograr ser declarado inimputable y, consecuentemente, absuelto. También es incomunicable y, por ende, no extensible la situación de quien logra una pena menor porque logra se califique el hecho a su favor, al no saber la relación de carácter personal que unía a la víctima con el victimario.

Si se maneja la comunicabilidad de relaciones y circunstancias comunicables o no comunicables dispuesta por la ley sustantiva, aquí se sigue esa línea. No podía ser otro modo: en igualdad circunstancias el recurso que aprovecha a uno aprovecha a todos los intervinientes, no siendo de carácter personal, pues si no se produciría una situación de desigualdad no amparada por la ley y, evidentemente, un escándalo jurídico.

Si el beneficio se logra por motivos formales, habrá nulidad o inadmisibilidad o caducidad o preclusión, esto es, alguna de las sanciones procesales. Si lo es por el motivo sustancial, se corregirá la calificación jurídica y se presenta una situación muy interesante sobre cuál es el tribunal que aplicará la pena conforme la nueva calificación.

La jurisprudencia indica que, si se tienen todos los elementos para individualizar la pena, puede hacer el tribunal *ad quem*, si no lo tiene, debe devolver las actuaciones al inferior para que, conforme la nueva calificación jurídica, individualice la pena.

---

[2] El Dr. José Severo Caballero, distinguido abogado defensor, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular de Derecho Penal Parte General en la Facultad de Derecho de la UNC y a la sazón Director del Instituto de Investigación de Derecho Penal, alrededor de 1986 intentó plantear la cuestión por vía de Casación, pero, a sabiendas de que no había jurisprudencia al respecto y de que lamentablemente él mismo advertía que había dejado pasar dos oportunidades, solo le restó quejarse verbalmente de "los acuerdos" que hacían los entonces Jueces de Instrucción de no cumplir con las reglas de conexión objetiva o subjetiva para evitar intervenir en causas muy voluminosas, cuestión planteada muy bien por Horacio Carranza y Gustavo Arocena en Cuadernos de Derecho Penal Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Nro. 6, junio 2020, ISSN 2469-2085, "Unificación de penas y condenas. Principios, casos y soluciones" p. 27.

El segundo párrafo dispone que favorecerá al imputado el recurso del civilmente demandado, cuando este alegue la inexistencia del hecho; ello es así porque, si las resultas del recurso lo favorecen, puede quedar imputado por otro hecho cuya calificación es más benigna, o bien, puede quedar sin hecho penal punible para ser condenado en el caso de que se alegara la atipicidad del hecho, o de que el hecho no está debidamente circunstanciado y prospera una nulidad. Esta solución retrotrae hasta el último acto válido de la Instrucción el proceso y debe tenerse mucho cuidado en su declaración, pues puede operar la prescripción de la causa.

También en el caso de que se niegue que el imputado lo cometió, es decir, o el recurso del demandado se basa en inexistencia de participación por parte del civilmente demandado o que constituya delito. El demandado alega dentro de sus límites, pero, como puede apreciarse, puede hacer mucho más que el Actor Civil, quien no puede tocar el hecho.

También en el caso de que se sostenga que se ha extinguido la acción penal, por ejemplo, por prescripción o por cualquier otra causa extintiva de la acción penal como podría ser la amnistía. Otro caso es cuando aquella no pudo iniciarse o proseguirse. Son los casos en que no se han respetado las reglas relativas a Enjuiciamiento de Magistrado o Juicio Político, o prosperó alguna causa de no procedibilidad sustancial, como es una cuestión previa o prejudicial como la validez o nulidad del matrimonio. No por la concurrencia de una excusa absolutoria que abarca sólo individualmente a quien la tiene.[3]

Efecto suspensivo

El Art. 442 (Artículo incorporado por art. 8 de la Ley N° 25.760, B.O. 11/8/2003) en el primer párrafo dispone el efecto suspensivo de la ejecución de la resolución impugnada al interponerse el recurso. Este efecto impide su ejecución. Cuando ha quedado firme, es decir, ya no existe recurso admisible, se ejecuta. El efecto suspensivo se ha llevado actualmente hasta el auto que declara inadmisible recurso de Apelación extraordinario ante la Corte Suprema, dictado por el Tribunal de sentencia, pero hemos tenido casos inéditos de efecto suspensivo que ha desmerecido su verdadero sentido, cual es el de que, si se está pidiendo control de la resolución por el superior, flaco favor haría al sentido del recurso ejecutarlo.

El efecto suspensivo actúa respecto del imputado que ha impugnado, pero si hay efecto extensivo respecto de los demás intervinientes que no han impugnado y podrían ser beneficiados con ese efecto, no cabe dudar de que también lo alcanza.

En cuanto al efecto suspensivo respecto solo a algún punto de la decisión impugnada como, por ejemplo, sólo del imputado como demandado civil y no como imputado penalmente punible, podría pensarse que lo es solo respecto del mismo, pero ocurre que se debe analizar en la alzada si el recurso como demandado civil no está discutiendo la existencia, modalidad y alcance del hecho penal punible, en cuyo caso no sería motivo de declaración de inadmisibilidad por el *quo*, sino que produce siempre efecto suspensivo para tener la amplitud necesaria para analizar la totalidad de la impugnación y su alcance.[4]

---

[3] Núñez Ricardo; *Manual de Derecho Penal Parte General; 5°* Edición actualizada, Ed. Lerner, 2009, p. 233.

[4] Hubo un caso paradigmático del uso del efecto suspensivo. Se trata de la cuarta confirmación de la condena por la Corte Suprema de Justicia. El 21 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, por unanimidad, desestimó los recursos presentados por la defensa y dejó firme la sentencia que había condenado a Grassi a 15 años de prisión «*por abuso sexual agravado por resultar sacerdote, encargado de la educación y de la guarda del menor víctima, reiterado, dos hechos, en concurso real entre*

En el segundo párrafo se dispone una excepción al efecto suspensivo, pues ocurre que en las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 (casos de secuestros así denominados en general) del Código Penal de la Nación, o que tramiten en forma conexa. Es decir, que haya conexión objetiva o subjetiva o material entre sí, cuando sea impugnado por vía reposición y apelación en subsidio, de autos, interlocutorios y resoluciones que fueran apelados durante la instrucción, o sea, no son sentencias definitivas, serán elevados al tribunal de alzada para que conozca en forma conjunta de los recursos concedidos.

Sin embargo, una vez que el representante del Ministerio Publico Fiscal estimare, completa la instrucción y previo a expedirse sobre su mérito en alguno de los sentidos que indica el artículo 215 de este Código[5]. Una regla de acumulación obligatoria para estos casos es una situación loable y marca un principio. No solamente en estos casos se debe acumular si hay conexiones de la índole impuesta sino siempre, en todos los casos.

Empero, si se discute la denegatoria de la exención de prisión, la excarcelación u ordene la prisión preventiva del imputado, queda exceptuado.

Esa excepción está dispuesta reiterativamente, pues es evidente que puede causar un retraso en la investigación de alguna de ellas, en cuyo caso, la acumulación no procede por la regla de excepción a la acumulación.

Desistimiento

El Art. 443 es para todas partes y es con costas, a excepción del Fiscal, pero efectivamente se trata del caso en que, habiendo un recurso interpuesto por el inferior, el superior, dada la relación de sujeción del Ministerio Público, puede desistir del recurso de inferior. Más aún, en el caso de que el superior hubiera ordenado impugnar al inferior y este lo hiciera por orden superior, puede luego desistir.

Parece un contrasentido, pero debe advertirse que el desistimiento efectuado por las parte no necesita fundamento, en tanto el Ministerio Público sí, porque la causa se ha abierto mediante su control de legalidad a la apertura de un proceso, aunque lo haya imputado el querellante particular. Así las cosas, habiendo prestado conformidad *ab initio* a la apertura del proceso, debe decir por qué, habiendo tomado la iniciativa de impugnar en una etapa eventual vuelve hacia atrás su decisión. Pero, para darle toda la libertad que el Ministerio Público Fiscal necesita para desenvolver su actividad, y porque en definitiva representa siempre a la sociedad en las personas de los imputados, víctimas y querellantes particulares, será sin costas.

---

sí, que a su vez concurren formalmente con corrupción de menores agravada». Sin embargo, debido a ley del "2 x 1", Grassi permanecerá detenido menos tiempo porque el Tribunal Oral Criminal 1 de Morón le concedió este beneficio, es decir, que cada año detenido vale el doble, debido a los años que pasó en prisión preventiva. La primera causa por abusos sexuales fue presentada en 1991 en el Juzgado de Menores de Mercedes, pero recién después de 22 años, luego de muchas idas y venidas con el sacerdote libre, la fiscalía declaró su encarcelamiento. Las amenazas, intimidaciones, golpes y agresiones físicas y verbales tanto contra los denunciantes como contra los testigos fueron una constante en este caso. Cuatro años después de su condena, cuando finalmente quedó encarcelado, el obispado afirmó que iba a iniciarle un juicio canónico, aunque nada de ello ha sucedido hasta el momento.

[5] Artículo 215: El representante del Ministerio Público Fiscal podrá pedir al juez la detención del imputado si existieran suficientes indicios para sostener, razonablemente, que procedería la prisión preventiva, y aquella fuera necesaria para preparar y fundar en la audiencia el pedido de imposición de esta medida. El juez ordenará la detención o denegará sumariamente el pedido. La detención no podrá superar las SETENTA Y DOS (72) horas.

Es un sujeto controlador de la legalidad del proceso, mas, el hecho de que sea sin costas, no implica que pueda ser sujeto a un llamado de atención por parte del superior jerárquico, pero esto es otra cuestión.

Lo que se procura es el pleno ejercicio de protección que tiene el Ministerio Público respecto del proceso, de su legitimidad, logicidad y aplicación correcta de la ley de fondo.

Veamos: ¿qué sentido tendría mantener un recurso interpuesto por el inferior si a al tiempo de hacerlo se modificó la ley a favor del imputado y de pleno derecho aquel se verá beneficiado con la aplicación del Art. 2 del Código Penal que debe aplicarse en cualquier tiempo y momento del proceso? Sería un desgaste procesal inútil que el Ministerio Público no puede dejar pasar.

También en el caso de que hubieran sido dictados dos fallos por el Tribunal *ad quem* respecto a un aspecto que beneficia al imputado como lo fue el cambio jurisprudencial respecto del efecto vinculante del pedido de absolución del fiscal.

Rechazo

El Art. 444 dispone el rechazo, así tal cual está conceptualizado es una resolución sobre el fondo de la cuestión justiciable que solamente debe efectuarlo el tribunal "ad quem". El quo sólo puede resolver aspectos d admisibilidad formal.

La denegación es un concepto que abarca tanto la inadmisibilidad como el rechazo sustancial pero si se advierten las causales detalladas, se refiere a la impugnabilidad subjetiva, al término, a las formas que debe guardar el escrito de casación (separando los motivos y los agravios dentro de los motivos para asegurar el derecho de defensa del recurrente) y, por último, refiere la impugnabilidad objetiva.

El segundo párrafo confirma nuestra posición, en el sentido de que, en el caso de una declaración de admisibilidad formal errónea, el Tribunal *ad quem* (el superior) debe declararlo formalmente inadmisible o erróneamente concedido, sin hacer consideración alguna sobre el fondo de la cuestión.

Competencia del tribunal de alzada[6]

[6] Competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Art. 22. - La Corte Suprema de Justicia de la Nación conoce en los casos y formas establecidos por la Constitución Nacional y leyes vigentes. Competencia e integración de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal Art. 23. - La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal juzga de los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión. Los jueces de la Cámara de Casación actuarán de manera unipersonal únicamente en el conocimiento y decisión: 1°) De las cuestiones de competencia. 2°) De los recursos interpuestos contra las resoluciones adoptadas en los supuestos del Libro II, Título IV, Capítulo III de este Código. 3°) De los delitos reprimidos con pena no privativa de la libertad y aquellos de acción privada. 4°) De las cuestiones de excusación o recusación. 5°) De los supuestos del Libro III, Título II, Capítulo IV, de este Código. Para el caso de corresponder la integración unipersonal, el Presidente del Tribunal procederá al sorteo de la causa entre los tres (3) magistrados, según el ingreso de las causas y bajo un sistema de compensación, de forma tal que la adjudicación sea equitativa. Para los restantes casos, intervendrán tres (3) jueces, no obstante lo cual podrá dictar resolución válida mediante el voto coincidente de dos (2) de ellos (Artículo y título del artículo, sustituidos por art. 1° de la Ley N° 27.384 B.O. 2/10/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación oficial y por art. 1° de la Resolución N° 2/2017 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación B.O. 13/10/2017 se fija como fecha de implementación del mecanismo de actuación unipersonal el día 1° de noviembre del año 2017*)* Competencia de la Cámara de Apelación Art. 24. - La Cámara de Apelación conocerá: 1°) De los recursos interpuestos contra las resoluciones de los Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional, de Menores, de Ejecución Penal cuando corresponda en los casos de la suspensión del proceso a prueba, y en lo Penal de Rogatorias. 2°) De los recursos de queja por petición retardada o denegada por los mismos jueces. 3°) De

El Artículo 445 establece: El recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio.

Los recursos interpuestos por el ministerio fiscal permitirán modificar o revocar la resolución, aun a favor del imputado.

Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado, o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio.

El Art. 445 regula un aspecto esencial de las vías impugnativas: competencia del Tribunal *ad quem*. Si se respetara este aspecto, no habría desvío alguno sobre lo que no debe resolver, sobre lo que no debe intervenir el tribunal o juez de mayor jerarquía.

En los recursos extraordinarios la competencia del tribunal de alzada es minúscula; es reducida, porque los códigos modernos le atribuyen el mayor poder de inspección y decisión al inferior, de tal forma que, desde un punto de vista piramidal, en la cúspide se encuentra la competencia del superior y en la base la del inferior.

Así es que los puntos de la resolución a que se refieren los motivos marcan el primer límite a la competencia del tribunal de alzada. Sin embargo, cuando el recurso es formalmente procedente por él, o los motivos invocados debe declarar la nulidad o corregir la calificación jurídica en otros puntos de la decisión.

Más aún, en el caso de que el recurso haya sido bien interpuesto por el motivo formal, por ejemplo, en el caso del recurso de casación y se advierte que la calificación jurídica es equivocada, debe corregirla, mucho más en el caso de que esa corrección implicara una corrección en la pena a favor del imputado.

Evidentemente, las garantías son para todas las partes en el ámbito de los recursos, pero tiene menos flexibilidad el aspecto civil que el aspecto penal, pues este encierra nada menos que la peor consecuencia que puede tener un ciudadano: la pérdida de bienes jurídicamente protegidos, entre ellos, la libertad.

Así las cosas, resulta que, si el Ministerio Público impugna en contra y el tribunal de alzada advierte errores fundamentales en la decisión que afectan los intereses del imputado, puede modificarla en su favor y, más aún, se establece el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*. En efecto, este latinazgo señala la imposibilidad de que el imputado, por el recurrir, salga perjudicado.

---

las cuestiones de competencia que se planteen entre ellos. (Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 27.308 B.O. 16/11/2016. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación oficial y su implementación se efectuará de conformidad con el cronograma que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación, previa consulta al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Secretaría de Justicia y al Presidente del Consejo de la Magistratura). Integración de la Cámara de Apelación. Art. 24 bis.- Los jueces de la Cámara de Apelación actuarán de manera unipersonal únicamente en el conocimiento y decisión: 1°) De las cuestiones de competencia. 2°) De los recursos interpuestos contra las resoluciones adoptadas en los supuestos del Libro II, Título IV, Capítulo III de este Código.3°) De los delitos reprimidos con pena no privativa de la libertad y aquellos de acción privada. 4°) De las cuestiones de excusación o recusación. Para el caso de corresponder la integración unipersonal, el Presidente del Tribunal procederá al sorteo de la causa entre los tres (3) magistrados, según el ingreso de las causas y bajo un sistema de compensación, de forma tal que la adjudicación sea equitativa. Para los restantes casos, intervendrán tres (3) jueces, no obstante lo cual podrá dictar resolución válida mediante el voto coincidente de dos (2) de ellos. (Artículo y título del artículo, incorporados por art. 2° de la Ley N° 27.384 B.O. 2/10/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación oficial y por art. 1° de la Resolución N° 2/2017 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación B.O. 13/10/2017 se fija como fecha de implementación del mecanismo de actuación unipersonal el día 1° de noviembre del año 2017).

Lo peor que le puede pasar a un imputado recurrente es que las cosas queden como estaban en la decisión impugnada, nunca peor. No debe confundirse esta situación a la que se produce cuando recurre el Ministerio Público, su recurso es procedente, va en contra de la decisión del *a quo*, reúne todos los requisitos y, efectivamente, logra que la sentencia sea anulada o modificada sustancialmente en perjuicio del imputado.

Los recursos en particular

La ley mantiene los recursos ordinarios y los extraordinarios teniendo en cuenta la competencia del tribunal, en el sentido que trata resoluciones definitivas, sean sentencias o autos equiparados a tal, entendiendo por sentencia, como se ha dicho, la que define el fondo de la cuestión justiciable, sea desde el punto de vista formal y/o sustancial.

Los recursos ordinarios resuelven una cuestión dentro del proceso que se denomina "artículo", e implica que no es definitiva como en los recursos extraordinarios.

Recurso de reposición

Art. 446: las resoluciones dictadas sin sustanciación son aquellas dictadas sin que haya intervenido en el trámite otra parte que no sea el recurrente.

Revoca el mismo tribunal que la dictó, contrariando su propia resolución.

Recurso de Apelación

Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.374, B.O. 30/5/2008. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 449. El objeto impugnable: son principalmente los autos de sobreseimiento dictados por los jueces de instrucción y correccionales.

En mi opinión, el conocimiento de las prisiones preventivas debe terminar allí, pues, por la vía del agravio irreparable actual, se produce un agobio de la Cámara Nacional de Casación y no se trata de una sentencia definitiva.

Lo más importante es cuidar los tiempos del proceso y evitar prisiones preventivas que pasan a ser penas por el término de su duración, aún cuando estén establecidos por plazos de caducidad, o preclusión como sanción procesal para quienes exceden los lapsos.

Forma y Plazo

Art. 450. La apelación se interpondrá por escrito ante el juez que dictó la resolución y, salvo disposición en contrario, dentro del plazo de tres días. Se deberán indicar los motivos en que se base, bajo sanción de inadmisibilidad.

El Recurso de Apelación es otro de los recursos ordinarios, pues la competencia que tiene el Tribunal es de esa índole, o sea, no tiene competencia para considerar sentencias definitivas, pero sí autos equiparados a tal excepcional. Legalmente interviene en los sobreseimientos dictados por el Juez de Instrucción y Correccionales, como hemos dicho, y en las prisiones preventivas que han tomado por vía jurisprudencial el carácter de sentencia definitiva por la calidad de producir un agravio irreparable actual.

Sin embargo, convengamos que nada feliz ha sido esta decisión que le permite ir por la Vía de Recursos Extraordinarios a la Cámara Nacional de Casación, agobiándola e inclusive a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del Recurso de Apelación extraordinario.

Soy de la idea de que debemos tener confianza en nuestros tribunales con competencia en apelación, pues hay que tener en cuenta que el control de la decisión sobre la pri-

sión preventiva se ha cumplido mediante el control que ejerce el mismo Juez de Instrucción vía de Reposición y, luego, como dije, debemos confiar en los tribunales de apelación como son las cámaras federales de apelación de las distintas provincias.

Trabajando sobre la tecnología, deberemos admitir que están establecidas las pautas para la despapelización y virtualidad, en cuyo caso habrá que estar a las acordadas de la Corte Suprema.

Emplazamiento

Art. 451. (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 26.374, B.O. 30/5/2008. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial).

Esta es una gran novedad; no hay emplazamiento, esto es el término que antes se dedicaba a la adhesión, a la oposición del recurso de la contraparte, al refuerzo de las razones dadas en la impugnación, a la defensa de la sentencia.

Elevación de actuaciones

Art. 452. Las actuaciones serán remitidas de oficio; esto, sin pedido de parte al tribunal de alzada, esto a la Cámara Federal inmediatamente después de la última notificación al resto de las partes, lo que significa sustanciación del recurso.

Cuando la remisión del expediente entorpezca el curso del proceso, se elevará copia de las piezas relativas al asunto, agregadas al escrito del apelante. En realidad, en soporte papel; este momento implicaba un decisión importante ¿se eleva el expediente original de la etapa eventual de instrucción que suele ser de mucha entidad fáctica, o sólo la resolución impugnada el recurso y la elevación?

Si hoy trabajamos virtualmente, se puede elevar todo, pues el espacio que ocupa en la memoria del ordenador nunca será tanto; en principio, me inclino por lo más práctico: elevar sólo la resolución, el recurso y la elevación a la alzada.

Si la apelación se produce en un incidente, se elevarán sólo sus actuaciones; esto implica que puede haber apelación no en relación a la causa total —como sería el examen de validez de las pruebas que fundan la elevación de la causa a juicio— sino un incidente. Se traba un incidente sobre la identidad de una persona cuyo nombre, edad, rasgos físicos resultan semejantes, se ha trabado previamente oposición, reposición sobre la cuestión, pero no versa sobre los motivos de apelación habituales, sino se trata de un caso, por ejemplo, donde intervienen varias personas y se discute la identidad solamente de uno de ellos; el que está en la causa no es supuesto autor y demoraría la elevación de la causa a juicio de todos los otros supuestos intervinientes.

En todo caso, el tribunal de alzada podrá requerir el expediente principal. Esta regla cubre todas las dudas, en soporte papel o digital; frente a la duda no se duda, se pide el principal.

Adhesión

Art. 453. (Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.374, B.O. 30/5/2008. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial.

Concedido el recurso, implica que el inferior ha efectuado el primer examen de admisibilidad, lo ha considerado admisible y eleva la causa a la alzada; en ese momento, supliendo el plazo del emplazamiento, se puede producir la adhesión de la coparte y de la contraparte, como vimos en la parte general de los recursos.

Antes no había adhesión de la coparte, si no recurrió lo que diga la coparte; por ejemplo, un coimputado en el mismo juicio le sirve por efecto extensivo y, si hay algo nuevo propio que no le alcanza con el efecto extensivo, se le da esta oportunidad abierta por una parte.

Lo dicho es afianzado por la siguiente oración: quienes tengan derecho a recurrir y no lo hubiesen hecho ¿cuándo? En término, podrán adherir en el plazo de tres días desde su notificación, de tal suerte que, si bien se desecha el emplazamiento, pero se le da un término en días hábiles al resto de las partes para presentarse con recurso propio. Interesante novedad para las modificaciones de las vías recursivas.

En ese término, el fiscal de cámara deberá manifestar, en su caso, si se mantiene o no el recurso que hubiese deducido el agente fiscal: nuevamente este término en la alzada cubre expectativas propias del emplazamiento en un término menor y con algunas restricciones para el impugnante, pues puede adherir el Fiscal de la Cámara Federal; tiene las siguientes opciones: mantener el recurso del inferior o adherir al recurso del imputado; por ello, debe notificársele al Fiscal de Cámara tan pronto las actuaciones sean recibidas en la alzada.

Audiencias

Art. 454 (Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.374, B.O. 30/5/2008. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial).

Siempre que el tribunal de alzada no rechace el recurso esta expresión implica que el tribunal de alzada, esto es la Cámara Federal examinó el recurso y lo consideró formalmente procedente, es decir si llama a audiencia es porque lo considera admisible.

Puede ser que lo considere parcialmente admisible en cuyo caso deberá haber una resolución al respecto para ceñir los puntos a considerar en la audiencia.

O bien puede ocurrir que sean varios los apelantes y a alguno o algunos no se los considera admisible, también deberá haber una declaración de inadmisibilidad parcial o total para algunos de ellos.

Esta resolución, insisto, no es menor pues delimitará los puntos a tratar en la audiencia.

Precedentemente en la audiencia para informar se admitía el informe por escrito, Dadas las expresiones actuales se instala la oralidad en esta etapa. Precisamente aquí la oralidad disminuía y cuando se quería tener audiencia oral, se pedía en el recurso informar oralmente. Es un avance desde el punto de vista de la oralidad.

Hay que estar muy pendiente de los tiempos de cada uno de oradores para no atrasar el proceso. La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan, esto es pueden haber recurrido y luego no comparecen a la audiencia en cuyo caso habrá desistimiento y es con costas, salvo el recurso fiscal. Es decir se refiere al recurrente que no concurriera no a las otras partes que adhirieron y a quienes se les notificó de la audiencia.

Una vez iniciada la audiencia, inmediatamente se otorgará la palabra a el o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que formularen. Decir de las peticiones concretas que formularen implica ser muy concisos en los argumentos.

Asimismo, se vuelve en esta parte a revivir lo que se recortó al emplazamiento, podrán: 1) ampliar la fundamentación, o 2) desistir de algunos motivos, lo que será con costas, salvo el Fiscal.

Limitaciones en la audiencia: no podrán introducir otros nuevos (por ejemplo introducir motivos sustanciales no expuestos en el recurso originario).

Tampoco se deberán realizar peticiones distintas a las formuladas al interponer el recurso; por ejemplo, hacer reserva de Inconstitucionalidad y Recurso de Apelación extraordinario ante la Corte Suprema.

Luego se permitirá intervenir a quienes no hayan recurrido; quienes no hayan recurrido pueden dar razones defensivas de la sentencia o mayores fundamentos a los dados por quienes hayan recurrido.

Dado que, finalmente, se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes con el fin de que formulen aclaraciones respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate, considero que esta audiencia "in voce" es fundamental, sumamente importante para la suerte final del recurso.

Más todavía, el juez que preside la audiencia y, eventualmente los demás jueces que integren el tribunal, podrán interrogar a los recurrentes y a los demás intervinientes sobre las cuestiones planteadas en el recurso y debatidas en la audiencia.

La audiencia será pública, salvo indiscutiblemente en los delitos donde la publicidad afecte a las partes, por ejemplo, en casos de abuso sexual de cualquier índole.

Resolución

Art. 455. El tribunal deliberará y resolverá en la misma audiencia, en los términos del artículo 396. Evidentemente, se toman características del debate de un juicio, pues se les recibe la última palabra a todos y luego se decide.

Empero, en casos complejos, podrá dictar un intervalo de hasta CINCO (5) días para continuar la deliberación y resolver; el principio de continuidad no tiene tanta vigencia en este caso.

Cuando la decisión cuestionada sea revocada, es decir, anulada, el tribunal expondrá sus fundamentos por escrito, en texto papel o virtualmente, dentro de los CINCO (5) días hábiles de dictada la resolución.

Del mismo modo actuará si, al confirmar la decisión cuestionada, tuviera en cuenta criterios no considerados por el juez o tribunal que previno, por ejemplo, al haber advertido una nulidad absoluta no planteada y advertida por el tribunal *a quo*.

También, en el caso de que la decisión estuviera dividida, esto es, cuando no hubiera sido adoptada por unanimidad.

Recurso de casación

Art. 456. Se mantienen los motivos tradicionales[7]. Trámite especial para revisión de autos o decretos

Art. 465 bis. (Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.374, B.O. 30/5/2008. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial). Cuando el recurso de casación sea interpuesto contra autos o decretos que sean equiparables a las sentencias definitivas, el trámite será el de los artículos 454 y 455; se refiere a sentencias ulteriores al debate que definen el fondo de la cuestión justiciable.

Este trámite no será aplicable en los recursos contra los autos que indica el artículo 457. Esta es una situación de excepción a la excepción precedente.

[7] Ver, en este sentido, Barberá de Riso: *Recursos Lineamientos,* Ed. Mediterránea, última edición.

Ampliación de fundamentos
Art. 466. Es una concesión que se hace teniendo en cuenta la complejidad del Recurso de Casación y, a veces, el escaso tiempo disponible.

Durante el término de oficina se refiere al término que tiene el *quo* para analizar el recurso y concederlo, o no concederlo, total o parcialmente.

Los interesados son todos los que tienen un interés directo.

Podrán desarrollar o ampliar por escrito los fundamentos de los motivos propuestos; ello implica que no pueden agregar nuevos motivos, pero sí agregar razones inherentes al mismo motivo y agravio.

Debe hacerse siempre que, bajo pena de inadmisibilidad, acompañen las copias necesarias de aquel, las que serán entregadas inmediatamente a los adversarios, dentro del trámite en soporte papel, sino virtualmente; todos podrán verlo.

Debate
Art. 468. El debate se efectuará el día fijado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 465, con asistencia de todos los miembros de la Cámara de Casación que deben dictar sentencia. No será necesario que asistan y hablen todos los abogados de las partes; prevalece la oralidad de este modo con moderación, en relación a la innecesariedad de que hablen todos. Es una audiencia muy importante.

Recurso de inconstitucionalidad
Art. 474. Mantiene la estructura tradicional. A mi ver, el recurso de inconstitucionalidad es puro en las provincias donde se analiza la validez de una norma provincial o municipal o una resolución ministerial provincial, o policial, respecto de la constitución provincial, si no hay dos controles de inconstitucionalidad por vía de competencia derivada, es decir del uso de las impugnativas. Otra cuestión es la aplicación de la Constitución Nacional. Por ejemplo, si se controla la legalidad de un proceso desde el punto de vista de existencia de un juicio legal, se confronta con el artículo 18 de la CN.

Recurso de queja
Art. 476 mantiene la estructura tradicional.

Recurso de revisión
Art. 479. Mantiene la estructura tradicional. El recurso de revisión es un recurso extraordinario porque es de competencia del Tribunal de casación y porque los motivos le son inherentes. Es el único recurso que puede interponerse sin plazo y está instituido para el imputado por ello dispone que procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes.

Ejecución
La ejecución está en crisis. No hay reglamento carcelario que tenga un método prefijado para asistir al penado individualmente.

Error de tipo y obediencia debida

Penal type error and due obedience

Por: OSCAR TOMÁS VERA BARROS*

RESUMEN: En este artículo se plantea una indagación de lo que se entiende por *error de tipo* como exclusión de responsabilidad por un lado, y por otro, la obediencia debida como eliminación de la antijuridicidad. Ambas hipótesis se estudian por separado. La primera, como circunstancia que excluye el dolo (que es lo que focalizamos en nuestro caso), con fuerte incidencia en el análisis del primer párrafo del artículo 34 del Código Penal Argentino (en adelante: "CP"); específicamente en la impunidad para aquel que en el momento del hecho (realizando el tipo objetivo) "no haya podido comprender la criminalidad del acto" por haber estado en error o ignorancia de tipo, por cierto que tal error debe ser esencial e invencible. La segunda hipótesis constituye una causa de justificación legal por medio del inciso 5° del artículo 34 del CP, según el cual, la impunidad tiene su razón de ser para aquel que obró (realizó el tipo objetivo) en *obediencia debida*. Es decir, cumpliendo órdenes bajo determinadas exigencias. La finalidad de este estudio, es averiguar si en realidad el error de tipo y la obediencia debida son institutos totalmente independientes, o uno es parte del otro, en una posible relación de género-especie; con lo cual, es posible que el que resulta especie del otro es innecesario en la codificación.

PALABRAS CLAVE: Exclusión del dolo. Legitimación del error. Obediencia legitimada. Límites de la obediencia.

ABSTRACT: *This article raises an inquiry of what is meant by penal type error as exclusion of liability on the one hand, and on the other hand, obedience due as elimination of anti-juridicity. Both hypotheses are studied separately. The first, as a circumstance that excludes the dolo (which is what we focus on our case), with a strong impact on the analysis of the first paragraph of article 34 of the Argentine Penal Code (hereinafter: "CP"); specifically in impunity for one who at the time of the fact (performing the objective penal type) "could not comprehend the criminality of the act" because he was in error or ignorance of a kind, certainly that such error must be essential and invincible. The second hypothesis constitutes a cause of legal justification by means of Article 34(5) of the CP, according to which impunity has its reason to be for the one who performed (performed the objective penal type) in due obedience. That is, following orders under certain requirements. The purpose of this study is to find out whether in reality penal type error and due obedience are totally independent institutes, or one is part of the other, in a possible gender-species relationship; so it is possible that the one that is species of the other is unnecessary in coding.*

KEYWORDS: *Exclusion from the dolo. Legitimation of error. Legitimized obedience. Limits of obedience.*

El tema que planteamos es saber si nos encontramos con una posible *des-ubicación* de la obediencia debida; o en otros términos, si nos encontramos con que entre el error de tipo y

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, profesor por concurso en las asignaturas Derecho Penal I y Derecho Penal II en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor consulto y ex profesor de Derecho Civil II en la Universidad Blas Pascal, Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.

la obediencia debida existe una relación de género a especie; en la cual el género es el error de tipo.

Ello traería como consecuencia, que la obediencia debida plasmada como justificante en el inciso 5 del artículo 34 del Código Penal argentino resulta innecesaria, pues su impunidad ya está instalada por medio del error de tipo.

La pretensión del artículo no es profundizar el estudio de ambos institutos, sino de repensarlos en una tarea de comparación y exponer finalmente aquella conclusión a la que se puede arribar desde el punto de vista científico.

1. El error de tipo esencial e invencible

Nuestro estudio estará enfocado en el error de tipo esencial e invencible. En la ciencia penal estamos de acuerdo en que el error de tipo elimina el dolo y por ello no hay acción desde el punto de vista jurídico penal, ya que la acción objeto de reproche penal deberá ser dolosa o culposa. Por lo tanto, sin culpa ni dolo no hay acción. No está presente el tipo subjetivo.

Es de aclarar que tanto en la culpa (imprudencia) como en el dolo está la consciencia y el propósito de actuar de determinada manera. Por cierto que damos por aceptado que en el derecho penal no hay responsabilidad sin voluntad, lo que también sucede en el derecho civil con algunas excepciones legales.

El delito culposo. En estos delitos, para atribuir responsabilidad es necesario que haya habido consciencia y voluntad, en el sentido de que el sujeto es consciente de que violará una norma de cuidado y cumple con el propósito de violarla; o desde la visión de la imputación objetiva del resultado, el agente tuvo la consciencia de que introduce un riesgo no tolerado, y la voluntad con propósito de introducir tal riesgo; aunque el resultado penalmente relevante no haya estado en su intención o designio criminoso.

El delito doloso. En este caso, también se atribuye responsabilidad en atención que el sujeto tuvo la consciencia de que desbaratará un bien jurídico-penal protegido, y la voluntad con el propósito de realizar el tipo objetivo.

Así, además de los elementos subjetivos distintos del dolo, en el tipo subjetivo residen tanto la culpa como el dolo. En adelante, haremos referencia solo al dolo, pues si bien el análisis que hacemos es para ambas situaciones, es el dolo lo que interesa en esta comparación del error de tipo y la obediencia debida.

La razón de la exclusión del dolo.

Es importante dejar en claro cuál es la razón por la cual decimos que el error de tipo excluye el dolo, y en consecuencia no hay delito a computar, ya que desaparece de la teoría jurídica del delito, nada menos que la primera y fundante categoría: la acción típica (o la acción solamente si se quiere).

Ello así, a partir de la forma en que hemos estipulado el concepto de dolo: consciencia de que realizará el tipo objetivo. Entonces, si el sujeto está en error de tipo esencial e invencible, está en ignorancia insuperable de que con su conducta realizará algún tipo objetivo; situación ésta totalmente antitética con el dolo, ya que no puede haber al mismo tiempo consciencia e ignorancia sobre un mismo objeto. Por ello es de toda lógica lo que decimos en la cátedra, que el error de tipo excluye el dolo. Con ello, un comportamiento bajo estas circunstancias no es típico por inexistencia de acción penalmente relevante.

Es correcto entonces que en el artículo 34 inciso 1°) del Código Penal, se establezca y garantice la impunidad para el que no haya podido en el momento del hecho, por error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad de su comportamiento.

Por cierto que el error es un conocimiento falso y la ignorancia es la carencia de conocimiento, donde ambos escenarios tienen idéntica consecuencia. El error entonces, es compatible con la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta, o sea, el sujeto no conoce que está realizando algún tipo objetivo.

En cuanto a la terminología del inciso 1° del artículo 34 del C.P. en lo que nos interesa, consideramos correcto algún cambio. Así, decimos que el "error de hecho no imputable" es el error de tipo invencible.

Sabemos también, que el error de tipo es el error o ignorancia que recae sobre algún requisito del tipo objetivo, y que para que excluya el dolo, dicho error tiene que ser esencial, es decir, recaer en elementos esenciales del tipo, no en los meros accidentes del mismo como es ya aceptado unánimemente en la doctrina y jurisprudencia.

Además, tiene que ser un error invencible. El error será invencible desde un punto de vista objetivo y concreto, cuando el sujeto *no haya tenido el deber jurídico de verificar previamente el estado de cosas*, lo que es perfectamente compatible con el principio de confianza según las circunstancias del caso. Con esta definición nos alejamos del criterio que se basa en la persona cuidadosa y diligente, que sería un parámetro en abstracto, que consideramos inadecuado; resabio quizá, del derecho de Roma en que se tenía como baremo lo que haría un buen padre de familia o, posteriormente: un buen hombre de negocios. Es de aclarar que tanto el Código Civil (ley 340), como el Código Civil y Comercial establecen la culpa *in concreto*.

Como ejemplo, veamos la siguiente situación: un coto de caza que está sometido a regulaciones por parte del órgano administrativo pertinente.

En este contexto, a un cazador que paga por realizar esa práctica, se le indica que puede cazar en cierta área perfectamente delimitada, en la cual se le garantiza que solo hay animales en estado salvaje.

Por ello, este sujeto confía que en el lugar asignado solo hay piezas de caza. Desde el lugar en que se encuentra dispara su arma para matar lo que observa como un jabalí. Cuando llega al lugar donde abatió al supuesto animal, advierte que mató a una persona que estaba semioculta entre la maleza. Es decir, en lo fáctico, no mató a un animal, sino a un "otro" como establece el artículo 79 del C.P.

En este escenario se perfila lo que será error de tipo invencible y esencial. Error, en cuanto no tuvo dudas que divisó un animal entre la maleza.

Además, ese error fue invencible, porque bajo las condiciones en que se encontraba, de modo alguno tenía el deber jurídico de verificar previamente al disparo, si realmente se trataba de un animal aquello a lo que iba a disparar. Además de ello, como se ha dicho, el error es esencial pues el homicidio requiere que se mate a una persona.

Si el dolo se caracteriza por la conciencia del acto prohibido y la voluntad de actuar en ese sentido, no puede haber dolo cuando se actúa en error de tipo. Ello permite reafirmar que el error de tipo impide el dolo.

Es decir que, cuando el cazador disparó contra lo que pensaba que era un jabalí entre la maleza, en realidad disparó contra una persona. En el caso, aunque hubo causación no hay imputación, ya que no hay homicidio por falta de dolo, pues el cazador creía que iba a matar un animal y no a un "otro" como lo exige la ley penal; donde el concepto de "otro" es el tipo objetivo del homicidio.

También en este tema podemos tomar como ejemplo lo sucedido en el campo de exterminio nazi en Auschwitz. A los prisioneros en su gran mayoría judíos, se les ordenaba entrar en grandes grupos a un recinto especial para bañarse. Pero, una vez cerradas las puertas, no fluía agua de las duchas, sino un gas venenoso capaz de matar en pocos minutos. Si pensamos que algún soldado de bajo rango tenía como misión rutinaria abrir la válvula que normalmente hace circular agua cada vez que los prisioneros entraban en el baño, en los hechos hacía circular gas venenoso ignorando tal circunstancia. Ese soldado causó realmente la muerte de los prisioneros, pero no se le puede imputar esos homicidios porque él estaba en la seguridad de que era una válvula de agua, y a su vez, no tenía el deber jurídico de verificar previamente que de las ducha salía realmente agua. En este caso, también encontramos que el soldado estaba en error de tipo esencial e invencible, con lo que excluimos el dolo y por cierto que no obstante ser quien causó materialmente tantas muertes, jurídicamente no le son imputables por inexistencia de dolo.

2. La obediencia debida

En cuanto a este tema, estamos de acuerdo con que una conducta realizada bajo estas condiciones está justificada, tal como lo establece el artículo 34 inciso 5°) del Código Penal, y por ello decimos que hay una acción típica, solo que la antijuridicidad de esa acción no existe; es decir, esta categoría de la estructura teórica del delito ha sido aniquilada por tratarse de una conducta que, aunque típica, está admitida por el Sistema Jurídico; o como decimos normalmente, justificada. Consecuencia de ello es que no se cancela la acción, aunque se la tenga como justificada.

A su vez, la obediencia debida está definida en el Código Penal de un modo muy simple: "El que obrare en virtud de obediencia debida", ante lo cual debemos explicar el alcance de tal redacción, afirmando lo siguiente:

- El verbo "obrar" indica un accionar. El hecho de que este inciso sea parte de un elenco de impunidades, señala que se ha realizado algún hecho típico, o en otras palabras, se desbarató algún bien jurídico penalmente relevante; pero no es punible porque tal acción está justificada.
- La expresión "en virtud de" significa que se actuó por dentro de los límites de una especial obediencia, es decir, en una relación que se caracteriza porque alguien dicta una orden y otro tiene el deber de cumplirla.

Ahora bien, ¿cuándo una obediencia *es debida*? Es debida porque alude a un deber, pero tal deber solo puede ser el deber jurídico de cumplir la orden, o sea una orden y un deber regulados por el derecho, todo ello en un marco de sujeción jerárquica pública. Ello sucede en general, por alguna norma de cualquier nivel, tal como ley, ordenanzas, acuerdos reglamentarios del órgano judicial, reglamentos o protocolos de actuación en el ámbito público, normas de una fuerza armada, reglamentos policiales, etc.

Tenemos que tradicionalmente se explica la obediencia debida del siguiente modo:

En primer lugar, tiene que tratarse de una relación jerárquica en el ámbito público, es decir, que alguien tiene competencia suficiente para impartir una directiva a quien es subordinado, y éste debe cumplirla como parte del normal desarrollo de sus funciones.

En segundo lugar, la orden, aunque intrínsecamente ilegítima o ilícita, tiene que ser notoria o extrínsecamente legítima y por cierto que lícita.

En tercer lugar, quien debe cumplir la orden, aunque tenga la capacidad de verificación del aspecto formal de la orden, no tiene ni debe tener el deber jurídico de verificar la legitimidad intrínseca de la orden, previo a su cumplimiento.

En algunos casos, el sujeto no debe verificar el estado de cosas. Por ejemplo, en una orden militar, fuera de lo meramente formal el subordinado no debe indagar nada al respecto. Más aún, le está vedada cualquier crítica o indagación, debido a la naturaleza de la relación jerárquica y el escenario en que se verifica este tipo de relaciones.

Por cierto que si el sujeto conoce la ilicitud de la orden y la cumple, no tiene justificación alguna, pues teniendo consciencia de la ilicitud y la cumple con voluntad sana, hay dolo de su parte, sin perjuicio de la consecuencia jurídico-penal de quien impartió la orden. Uno será autor y el otro instigador.

Es de destacar lo siguiente: En el ámbito público, nadie puede cometer delitos a consciencia por más que lo ordene un superior, porque allí podrá haber obediencia, pero tal obediencia ya no será debida.

Podemos situarnos en un ejemplo:

A un oficial de justicia, la oficina correspondiente le entrega un oficio de un juez, en el que se ordena el secuestro de una cosa de valor, y su depósito en determinado lugar.

Pero en este caso el oficio estaba falsificado. Ningún juez resolvió en ese sentido. Por ello, mirando el suceso objetivamente, el oficial de justicia puede haber cometido delito de hurto.

Sin embargo, nos encontramos con que hubo justificación por obediencia debida, ya que el oficio era extrínseca o notoriamente legítimo y lícito. Estaba impreso en papel de uso oficial, contenía una firma ilegible, y la impronta de dos sellos que previamente habían sido sustraídos: uno del juzgado y otro aclaratorio de la firma de juez.

Por cierto que concurre la causa de justificación, porque el oficial de justicia apreció que la orden era notoriamente legítima, y no tiene el deber jurídico de verificar su legitimidad antes de cumplirla; como por ejemplo, pedirle al juez que le confirme ser autor del oficio.

Quien falsificó el instrumento público para apropiarse de la cosa de valor será el verdadero autor del hurto, siendo por ello autor mediato al utilizar al oficial de justicia como instrumento. A su vez, el falsificador será autor de tres delitos en concurso real: hurto de los sellos, falsificación de instrumento público y hurto de la cosa secuestrada.

De acuerdo a lo expuesto, podemos ver lo siguiente en este ejemplo comentado de obediencia debida:

- El oficial de justicia desplegó su conducta creyendo con razones para creer, que su obrar estaba legitimado y por ello lícito. Lo cierto es que hay error o ignorancia de tipo, al igual que el cazador o el soldado de los campos de exterminio nazi.
- El error en que se encontraba el oficial de justicia fue esencial respecto al tipo objetivo de hurto. Al igual que el cazador y el soldado nazi.

● Ese error esencial era invencible, ya que el oficial de justicia no tenía ni el deber jurídico de verificar la legitimidad del Oficio, ni la competencia para ello. Al igual que el cazador y el soldado nazi.

3. Conclusión

Lo que podemos entender entonces, es que entre la obediencia debida y el error de tipo existe una relación de género a especie, en la que el error de tipo es el género y la obediencia debida una especie.

Con lo que estamos viendo, en el caso de una causa de justificación por obediencia debida, sería un sinsentido considerar que corresponde justificar un obrar sin dolo. Ello es lógico, pues de la inexistencia de dolo resulta la inexistencia de una acción típica. En tal caso, nada queda por justificar.

Es posible entonces, que la justificación de la obediencia debida ceda ante la presencia del error de tipo.

Para finalizar y de acuerdo a lo apuntado, parece ser que es innecesaria la disposición del inciso 5) del artículo 34 del Código Penal, como causa de justificación de la obediencia debida. Ello así, porque los requisitos de la obediencia debida son, en definitiva, los mismos requisitos del error de tipo.

Acerca del encuadramiento de la omisión impropia

About the framing of improper omission

Por: **OSCAR TOMÁS VERA BARROS**[*]

RESUMEN: Planteamos nuestra duda respecto al encuadramiento de la omisión impropia, pensando que, si bien es un instituto de larga data en la dogmática jurídica penal, tiene cierta especie de conexión con institutos del derecho privado. El principal problema que encontramos, es que, además de las críticas a su constitucionalidad, en que se sostiene que viola el principio de legalidad, es posible su exclusión de la dogmática penal, debido a que parece ser que es perfectamente posible su reemplazo por los superadores principios de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Luego de indagar en conclusiones de diversos autores, hacemos un estudio sobre la relación de causalidad, el dolo, la imprudencia y el concepto de acto voluntario. Especial lugar le asignamos a la llamada posición de garante y sus fuentes.

PALABRAS CLAVE: Omisión impropia. Relación de causalidad. Acto voluntario. Fuente de peligro.

ABSTRACT: *We raise our doubts about the framing of improper omission, thinking that, while it is a long-standing institute in criminal legal dogmatics, it has some kind of connection with institutes of private law. The main problem we find is that, in addition to criticism of its constitutionality, in which it is argued that it violates the principle of legality, it is possible to exclude it from criminal dogmatics, because it seems that that it is perfectly posible to replace it with the supersers principles of the theory of objective imputation of the result. After looking into conclusions from various authors, we do a study on causal link, dolo, recklessness and the concept of voluntary act. Special place we assign to the so-called guarantor position and its sources.*

KEYWORDS: *Improper omission. Causal link. Voluntary act source of danger.*

Acerca del encuadramiento de la omisión impropia. Su posible reemplazo por la imputación objetiva

Comenzaremos con algunas reflexiones y pensamientos de algunos autores para delinear la base sobre la cual haremos un examen crítico de la llamada omisión impropia.

Tenemos una preocupación constante cuando estudiamos alguna disciplina, cualquiera que sea: el necesario pensamiento crítico, y la falta de respeto a lo que conocemos, leemos o pensamos.

La falta de respeto, a nuestro ver, es necesaria para el desarrollo de la ciencia, pues esta avanza superando lo conocido. La ciencia es un constante movimiento, un desarrollo permanente que nos lleva a cambios muchas veces inesperados.

Con respecto al problema de la inducción propio de las ciencias empíricas, se puede afirmar que *es superfluo todo principio de inducción, y que lleva forzosamente a incohe-*

[*] Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, profesor por concurso en las asignaturas Derecho Penal I y Derecho Penal II en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ex profesor de Derecho Civil II y Profesor consulto de la Universidad Blas Pascal, Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.

rencias (incompatibilidades) lógicas[1]. Ello, porque cuando se analiza la omisión impropia, comúnmente se induce la responsabilidad a partir de una posición de garante que es lo que criticaremos.

También dudando de lo que conocía, un maestro del derecho penal tuvo la valentía de decir en relación al concurso ideal: *Yo he estado inmerso en esos errores, pero la verdad es que el sinnúmero de mis trabajos sobre el asunto, demuestra que siempre me alentó, a través de una duda, el afán de llegar a una explicación satisfactoria.*[2]

Los paradigmas

Dentro del pensamiento científico, los paradigmas ocupan un lugar importante, hasta que, incapaces de resolver anomalías, deben ser sustituidos por otro. Así, se ha pensado que[3] *un paradigma* es *un grupo de proposiciones que, aceptado por la comunidad científica en un momento dado, determina qué es lo que va a considerarse como ciencia en el período de su predominio*, o sea, un conjunto de creencias, valores y técnicas compartidos por una comunidad científica.

Pensamos entonces: ¿qué sucede cuando quedan rémoras de un paradigma superado? Por ejemplo, asignarle a la causalidad una mayor importancia que la que tiene, como sucede con la acción por omisión u omisión impropia. Creo que la respuesta es simple: inadvertidamente llegamos a conclusiones que no satisfacen.

La posición de garante en la acción por omisión *¿paradoja en el sistema penal*? *¿replanteo o archivo*?

Para abordar la cuestión en tratamiento, debemos aclarar que hay dos institutos del DP que resultan particularmente interesantes:

- la acción por omisión, y
- la imputación objetiva del resultado a partir de la teoría del riesgo.

No intentamos agotar cada uno de esos puntos: la acción por omisión y la imputación objetiva, pues a cada uno de ellos los consideramos una base en la cual hay amplia coincidencia. Simplemente compararemos ambas cuestiones para finalmente, a través de la crítica, llegar a una conclusión.

Adelantamos eso sí, que nos cuesta personalmente aceptar la teoría de la acción por omisión, pues es un hallazgo doctrinario con el cual, actualmente no estamos de acuerdo por las fallas que en adelante veremos; salvo en aquellos casos en que ha sido legislada, tales como el abandono de persona o la omisión de evitar la tortura, como lo explican con excelencia De la Rúa y Tarditti[4].

Exponemos previamente para continuar, el marco conceptual bajo el cual desarrollaremos el tema. Esto es, cuál es el camino para la imputación.

I. Lo causal

Para imputar penalmente un hecho como delito, es necesario que previamente exista entre la conducta y el resultado típico, una relación o conexión que señale indudablemente, que

[1] POPPER, KARL, R. 1971. *La lógica de la investigación científica*.
[2] NÚÑEZ, RICARDO C. 1986. *El problema del concurso ideal de delitos*. Opúsculos de derecho penal y criminología
[3] KHUN, THOMAS. 1971. *La estructura de las revoluciones científicas.*
[4] DE LA RÚA, JORGE – TARDITTI, AÍDA. 2014. *Derecho Penal, Parte General*, T° 1

ese resultado ha sido causado de modo naturalístico por el autor; con lo cual podemos afirmar: que previo a la imputación, tiene que poder *atribuirse materialmente* el hecho. Sin esa base, nada se puede imputar ni a título de dolo ni a título de imprudencia.

A su vez, para atribuir materialmente un resultado a la conducta o comportamiento de un sujeto, para que dé lugar a una imputación, tal conducta ha de ser querida y no un mero movimiento involuntario con un resultado fortuito y por ello, insuficiente para generar cualquier tipo de responsabilidad.

II. La conducta y la acción

Como todo delito es una conducta, es decir, tiene como base ineludible un obrar (en el sentido de acción u omisión), decimos que para poner en la cuenta del sujeto el delito cometido, se debe verificar cuánto de voluntad y de conocimiento hay en esa conducta del mundo empírico, para denominarla *acción*, y que esa acción sea típica, además antijurídica, y finalmente que el sujeto sea culpable.

Pero, hemos hablado de conducta y acción, por lo que es necesario llegar a un acuerdo sobre los alcances de dichos términos que en principio aparecen como sinónimos.

Reservamos el término conducta al obrar humano desde el punto de vista material —el puro hecho social o empírico— es decir, sin que el derecho influya de manera alguna.

En cambio, utilizamos el término acción para la conducta valorada jurídico-penalmente como primera categoría de la teoría jurídica del delito.

Por cierto que la *acción* será la conducta dotada de propósito, con la que se quiere desbaratar algún bien jurídico, esto es, acción típica; respecto a la cual el agente es consciente de ello y actúa con libre voluntad.

Pero, no siempre en la realidad resulta tarea sencilla saber qué delito cometió un sujeto; para lo cual, es necesario poder aislar con precisión a la acción representativa de un delito, a fin de decidir cuándo, a partir de su obrar, el sujeto ha de ser penalmente responsable.

III. El dolo y su voluntad

El dolo (que junto a la culpa o imprudencia es el elemento básico e imprescindible del tipo subjetivo), es conocimiento y voluntad dotada de propósito de realización del tipo objetivo. En el delito doloso, el sujeto es conocedor del contenido del tipo objetivo, y lo realizó teniendo por lo menos, dentro de la teoría del dominio del hecho, el dominio de la acción.

La voluntad que nos interesa no es solo la de obrar en el aspecto meramente material de movimientos corporales, sino la que lleva a realizar el tipo objetivo, es decir, una voluntad con propósito de lograr el resultado.

Para ello resulta útil considerar la definición de acto voluntario expresada en la ley civil, que establece con fuerza de estipulación legal:

El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior[5].

Con ello vemos que no solo tiene que haber discernimiento, intención y libertad —elementos internos—, sino también que se exteriorice, es decir, que produzca un cambio en el estado de cosas extraño al sujeto —elemento externo—. Faltando cualquiera de los elementos internos el acto no es voluntario, y si faltare el elemento externo, el acto no existe para el derecho.

[5] Artículo 260 del Código Civil y Comercial.

Podemos decir que el *discernimiento* es una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo justo de lo injusto. Se trata de un estado de consciencia que permite al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones.

La *intención* requiere que exista aptitud para entender el acto concreto que se realiza. Se diferencia del discernimiento en que si bien, importa un estado de consciencia, se refiere a la aptitud genérica para llevar a cabo una conducta. La falta de discernimiento excluye la intención, pero no a la inversa. Podemos afirmar que el error suprime la intención.

En cuanto a la *libertad* entendemos que es la posibilidad en el caso concreto de elegir entre distintas alternativas espontáneamente, o sea, sin coacciones. Por ello, la fuerza, el temor, la intimidación, situaciones de condicionamiento social, presión psicológica, etc., eliminan o afectan de alguna forma la libertad. A los efectos penales, una libertad viciada impide atribuir responsabilidad, porque en definitiva, el acto no fue verdaderamente voluntario.

IV. La imprudencia y su voluntad

La imprudencia o culpa no están definidas en el Código Penal, sino que, en un sistema de *numerus clausus*, el Código y la ley penal en general establecen los modos a través de los cuales se determinan las conductas culposas.

En algunos casos, como tipo abierto por la vaguedad de los términos: tales como imprudencia, negligencia, e impericia; o en otro caso como ley en blanco: la inobservancia de reglamentos o deberes.

Por cierto que todos esos modos pueden reducirse al actuar imprudente en el sentido de que: ese obrar se caracteriza por la omisión de las diligencias necesarias en cada caso concreto; o como la violación de algún deber de cuidado.

El Código Civil, en cuanto a los factores subjetivos de responsabilidad, define la culpa del siguiente modo:

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión[6]; con lo cual advertimos que dicha definición legal se adecua perfectamente a los casos de delitos culposos.

Entonces nos preguntamos: ¿cuál sería específicamente la conducta voluntaria necesaria para imputar un resultado como delito imprudente, si previamente hemos estado de acuerdo con que quien actuó con imprudencia, no quiso el resultado que causó?

La respuesta es clara, la violación de un deber de cuidado ha de ser una omisión o acción con el propósito de violar ese deber de cuidado, aunque el sujeto esté muy lejos de haber tenido el propósito de que se produzca el resultado penalmente relevante.

Así, quien conduciendo un automotor gira en una esquina comenzando a circular voluntariamente "de contramano", y lesiona al impactar de frente a un motociclista que circula correctamente, responderá penalmente por lesiones culposas. Pero, si alguien ilícitamente sustituyó la indicación de circulación cambiándole el sentido, ya no se responderá pues no hubo voluntad ni propósito de violar norma alguna. Igual será la solución si un

[6] Artículo 1727 Código Civil y Comercial

tercero modifica ilícitamente las luces de semáforo de una calle, pero deja sin modificar las de la calle con la que se cruza y sucede un infortunio.

En síntesis para esta introducción, en nuestro Sistema Jurídico no alcanza y no debería alcanzar la mera *causación* de un resultado para imputarlo a una conducta activa u omisiva, faltando mínimamente (además de la consciencia de su actuar o de su omitir) la voluntad de querer realizar el tipo objetivo (dolo), o de violar una norma de cuidado (culpa); que es equivalente a la introducción de un riesgo que no está tolerado por el Sistema: introducción ilegítima de un peligro.

Nos preocupa realmente la búsqueda de atajos para imputar y castigar conductas que la ley expresamente no ha prohibido, u omisiones que la ley expresamente no ha tipificado.

Dicho todo lo anterior como marco conceptual de nuestra exposición, entraremos ahora a la acción por omisión, y veremos lo que podemos decir acerca de ella.

El punto de partida es que, en el mundo empírico, en algún caso concreto nos encontramos con un resultado penalmente relevante, con posible atribución causal a algún sujeto.

Lo importante de esto, es que estamos ante un resultado abarcado por algún tipo penal; pero, a ese resultado:

— Nadie lo cometió dolosamente, y

— Nadie lo causó mediante alguna conducta imprudente tipificada.

Es decir, en la acción por omisión, parece ser que no hay en los hechos una verdadera acción dolosa o imprudente, en los términos de voluntad y propósito ya expuestos, y, podemos decir también, que debemos estar atentos para evitar conformamos con la mera atribución causal.

Uno de los problemas de la acción por omisión es que, por ejemplo, tanto las lesiones como el homicidio, se dice, pueden ser resultado de una omisión, aunque no haya un Tipo especial para el caso (omisión no escrita).

Es decir, un verdadero problema frente al principio de legalidad.

Se trata de la combinación de un resultado penalmente relevante, con una omisión no regulada por el derecho penal. Entonces, para los defensores de esta solución, ha sido necesario establecer, cuáles son las condiciones que permitirían atribuir el resultado, a quien, se dijo que omitió evitarlo.

Estas condiciones o exigencias, de acuerdo a la doctrina generalizada, se señalan como una consecuencia de la posición de garante en que se lo coloca al sujeto, y su capacidad para evitar el resultado.

Ahora, creemos necesario hacer un poco de historia respecto a esta posición de garante, respecto al origen civil y además legal de esta denominada posición de garante.

Con el Código Civil francés (Código de Napoleón) quedó afirmado el sistema de responsabilidad civil subjetiva, bajo la idea exclusiva y excluyente de culpabilidad.

El principio que se estableció y adquirió firmeza y estabilidad, estaba basado en que "no hay responsabilidad sin culpa"; lo que fue incorporado en nuestro Código Civil[7].

[7] Ley 340

De acuerdo a ello, cualquier sujeto solo debía responder por el daño causado a otro, obrando con dolo o con culpa. Ello implicaba, que los daños causados de modo inculpable debían ser soportados por la víctima.

Por ello la culpa o dolo como reproche subjetivo eran la perfecta justificación de que solo se es garante de sus acciones… y de nada más.

Con el paso del tiempo, y el advenimiento de la industrialización caracterizada por el uso de la máquina, aparecieron grandes cambios en el mundo occidental, particularmente en las dos últimas décadas del siglo XIX. Las máquinas que tanto beneficio económico trajeron a quienes se servían de ellas y a la sociedad en general, se convirtieron con frecuencia en fuentes de daño a terceros, es decir, eran y son fuentes de peligro; y el sistema dejaba a las víctimas en una situación de injusticia, al exigirse para su indemnización, la acreditación de culpa respecto al dueño o guardián de esas máquinas.

Este principio, que establece que solo se es garante de las propias acciones, es decir, que la única responsabilidad se apoya en la culpa; fue cediendo debido a cambios que se fueron produciendo en el mundo occidental fundamentalmente, en que el fenómeno resarcitorio adquirió un sentido distinto, basado en la idea de solidaridad y justicia. Así, en los finales del siglo XIX y principios del XX, a la responsabilidad subjetiva o por culpa, se agrega la responsabilidad objetiva basada principalmente en la idea de *garantía*.

En ese sentido se reformó el Código Civil de Vélez, en el año 1968 con la ley 17711, sobre todo con la reformulación del conocido artículo 1113, con el cual se consagra la responsabilidad por los daños que causaren: *los que están bajo su dependencia*, o *por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado*.

Es de aclarar que esta posición de garante en materia resarcitoria está indicada con precisión en la ley, en la cual se señala cuáles son las hipótesis en las cuales se debe responder objetivamente. Es decir, cuáles son los módulos objetivos de atribución de responsabilidad.

Podríamos decir con ello, que la responsabilidad objetiva en el campo civil no viola el principio de legalidad.

Volviendo a la materia penal debemos decir que:

En lo personal, tenemos serias reservas para aceptar la "posición de garante", pues si bien es cierto que es un instituto muy sabio en la responsabilidad civil, que como se ha dicho dio lugar a la llamada "responsabilidad objetiva", que está tipificada en la ley civil; para nada resulta adecuado a la ciencia penal, en la que es fundamental la acción culposa o dolosa tipificadas para llegar a la imputación de un resultado. Es decir, la imputación penal requiere que exista autoría y responsabilidad por el hecho realizado.

Además de ello, ponemos en duda la constitucionalidad de la atribución de responsabilidad de la acción por omisión, porque viola el principio de legalidad como todos lo entendemos; aunque la jurisprudencia generalizada ha sostenido su constitucionalidad; y alguna doctrina es tal vez tibia respecto a tal reproche.

Respecto a esta llamada posición de garante en el contexto del derecho penal, se llegó a determinar los fundamentos según los cuales, está presente el deber de evitación del resultado. Las fuentes del deber de resguardo o de la posición de garante son según la doctrina generalizada: la ley, el contrato, y la conducta precedente.

Repasemos los ejemplos que la doctrina expone como fuentes o fundamentos de la posición de garante:

● Comenzamos con la ley

Es ley extrapenal, como el caso de relaciones de patria potestad, tutela, curatela, deberes de quienes cuidan bienes públicos, etc.

Como ejemplo difundido tenemos la madre que, violando deberes legales, termina permitiendo la causación de lesiones al menor a su cargo.

● Suponemos entonces que una madre, advirtiendo que su hijo pequeño tiene a su alcance el cable eléctrico de una lámpara, y jugando con él, sufre lesiones.

● Generalmente, se tiene a este ejemplo como un caso de acción por omisión, a pesar de que esta madre, no provocó que el niño juegue con el cable eléctrico.

●Si se quiere, la madre no hizo nada, simplemente estaba atendiendo otras cuestiones.

O sea, y este es un problema, no puso voluntariamente alguna conducta tipificada de tipo negligente o imprudente.

● Ahora veamos el contrato. Relación contractual por la cual el agente es deudor de una prestación de hacer, respecto al cuidado de bienes jurídicos ajenos.

El contrato es un acuerdo de voluntades con cualquier formalidad. Tales como la enfermera, el guía de turismo de montaña, etc.

Se emplea como ejemplo al guía de montaña que no impide que un turista esté en un lugar peligroso. En el caso, el turista contrató al guía para un recorrido por una montaña, en el cual existen fuentes de peligro.

El deber jurídico del guía es evitar que el turista sufra un infortunio, guiándolo por lugares seguros. Puede suceder que el turista, ante una distracción del guía, caiga en un barranco y se lesione.

En el sistema de acción por omisión, se dirá que el guía es responsable por haber estado en posición de garante, cuya fuente es el contrato.

Debemos decir que su incumplimiento contractual tiene un reflejo en la obligación de indemnizar. Pero, desde lo jurídico-penal, este guía de montaña no realizó voluntariamente acción imprudente alguna, y menos aún, dolosa.

● Ahora veamos el hecho o conducta precedente. Ello supone un acto inicial lícito y una posterior ilicitud, a partir de la cual se puso en riesgo un bien jurídico que finalmente fue lesionado.

Ejemplos:

— El que cava un pozo en la vereda de su casa para poner un árbol al día siguiente, (acto lícito), y posteriormente omite tapar el pozo, que es un acto reprochable ulterior. A la noche, un peatón se accidenta en ese pozo por no haberlo visto, y se lesiona.

— La administración municipal o alguna concesionaria de un servicio público, que hace una excavación en la calle para una reparación (acto lícito), y posteriormente omite instalar señales de advertencia, como acto reprochable ulterior. A la noche, un ciclista se lesiona al caer en esa excavación.

Podemos acotar que el hecho precedente no es la excavación, sino la inobservancia del deber de protección frente a esa fuente de peligro.

De acuerdo a la teoría de la acción por omisión, se imputa responsabilidad a quien cavó el pozo (hecho lícito) y posteriormente cometió la ilicitud de no rodearlo de la correspondiente seguridad, como por ejemplo, taparlo y proveer la suficiente iluminación. La imputación proviene de la posición de garante, con fuente en el hecho precedente.

También, sin perjuicio de la responsabilidad civil; en el plano jurídico-penal, el responsable de esa excavación no realizó voluntariamente acción culposa alguna ni dolosa para causar las lesiones.

Luego de estas reflexiones, recordemos que hemos dicho al principio que la acción por omisión sería una paradoja del sistema, pues es aceptada por la misma doctrina que sostiene la vigencia del principio de legalidad. También dijimos que es necesario un replanteo.

Parece lógico replantear la cuestión, ya que, en todos los casos de acción por omisión se concluye que corresponde la pena para el delito imprudente, si es que está previsto.

Por cierto que, en situaciones de muerte o lesiones culposas, si en el caso concreto es posible directamente atribuir una inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, para nada acudiremos a la omisión impropia.

Entonces, como veremos luego, parece ser que los casos de acción por omisión son casos que deben resolverse desde la imputación objetiva, evitando con ello la violación al principio de legalidad.

Para ello, analizaremos los datos más relevantes de la teoría de la imputación objetiva. Como sabemos, la imputación objetiva del resultado es una teoría ampliamente aceptada, con aplicación muy importante (y me atrevo a decir que excluyente), en los delitos culposos.

La base de esta teoría es la aceptación de que en las relaciones sociales, esto es: en las normales actividades de cualquier comunidad, casi todas las relaciones intersubjetivas lícitas están vinculadas a algún tipo de peligro.

Así, podemos recordar como actividades vinculadas a algún riesgo:

- ✓ El uso de vehículos automotores,
- ✓ La crianza de un niño,
- ✓ La construcción de un edificio,
- ✓ El uso de máquinas,
- ✓ Las instalaciones eléctricas,
- ✓ La instalación de gas en un domicilio,
- ✓ Algunas obligaciones de medios, tales como la cirugía común, etc.

Respecto a estos riesgos, tenemos una distinción básica: el riesgo tolerado por un lado, y por otro lado el riesgo no tolerado.

Por riesgo tolerado, entendemos a cualquier peligro para personas o cosas, acotado y admitido por reglamentos, protocolos, legislación, etc. En pocas palabras: acotado y permitido por las normas pertinentes.

Dentro de las actividades que implican un riesgo para los demás, el sujeto que actúa tiene el deber jurídico de respetar las regulaciones pertinentes, lo que bien puede sintetizarse en dos grupos de situaciones, al decir de Roxin:

- ✓ La asunción de una función de protección y
- ✓ El deber de vigilancia de fuentes de peligro.

Es de aclarar que la conducta que se desarrolla en el riesgo no tolerado, deviene en una acción típica, pues está contemplada como prohibida en algún sector del Sistema Jurídico.

Con la asunción de una función de protección, decimos que hay sujetos que tomaron a su cargo la protección de bienes y personas y

Respecto al deber de vigilancia de fuentes de peligro, hemos de entender como compromisos o cargas relacionados con ciertas normas.

Ejemplo de algunos riesgos calificados como riesgos tolerados por el Sistema Jurídico, lo tenemos en ciertas regulaciones como:

- La velocidad máxima en el tránsito,
- El uso de luces en la ruta,
- La altura de un avión sobre ciudades,
- Las previsiones para una cirugía,
- Deberes respecto a menores, etc.

Decimos también, que cuando una actividad se desarrolla dentro del riesgo tolerado (dentro de los límites fijados legalmente), puede haber causación de un resultado jurídico-penal, pero el mismo no deberá ser imputado al sujeto; justamente, porque su obrar es ajustado a Derecho.

Respecto a esto resaltamos y aceptamos la siguiente estipulación: La imputación objetiva tiene por objeto determinar criterios valorativos, que permitan establecer cuándo una causación, se puede llevar a la categoría de acción típica, desde el punto de vista objetivo.

En síntesis, comprobada la causación material del resultado, éste se imputará al sujeto bajo las siguientes condiciones:

Una: Que la conducta haya creado un riesgo no tolerado,

O la otra: Que se haya violado el deber de vigilancia de una fuente de peligro.

Y siempre para cualquier caso, si ese riesgo se ha realizado en el resultado, en forma contradictoria con el fin de protección de la norma, o como también decimos, contraria al propósito de la norma.

La doctrina en general interpreta, e interpreta bien, que no habrá imputación de un resultado en los siguientes casos:

Primero: Cuando no se introdujo riesgo no tolerado o se disminuyó un riesgo preexistente.

Segundo: Cuando se cumplió con el deber asumido de protección o de vigilancia de una fuente de peligro.

Conclusión

Dicho todo esto, ahora veremos que analizando los casos de acción por omisión, éstos pueden adecuarse mejor, a un análisis desde la teoría de la imputación objetiva.

- En el caso de la ley y en el ejemplo de la madre: hubo una causación, y atribuimos responsabilidad penal mediante la imputación objetiva, por violación al deber jurídico de vigilancia de una fuente de peligro.

● En el caso del contrato, y en el ejemplo del guía de montaña: hubo una causación, y atribuimos responsabilidad penal mediante la imputación objetiva, por violación al deber jurídico de vigilancia de una fuente de peligro.

● En el caso del hecho precedente, tal como en el ejemplo de quien excava un pozo en la vereda, hubo una causación, y atribuimos responsabilidad penal mediante la imputación objetiva, porque el sujeto introdujo un riesgo no tolerado por la ley.

Con lo expuesto muy sintéticamente, creemos que hemos podido llegar a un acuerdo conceptual al comparar la acción por omisión y la imputación objetiva.

También creemos que hemos podido explicar el porqué, de considerar que la acción por omisión es una paradoja, ya que, a pesar de la generalizada crítica respecto a que viola el principio de legalidad, se resuelven estos casos en que, partiendo de la indudable causación material, se imputa jurídico-penalmente el resultado existente, sin la base de una voluntaria acción culposa o dolosa.

Debemos considerar entonces, que los casos de acción por omisión pueden y deben ser tratados como delitos imprudentes mediante la imputación objetiva, siempre que el hecho provenga de:

— introducción de riesgo no tolerado,

— incremento de un riesgo preexistente

— violación del deber de vigilancia de una fuente de peligro.

Y ello por qué? Porque en la teoría de la imputación objetiva, hay una base jurídica que muestra que la conducta u omisión, son desde el punto de vista legal, una acción típica.

El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva*

Inexcusable mistake: philosophical foundations and positive regulation

POR: **JOSÉ MILTON PERALTA****

RESUMEN: En general, se asume que todo error de tipo evitable debe conducir a la imprudencia. Aquí trataré de demostrar, en primer lugar, siguiendo en gran medida a Jakobs, que esa no es siempre la solución justa. A veces el error de tipo evitable debe conducir a una pena más grave, dependiendo de su grado de evitabilidad. Mientras más evitable sea un error, menos razones habrá para tratarlo como un hecho imprudente. En segundo lugar, mostraré que, en gran parte, la discusión teórica sobre el tratamiento del error tipo evitable está guiada por la forma en que está regulado el error en Alemania. Dado que en Argentina, por el contrario, la regulación es muy diferente, se abren aquí, desde el punto de vista jurídico, distintas alternativas, entre las que cabe la de que no siempre el error de tipo conduzca a la imprudencia.

PALABRAS CLAVE: Error de tipo. Ceguera ante los hechos. Teoría de la culpabilidad.

ABSTRACT: *It is generally assumed that every avoidable mistake of facts must lead to recklessness. Here I will first try to show, largely following Jakobs, that this is not always the just solution. Sometimes the avoidable mistake of facts should lead to a more severe penalty, depending on its degree of avoidability. The more avoidable an error is, the less reason there is to treat it as a reckless act. Secondly, I will show that, to a large extent, the theoretical discussion on the treatment of the avoidable mistake of facts is guided by the way in which the error is regulated in Germany. Given that in Argentina the regulation is very different, from a legal point of view, different alternatives open up here, among which is the possibility that mistake of facts does not always lead to recklessness.*

KEYWORDS: *Mistake of facts. Blindness to the facts. Theory of culpability.*

I. Introducción

En este texto dedicado al Prof. Luzón Peña voy a analizar la clásica discusión sobre la relevancia de las distintas clases de error. Al respecto siempre hay dos cuestiones interesantes que responder. Primero, cómo corresponde tratar al error de prohibición, esto es, si debe tener un trato similar al error de tipo o si, por el contrario, se debe responder frente a él de un modo más riguroso. Esta es una discusión que podríamos llamar ya "clásica" y a la que se suele responder con dos teorías opuestas: la teoría de la culpabilidad, que diferencia, y la teoría del dolo, que iguala.

Esta discusión ha tenido impacto en el ámbito hispanoamericano y, en especial, en Argentina, donde en cualquier manual puede observarse como se enseña al respecto utilizando estas categorías. La teoría del dolo y de la culpabilidad son entendidas como dos teorías básicas que todo penalista debe conocer. Dentro de este mismo espectro se suele encontrar la discusión sobre cómo tratar el error sobre las circunstancias objetivas de una

* El presente trabajo fue previamente publicado en DE VICENTE REMESAL, entre otros (dirs.), *Libro homenaje a Luzón Peña*, Reus, Madrid, 2020, 905-917.

** Catedrático de Derecho penal. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

causa de justificación, si conforme al error de tipo o al error de prohibición; discusión, por cierto, que solo tiene sentido en el marco de la teoría de la culpabilidad.

La otra discusión interesante ha sido propuesta en el último tiempo por *Jakobs* y se pregunta por la relevancia del error de tipo. Lo que *Jakobs* propone es una nueva clasificación alrededor de los errores y toma como objeto de su crítica la teoría dominante que es la teoría de la culpabilidad. Jakobs se pregunta si es siempre justo tratar al error de tipo de un modo más indulgente que al error de prohibición. Esta es una discusión "moderna" a la que se le hace frente con diferentes argumentos, algunos legales, otros conceptuales y también con argumentos valorativos.

Aquí, por un lado, trataré de indagar desde el punto de vista filosófico cuál es el trato adecuado que se le debe dar al error. Por filosófica entiendo aquí una discusión valorativa que se desentiende de cualquier regulación positiva concreta. En esa tarea voy a mostrar algunas de las falacias detrás de la teoría de la culpabilidad que, entiendo, no es una teoría que distinga adecuadamente la relevancia de los errores. Mostraré allí, siguiendo a Jakobs, que su posición es más razonable y en esto también, que la crítica de que incurre en un derecho penal de autor no está justificada.

Al finalizar, por otro lado, pondré de resalto que gran parte de esta discusión, que a veces es presentada como filosófica o puramente valorativa, es, en primer lugar, interpretativa y está vinculada a la legislación penal alemana. Este me parece un punto especial a destacar, dada su extrapolación a la dogmática argentina[1], cuando la legislación argentina es completamente diferente y deja espacio sin dificultades a *cualquier* posición filosófica.

II. Teoría de la culpabilidad

La teoría dominante sobre cómo se deben tratar los errores es la de la culpabilidad. Esta distingue entre error de tipo y error de prohibición, y le asigna a cada uno de ellos una consecuencia normativa distinta cuando son evitables. El error de tipo evitable excluye la posibilidad de una imputación dolosa (y, por ende, solo permite, si acaso, la imprudente), mientras que el error de prohibición evitable no excluye la imputación dolosa, sino que, en todo caso, puede merecer una atenuación dentro de la escala penal de ese delito.

Lo que se discute desde cierto lugar de la dogmática es si esta teoría del error es correcta. La pregunta por la corrección puede tener distintas interpretaciones. Pero aquí, como indiqué al comienzo, quiero plantearla desde una perspectiva filosófica. Parto, entonces, de que la pregunta por las consecuencias del error, ya sea de tipo o de prohibición, es una pregunta valorativa, es decir, de cómo es correcto o justo tratar el error. Y aquí las preocupaciones son si no se está siendo o bien demasiado indulgente o bien demasiado riguroso al concederle a determinada clase de error ciertas consecuencias. Jakobs sostiene que es incorrecto concederles a todos los errores de tipo, siempre y necesariamente, una respuesta indulgente.[2]

En la respuesta a este planteo empezaré por descartar ciertos argumentos que considero que no son decisivos para resolver la cuestión. El primero es de carácter *conceptual*. Este pone el acento en que el error tipo y el error de prohibición hacen referencia a dos cosas diferentes. Mientras el primero se basa en un desconocimiento de lo que está descripto en el tipo, el segundo hace referencia a la falta comprensión de la incorrección jurídica de la acción. Esta diferencia conceptual podría explicar también la diferencia valorativa. Sin embargo, de una mera distinción de este tipo no puede seguirse una respuesta axiológi-

[1] Por ejemplo, SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino*, 1990.
[2] JAKOBS, *Indret*, 4 (2009), 4 y ss., entre otros.

ca. Uno puede distinguir muchas cosas, por distintas razones, sin que ello implique una diferencia de trato. Así, se puede distinguir entre profesores y alumnos, para hacer diferencias relevantes, o entre hombres y mujeres, *justamente*, para mostrar que las diferencias son injustas. Y, de hecho, incluso quienes defienden la teoría de la culpabilidad tratan el error de prohibición del mismo modo que al error de tipo cuando aquel recae sobre el derecho penal accesorio.

Luego podría pensarse que la respuesta depende de una cuestión *lógica*. El error de prohibición, en un caso concreto, supone que no haya habido error de tipo. De otro modo, la pregunta por el conocimiento de la prohibición carece sentido. Si alguien mata a un hombre pensado que es un oso, recalcarle que matar personas está prohibido parece un desatino, pues en primer lugar él no sabía lo que estaba haciendo. Dado que un error es más "básico" que el otro, entonces quizás por eso merezcan tratos diferentes.

Al respecto, en primer lugar, debe quedar claro que el hecho de que un error deba ser tratado después de otro no implica que uno deba ser colocado en una categoría del delito distinta. De hecho, la teoría opuesta a la culpabilidad, la del dolo, los trata conjuntamente, sin que se le haya reprochado una inconsistencia lógica. Pero incluso, y más importante, si se supusiera que la cuestión lógica obliga a pasar el error de tipo a la culpabilidad, esto tampoco implica *de por sí* el trato más riguroso. Si los problemas de culpabilidad pueden conducir incluso a la impunidad de un hecho doloso, ¿no debería, *a fortiori*, ser posible aquí también la respuesta indulgente —o alguna otra— con la misma base?[3] Quizás esta falsa implicación haga que quienes tienen un desacuerdo con la respuesta rigurosa se vean obligados a sostener la teoría del dolo, según la cual para que el error de prohibición merezca una respuesta indulgente hay que ubicarlo en el tipo y afirmar que excluye el dolo. Claro que esta es una respuesta posible. La definición misma del dolo es una cuestión normativa, pero ciertamente no es necesaria.

Por eso, la respuesta no puede ser meramente conceptual o lógica, sino que tiene que ser genuinamente valorativa. En este sentido, los defensores de la teoría de la culpabilidad, por un lado, afirman que el error de prohibición, en general, debe ser tratado rigurosamente, ya que así se evita la impunidad en los casos que no está prevista la tipicidad imprudente para cierta conducta.[4] También sostienen que, si el autor pudiera beneficiarse de su error de prohibición se pondría a la "vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios", pues ya no se castigaría lo prohibido, sino lo que el sujeto considera prohibido.[5] Finalmente, también se afirma que, si se fuera indulgente, se beneficiaría a quien por indiferencia no se preocupa por la ley, lo que en modo alguno puede ser una respuesta axiológicamente correcta.[6]

El primero de los fundamentos valorativos no constituye en sí un argumento, sino que presupone uno explicitado. Sería inaceptable tratar al error evitable de prohibición de modo indulgente —con lo que esto implica—, porque no merece ser (o no conviene que sea) tratado así. Solo que la razón por la cual no merece (o no conviene) ese trato no está explicada. El segundo argumento, en cambio, sí tiene sustento y se basaría en la idea de que existe una obligación de conocer el derecho. Por eso, desconocerlo sin excusas no debería atenuar. Pero, por supuesto, la *excusabilidad* del desconocimiento debería depender de su accesibilidad, lo cual depende del contexto en el que actúa el autor. Esta es la consta-

[3] Bajo la concepción causalista, esto era evidente, pues el dolo y la culpa estaban en la culpabilidad.
[4] LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 1996, 467.
[5] ROXIN, *Derecho penal, Parte General*, t.1. 1997, § 21, nm. 8.
[6] ROXIN, (n. 5), nm. 6.

tación que está en la base del rechazo a la teoría del *error iuris nocet*. Cuando acceder al conocimiento sea prácticamente imposible, es injusto castigar al autor, cualquiera sea la pena. ¿No debería, entonces, según el grado de evitabilidad del error graduarse también la pena? La respuesta es afirmativa y esto es lo que justifica el trato indulgente para el error de prohibición cuando este se refiere al derecho penal accesorio. Allí, dado que no es tan sencillo acceder a la incorrección de la conducta, el error, si bien no exime de responsabilidad, al tornase comprensible, merece un trato más benigno. Pero en la mayoría de los casos acceder al conocimiento de la prohibición es sencillo. Por ello, su desconocimiento no puede excusar, pues solo puede explicarse por la falta de voluntad del autor por conocer, y la falta de voluntad no debe excusar. Eso es lo que está en el centro de la teoría de la culpabilidad y lo que explica que, *en general*, sea correcto tratar el error de prohibición rigurosamente.

¿Pero, no debería someterse al mismo análisis el error de tipo también? ¿No se debería, antes de asumir que la respuesta indulgente es siempre la correcta, evaluar cuán excusable es el error del autor?

III. Teoría basada en la excusabilidad del error

Justamente esto es lo que dice Jakobs. Él sostiene que, así como a veces el error de prohibición evitable merece una respuesta indulgente, a veces también el error de tipo evitable puede merecer una reacción rigurosa. Todo dependerá de la razón por la que se yerra o ignora. O, dicho de otra manera, la posibilidad de excusar depende de cuan comprensible es el error. En términos de Pérez Barberá, si alguien ignora algo que era razonable que "pudiera no saber", aunque debía saberlo, entonces la respuesta indulgente está justificada. Pero cuando el autor ignora algo que "no podía no conocer", es decir, algo que era prácticamente evidente, entonces tal error no debería disculpar y corresponde la respuesta rigurosa.[7] La razón por la que no se debe excusar es idéntica a la razón por la que tratamos más rigurosamente el error de prohibición: solo la falta de predisposición del autor, su "indiferencia" hacia los demás puede explicar tal desconocimiento, y la falta de predisposición no puede excusar.

Un ejemplo de este caso es el siguiente: Un agricultor tiene cultivos en grandes extensiones de terrenos. Con el objetivo de permitir que la avioneta fumigadora detecte rápidamente el lugar por donde debe distribuir los pesticidas, coloca a hijos de los peones de campo en determinados lugares para señalizar. Gracias a esto, la avioneta fumiga en el lugar indicado. El agricultor en ningún momento se representa que eso puede ser dañino para la salud de los niños quienes se enferman a raíz de esta práctica.

Alguien podría afirmar que es simplemente inverosímil que el autor no se haya representado las consecuencias de su conducta. Esta es siempre una posibilidad para eludir la discusión propuesta. Pero, si uno se fija bien, tal factibilidad puede comprenderse en alguna medida por autoreflexión. Uno piensa más en aquellos aspectos de la realidad que más le interesan. Esta representación también hace que sea más probable que advirtamos las consecuencias que pueden tener ciertas acciones en esos ámbitos que en otros. En consecuencia, es más probable que no advirtamos las consecuencias de nuestras acciones en aquellas áreas de la realidad que no nos importan (lo que ocurre con más frecuencia cuando no nos implican a nosotros o a nuestros seres queridos).[8] Siguiendo esta lógica, alguien

[7] PÉREZ BARBERÁ en: AMBOS (entre otros) (Dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, 219, 227 y ss., aunque sus razones por las que no corresponde excusar son diferentes: pp. 224 y ss.
[8] JAKOBS, ZStW 114 (2002), pp. 584, 595.

que no tiene ninguna consideración para con los peones de campo y sus familias, es probable que no se represente las consecuencias obvias de su accionar.

Se podría seguir sosteniendo, sin embargo, que aún así hay una diferencia axiológica entre el que sabe y el que no sabe, que justificaría la respuesta rigurosa en un caso y no en el otro. Esa diferencia radicaría en que el que actúa *a pesar de saber* lleva adelante conducta peor. Que conocer y no conocer no puede dar lo mismo y, por esta razón, ofrecer en ambos casos una respuesta igualmente rigurosa sería desacertado. Sin embargo, esto es incorrecto por dos razones. Primero, porque el paso de saber a no saber, *en estos casos*, solo depende de la actitud del autor ante el bien jurídico. Como dice Jakobs, una teoría exclusivamente basada en el conocimiento finalmente beneficia al inescrupuloso, al que, por absoluto desinterés, ni siquiera se hace la pregunta sobre las consecuencias de su accionar, por sobre aquel que, al tener cierto grado de conciencia sí se la hace, y a pesar de eso actúa.[9]

Y, en segundo lugar, porque la base del reproche a quien obra con conocimiento y a quien obra por ceguera ante los hechos es la misma. Si uno da un paso más se pregunta: ¿por qué obró el sujeto a pesar de tener conciencia de que iba a dañar a otro? La única respuesta posible —a nivel del tipo— es que lo hizo por que no le interesa el bien jurídico, por desinterés por lo que le ocurre a otro. Incluso el propio Roxin, quien se opone a tratar los casos de ceguera ante los hechos de forma rigurosa, sostiene que "el fundamento de la punición de delito doloso no consiste en la desobediencia, sino en que el sujeto desdeña de manera intolerable los intereses de otros o de la comunidad".[10] Pues bien, es exactamente esto lo que ocurre en los casos de ceguera ante los hechos. El sujeto no se representa lo obvio, porque desdeña de manera intolerable los intereses ajenos.

Esta argumentación supone una nueva clasificación de la relevancia de los errores. Ya no se trata de que haya error de tipo o de prohibición, sino de la excusabilidad total o parcial de los errores, donde tanto para uno como para otro error puede ofrecerse una respuesta indulgente y una respuesta rigurosa. Todo dependerá del caso.

Esta nueva clasificación también indica que los casos de desconocimiento deliberado deben ser tratados rigurosamente. En todos los casos, lo que se supone es que el autor no sabe lo necesario para hablar de dolo en el sentido tradicional[11] y se quiere, de todos modos, dar una respuesta rigurosa. Si corresponde usar la palabra dolo, como sugiere Jakobs[12], o si, por el contrario, puede hablarse de hechos no dolosos con respuesta rigurosa, es, en este contexto, solo una cuestión terminológica.

Finalmente, lo dicho hasta acá también impacta en el tratamiento del error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación. Si la distinción general ya no pasa por los conceptos "error de tipo-error de prohibición", la discusión en particular de esta clase de error, debe abandonar las clasificaciones basadas en la distinción "teoría estricta-teoría restringida de la culpabilidad". Lo importante será, siempre, la evitabilidad del error.

IV. ¿Ceguera ante los hechos como derecho penal de autor?

Ahora quisiera detenerme en una crítica específica a la teoría de la ceguera ante los hechos de Jakobs. Esta crítica no se centra en el tratamiento que se le debe otorgar al error, sino

[9] JAKOBS (n. 2), 5.
[10] ROXIN (n.5), nm. 8.
[11] En contra, GRECO, *Discusiones*, 2 (2013), 67, 68 y ss.
[12] JAKOBS (n. 2), 4 y ss. Básicamente, porque el derecho positivo alemán usa la palabra dolo –*Vorsatz*– en su derecho positivo para habilitar la respuesta rigurosa, lo que no sucede en Argentina. Ver *infra* punto V.

que sostiene que esta teoría del error, al basarse en la "indiferencia", ya no está reprochando solo el hecho cometido sino también la actitud interna del autor.[13]

Creo, no obstante, que esta no es una correcta descripción del objeto del reproche en esta teoría. Lo que aquí se afirma no es que se deba castigar la indiferencia, sino que la indiferencia no puede excusar. Esto, que parece un juego de palabras, se basa en la propia estructura de la teoría delito. En primer lugar, se constata lo que se considera incorrecto desde el punto de vista objetivo (tipicidad objetiva) y lo subjetivo solo debe servir para poder imputar aquello también subjetivamente (tipicidad subjetiva). La pregunta es si el estado mental del agente permite hacerlo responsable por lo objetivo o si, por el contrario, exige distanciarlo. En los casos de dolo con conocimiento, el autor no se puede distanciar porque sabe. En los casos de ceguera ante los hechos, no se puede distanciar, porque el error o la ignorancia le son imputables solo a él (y no a las circunstancias). Por esta razón, corresponde una imputación subjetiva completa.

Otra forma de decir esto, es afirmar que la excusabilidad del error es una cuestión de justificación. Como dice Gardner, no de la justificación de la conducta, sino de la justificación del error.[14] Mientras más justificado sea un error, mayor disposición habrá a conceder un valor eximente. Por eso el error "invencible" implica impunidad, allí está totalmente justificado que el autor no conozca. Con esa misma lógica, cuando incurrir en error es comprensible, lo que corresponde es la respuesta indulgente. Mientras que cuando el error es absolutamente incomprensible, cuando no hay razones en absoluto para justificarlo, corresponde la respuesta rigurosa. Una forma de definir esta situación es hablar de indiferencia, dado que, cuando el error es completamente injustificable, parece que solo la indiferencia puede explicar que el autor no se haya representado las consecuencias de sus actos. Pero la indiferencia solo explica por qué el autor cometió un error absolutamente inexcusable, no es la razón del castigo. La razón del castigo es el hecho, del que el autor no se puede distanciar, porque su error o ignorancia no tienen razón de ser.

Esta clase de razonamiento, por cierto, no es en absoluto novedosa. En la *actio libera in causa* ocurre algo parecido. Al menos si se entiende que el momento de la acción es aquel en el que el sujeto aprieta el gatillo, lo que se le reprocha al sujeto es el homicidio, no, *v. gr.*, haberse colocado en estado de ebriedad previamente. Y cuando él afirma que no tuvo culpabilidad al momento de actuar se le responde que esa falta de culpabilidad no lo puede excusar, porque él es el responsable de ella. Luego, no se lo castiga por haberse colocado en estado de ebriedad, sino que el haberse colocado en estado de ebriedad no excusa.

Por esta razón, la idea de la indiferencia es solo una de las posibles explicaciones de la imposibilidad de justificar el error del autor. Como dice Gardner, al hablar de un caso de ceguera ante los hechos en un supuesto de violación, si el autor "no le presta atención a [las negativas de la víctima de acceder a una relación sexual], o no las toma en serio, carece de importancia si el error tiene su origen en malicia, crueldad, egoísmo, misoginia, insensibilidad o simple estupidez".[15] Lo importante es que no había ninguna razón para errar. Lo que esta enumeración deja en claro, entonces, es que en rigor cualquiera de estas explicaciones solo son una manera distinta de decir lo mismo, que no hay una justificación para el

[13] PÉREZ BARBERÁ (n. 7), 241 y ss.
[14] GARDNER, en: "Ofensas y defensas", 2012, 113 y 130 y ss.
[15] GARDNER (n.14), 48.

error. Pero perfectamente podría decirse simplemente que el error solo excusa –total o parciamente, según sea el caso– cuando hay razones para errar.[16]

En conclusión, el "argumento de la indiferencia" de Jakobs no pretende dar un fundamento para el reproche, sino que se trata de una explicación, de entre otras posibles, de por qué alguien pudo haberse equivocado a pesar de no tener ninguna razón para ello. Ante esto todavía se podría replicar que, más allá de toda esta explicación, si el sujeto no fuera indiferente (cruel, misógino, o lo que sea) pues habría verificado las consecuencias de su accionar y, quizás, no hubiera actuado. Que en el fondo, *si él fuera distinto*, no hubiera sido objeto de un castigo. Esto sí es cierto, pero si su modo de ser pudiera exculparlo, sería imposible hablar de responsabilidad. Salvo casos excepcionales, el carácter es algo de lo que cada individuo debe ocuparse.[17]

En efecto, en alguna medida todo reproche es un reproche por el carácter. Sin ir más lejos, esto es también lo que sucede en los casos de dolo con conocimiento. Si se pregunta cómo es que alguien que sabe que su conducta va a perjudicar a terceros no se detiene, la respuesta es, como dijo Roxin, que no lo hace porque desdeña inaceptablemente los intereses ajenos. Y aquí también, si él fuera distinto y no desdeñara los intereses de terceros no hubiera hecho lo que hizo. Pero las preguntas no suelen llegar tan lejos porque se parte de cada uno es señor de su carácter.

V. Teoría del error en el derecho positivo

Hasta acá la cuestión filosófica. Ahora quiero plantear la cuestión de cuánto espacio existe para una teoría como la de Jakobs en el derecho penal argentino. Esta es una pregunta pertinente si uno se percata de que gran parte de la discusión sobre la teoría del error parece deberse más a una cuestión legal que filosófica. Pero no basada en la legislación argentina, sino en la alemana. La teoría de la culpabilidad es el fiel reflejo de lo que establece el StGB en sus §§ 16 y 17. Estos parágrafos establecen que el error de tipo excluye el dolo y el de prohibición, la culpabilidad. Ante semejante claridad, hay poco espacio para discutir, *lega lata*, otras posibles consecuencias del error. Esto ha conducido al esfuerzo de Jakobs por decir que en los casos de ceguera ante los hechos no hay error, porque cuando alguien no piensa en algo no puede estar equivocado sobre ello.[18] Solo hay ignorancia. De esta manera él trata de eludir las consecuencias del error de tipo en estos casos, que considera que deben ser tratados distinto.

Algo similar ocurre con todos los esfuerzos dogmáticos destinados a tratar al error sobre "las circunstancias objetivas de una causa de justificación" como error de tipo. Así surge la teoría de los elementos negativos del tipo, para poder llamar "tipo" a las causas de justificación y que su error excluya el dolo; o la teoría que sostiene que por analogía se debe tratar a este error "como si fuera un error de tipo" o aquella que se llama "teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas", donde reconoce que ese error no excluye el tipo ni cabe hacer analogía, pero que se debe remitir a las consecuencias del error de tipo, entre otras.[19] Ninguna de estas construcciones resulta necesaria de *lege fe-*

[16] En este sentido, hay un claro paralelismo entre lo aquí sostenido y lo que dije al explicar la relevancia de los motivos para la responsabilidad. Los motivos son solo una forma de detectar supuestos de ausencia de justificación total (de la conducta), pero no son el objeto de reproche. Solo muestras que la conducta está completamente injustificada. Cfr. PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, 199 y ss.

[17] En el mismo sentido, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, 134 y ss.

[18] JAKOBS, (n. 2), 4 y ss.

[19] FRISCH, *El error en el derecho penal*, 1999, 11, 31 y ss.

renda, pues aquí no hay terminología preestablecida que condiciones las consecuencias de cierto tipo de error. Todas están destinadas solos a lidiar con la regulación concreta del StGB.

La regulación española es bastante parecida a la alemana y en el art. 14 de su CP, incs. 1 y 3, establece consecuencias similares tanto para el error de tipo como para el de prohibición.[20] Pero el CP argentino establece las cosas de otro modo. Para empezar, el error de prohibición no está regulado. Más allá de los esfuerzos de Armin Kaufmann, mencionados por Sancinetti[21], el CP habla de desconocimientos fundados en cuestiones de *hecho*. Coincido con Sancinetti en que por razones vinculadas a la legitimidad del castigo el error de prohibición de todos modos debe regir en el derecho argentino.[22] Pero de ningún modo debe circunscribirse a lo que plantea el binomio "teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad", sino que se puede diferenciar según la excusabilidad del error, es decir, según las categorías que propone Jakobs.

Y en cuanto al error de tipo, sobre el que existen más razones para pensar que se encuentra incluido en la noción error de hecho[23], tampoco la legislación argentina exige, a mi modo de ver, siempre una respuesta indulgente.[24] El art. 34 inc. 1 solo dice que "no son punibles" quienes obren con "error o ignorancia de hecho no imputables". Allí, en primer lugar, se tratan sin distinción el error o la ignorancia, mientas que ni en Alemania ni en España existe una referencia a la ignorancia. Y, en segundo lugar, no establece cuáles son las consecuencias para el error o la ignorancia imputables, solo habla de los "no imputables". Hemos asumido en Argentina que los errores imputables deben ser tratados como casos de imprudencia o negligencia[25], términos que surgen del art. 84 del CP que regula el homicidio imprudente, pero aquí, ciertamente, el lenguaje no obliga a ello.

Según la RAE, negligencia significa "descuido o falta de cuidado" e imprudencia "falta de cautela o moderación". Sin embargo, la conducta del "fumigador" de nuestro ejemplo no puede describirse como una simple falta de cuidado. Eso supone, como dice Pérez Barberá, que el autor no haya conocido algo que podía no conocer. Es inapropiado hablar de falta de cuidado y moderación cuando el autor no conocía lo que no podía no conocer, es decir, para los casos donde no hay ninguna justificación para el error. Y ahí es cuando la palabra indiferencia (o similares) reemplaza a la de imprudencia (o similares). Expresiones como "impericia" o "falta de cumplimiento de los reglamentos", también utilizadas por el artículo 84 del CP argentino, no hacen alusión a algo diferente. Ello se deduce no solo del contexto en el que son descriptos, sino también de la pena que se prevé para ellos, que es similar a la de negligencia o imprudencia, por lo que la base del reproche debe de ser común.

Del mismo modo, en la legislación argentina no existe una definición de dolo y ni siquiera se utiliza esa palabra. Es cierto, no obstante, que es parte de acervo cultural de la dogmática que dolo se oponga a imprudencia. De esta manera, se suele usar la palabra imprudencia para asociarla a la respuesta indulgente y la palabra dolo para la respuesta rigurosa. Pero dado que los supuestos de ceguera ante los hechos no son un caso de imprudencia y no existe una definición legal de dolo, se puede usar sin dificultades la palabra dolo

[20] Cfr. LUZÓN PEÑA (n.4), 462 y ss.
[21] SANCINETTI, (n. 1), 75 y ss.
[22] SANCINETTI, (n. 1), 30 y ss.
[23] Aunque requiera ciertos esfuerzos para dar cuenta de los errores sobre los elementos normativos del tipo.
[24] En contra GRECO (n. 11), 76 y s.
[25] Por ejemplo, DE LA RÚA/TARDITTI, *Derecho penal, Parte general*, 2014, 530 y ss.

para abarcar esos casos.[26] Después de todo, gran parte de la discusión sobre el concepto de dolo es una discusión normativa. La cuestión sobre si debía ser entendido como conocimiento y voluntad o solo como conocimiento, nunca fue una pregunta legal.[27]

Del mismo modo, la legislación argentina tampoco tiene problemas para tratar los casos de ignorancia deliberada como dolo, y de abandonar el binomio "teoría estricta-teoría restringida de la culpabilidad" para lidiar con el error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación.

VI. Conclusiones

Las conclusiones de este trabajo son las siguientes:

a) No hay razones, desde una perspectiva filosófico-valorativas, para seguir atados a los conceptos en los que se basa la discusión entre las teorías de la culpabilidad y del dolo. Por el contrario, los fundamentos valorativos conducen a trazar la línea entre las respuestas indulgente y rigurosa por otro lado, esto es, por el grado de excusabilidad del error.

b) La teoría basada en la excusabilidad del error, que a veces se vale del término "indiferencia" para describir los supuestos de error absolutamente inexcusable, no implica caer en un derecho penal de autor, pues la indiferencia solo explica la imposibilidad de justificar, siquiera parcialmente, el error. Pero al agente se le reproche el hecho cometido.

c) La teoría del error basada en su excusabilidad, que implica una nueva clasificación de la relevancia de los errores, podría tener plena cabida en el ordenamiento argentino. Este solo establece que cuando el error o la ignorancia no son imputables, corresponde la impunidad. Pero no dice explícitamente qué hacer cuando el error o la ignorancia sí son imputables. Las referencias legales a la imprudencia hablan a favor de un trato indulgente en el error comprensible, pero no frente al error incomprensible. Ello, sumado a la falta de definición de dolo, permite decir que cuando el autor obra con ceguera ante los hechos obra con dolo.

[26] En el mismo sentido, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo Eventual*, 2011, p. 51.
[27] PERALTA, ADPCP, 2010, 251 y ss.

El delito continuado. A partir del factor típico como criterio de conteo de los hechos delictivos*

The continuing crime. Based on the typical factor as a criterion for counting criminal acts

Por: **HORACIO A. CARRANZA TAGLE****

RESUMEN: esta monografía pretende abordar el delito continuado, un tema inconcluso de mi tesis doctoral sobre *Introducción al concurso de delitos*. Concretamente, habiéndome enrolado allí en la postura que, a fin de contar los delitos, brinda preeminencia al "poder de enfoque de la (o las) figura/s concurrente/s frente a un suceso humano concreto", se brindan razones para sostener (1) que el delito continuado se trata de un criterio adicional —y secundario, no paralelo a las categorías concursales— sobre unidad delictiva, semejante al de "unidad de ejecución"; (2) que ese único hecho está compuesto por varios actos discontinuos, fáctica y jurídicamente semejantes, que constituyen ejecuciones completas, pero parciales, pues integran una única ejecución total, siempre que exista un dolo total al respecto; y (3) que, como todo único "hecho", el delito continuado podrá tratarse de un delito simple, un concurso de leyes, o un concurso ideal de delitos, según el caso.

PALABRAS CLAVES: Concurso de delitos. Delito continuado.

ABSTRACT: *This monograph aims to address continuing crime, an unfinished topic from my doctoral thesis. Specifically, having enlisted there in the position that, in order to count the crimes, gives prominence to the "power of focus of the concurrent figure / s in the face of a concrete human event", in this regard, reasons are provided to sustain (1) that the continuing crime is an additional criterion - and secondary, not parallel to the bankruptcy categories - on criminal unit, similar to that of "execution unit"; (2) that this single act is made up of several discontinuous acts, factually and legally similar, which constitute complete but partial executions, since they make up a single total execution, provided that there is total fraud in this regard; and (3) that, like every single "fact," the continuing crime may be a simple crime, a law contest, or an ideal crime contest, as the case may be.*

KEYWORDS: *Contest of crimes. Continued crime.*

Sumario: Introducción. Puntos de partida de mi tesis doctoral. La opción por el factor típico con relación al "delito continuado". Conclusiones.

Introducción

En cuanto al concurso de delitos, hay un mayoritario consenso en entender que existe un "delito continuado" cuando varios hechos (o actos), si bien encuadrarían cada uno de ellos en un tipo penal semejante, presentan ciertas similitudes y conexiones entre sí (al darse ciertas exigencias "objetivas" y "subjetivas"), en virtud de las cuales todos ellos se subsumen en un solo tipo penal. A su vez, este instituto tiene como consecuencia generalmente admitida, la aplicación de la escala penal más gravosa de las figuras semejantes

* Por razones de espacio, aquí he tenido que presentar apenas el comienzo y el final del trabajo, el cual será publicado próximamente en su totalidad, por Editorial Mediterránea, en Córdoba, Serie Azul, Volumen 15.

** Doctor en Derecho Penal. Vocal de Cámara en lo Criminal y Correccional del Poder Judicial de Córdoba. Email: horacio.a.carranza@gmail.com.

concurrentes. Así, si Juana quiere hurtar 15 perlas del collar de su patrona Jacinta, pero de a una por día para no ser descubierta, y logra hacerlo con las 14 primeras, hasta que el último día es sorprendida "con las manos en la perla" número 15, a ella se le aplicará una pena concreta en función de la escala prevista en el art. 162 del Código Penal argentino (es decir, de 1 mes a 6 años de prisión). Y si Daniel accede carnalmente con violencia a su hijastra Marta en varias ocasiones desde que ella tenía 9 años hasta que tuvo 12 años, su obrar quedará subsumido en el tipo de abuso sexual con acceso carnal agravado (art. 119 —4to. párr., inc. B— C.P.), por lo cual podrá imponérsele de 8 a 20 años de prisión o reclusión.

Ahora bien, este instituto, cuya existencia y requisitos son cada vez más cuestionados por renombrados juristas argentinos (p.e., Soler), y extranjeros (Choclán Montalvo, Jescheck, Stratenwerth, Roxin, Jakobs, etc.), no tiene —en principio— una recepción ni —menos aún— una regulación expresa en la ley penal argentina, al igual que ocurre en otros códigos penales actuales (así, p.e., el C.P. alemán).

Por mi parte, habiéndome enrolado en mi trabajo de tesis doctoral en la postura que, a fin de contar los delitos, brinda preeminencia al "poder de enfoque de la (o las) figura/s concurrente/s frente a un suceso humano concreto", me planteo ahora tres preguntas a responder sobre este tema, con innegables consecuencias prácticas, a saber: en base a dicho criterio típico de conteo, ¿qué lugar debe ocupar el delito continuado: uno semejante —y paralelo— al de las otras categorías concursales principales (esto es, el concurso de leyes, el concurso ideal y el concurso real), como entiende la doctrina mayoritaria, o un lugar más secundario, parecido al de otros criterios sobre unidad delictiva, tales como el de unidad típica —o jurídica— de acción?. Segundo: ¿qué requisitos deberían exigirse para que exista un delito continuado? Tercero: en base a las anteriores respuestas, ¿cómo se deberían resolver los casos paradigmáticos de "delito continuado"? Sobre esto último, existen atendibles razones para afirmar que, de descartarse la autonomía de este instituto, no siempre habrá que acudir al "concurso real de delitos" para resolver dichos casos, como aseveran los partidarios de su abolición.

Estudio de argumentos generales en contra del delito continuado

Antes de brindar mi posición sobre el tema, paso una breve revista a las posiciones que rechazan de plano este instituto.

Se trata de un concurso real de delitos

Según Soler (1987, 360 y 361) la respuesta al problema de cómo tratar a varios hechos "dependientes", debe ser dada desde el punto de vista de la figura de que se trata, examinando su poder de absorción (concretamente, si admite o no infracciones numéricamente indiferentes) y no desde una teoría general y común a todas las figuras. Así, frente a casos como las plurales estafas mediante pesas falsas, el adulterio reiterado, las plurales estafas mediante la alteración del medidor de energía, o el estupro reiterado, hay que examinar si la figura en juego, ya sea expresamente, o por el sentido que tiene el bien jurídico allí protegido, o por la forma de su protección, tiene el poder de abarcar esa aparente pluralidad. Concluye que en los anteriores ejemplos es evidente que para las figuras allí concurrentes es indiferente dicha pluralidad, sin importar si la acción es singular o plural en su aspecto externo.

Es, por lo tanto, sustancialmente justo denominar a estos hechos como infracciones numéricamente *indiferentes*[1]... Los casos que no puedan ser resueltos sobre esta base, constituirán concurso real de delitos. La gravedad o injusticia de esta conclusión es hoy muy relativa, tanto por la desaparición de formas crueles de penalidades como por la razonable escala penal fijada por el C.P. para el concurso real de delitos" (Soler, 1987, 361).[2]

A su vez, de manera menos tajante, Choclán Montalvo (1997, 175) sostiene la necesidad de que la unificación jurídica de las plurales realizaciones típicas sea ineludible para aprehender correctamente el injusto realizado y la culpabilidad. Sostiene que debe tratarse de razones vinculadas al tipo en cuestión y de especial relevancia, sin que sean suficientes las meras consideraciones de oportunidad ni las dificultades de prueba ubicadas en el ámbito fáctico.

Al respecto, dicho jurista señala que, por lo general, las disposiciones relativas al concurso real de delitos serán suficientes para abarcar el desvalor global de hechos similares que no se encuentren conjuntados por razón de la unidad natural de acción, y de la unidad típica de acción. Por lo tanto, la justificación material de la conexión de continuidad por razones referidas al tipo, a efectos de valorar correctamente el desvalor de conjunto, solo podrá constituir una rara excepción. Y ello no puede resolverse *a priori*, de forma global, sino mediante un examen particularizado de los tipos de la parte especial (Choclán Montalvo, 1997, 176, 186).

Por su parte, Bacigalupo (1999, 584 y 585) señala que quienes objetan político-criminalmente esta figura, lo hacen porque "dogmáticamente" se "unifican" una serie de hechos que cumplen con todos los presupuestos de hechos punibles individuales, que se deberían sancionar según las reglas del concurso real.

Idéntica crítica doctrinaria es reseñada por Roxin (2003, 1027), quien agrega que, de este modo, se arriba a un injusto trato privilegiado.

A su vez, las críticas hacia el instituto del delito continuado fueron la base a partir de la cual el Tribunal Supremo alemán en pleno, en una resolución dictada el 3 de mayo de 1994 (denominada por Roxin "la sentencia del siglo" - BGH, 40, 138-168) decidió restringir sobremanera su aplicación de manera excepcional ("en función de causas referidas al tipo"), lo cual ocasionó, en la práctica, su abandono por parte de la jurisprudencia alemana (la reseña es de Stratenwerth, 2000, 538).

Roxin agrega que, luego de la aludida "sentencia del siglo" de la Gran Sala (BGHSt 40, 138-168), la praxis ha echado mano del concurso real para resolver tales casos, sin que ello implique un aumento considerable de la pena. Es que la jurisprudencia parte de la base de que, para hechos de la misma especie, el incremento de la penalidad aplicable debe ser solo escaso si los actos concretos no están demasiado alejados unos de otros y están dentro de un mismo contexto situacional (algo similar opina Vera Barros, 2014, 221; y Pessoa, 2018, 342). Señala que, en caso de comisión de delitos que se repiten durante años ciertamente ello dará lugar a una pena superior a la que resultaría bajo la premisa de entenderlos como una comisión delictiva única. "Pero esto también es correcto y elimina una injusticia que con razón se había aducido como reproche contra la acción continuada". Por último, dicho jurista entiende que, "en vista de la grave inseguridad jurídica y de las numerosas discordancias e incoherencias que la anterior jurisprudencia trajo consigo, la decisión de la Gran Sala merece en principio una valoración positiva" (Roxin, 2003, 1029 a 1033).

[1] Cita como fuente de esta denominación a Ginanovich.

[2] Cabe preguntarse si el mentado jurista diría lo mismo frente al actual máximo legal de 50 años de prisión.

A mi juicio, el C.P. alemán no deja tanto margen de discrecionalidad para el juez ante un concurso real de delitos. Ello así, porque dicho cuerpo normativo impone límites relativos (la sumatoria de las penas individuales) y absolutos (15 años de prisión) a la escala penal respectiva. Pero sí existe un enorme margen de discrecionalidad ante un sistema punitivo como el argentino, el cual, frente a un concurso real, no establece límites relativos, y un límite absoluto acaso muy lejano (50 años de prisión – art. 55 C.P.). Entonces, más allá de que los jueces se moderen apelando a criterios de justicia material, no parece correcto dejar tanto margen de arbitrio en esta instancia de individualización de la pena concreta.

Es un instituto muy problemático, que no justifica las consecuencias que acarrea

Por su parte, Stratenwerth (1976, 357), luego de polemizar con cada uno de sus requisitos, señala que esta figura debería eliminarse completamente, pues ni siquiera permite justificar el efecto simplificador que con ella se persigue. Y, eventualmente las oscuridades que se podrían vincular con esta solución, se deberían resolver por el camino de la reforma de la ley.

En sentido similar, Jakobs (1991, 1098 y 1099) sostiene que el delito continuado no se puede reconocer como figura del derecho sustantivo, pues no existen argumentos razonables para tratar a los hechos conexos como unidad de acción, y a los no conexos como pluralidad de acciones. Además, se privilegia a los actos en serie, lo cual es incorrecto desde el derecho sustantivo, y no se respeta el derecho positivo. Además, el ahorro de esfuerzos por determinar la pena individual de cada hecho es escaso, si se toma en serio el requisito de dilucidar con exactitud cada acto individual.

En cuanto a que se trata de un instituto con requisitos problemáticos, equívocos, etc., se expide también Jescheck, 1988, 653.

Por su parte Roxin señala que el delito continuado carece de toda base legal (2003, 1027).

Más aún: incluso en países que regulan expresamente este instituto, la doctrina no encuentra asidero legal a sus requisitos. Así, p.e., en España, cuyo Código Penal lo regula en su art. 74, Bacigalupo (1999, 585) reconoce que la elaboración dogmática acerca de los requisitos del delito continuado "carece de todo apoyo en la ley", lo cual determina una gran inseguridad en su determinación. También destaca esta circunstancia Pessoa (2018, 324).

La opción por el factor típico con relación al "delito continuado"

Ahora sí, paso a brindar mi punto de vista dogmático sobre el delito continuado, a la luz del Derecho Penal argentino, a partir de la opción por el factor típico como criterio de conteo en materia concursal.

Para llevar a cabo el citado cometido, examinaré —en primer término— si el instituto en cuestión tiene alguna base legal en nuestro país. Luego postularé en qué consiste, cuáles deberían ser sus requisitos, y sus consecuencias punitivas, para —finalmente— abordar distintos grupos de casos, y brindar mis conclusiones.

¿Surge de nuestro derecho positivo?

Si bien se enseña que en Derecho Penal rige con especial intensidad el "principio de legalidad", lo cierto es que en lo que respecta a su Parte General, el legislador ha regulado muchas materias solo con rasgos vagos, lo cual deja —por ende— mucho espacio al dogmáti-

co para la interpretación del tenor literal posible del texto legal (Roxin, 1994, 148 y 225). Y uno de los paradigmáticos ejemplos que suelen esgrimirse con relación a nuestro Código Penal argentino es, justamente, lo referido al tema que nos convoca: el delito continuado (Lascano, 2002, 185). Es que apenas habría una insinuante mención expresa a dicho instituto en el art. 63. Surge claro entonces que los requisitos del delito continuado surgen de la interpretación dogmática (científica o judicial), la cual opera con mucha libertad[3], ya que la escueta letra de la ley nada aporta. Sin embargo, creo que el principal límite en cuanto al diseño del instituto en cuestión, consiste en respetar su finalidad. Más abajo se aborda este tema.

Ahora bien, antes de indagar sobre el "para qué" del delito continuado, parece necesario responder de qué se trata. En efecto, una vez que sabemos qué es algo, recién podremos descubrir su finalidad.

¿En qué consiste?

En primer lugar, afirmo que, al exigir nuestro Derecho Penal argentino la "independencia" de los hechos para estar ante un concurso real de delitos (art. 55), en Argentina el delito continuado no consiste en una de las formas de aparición de la reiteración delictiva, puesto que justamente se exigen requisitos opuestos a la citada independencia (más bien se alude a una conexión entre varios actos discontinuos). Por ello, no hace falta apelar a criterios de justicia para, recién desde esa perspectiva, negar un concurso real de delitos ante estos casos (como entiende la denominada doctrina de la ficción). Es que, directamente, no hay aquí reiteración delictiva. Entonces, ¿qué hay?

Al respecto, la adopción de un criterio normativo-típico de conteo de delitos no es inocua frente al examen de esta materia concursal. Siguiendo mi tesis, afirmo que el delito continuado consiste en otro posible supuesto de unidad delictiva, o sea, de "un hecho", en términos de nuestro Código Penal. Concretamente, sostengo que este criterio adicional de unidad delictiva resulta aplicable con relación a tipos penales que admiten una intensificación cuantitativa, mediante varios actos semejantes, del injusto allí descripto, sin multiplicarlo. Justamente esta herramienta dogmática se utiliza para captar adecuadamente dicho injusto ante estos casos (id. Pessoa, 2018, 325 y 326).

Por esta razón, sostengo que el delito continuado no se trata de una categoría concursal principal, que ocupa un lugar protagónico en esta área del Derecho Penal, junto a las restantes (esto es, el concurso de leyes, el concurso ideal y el concurso real). Consiste, simplemente, en un criterio ampliatorio del poder de enfoque típico, parecido al de "unidad de ejecución".

¿Qué requisitos debería tener?

La finalidad del instituto

Tal como lo acabo de anticipar, pienso que, al no estar regulado expresamente en nuestro derecho, para escoger sus requisitos, hay que tener en cuenta la finalidad político – criminal de este instituto concursal.[4]

[3] Todo ello, máxime teniendo en cuenta que la aplicación de este instituto, en general, no amplía la punibilidad (Roxin, 1994, 157).

[4] En cuanto a la necesidad de construir un sistema dogmático atento a los fines de la política criminal, ver, por todos, Roxin, 1970, 33.

En cuanto a esto último, a diferencia de la doctrina y jurisprudencia alemanas, en Argentina no se pretende obviar la determinación de la pena merecida por cada acto individual para calcular, luego, la pena total de un concurso real de delitos. Ello así, porque nuestro derecho no exige estas abundantes labores para establecer la pena de dicha clase de concurso.

Tampoco debería pretenderse, mediante el delito continuado, obviar las exigencias de prueba acerca de cada uno de los actos discontinuos (lo cual iría en desmedro del derecho de defensa). Si hay incertidumbre acerca de la existencia de algunos actos, o de la participación del acusado en ellos, no debería considerarse allí la existencia de un delito continuado. Deberían tenerse en cuenta únicamente los pocos actos probados.

En Argentina tampoco se pretende con este instituto, como sí sucede en el Derecho español, tratar con más rigor infracciones contravencionales numerosas (elevándolas a la categoría de delito).

La finalidad que acepto para el delito continuado consiste en limitar la escala penal a tener en cuenta frente a un aparente concurso real de delitos[5], cuando lo único que hay es una mera intensificación cuantitativa de un único injusto, por tratarse de varias unidades de ejecución parciales, englobables en una única ejecución total, en virtud de su unidad subjetiva. Por ello, propongo considerar solo aquellos requisitos que demuestran con seguridad dicho fenómeno, es decir, que, a pesar de existir varios actos discontinuos, existe la mera intensificación de un único injusto.[6]

Requisitos objetivos

Siguiendo la nomenclatura propuesta en mi tesis, cabe postular un criterio de unidad delictiva parecido al de la "unidad de ejecución".[7] Concretamente, a diferencia de aquel supuesto, en el delito continuado se pretende arribar a un resultado total, a partir de varias ejecuciones fáctica y jurídicamente homogéneas, completas, y discontinuas, pero parciales. Ya no se pretende dar comienzo a la ejecución siguiente a partir de la finalización de la anterior. No hay propiamente una sola ejecución, sino varias ejecuciones parciales, pero una única ejecución total. De este modo, se respeta el sentido de considerar aquí la existencia de "un hecho", a la luz de lo que impone el tipo penal (unidad de ejecución total de un tipo penal, o de tipos semejantes).

Insisto en lo anterior, con otros términos. Si fuéramos exigentes en nuestro examen de casos con varias conductas con unidad de ejecución, advertiríamos que cada una de

[5] Es que nuestro Derecho Penal argentino contempla un sistema de acumulación jurídica, con un límite absoluto altísimo (50 años de encierro), y ningún límite relativo (art. 55 C.P.).

[6] Similar, Sanz Morán, quien expresa que: "…el reconocimiento de los efectos propios del delito único en los supuestos del denominado delito continuado obliga a dar a este una configuración que lo aproxime a aquel (cita aquí a Mir Puig). Si nadie discute la unidad delictiva en los casos conocidos como 'unidad natural de acción' o, en terminología aquí defendida, 'unidad típica en sentido amplio', hipótesis en las cuales se da una auténtica ejecución fraccionada del delito, cabe extender los mismos efectos de la unidad delictiva a supuestos estructuralmente análogos, con una significación valorativa también unitaria, en los cuales la síntesis no sea tan clara. Quien, con el propósito de desvalijar una casa de campo desocupada temporalmente, realiza diversas sustracciones parciales a lo largo de una noche no aparece menos digno de desvaloración que el que lo hace en noches diversas, incluso con una cierta separación temporal. La unidad delictiva persistirá, pese a aparecer algo más difusa, en este último supuesto" (Sanz Moran, 1986, 137).

[7] Esto es, un criterio un poco más amplio que el de la "unidad típica de acción", o "unidad natural de acción", o "unidad de hecho en sentido amplio, por realización repetida o progresiva del tipo" (Mir Puig, 1996, 656), o "unidad jurídica de acción", según la nomenclatura de la doctrina alemana.

ellas cumple acabadamente con las exigencias de un tipo penal. Así, cada golpe de puño lesionador (en el caso del que hiere seriamente a su enemigo a raíz de una golpiza) constituye una ejecución acabada del tipo de lesiones. Sin embargo, todos aceptan que, según el sentido de aquel suceso humano fluyente, puede perfectamente entenderse que todas esas trompadas constituyeron un único hecho de lesiones. Pues bien: algo similar ocurre con el delito continuado.

A su vez, entre los diferentes actos discontinuos no resulta decisiva la existencia de una cierta vinculación espacial y temporal. Basta que exista cierta regularidad entre ellos, de manera tal que se pueda apreciar una mera intensificación cuantitativa de un único injusto.

Por otra parte, creo que la diferenciación entre bienes jurídicos lesionados, según sean personalísimos o no, tampoco resulta decisiva para negar o aceptar un delito continuado. El lector advertirá esto abajo, en mi examen de distintos grupos de casos.

Requisito subjetivo

Como se puede apreciar, la clave está en lo subjetivo: solo hay una intensificación cuantitativa de un único injusto si existe un dolo total, o dolo conjunto (pre-concepción de un resultado total a partir de varias ejecuciones acabadas, pero parciales), y no un dolo de continuación (esto es, el mero aprovecharse de la misma situación para llevar a cabo varios actos, indeterminadamente).

Lo anterior se debe a que la voluntad renovada ante idéntica ocasión (p.e., acceder carnalmente a la hija cada vez que no haya nadie en la casa) es eso: una voluntad renovada, lo cual impide considerar allí que se trató de "un único injusto". En cambio, aquellos casos en los cuales se planeó en detalle la realización de un resultado total, mediante la ejecución de varios actos parciales, pueden ser vistos, sin mayor esfuerzo, como una única ejecución total, con respecto al resultado típico completo, y –por ende- como "un hecho".[8]

Además, considero que la opción por el dolo total no resulta contraria a una perspectiva *de lege ferenda.* Ello así, porque no creo que ante un dolo conjunto habría más razones para castigar que ante un dolo de continuación. Es que, quien vuelve a repetir la misma conducta delictiva cada vez que se presenta idéntica ocasión, está demostrando, también, una importante energía criminal, que no cesa con un único acto, sino que motoriza otros obrares semejantes, apenas se presenta la ocasión buscada y prevista.

Más aún: no veo tan claro que varias ejecuciones completas parciales con dolo total sean más reprochables que un delito simple por unidad de ejecución, es decir, que el haberlo efectuado a todo de una sola vez. Así, p.e., el desvalijar la casa en una noche con un camión de mudanzas, o el envenenar de golpe a mi enemigo, en lugar de haber ejecutado cada una de esas conductas de a poco, demuestra mayor audacia criminal.

Tratamiento punitivo

Ahora bien, al tratarse de "un hecho", el delito continuado podrá tener todas las consecuencias punitivas previstas con relación a la unidad delictiva.

[8] En este sentido, Natalia Luna Jabase resaltó que el legislador ha contemplado la "habitualidad" como agravante en varios delitos (encubrimiento, lavado de activos, etc.), y no como una atenuante. Concretamente, al darse generalmente en estos casos de habitualidad delictiva un mero dolo de continuación, entiendo que ello consiste en un argumento más, *de lege lata,* para apoyar la mentada exigencia de un dolo total en el delito continuado, y no contentarse con un mero dolo de continuación, castigado más severamente en nuestra ley ante estos supuestos.

Concretamente, adelanto que ese único "hecho" puede llegar a ser tratado como un "delito simple", si concurre un solo tipo a enfocarlo: p.e., los ya conocidos 15 hurtos de perlas de un único collar quedarán subsumidos por el tipo del art. 162.

Sin embargo, ese único hecho puede consistir en un "concurso de leyes", de concurrir un tipo más perfecto o más grave y otro menos perfecto o menos grave a enfocar dicho suceso: p.e., ante el caso del empleado que comete un hurto hormiga, hasta que es aprehendido con las manos en la última cosa a sustraer (hurto consumado y tentado), o hasta que tiene que trepar a la terraza para alcanzar un objeto (hurto simple y con escalamiento). Ante estos casos, bastará con el tipo más perfecto (hurto consumado) o más grave (hurto con escalamiento) para aprehender dicho injusto total (En idéntico sentido, ver, por todos, Zaffaroni, 1999, 545; y Choclán Montalvo, 1997, 230). Es que, de concursarse realmente[9] lo más perfecto o más grave con lo menos perfecto o menos grave (en nuestros ejemplos, hurto simple consumado y hurto simple tentado, o hurto simple y hurto con escalamiento), se trataría más gravosamente esta secuencia (más perfecto —menos perfecto, o más grave— menos grave), que otra en la cual todos los actos sean perfectos o más graves (siguiendo nuestros ejemplos, todos hurtos consumados, o con escalamiento). Y ello resulta sencillamente absurdo.[10]

A su vez, el delito continuado podrá consistir en un concurso ideal de delitos, encuadrable en el art. 54 del Código Penal argentino, si cada uno de los actos semejantes cae en más de un tipo penal. Ello podría ocurrir, p.e., ante sucesivos robos de objetos de una casa de campo, durante varias noches durante una semana, y siempre mediante escalamiento y con la participación de menores de edad.

Finalmente, siguiendo a Jescheck (1988, 655), cabe también considerar al delito continuado un concurso ideal de delitos, si la figura más leve de las concurrentes fuera consumada, y la más grave, solo intentada. Ello ocurriría, p.e., ante varios hurtos simples consumados, que culminan en un hurto con escalamiento en grado de tentativa. Ante casos como el del ejemplo recién propuesto, me parece más ajustado a la singularidad de ese injusto aplicar ambas figuras, apelando a dicha clase de concurso, y no solo la más grave, en grado de consumación. Es que esto último (esto es, la consumación del delito más grave) no ocurrió.

Distintos grupos de casos

En virtud de todo lo anterior, el *grupo de casos más sencillo de delito continuado* estaría constituido por actos que claramente demuestran un dolo total. Así, podría ejemplificarse con injuriar a una persona durante una campaña periodística; lesionarla todos los días con un poco de veneno en su desayuno; o dañar un auto, todos los días un poco, hasta dejarlo inservible; hurtar 15 perlas de un collar, de a una, todos los días; o –finalmente- estafar a la misma persona. Todo ello, mediante varios actos homogéneos y discontinuos, planificados de antemano.

En el otro extremo, *casos claros de ausencia de delito continuado* (esto es, de un concurso real de delitos) serían aquellos en los cuales se ve claramente un mero dolo de continuación (es decir, una voluntad renovada ante la misma ocasión propicia), y no un dolo total. Aquí incluiría los casos de sucesivos malos tratos a la pareja o a los hijos, cada

[9] Ello implica sumar los máximos legales (art. 55 C.P.).

[10] El primero en haberme brindado estos argumentos, con relación a la dupla "más grave – menos grave", fue Guillermo Lucero Offredi, en una de sus sentencias (Cám. Crim. Correc. Cba., 5ta., "Machado", S. del 4/04/2014).

vez que se presenta la oportunidad; los accesos carnales a la hijastra apenas la madre se retira del hogar; las sustracciones a la patrona cada vez que ella se distrae o ausenta; o la colocación de pesas y medidas falsas cada vez que ingresa un cliente a comprar algo; o las complejas maniobras estafatorias con idéntica modalidad, incluso ante la misma víctima, con distintos cómplices, cada vez que se presenta la ocasión.[11] O el propuesto por Núñez, de la sustracción y restitución del caballo ajeno, o del caudal de un río, cada vez que se presenta la ocasión.

En relación a los *delitos sexuales no consentidos*, salvo los casos de unidad de ejecución (p.e., varios accesos carnales en idéntico contexto, mientras tengo a la víctima atada), aparte de ser muy raros los casos en los cuales hay un dolo total (planificación detalladas de varios actos parciales, de antemano[12]), comparto con aquellos que entienden que este bien jurídico no admite una mera intensificación cuantitativa de su lesión, haya o no resistencia de la víctima ante cada acto lesivo.[13]

Ahora bien, ante *delitos sexuales "en cierta manera consentidos"*[14] (p.e., una relación adulterina, o de estupro, durante un largo lapso), comparto la opinión mayoritaria consistente en que el sentido de dichos tipos penales consiste (o consistió, en el caso del adulterio, pues ahora es atípico) en describir –más bien- un estado de cosas, y no hechos puntuales. Habrá aquí, directamente, un hecho por "unidad de ejecución", y no un delito continuado.

Ahora bien, si, a pesar de existir varias ejecuciones completas parciales con un dolo total, o —incluso— un mero dolo de continuación, todo ello parte de *una única conducta*, al darse esa área de enfoque en común, existirá un concurso ideal de delitos, y no un delito continuado. Ello sucederá, p.e., ante el caso de quien lleva a cabo tocamientos a varias personas a partir de una única intimidación, o el de un panadero que coloca una sola vez pesas falsas para estafar a sus clientes. O si, a raíz de una única alteración del medidor de energía eléctrica, se logra estafar a la empresa proveedora de dicho servicio; o si, a raíz de una única programación de un aparato electrónico (*timer*), se logra la apertura y cierre periódico de una compuerta, para así alterar y volver a corregir el cauce de un río.

A su vez, frente al planteo que remarcara la injusticia de tratar más benévolamente los casos aludidos en el anterior párrafo, siendo que la elección de una única conducta pluri-lesionadora demuestra mayor refinamiento criminal, insistiría en que esto es un problema *de lege ferenda*, concerniente al trato que cabe darle al concurso ideal de delitos en comparación con el concurso real, pero que, *de lege lata*, el legislador ya zanjó esta discusión, optando por un trato más benévolo al primero, dando relevancia a dicho dato fáctico (o sea, el de la existencia de una única conducta). Además, si ello (una única conducta plurilesiva), se interpreta como demostrativo de mayor criminalidad, podrá ser tenido en cuenta como una circunstancia agravante al momento de individualizar la pena.

Por último, al exigir un dolo total, no acepto el delito continuado ante *delitos imprudentes*. Así, el enfermero que, a partir de una misma y repetida actitud imprudente al esterilizar las agujas, produce infecciones a los pacientes que visita durante un día, habrá cometido un concurso real de delitos.

---

[11] En el mismo sentido, Cám. Nac. Casac. Penal, Sala 2, "Estrada Egues", res. del 22/10/2019; Juzg. Control Cba. nº 7, "Agüero Conca", A. nº 249, 29/11/2019.

[12] En este mismo sentido, ver, Trib. Casac. Penal Bs.As., Sala 2, "G. A. F.", res. del 31/05/2012; Cám. Nac. Casac. Penal, Sala 2, "Langoni", res del 19/06/2017, voto de los Dres. Morín y Sarrabayrouse.

[13] Ello, a propósito del pionero fallo "Cantonatti" (TSJ Cba., Sala Penal, S. nº 30, 4/03/2009).

[14] Le agradezco a Mónica Traballini esta nomenclatura.

Conclusiones

A continuación, expongo mis conclusiones sobre el tema:

1) El delito continuado constituye, desde el punto de vista de nuestro Derecho Penal argentino, "un hecho". Concretamente, se trata, a mi juicio, de un criterio adicional sobre el poder de enfoque de ciertos tipos penales que admiten la intensificación cuantitativa del injusto allí descripto, de modo tal que pueda apreciarse en dichos casos "un hecho", y no varios hechos.

2) Por lo anterior, el criterio de unidad delictiva consistente en el delito continuado, no ocupa un lugar principal, semejante —y paralelo— a las categorías concursales centrales (esto es, el concurso de leyes, el concurso ideal y el concurso real), sino –más bien- un sitio secundario, semejante al del criterio de unidad delictiva por "unidad de ejecución".

3) A su vez, ese único hecho está compuesto por varios actos discontinuos, fáctica y jurídicamente semejantes, que constituyen ejecuciones completas, pero parciales, pues integran una única ejecución total. Y ello siempre que exista un dolo total al respecto.

4) Como todo único "hecho", el delito continuado podrá tratarse de un delito simple, un concurso de leyes, o un concurso ideal de delitos, según el caso.

Bibliografía consultada

ARCE AGGEO, M. A. *Concurso de delitos en materia penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2da. edición, 2007, págs. 235 a 253.

BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, Segunda Edición, 1999, págs. 584 a 588.

CARAMUTI, C. S., *Concurso de delitos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs.. 273 a 298.

CARRANZA TAGLE, H. A., *Introducción al concurso de delitos. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*, Bdef, Buenos Aires – Montevideo, 2011.

CASTIÑEIRA, M. T., *El delito continuado*, Bosch, Barcelona, 1977.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ESCUCHURRI, A., E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. edición corregida, traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, págs. 1072 a 1113.

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ta. edición, Traducida por José Luis Manzanares Samaniego, Edit. Comares, Granada, 1993, págs. 645 a 676.

LASCANO, C. J. (h.) —Director— Y OTROS, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2002, págs. 571 a 576.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. edición, Barcelona, 1996.

NÚÑEZ, R. C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, CÓRDOBA, 2da. edición, 1965, T. II, págs. 205 a 227.

PESSOA, N. R., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Estudio del "múltiple encuadre típico",* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, págs. 323 a 344.

ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

— *Derecho Penal. Parte General.* Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, traducción de la 1era. edición alemana y notas, por Diego Manuel Luzón Pena (Dir.) – José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo – Javier de Vicente Remesal, Tomson Reuters – Civitas, 2014, págs. 1025 a 1034.

SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política criminal*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986.

SOLER, S., *Derecho Penal argentino*, T.E.A., Buenos Aires, 5ta. edición, 1987, T. 2, págs. 354 a 361.

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General, I: El hecho Punible*, Trad. de la 2da. edic. alemana (1976) por Gladys Nancy Romero, Edit. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 1999, págs. 343 a 362.

— *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible,* 4ta. edición, 2000, traducida por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, págs. 537 a 539.

VERA BARROS, O. T., *Teoría del concurso de delitos. Unidad y pluralidad delictiva,* Lerner, Córdoba, 2014, págs.. 213 a 227.

ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1980, T. IV, págs. 539 a 553.

El uso policial de las armas de fuego[*]

The police use of firearms

Por: **ROBERTO V. VÁSQUEZ**[**]

RESUMEN: Se estudian tratados internacionales, normas nacionales y provinciales aplicables al uso de armas de fuego por parte de un funcionario policial en el cumplimiento de su cargo. El tema tiene en la particular dogmática de las causas de justificación el campo adecuado para su análisis. En ella el conjunto del ordenamiento jurídico aporta reglas dirimentes (llamadas "extrapenales"), que, a la par de introducir en distintos momentos históricos modos alternativos y actualizados de intervención, trasuntan paradigmas (v.gr.: liberal o Estado-céntrico) que no siempre se controlan con detalle en el proceso político de producción normativa ni se advierten en su interpretación.

PALABRAS CLAVES: Arma de fuego. Policía. Ejercicio legítimo de su cargo. Exceso. Normas extrapenales.

ABSTRACT: *International treaties and national and provincial laws -applied to the police use of gun by a police official in compliance with its charge- are studied. This topic has, in the particular dogmatics of the justification cause, the correct field for its analysis. In them, the legal system provides settling rules (called "extrapenal"), that apart from introducing in different historical moments, alternative and updated manners of interventions, copy paradigms (eg. Liberal or Central-State) that not always are controlled in details in the political process of normative production, and that are not noticed in its interpretation.*

KEYWORDS: *Firearms. Police. Legal exercise of its charge. Excess. Extrapenal rules.*

I. Introducción

La tragedia se disemina a lo largo y a lo ancho del universo penal. Con ella la necesidad de establecer parámetros de los comportamientos de los representantes del Estado que serán considerados válidos a fin de evitar o mitigar los efectos dañinos que el delito apareja para los bienes más preciados de la sociedad. En tales definiciones se objetivan concepciones deontológicas, distintas maneras de comprender lo social, intereses, y pujas de poder. La cuestión, desborda, es cierto, lo estrictamente penal. Pero a la vez revela las contradicciones latentes bajo cada valoración política-criminal[1] con las que se encuentra el dogmático en el análisis de la regulación del uso policial de armas de fuego en cumplimiento de un deber para proteger la vida, entre otros bienes, y su justificación cuando ello deriva en la afectación de los que resultan sacrificados en procura de aquél. No siendo específicamente una cuestión de número (una vida por otra), aunque en algunos casos se presenta, subyacen dilemas éticos asociados a situaciones extremas.

---

[*] Exposición del día 28 de Abril del 2020 vía "google meet" en el Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con pequeñas actualizaciones.

[**] Abogado (UNC). Profesor Adjunto de "Políticas y Sistemas de Seguridad Comparados" (Lic. de Seguridad, UNVM).

[1] ROXIN, I: 221, advierte los choques "explosivos" de tendencias.

Max Weber, considerado uno de los padres fundadores de la sociología "clásica", en la Parte I, Cap. I, parágrafo 17, ps. 43/4 de su "Economía y sociedad" (Weber 2002 [1922]), afirmó que "Por estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente". En la Parte II, Cap. I, parágrafo 1, p. 253, agregó que "Hoy la coacción jurídica violenta es un monopolio del Estado", y en la Parte II, Cap. IX, Sección IX, parágrafo 2, p. 1056: "El Estado se considera, pues, como fuente única del "derecho" de coacción".[2]

Precisamente, en dicho campo, debe examinarse al ejercicio legítimo de un cargo, inscripto para comprender las prácticas del sistema policial (de allí los bemoles), como expresión de la coacción administrativa directa y sin renunciar a principios constitucionales ni convencionales.

II. Estructuras jurídicas alternativas con relación al uso policial de armas de fuego

La regulación del uso de armas por parte de funcionarios policiales en los sistemas comparados permite identificar, aunque más no sea como esbozo de un estudio más profundo que excede el aquí abordado, los siguientes esquemas (modelos) normativos:

1) Código Penal con legítima defensa, exceso, estado de necesidad justificante y exculpante, complementado con normas extrapenales (Alemania, CP StGB parágrafos 32 a 35).

2) Código Penal con ejercicio de un derecho, cumplimiento del deber, estado de necesidad, exceso, y causa de justificación especial (Italia, uso legítimo del arma, (art. 53 y concordantes), inigualable expresión jurídica del fascismo).[3]

3) Código Penal con legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber, ejercicio legítimo del derecho, autoridad, cargo, exceso, complementado con normas extrapenales (Argentina, arts. 34 incs. 3, 4, 6 y 7, y 35; España, art. 20 inc. 4, 5 y 7).

---

[2] La doctrina destaca que traducirlo "es muy complicado". Enseña Recasens i Brunet que cuando habla de fuerza, el monopolio legítimo de la fuerza o el monopolio legítimo de la violencia son dos maneras de traducirlo al español, porque no hay en español una palabra exacta. En realidad, advierte, Max Weber habla de *herrschaft*, que no es fuerza ni violencia, *herrschaft* contiene la palabra "*herr"*, que en alemán significa señor, ese *herr*, ese señor, quiere decir señorío, no fuerza bruta, es el *empowerment* del que hablan los sajones, es el señorío de la fuerza, es la capacidad de dominio. Entonces, el Estado lo que tiene no es el monopolio de la fuerza bruta, lo que tiene es el monopolio del dominio de esa fuerza. El Estado será más o menos legítimo según use el dominio de esa fuerza. La fuerza en sí la van a utilizar los aparatos del Estado (RECASENS I BRUNET, 2009).

[3] El Art. 53, como lo advirtió el Dr. Aldo Riso, en la traducción realizada en la sesión del 28 de Agosto del 2019 de este Instituto, bajo el título "Uso legítimo de armas" dispone que: "Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non e' punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso overo ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi e' costretto dalla necessita' di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorita' e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza.

La legge determina gli altri casi, nei quali e' autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione física".

III. Determinación legal del tipo permisivo aplicable

El sistema legal asigna obligaciones tanto a particulares como a funcionarios o empleados públicos. Su cumplimiento, desde una perspectiva penal, puede constituir el núcleo de distintas causas de justificación, todas previstas en el inc. 4° del art. 34 del CP. En dicho marco, y entre múltiples hipótesis, cuando un policía, gendarme o prefecto usa armas de fuego, en el sistema jurídico argentino puede encuadrar en el último supuesto, es decir, en el "ejercicio legítimo" de "su" "cargo".

Queda justificado, en principio, quien realiza un tipo penal[4] al ejercer legítimamente su cargo. Por coherencia normativa cumplir un deber no puede ser antijurídico para el mismo sistema que lo impone, pero aquélla no indica la razón principal que lo explica. Hacerlo conduce a una lógica circular. Por el contrario, sí lo fundamenta la importancia que se le otorga a la tutela de bienes jurídicos mediante funciones encomendadas a quienes ejercen cargos públicos. Dicho sea de paso, son aquéllos y no éstos los destinatarios finales de la protección.

Al obrar no ejercen una facultad, ni siquiera cuando el despliegue es defensivo. Cumplen con su obligación, desempeñando un cargo y dadas ciertas circunstancias, si, entre otros recursos, disponen usar un arma de fuego y lo hacen conforme a Derecho.

En esta instancia, siendo todos elementos del tipo permisivo, resulta crucial realizar precisiones en cuanto a la fuente del deber, del cargo y de las normas que regulan el uso de armas de fuego:

1. La justificación que aquí se analiza reposa sobre un deber que tiene que cumplir el que ocupa un cargo. Dicha obligación nace de la ley en sentido amplio (Constitución y Tratados equiparados, ley propiamente dicha, y su decreto reglamentario, en todo caso, aplicables y vigentes en cada jurisdicción).

2. El cargo tiene fuente legal. La regla indica que no se trata de una circunstancia fáctica, v.gr.: por estar "a cargo" de una función. El deber nace del cargo creado por la ley, al cual se puede acceder por vía de disposiciones de variada jerarquía. Excepcionalmente el cargo puede ser establecido por una instrucción policial.

3. El modo autorizado de utilización policial de un arma de fuego, estrictamente vinculado con el deber a cumplir y con los derechos de terceros que pueden verse afectados, sólo puede estar regulado por la ley en sentido formal y material[5] (CADH, art. 30) (DE LA RÚA/TARDITTI, II: 112). Los edictos policiales no la suplen, por más que, en el mejor de los casos, resulten convalidados por una autoridad ministerial. Rige la interpretación restrictiva y no se admite la analogía (DE LA RÚA/TARDITTI, I: 559).

[4] carente de elementos normativos.

[5] v.gr.: los "reglamentos" a los que hace referencia el art. 22 de la LN N° 24059 de Seguridad Interior, cuando establece que en ellos deberán incorporarse las "recomendaciones del Código de Ética Profesional establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas", en lo que respecta a las policías provinciales y de la CABA, deben ser entendidos en tales términos, es decir, hace falta una ley emitida por la autoridad competente de la jurisdicción. En el orden nacional, no obstante la técnica legislativa ambigua utilizada, la interpretación correcta conduce a sostener que no resulta necesario, a los fines de su vigencia, que los cuerpos policiales federales y fuerzas de seguridad nacional que integran el sistema de seguridad interior vuelvan a incorporarlo por vía de una reglamentación, puesto que ya está dispuesto por el propio legislador.

Así las cosas, el tipo permisivo bajo análisis contiene la siguiente descripción conceptual: "no es punible el funcionario policial o miembro de una fuerza de seguridad nacional[6] que realiza un tipo penal en cumplimiento de una obligación que emerge del cargo específicamente policial que ocupa mediante el uso jurídicamente autorizado de armas de fuego".

IV. Sobre el sujeto activo

El sujeto activo del tipo permisivo se caracteriza por ser un funcionario público (CP, art. 77), argentino civil armado en actividad que integra una policía o fuerza de seguridad nacional.[7]

Admite cualquier sexo. Capaz de comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones, será mayor de 18 años[8] y, según el escalafón y grado, a partir de determinada edad (desde los 48 años para los suboficiales subalternos, hasta los 58 en caso de oficiales superiores) puede disponerse su retiro obligatorio[9], con lo que la franja etaria tiene aquí un probable y frecuente techo.

V. Sobre el cargo y la función policial

El sujeto activo, agrupado en un escalafón, con grado y nivel determinado, integra la Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, la Policía de Seguridad Aeroportuaria, las policías provinciales (Córdoba tiene dos), comunales (Buenos Aires) y de la Ciudad (CABA). Sistemas sociales complejos (Recasens i Brunet 2007) ver-

[6] Aunque el tipo abierto del art. 34 inc. 4 alude a cualquier persona, "el que", en apariencia un elemento "objetivo", producto del análisis dogmático y las exigencias del principio de determinación, a los fines que aquí convocan resulta "normativo".

[7] Las estructuras de las que forman parte son administrativas sometidas a directrices estratégicas del Poder Ejecutivo provincial (en Córdoba., en virtud de lo establecido por la Constitución, art. 144 incs. 16° y 1°), nacional, de la CABA o municipal, según el caso. En la jurisdicción mediterránea, por ejemplo, la Policía de la Provincia, regulada por su Carta Magna, la Constitución Nacional, los Tratados incorporados con similar jerarquía, y las leyes Nº 9235, 9728, 10.067, 10.327, 10.437, 10.731 y 10.732, con sus decretos reglamentarios. La Fuerza Policial Antinarcóticos, sometida a las mismas reglas supralegales, en cambio, depende funcionalmente del Fiscal General de la Provincia (Leyes Nº 10.200 y 10.227), y, como se verá más adelante, tiene sus propias pautas sobre el uso racional de la fuerza. En el nivel nacional, en relación a la Policía Federal, las respectivas normas de jerarquía superior, LN N° 24059, art. 8, el dec.-ley 333/1958 y la llamada LN Nº 21.965/1979 (convalidados por la LN "ómnibus" 14.467), sus modificatorias, y decreto reglamentario. La Gendarmería Nacional, por la LN N° 24059, art. 8, la llamada LN Nº19.349 del año 1972, sus modificatorias y demás normas complementarias. La Prefectura Naval Argentina, por la LN N° 24059, art. 8, la llamada LN 18.398 del año 1969, sus modificatorias y demás normas complementarias. La de Seguridad Aeroportuaria, por la LN N° 24059, art. 8, la LN N° 26.102 y decretos del PEN 785/2008 y 836/2008. La CABA tiene, por debajo de las normas de jerarquía superior, a la ley N° 5688 (del año 2016) que estructura la Policía de la Ciudad y fija el estatuto de todo su personal. En Buenos Aires, las respectivas normas de jerarquía superior, las leyes 12.154, 13.482, 13.201, 13.982, sus modificatorias y decretos reglamentarios, el dec. 373/2014 y sus derivados, y el decreto 141/2020. Los mismos efectivos son a la vez también considerados oficiales y auxiliares de la policía judicial, cuando de conformidad a los CPPs practican actos en función judicial. Los integrantes de la policía judicial en sentido estricto que tienen la obligación de portar armas también deben ser considerados en este universo. La Ley N° 8765 orgánica de la Policía Judicial de Córdoba no se expresa sobre la cuestión. La Ley Nº 15.005, art. 2 último párrafo, de la Policía Judicial de la Provincia de Buenos Aires, establece que ".. no portará armas de fuego". En Catamarca, según régimen de la Ley Nº 4.962, modificada por la Nº 5042, se dispone que: "…Los demás aspectos inherentes al régimen policial vigente se conservarán en la medida que sean compatibles con las funciones que desempeñen en la Policía Judicial…".

[8] En Córdoba, Ley 9278, art. 30 y su reglamentación según decreto N° 763/12.

[9] En Córdoba, Ley 9278, art. 113 inc. k).

tebrados formalmente en estructuras orgánicas, y excepcionalmente en órdenes de servicio, que, mediante distintos cargos asignados por autoridad competente y resoluciones de diversa jerarquía, desenvuelven funciones de dirección[10], conducción, supervisión y estrictamente operativas en las materias constitutivas del deber: seguridad, investigaciones, comunicaciones y análisis para la prevención del delito. Otra composición —en principio ajena al fin político-criminal del permiso— exhiben los roles asociados a la academia, a cuestiones disciplinarias, a los bomberos, al área de personal, al área de logística, a ceremonial, a prensa, al cuerpo de músicos, a las tareas burocráticas propiamente dichas, etc.

Se entenderá por "cargo" la posición que ocupa el agente en la estructura orgánica o en virtud de instrucciones emanadas de autoridad competente, en razón de la función y grado (v.gr: así lo estipula el art. 29 del decreto 3326/04 reglamentario de la ley N° 13.201 de personal policial de la Provincia de Buenos Aires). Cada cargo, grado y nivel tendrá definido su función, a partir de la cual queda establecida la capacidad de actuar en el caso concreto.

Sólo tendrá relevancia justificadora la situación de revista del sujeto activo cuyas competencias aludan a la actuación profesional específica de la institución que representa.[11]

La justificación le llega, incluso respecto del resultado "muerte", si obra en el legítimo ejercicio de su "cargo". No reúne la exigencia de este elemento normativo el llamado "estado policial", la situación de quien se encuentra "retirado", ni si en el momento de actuar está de "licencia". Se debate el supuesto de "franco de servicio".[12]

En el momento del hecho el policía, gendarme o prefecto debe estar en actividad y cubriendo un cargo determinado, cuyo sustrato normativo es el que con carácter previo regula lo que deben hacer y soportar en dicho marco. Están obligados a hacer todo lo necesario para salvaguardar, v.g., la vida, sin afectarla ni poniéndola bajo un riesgo mayor (bajo la excusa de su protección, y sea quien sea su titular) en virtud de dicha acción, y mantener en la gesta, incluso en contra de las coerciones que le impone su estructura de personalidad y del sentido de sus representaciones, discursos y relaciones sociales, un equilibrio estrictamente profesional, que no se le puede exigir a cualquier particular.[13]

Son precisamente las funciones centrales de las policías de seguridad, de investigaciones en función judicial, de comunicaciones, y de análisis para la prevención del delito, las tenidas en cuenta por la legislación y la jurisprudencia[14], cuando las clasifican en:

---

[10] El CP recepta la categoría. Así el art. 227 bis, a los miembros de las policías o de organismos de seguridad en grados de "jefes" o "equivalentes", impone la pena del art. 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes..

[11] Que la doctrina denomina competencia material y territorial (DE LA RÚA/TARDITTI, II:112).

[12] En este supuesto la competencia territorial queda prácticamente neutralizada, y en consecuencia las reglas aplicables pueden entrar en pugna en la medida que las del lugar del hecho no sustentan el deber, y no siempre prescriben similares acciones. V.gr.: Chocobar, policía comunal de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, actuó franco de servicio en jurisdicción de la CABA. Cfse. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, C., L. O. s/ procesamiento y embargo • 16/02/2018, Cita Online: AR/JUR/15/2018.

[13] Fuera de tales hipótesis, el mismo sujeto, como el que actúa "pro magistratu", podrá quedar comprendido, bajo sus respectivas condiciones, en otros tipos permisivos (Vásquez 2018).

[14] Las ideas fuerza se encuentran expuestas en TSJ de Cba, Sala Penal, caso "Figueroa", Sent. N° 102, del 30/4/2008. En el marco de otro análisis, fueron receptada también en Godoy, TSJ de Cba, Sala Penal, Sent. N° 460, del 17/9/2019. La interpretación que procura determinar la responsabilidad del Estado frente a la

1) preventivas[15]: Surge de la doctrina del caso "Figueroa", ob. cit., que, en base al art. 22 de la LP N° 9235, se trata de una función general, que implican un amplísimo abanico cuyo elenco no es taxativo. Tal amplitud contiene "componentes discrecionales en la determinación de las medidas de prevención que operativizan la misión que le asigna la ley: "el mantenimiento del orden y la tranquilidad pública en todo el territorio de Provincia (9235, art. 1)". La ley al individualizar algunas medidas para realizar el interés público no agota todas las medidas operativas, y en la determinación de ellas hay "porciones de discrecionalidad", no obstante lo cual el Poder Ejecutivo formula y dirige las políticas "dentro de un marco de juridicidad". El Ministerio del área formula planes de prevención, y la Policía, con funciones descentralizadas (9235, art. 25), tiene una serie de objetivos para operativizarlas. Las medidas operativas de las funciones preventivas tienen un contenido discrecional significativo, ya que el propio orden jurídico le confiere al funcionario que "mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido" pueda tomar subjetivamente una alternativa entre otras válidas (con cita de Sesin, Domingo, Administración Pública, Actividad reglada, discrecional y técnica, Lexis Nexis Depalma, 2004). En un Estado de Derecho tales componentes discrecionales y las medidas que operativizan las funciones preventivas no pueden carecer de límites. La propia LP N° 9235 (art. 23) establece que la Policía deberá observar los derechos humanos. También las limitan los principios constitucionales de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad. Tampoco pueden franquear los límites que tienen las funciones de seguridad e inclusive la Policía Judicial. Las medidas operativas preventivas tampoco equivalen a tales funciones, porque su ámbito no es el de la investigación criminal sino el ámbito previo de la prevención de indeterminados delitos y contravenciones.[16]

2) de seguridad disuasivas[17] (conjuración temprana de delitos y contravenciones): a las que la doctrina del caso "Figueroa" no desmenuza.

3) de policía judicial: las funciones se encuentran regladas con mayor exhaustividad.

Como resultado del análisis precedente el TSJ concluye que:
a) el "patrullaje y control" de un ciudadano es una medida preventiva;

---

actuación indebida (dolosa, abusiva o excesiva) de sus subordinados no siempre coincide –ni tiene porqué hacerlo- con el vinculado al cumplimiento del deber en el ejercicio legítimo del cargo, que aquí interesa. A los fines de la justificación penal el deber deriva del cargo que tiene asignado una función, premisa que no es aceptada a los fines de evaluar si el Estado es responsable por el hecho de sus subordinados en el marco del 1113 del CC y 1765 del nuevo CCyC. En el marco de estos últimos la función se "ensancha", según la expresión utilizada en "Godoy", v.gr.: cuando se limpia el arma, y con ello el Estado se hace responsable de lo actuado por su subordinado aunque su conducta no encuadre en el inc. 4 del art. 34 del CP. A los fines de la justificación la función también se expande, pero no tanto como en aquél marco: de admitirse, ocurre v.gr.: cuando el orden jurídico extiende el deber sobre quien se encuentra franco de servicio; pero es evidente que deja fuera los casos de abuso y de exceso.

[15] La LP N° 9235 sólo las menciona. La LN N° 26102 de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, art. 13, entiende por "1. Prevención, a las acciones tendientes a impedir, evitar, obstaculizar o limitar los delitos y las infracciones en el ámbito aeroportuario".

[16] Cfse. doctrina del caso "Figueroa", ob. cit.

[17] La LP N° 9235 sólo la menciona. La LN N° 26061, art. 13, entiende por: "2. Conjuración, a las acciones tendientes a neutralizar o contrarrestar en forma inmediata los delitos y las infracciones en el ámbito aeroportuario en ejecución, hacerlos cesar y evitar consecuencias ulteriores que vulneren dicha seguridad".

b) al "constatar" la policía que aquél llevaba un arma de fuego y encontrarse frente a un delito en flagrancia actúa en función de seguridad disuasiva;

c) Luego actúa como policía judicial: cuando lo aprehende, le secuestra el arma y lo traslada a la Unidad Judicial.

Aplicando tales conceptos al examen aquí emprendido, y en búsqueda de la necesaria compatibilidad entre todos los administrados, se puede concluir que el uso policial de armas por parte de los funcionarios que cubren cargos en las policías de seguridad, de investigaciones en función judicial, de comunicaciones, y de análisis para la prevención del delito, puede desplegarse[18]:

a) en función preventiva, con la mera portación (v.gr.: integrada al patrullaje);

b) en función de seguridad disuasoria, mediante disparos de armas de fuego en un enfrentamiento producido en el marco de una ejecución delictiva violenta.

c) en función judicial, cuando resulta necesaria para asegurar la concreción de un acto procesal.

VI. Sobre el ejercicio legítimo de su cargo

No basta con ostentar el cargo ni cumplir la obligación dentro de las funciones asignadas, ya que el tipo permisivo contiene (con el formato de elemento normativo) una exigencia extra: la realización del tipo debe haberse producido como consecuencia del ejercicio "legítimo" de aquél, esto es, sin abuso ni exceso (NÚÑEZ:I:403) ni arbitrariedad.[19]

El esquema normativo que establece lo debido no prescribe siempre una conducta que se ensambla con un tipo penal. En muchos supuestos establece el modo de actuación profesional, que puede (o no) derivar en un resultado típico. No expresa que el funcionario deba producir la muerte, sino que en determinadas circunstancias lo obliga a usar un arma de fuego —respetando ciertos parámetros— que puede ocasionarla. En otros términos: le indica que el arma es el último recurso, y que podrá acudir a ella sólo para reducir un riesgo para la vida (no para sacrificarla). La intervención destinada a tutelarla debe ser gradual y puede dirigirse a las cosas (se traba electrónicamente (por control remoto) la puerta de salida de la casa donde se produce el robo), a la ejecución del hecho (en una toma de rehenes, las víctimas son rescatadas del sótano donde se encontraban aisladas) o al comportamiento del autor (se filtra un gas que lo duerme).

El ejercicio del cargo es legítimo cuando el funcionario cumple con los criterios mínimos de actuación con un arma de fuego, que, reglamentarios de principios constitucionales y convencionales, han sido fijados jurídicamente. La fórmula extra penal define que aquél debe "defender la vida" mediante un "procedimiento policial conveniente", y

[18] La clasificación de las funciones de un sistema de seguridad, y entre ellas las de uno de sus actores (el policial) exige un análisis que excede al que puede darse en estas páginas. Parte del problema es concordar sobre el concepto de "prevención" del delito, de ser ésta una categoría actual y no sólo herencia de enfoques atados a conceptos propios del mundo de la naturaleza, y ajenos al mundo de lo social, escenario, éste, en el que, de corresponder, debe ser validado. También se debe señalar que la tipología criminológica que distingue la prevención en primaria, secundaria y terciaria, de la que pareciera derivar el esquema teórico de las leyes que hacen referencia a ella, hoy carece de sustento científico. De allí la penumbra que desliza sobre la caracterización de la función que se despliega cuando el policía dispara un arma de fuego. ¿Es preventiva, como dice la ONU, al incluir "la prevención situacional" en su clasificación de cuatro dimensiones) (ONU 2007)? ¿Es disuasoria? ¿O es reactiva, por tratarse del extremo del uso de la fuerza directa con riesgo letal?

[19] Con relación a la vida, en palabras de los Pactos, nadie puede privarla "arbitrariamente".

que debe "portar armas de fuego" (Córdoba, Policía de la Provincia, con anterioridad a la reforma producida por las leyes Nº 10.731 y 10.732 del año 2020), para citar un ejemplo. O bien, para mencionar otro, impone la obligación de actuar pero en cuanto al modo de hacerlo combina autorizaciones (para incapacitar), condiciones (único medio para repeler) y prohibiciones (peligro para la vida de terceros) (CABA, Ley Nº 5688 Orgánica de la "Policía de la Ciudad", art. 98).

No basta con actuar. Tampoco la concurrencia o no de aquellas pautas en el momento del hecho pueden quedar flameando a expensas de circunstanciales criterios del funcionario actuante, que nunca pierde su margen de acción. Rige el criterio objetivo-subjetivo.

Se trata de una acción sometida, conjuntamente con las que padece todo individuo, a una coerción especial. El funcionario policial, que tiene conocimiento de la causa que lo obliga a actuar con fines disuasorios o reactivos, ejerce legítimamente su cargo si, en el despliegue corporo-instrumental de lo posible (desde su perspectiva y dados cierto estado de cosas e interacciones) ejecuta maniobras compatibles con los parámetros legales "extra penales" vigentes en cada momento histórico y distrito que reglamentan la prohibición de privar arbitrariamente la vida. En definitiva, la legitimidad se extrae de dicha confrontación.

Queda fuera de la justificación, y responde penalmente por el exceso, en el marco del tipo culposo realizado, el sujeto activo que, cumpliendo con un deber propio del cargo que ocupa, dadas las circunstancias extremas en las que debe hacerlo, evalúa inadecuadamente los presupuestos fácticos (v.gr.: supuso que el movimiento de las manos se relacionaba con un arma (y no el celular) a disposición del supuesto ladrón; al gatillar en el medio de un enfrentamiento no detectó la familia que transitaba por el lugar) que establecen los parámetros jurídicos para actuar con legitimidad, y en consecuencia los sobrepasa y rebasa (CP, art. 35).

El defecto, que el intérprete clásico atribuye, sin más, a la subjetividad de quien actúa en situación crítica cumpliendo un deber legal, tiene que sustentarse en algo distinto a aquélla, es decir, en objetividades traducidas en el hecho (en el primer caso, el ademán se caracterizó por dirigirse hacia un bolsillo; en el segundo, al ocurrir en una esquina, no pudo anticipar la aparición sorpresiva de la víctima por una de las avenidas). Emergen indicadores que motivan la menor pena, por violar la prohibición de incrementar el riesgo para terceros (CABA, Ley N° 5688 de la Policía de la Ciudad, art. 98 cuarto párrafo), en el caso del uniformado que, desde un puesto fijo ubicado en los andenes, frente al atraco armado en el subte "A" cargado de pasajeros, en procura de "evitar" riesgo para sus vidas, interviene con disparos de armas de fuego que terminaron causando la muerte de varios. Se trata de un supuesto en el que el sujeto activo creyó actuar para reducir un riesgo inminente y grave, pero terminó dándole mayor extensión y lo concretó en resultado lesivo. No se admiten como soporte las concepciones personales (v.gr.: cree que a los delincuentes hay que matarlos) ni la ausencia de formación y capacitación (v.gr.: en la escuela de cadetes así como en el resto de la carrera no ha sido instruido sobre cómo debe actuar con el arma de fuego que el Estado le ha entregado), ni los desequilibrios psiquiátricos o psicológicos revelados en la ocasión, ni las perturbaciones producidas por tóxicos.

No queda justificado pero tampoco encuadra en la atenuación, en razón de la inexistencia de elementos a los que pueda atribuirse un error de juicio, el caso del oficial que, v.gr.: en hora pico de la peatonal de calle Florida (CABA), dirige varios disparos en

dirección de la cabeza del aprehendido por no haber acreditado su identidad, que pretende fugarse del lugar sin exteriorizar violencia alguna.

VII. El uso policial de armas de fuego en Córdoba

A. Perspectiva constitucional y convencional

Las normas extrapenales sobre la legitimidad del ejercicio de un cargo aluden al bien más preciado de la sociedad (la vida) y así deviene pertinente la procedencia de un control de convencionalidad de su arquitectura jurídica.

Resulta crucial, en consecuencia, partir en este análisis de lo expresamente estipulado por la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), art. 4.1 in fine, en función del art. 1.1., y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), art. 6.1 in fine, que prescriben: "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sin dejar de recordar que los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos, de modo que las garantías que tutelan la vida sean verdaderamente prácticas y eficaces[20], tiene establecidas destacadas directrices. Se destacan los casos "Caracazo Vs. Venezuela", Sentencia de 29 de agosto de 2002, Consid. 127, "Baldeón García Vs. Perú", Sentencia del 6 de Abril de 2006, Consid. 83 y 86, "Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela", Sentencia de 5 de julio de 2006, Consid. 65 a 69, "Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador", Sentencia del 4 de julio de 2007, Consid. 85 a 88, complementados por "Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana", Sentencia de 24 de octubre de 2012, Consid. 85, "Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela", Sentencia de 27 de agosto de 2014, Consid. 126 y 134, "Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador", Sentencia del 29 de Noviembre de 2016, Consid. 130 y 136, entre otros.

Así es que se construyó el siguiente bloque jurisprudencial:

El Estado tiene una obligación positiva, consistente en garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones al derecho a la vida; y otra negativa, el deber de prevenir e impedir que sus agentes atenten contra él mediante ejecuciones arbitrarias, para lo cual debe:

1. adecuar su legislación nacional;

2. establecer pautas suficientemente claras al momento de demarcar las políticas internas relativas a la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales (policías, penitenciarios, militares);

3. buscar estrategias para implementar los Principios Básicos sobre empleo de la fuerza y armas de fuego para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley[21] y Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley[22];

---

[20] Cfse. CIDH, Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Consid. 37.

[21] Cuyo punto 9 establece: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida" (Principios Básicos 1991).

[22] Cuyo artículo 3 establece: **"**Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas". En términos de interpretación auténtica, va acompañado del siguiente comentario**: "**a) En esta disposición se subraya que

4. vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción;

5. realizar capacitaciones a sus agentes con la finalidad de que conozcan las disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego, sobre los límites a los que deben estar sometidos en toda circunstancia, y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo.

En "Caracazo…" Consid. 127, con cita del caso "Durand y Ugarte", Sentencia de 28 de mayo de 1999, expresó que:

"No se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida"[23]. Para luego agregar que el Estado debe garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera "racional y proporcionada".

En "Landaeta Mejías…" Consid. 134, expresó:

"En caso de que resultare imperioso el uso de la fuerza, ésta debe realizarse en armonía con los principios de la finalidad legítima, absoluta necesidad y proporcionalidad"[24].

Ahora bien, en cuanto a los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado, en "Montero Aranguren…"[25], define que:

"67. El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la

---

el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención del delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites. b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr. c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso que se dispare un arma de fuego, deberá informase inmediatamente a las autoridades competentes".

[23] También dijo que "Debe, asimismo, el Estado, ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos".

[24] Específicamente, sobre la proporcionalidad dijo: "el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido, lo cual implica un equilibrio entre la situación a la que se enfrenta el funcionario y su respuesta, considerando el daño potencial que podría ser ocasionado. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y, con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda".

[25] Con cita del caso "Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II. Medidas Provisionales", Sentencia del 30 de marzo de 2006, Consid. 15, e "Internado Judicial de Monagas (La Pica)", Sentencia del 9 de febrero de 2006, Consid. 17.

fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.

68. En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el "absolutamente necesario" en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria".

En cuanto a las pautas sobre el uso de armas de fuego, en "Montero…", Consid. 75, haciendo suyo el art. 11 de los "Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", expresó, en cuanto aquí interesa, que las normas deben:

a) especificar las circunstancias que los funcionarios encargados de aplicar la ley estarían autorizados a portar armas de fuego, incluyendo tipos y municiones autorizados;

b) asegurar que se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios;

c) prohibir el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado;

e) señalar los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego.

Pero es en "Zambrano…" donde se dijo:

"85. "La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. ….En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primera".

Se tiene por válido que la dogmática no crea principios ni los puede encontrar fuera de la constelación normativa nacional o provincial[26]; según el caso, los deduce del sistema jurídico vigente. En tal compleja tarea, el intérprete tiene en la prohibición convencional de suprimir la vida con arbitrariedad, dada su jerarquía, una pauta fundamental que enhebrar en el régimen concerniente al uso de armas del personal policial cordobés.

La CIDH, como se ha visto, formula que tales principios en lo sustancial son:

1) finalidad legítima,

2) racionalidad y proporcionalidad,

2) excepcionalidad, y

3) absoluta necesidad.

B. Las normas extrapenales del orden nacional

El art. 22 de la LN de Seguridad Interior N° 24059 del año 1991 establece que los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad que integran el sistema "deberán incorporar a sus reglamentos las recomendaciones del Código de Ética Profesional establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas".

[26] Tiene un sentido creativo la suposición, por más certera que fuere, de que tal o cual principio es ínsito al "Estado de Derecho", sin apego a las normas vigentes que habilitan tal pensamiento. Acudir a recomendaciones o esquemas ajenos al derecho interno, sin articularlos con una regla legal, sólo vale de "lege ferenda".

En Córdoba, como en las demás Provincias y en la CABA (que ya lo ha hecho), tales recomendaciones deben ser incorporadas por ley.

C. Las normas extrapenales del orden provincial[27]

El Sistema de Seguridad Pública y Ciudadana, y las Policías que lo integran, tienen objetivos, finalidades, misiones y funciones esenciales. Destacan la de preservar la integridad y derechos de las personas, la libertad, el orden y la paz pública en el marco del Estado de derecho, promover la convivencia de la ciudadanía, asegurar la participación ciudadana, la prevención de las contravenciones, la disuasión, prevención, conjuración temprana, e investigación del delito.

Tales incumbencias estructurales se proyectan de diversos modos a las funciones que tiene el policía en actividad que en dicho marco cubre un cargo. No obstante ello, se debe advertir que la derivación no satisface el principio de determinación a los fines de la imposición de una obligación a un funcionario, por más que se admita la dificultad para individualizar las actividades que implican. Es decir, aquél tiene un universo menor de obligaciones legales determinadas y concretas que el que tiene asignado el sistema al que representa.

En cuanto a lo que aquí interesa, respecto de la Policía de la Provincia de Córdoba[28], son:

I. Debe defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, libertad y propiedad, adoptando en cualquier lugar y momento "el procedimiento policial conveniente" para prevenir o interrumpir la ejecución de un delito o contravención (Ley N° 9728, art. 15 inc. d). Esta regla es correctamente reglamentada cuando el inciso d) del art. 15, según decreto 763/12, expresa que **"**El personal policial está facultado para emplear la fuerza en la medida de lo necesario como último arbitrio para imponer su autoridad en los procedimientos o intervenciones lícitas, resistidos violentamente por los delincuentes o infractores". Sin embargo, no por ello el enunciado "procedimiento policial conveniente" deja de ser un elemento normativo abierto cuyo estudio histórico muestra el apego del sistema legal cordobés a modelos tradicionales, que entienden que la cuestión no debe ser regulada y que por tal consideran al que discrecionalmente pone en práctica caso por caso el funcionario actuante. Asimismo, luce evidente que la genérica regla no fija las pautas que habilitan el uso policial de un arma de fuego. En efecto, elude establecer guías "claras y precisas" en lo concerniente a las condiciones que deben concretarse para habilitar el disparo de las mismas, así como la dirección y finalidad preferente que debe tener, las excepciones que deben respetarse (especialmente relacionadas a las características personales del destinatario), y las precauciones que se deben adoptar para evitar daños a terceros. Tampoco alude a los avisos de advertencia que deben darse antes de aplicar la coacción directa.

[27] Con posterioridad a la presentación que da sustento a este trabajo, la Legislatura de Córdoba el 23/12/20 sancionó las leyes Nº 10.731 y 10.732, modificando algunas de las pautas normativas criticadas en el texto. Previamente, pero como consecuencia del caso "Blas Correa", el Ministerio de Seguridad con fecha 30/10/20 (Boletín Oficial, Res. Nº 389) dispuso el "Protocolo de actuación policial para el uso legal y racional de la fuerza de la Provincia de Córdoba". El nuevo esquema será estudiado próximamente.

[28] Quedan excluidas de este análisis las obligaciones de los integrantes de la Fuerza Policial Antinarcóticos (Leyes Nº 10.200 y 10.227, arts. 3 incs. 2 b) c) g) h) y j), 6 inc. n) y 7 inc. c)).

II. Debe portar arma de fuego conforme a las disposiciones vigentes en la materia y la reglamentación que –en consecuencia- se establezca (Ley N° 9728, arts. 15 inc. e) y 33), por regla, "sin cartucho en la recámara" (reglamentación según decreto N° 763/12 del art. 33 de la Ley N° 9728), que, según la ley nacional N° 20.429, generalmente será "corta" de "guerra". En los "actos de servicio", cuando se vista de uniforme operativo o de servicio, "ostensiblemente" "en la cintura dentro de la pistolera reglamentaria". Cuando se vista de civil la portará "en la cintura con funda interna o pistolera adecuada a tal efecto" "adherida al cuerpo y de manera tal que pase desapercibida a la vista del público, pero al mismo tiempo manteniendo un contacto directo con ella, a fin de una rápida utilización y resguardo". Nunca podrá transportarla en bolsos, carteras, mochilas. El arma "larga" se portará sin excepción sin cartuchos en recámara y respetando siempre las medidas de seguridad correspondientes en cuanto a su traslado en unidades móviles, servicios de infantes, custodias. Los "Grupos o Unidades Especiales" estarán además sujetos a disposiciones particulares. La elección del armamento para hacer frente a situaciones extremas deberá adecuarse a las circunstancias del caso, tipo de acción que se deba repeler, teniendo en cuenta la disponibilidad que se tiene (todo ello en base a la reglamentación, según decreto N° 763/12, del art. 33 de la Ley N° 9728).

Sendas obligaciones policiales no implican que siempre deba usar la fuerza (sólo "en la medida de lo necesario como último arbitrio", según la reglamentación del art. 15 establecida por decreto N° 763/12), ni que la defensa impuesta ineludiblemente deba concretarse mediante el uso de un arma de fuego.

En conclusión, al policía de la Provincia de Córdoba[29] legalmente se le exige que:

1. Porte[30] armas de fuego, esto es que la lleve consigo cargada lista para usar. Su reglamentación no puede avanzar sobre los supuestos de "uso" que vayan más allá del que aquélla representa (CN, art. 28; Constitución de Córdoba, art. 144 inc. 2 in fine).

Vale aquí aclarar que es inconstitucional la reglamentación cuando el Poder Ejecutivo dispone "El personal policial usará el arma en legítima defensa de su vida y derechos y de terceros" (art. 15, inc. E, según decreto 763/12) y cuando prescribe que lo puede hacer

[29] Excluido el que pertenecen a la FPA, que paralelamente en el año 2014 receptó reglas legales diversas (las que serán examinadas en otra ocasión), a saber: Ley Nº 10.227, art. 3 incs. g) Ejercer la fuerza pública en función del resguardo de la seguridad solamente para hacer cesar una situación en que, pese a la advertencia u otros medios de persuasión empleados, se persista en el incumplimiento de la ley o en la inconducta grave. La utilización de la fuerza será de último recurso y toda acción que pueda menoscabar los derechos de las personas será de ejecución gradual; h) Recurrir al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa, propia o de terceros o situaciones de estado de necesidad en las que exista peligro grave, inminente y actual para la vida de las personas protegidas, o para evitar la comisión de un delito que entrañe ese mismo peligro, debiendo obrar de modo de reducir al mínimo los posibles daños y lesiones; i) Anteponer al eventual éxito de la actuación la preservación de la vida humana y la integridad física de las personas cuando exista riesgo de afectar dicho bien, y personas protegidas o al propio funcionario, se creara un riesgo cierto para sus vidas y el de otras personas o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso. j) Identificarse como funcionarios cuando el empleo de la fuerza y de armas de fuego sea inevitable, en la medida de lo posible y razonable, dar una clara advertencia de su intención de emplear la fuerza o armas de fuego con tiempo suficiente como para que la misma sea tomada en cuenta, salvo que, al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a las personas protegidas o al propio funcionario, se creara un riesgo cierto para sus vidas y el de otras personas o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

[30] A los fines de la tipicidad objetiva la doctrina y jurisprudencia ha distinguido entre el uso concreto del arma de fuego (v.gr.: en un robo o en una legítima defensa) y la portación (Cfse. "Suárez", Sala Penal, TSJ de Córdoba S N° 131, del 10/3/08, y VÁSQUEZ 2017).

"…a fin de hacer cesar la comisión de un ilícito o evitar que los mismos se concreten" (Punto 10.II, reglamentario del art. 33 de la ley 9728). También lo será si incursiona en la materia una resolución del Jefe de Policía, tal como prevé el Punto 10.I in fine de la reglamentación del art. 33 de la Ley N° 9728. Ello en razón de que dichos órganos no pueden producir por sí elementos de leyes penales (CN, art. 99 inc. 3), como son los tipos permisivos que comprenden hasta la posibilidad de matar a otro; cuando ello ocurre, los elementos de que se trate deben ser excluidos (Zaffaroni 107). La prohibición convencional de privar la vida arbitrariamente no puede ser alterada por normas de jerarquía inferior, menos al reglamentar la ley de personal policial. Por otra parte, la legítima defensa tiene fuente legal (CP, art. 34 inc. 6º) y su tipo objetivo no puede ser modificado ni impuesto (frente a otro tipo permisivo aplicable) por una disposición del poder administrador.

Tampoco resulta constitucional, debe destacarse, por subvertir la razón de la imposición del deber, la alteración de prioridades que la reglamentación desliza al anteponer la tutela de la vida y derechos del funcionario policial a la de la víctima y de los terceros[31].

La única obligación específica impuesta válidamente por la ley cordobesa, en definitiva, la de portar un arma de fuego, también se aplica, en función de la vestimenta, conforme a la legislación hoy vigente[32], cuando el policía se encuentra franco de servicio. No así cuando está de licencia, disponibilidad, situación pasiva o se trata de un retirado. Este último, para quien la portación de armas será un derecho, sólo está equiparado al policía en actividad, en cuanto al uso de la fuerza, si su actuación se despliega al momento de prestar servicios adicionales (Ley N° 9728, art. 16, y decreto 763/12, art. 33 punto 11.VII reglamentario del art. 33 de dicha Ley).

2. Actúe respetando los principios de "absoluta necesidad", "excepcionalidad", "racionalidad y proporcionalidad" y "legítima finalidad". Sólo en tales términos podrá constituir un "procedimiento policial conveniente" (Ley N° 9728, art. 15 inc. d).

Las normas locales no receptan expresamente en la materia el principio de "racionalidad y proporcionalidad", ni implementan los "Principios Básicos sobre empleo de la fuerza y armas de fuego para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley". Hasta la recomendable reforma, frente a la laguna e indefinición, la determinación de la legitimidad del comportamiento funcional estará dada por la fuente convencional, es decir, por el respeto de las directrices de la CIDH que ineludiblemente derivan de la CADH y del PIDCyP.

---

[31] Véase la escala axiológica tenida en cuenta para resolver la cuestión por el art. 98 de la Ley Nº 5688 Orgánica de la Policía de la Ciudad (CABA): "Sólo se podrá hacer uso de armas de fuego cuando otras medidas de fuerza directa no hayan tenido éxito o cuando presumiblemente no lo tendrán. Su empleo contra personas únicamente estará permitido cuando el objetivo no pueda alcanzarse mediante el uso de armas de fuego dirigido contra cosas.

El uso de armas de fuego dirigido contra personas sólo estará autorizado con el fin de incapacitarlas para el ataque. No se realizarán disparos con altas probabilidades de tener efectos mortales, salvo cuando sea el único medio para repeler un peligro grave e inminente para la vida.

No podrán emplearse armas de fuego contra personas que según su apariencia sean menores de dieciocho años, salvo cuando se trate del único medio para repeler un peligro grave e inminente para la vida. El uso de armas de fuego no estará permitido cuando ponga en peligro a personas que manifiestamente no estén involucradas en la creación del riesgo, salvo cuando se trate del único medio para repeler un peligro grave e inminente para la vida.

En todos los casos, el personal policial deberá obrar de modo de reducir al mínimo los posibles daños y lesiones a los infractores y a terceros ajenos a la situación".

[32] Ver nota 27.

Lecturas indispensables

BARCELONA LLOP, JAVIER, "El uso de las armas de fuego por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Una aproximación jurídica", *Revista de administración pública*, Nº 113, 1987, págs. 77-136, consultado el 26 de Abril de 2020 en https://dialnet.unirioja.es/.

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL, "Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?", UNED, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 12, 2014, consultado el 26 de abril del 2020 en http://espacio.uned.es/.

CARRO, JOSÉ LUIS, "La polémica europea sobre el uso de las armas como forma de coacción administrativa", *Revista de administración pública*, Nº 84, 1977, págs. 77-120, consultado el 26 de Abril de 2020 en https://dialnet.unirioja.es/.

CIDH, Informe 2015, Cap. IV.A, Uso de la fuerza, consultado el 26 de Abril de 2020 en https://www.oas.org/

COCA VILA, IVÓ. "Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-24, consultado el 26 de abril de 2020 en www.criminet.ugr.es.

— "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal, Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal", Barcelona, 2017, consultado el 26 de abril de 2020 en www.criminet.ugr.es.

CODICE PENALE COMMENTATO, con la Doctrina e la Giurisprudenza, a cura de Alberto dall`Ora et al, UTET, Torino, 1990.

DE LA RÚA, JORGE, TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2014/5.

DENNINGER, ERHARD, "Prevención y Libertad. Sobre el orden de la libertad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 43, 2009, consultado el 20 de Enero 2021 en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4214239.

GRECO, LUIS, "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs", Barcelona, 2007, consultado el 26 de Abril de 2020 en www. indret.com.

GARZÓN VALDEZ, ERNESTO, "Jueces para la Democracia. Información y Debate", 67 marzo/2010.

LASCANO, CARLOS J. (h), et. al., *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.

MARTIELLO, GIANFRANCO, "L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale esperienza giuridica tedesca", Criminalia, Annuario di Scienze Penalistiche, Edizioni ETS, Pisa, *2015*, consultado el 26 de Abril de 2020 en http://www.edizioniets.com/criminalia/2014/pdf/10-4-Martiello.pdf.

— "I limiti penali dell´uso della forza pubblica: una indagine di parte generale, Jura, Temi e problema del diritto", *Studi, discipline penalistiche Criminalia*, Edizioni ETS, 2019.

NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, T I a V, Buenos Aires, 1961/7; Lerner Ediciones, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.

PAWLIK, MICHAEL, "El funcionario policial como garante de impedir delitos", *Revista para el análisis del derecho*, 1/2008, Barcelona, 2008, consultado el 26 de Abril de 2020 en www. indret.com.

PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR PARTE DE OFICIALES ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, ANEXO, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, Publicaciones de Naciones Unidas, ps. 117-124, Nueva York, 1991.

RECOPILACIÓN DE REGLAS Y NORMAS DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA ESFERA DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA JUSTICIA PENAL, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, consultado el 26 de Abril de 2010 en https://www.unodc.org/.

RECASENS I BRUNET, AMADEU, "La seguridad y sus políticas, Colección Políticas de Seguridad", 3, *Atelier*, Barcelona, 2007.

— "Derechos humanos y uso policial de la fuerza", *Cuadernos de Seguridad*, Cooperación Internacional, 2009.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, T 1, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, (1994) 1997.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "Asesinatos selectivos en la 'guerra punitiva' contra el terrorismo", *Revista para el análisis del derecho*, 1/2017, Barcelona, 2017, consultado el 26 de Abril de 2020 en www. indret.com

VACHELLI, EZEQUIEL, "En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público", *Revista para el análisis del derecho*, 4/2017, Barcelona, 2017, consultado el 26 de Abril de 2020 en www.indret.com

VÁSQUEZ, ROBERTO V., "La obligación policial de comunicar la comisión de un delito al juez y al fiscal", *Suplemento Penal y Procesal Penal, La Ley*, Buenos Aires, 2011.

— "¿Qué es la flagrancia?", *Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley*, Año VII, N° 3, Buenos Aires, Febrero 2017.

— "¿Quién (y cuándo) es 'particular' a los fines de la aprehensión privada en caso de flagrancia?", *Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley*, Año VIII, N° 1, Buenos Aires, Febrero 2018.

— "Debates actuales en torno a la víctima del delito: la comprobación de visu y la obligación estatal de repararla", *Victimología,* 23, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2019.

— "Interpretación histórica sobre normas de coerción personal (con motivo de la aprehensión privada en caso de flagrancia)", *Revista La Ley*, 2015, A.

WEBER, MAX, *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, España, (2002 [1922]).

ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000.

Apuntes sobre control social y control punitivo estatal
Origen, evolución y significaciones actuales de ambos conceptos

Notes on social control and punitive state control
Origin, evolution and current meanings of both concepts

Por: CAROLINA PRADO*

RESUMEN: Dada la importancia que reviste en los ámbitos de la sociología y del derecho, se revisa aquí el uso amplio e impreciso que se le confiere a la noción de 'control social' en ambas disciplinas, vinculado a propuestas teóricas muy diferentes. En relación con el derecho penal, en el que se define al 'control social' como una de sus funciones primordiales, se analiza su consideración ajena a la propia genealogía del concepto. A partir de estas observaciones, este trabajo postula la conveniencia de distinguir con claridad entre 'control social' y 'control punitivo estatal'.

PALABRAS CLAVES: Control social. Control punitivo. Sociología. Derecho penal. Tradición estadounidense y continental-europea.

ABSTRACT: *Given its importance in the fields of sociology and law, the broad and imprecise use that is conferred on the notion of 'social control' is reviewed here, linked to very different theoretical proposals. In relation to criminal law, in which 'social control' is defined as one of his primary functions, its consideration outside the very genealogy of the concept is analyzed. Based on these observations, the work postulates the conve-nience of clearly distinguishing between 'social control' and 'punitive state control'.*

KEYWORDS: *Social control. Punitive control. Sociology. Criminal law. American and European continental tradition.*

1. Introducción

Desde un punto de vista sociológico y jurídico, el "control social" constituye un concepto de trascendente importancia para el análisis de las condiciones básicas de la vida social moderna. A través suyo se procura asegurar el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas en caso de frustración o incumplimiento, mediante una sanción impuesta bajo una determinada forma o procedimiento. Puede afirmarse así que el control social determina los límites de la libertad humana en la sociedad, erigiéndose, al mismo tiempo, en instrumento de socialización de sus miembros.[1]

En la actualidad, esta categoría revela vasta acogida en el mundo hispanohablante, tanto en España como en Latinoamérica. No obstante, el empleo que en los distintos ámbitos se realiza de ella carece, en general, de precisiones o interpretaciones unívocas. En la propia disciplina de origen —la sociología— ha sido objeto de un uso vinculado a propues-

* 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 de la UNC. Miembro del Instituto de Ciencias Penales y del Instituto de Derecho Comparado, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Magistrada del Poder Judicial de la Nación.

[1] HASSEMER afirma al respecto que "no hay alternativas al control social" (*Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 390).

tas teóricas diferentes, circunstancia que ha contribuido a un empleo amplio o arbitrario. En efecto, si bien la expresión reconoce, en este campo en particular, un origen histórico determinado (puntualmente los Estados Unidos de América de finales del siglo XIX), posteriormente sufre los avatares de la historia político-social de ese país y su utilización se extiende con sentidos y alcances diversos. A esta circunstancia hay que añadir el uso netamente diferenciado que se verifica en Europa y que revela, de algún modo, la historia de un "trasplante" cultural.[2]

Como consecuencia de ello, es posible observar dos tradiciones diferentes en torno al concepto de control social: por un lado, la corriente originaria de los Estados Unidos (que, además, presenta modificaciones en el curso de su historia) y, por otro, la ulterior de Europa continental. En el primer caso, se trata de la tradición anti-estatalista de la teoría política norteamericana en la que, en un ambiente signado por el pragmatismo, el orden social es contemplado y abordado como el natural resultado del libre despliegue de mecanismos económicos que el Estado, en todo caso, tiene el único deber de garantizar. En el segundo, la organización política asume el deber de liberar el desarrollo capitalista de cualquier resistencia; de este modo, el Estado es concebido como derecho, esto es, como instancia que garantiza jurídicamente los derechos naturales del ciudadano.[3]

En líneas generales, con ciertos matices, el término control social hace referencia a los mecanismos, las instituciones y los procesos de definición, prevención y gestión de la respuesta a la "desviación". Las vicisitudes de su historia han conducido a Stanley Cohen a expresar que, en definitiva, aquella es una expresión "Mickey Mouse", con lo que este autor pretende calificar su carácter superficial e impreciso. Teniendo en cuenta estas particularidades y a los fines del presente trabajo, conviene entonces acoger, al menos en forma provisoria y orientadora, la siguiente definición:

> *"Formas organizadas en que la sociedad responde a comportamientos y a personas que contempla como desviados, problemáticos, preocupantes, amenazadores, molestos o indeseables de una u otra forma"*.[4]

Tal conceptualización resulta lo suficientemente amplia como para incluir múltiples modos de reacción social (castigo, disuasión, tratamiento, prevención, segregación, justicia, resocialización, reforma o defensa social), de ideas o emociones involucradas (odio, venganza, compasión, disgusto, salvación, etcétera), de comportamientos cuestionados (delito, desviación, maldad, inmoralidad, enfermedad, etcétera), de individuos contra quienes actúa (enfermos, rebeldes, víctimas, etcétera), de personas que reaccionan (jueces, policías, juristas, asistentes sociales, psiquiatras, psicólogos, criminólogos, sociólogos de la desviación, etcétera) (ibídem). Esta amplitud explicativa tiene, además, la ventaja de incluir las dos formas típicas de control social: la informal (correspondiente a la familia, la escuela, los grupos sociales, la profesión, etc.) y la formalizada (atinente al derecho).[5]

---

[2] COHEN, STANLEY; *Visiones del control social*. *Delitos, Castigos y Clasificaciones*, PPU, Barcelona, 1988; PITCH, THAMAR; "Qué es el control social?", en: *Delito y Sociedad*. *Revista de Ciencias Sociales*, Año 4, Nº 8, UBA.-UNL, Buenos Aires/Santa Fe, 1996, p. 60; BERGALLI, ROBERTO; "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo" en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 160, Enero, Fundación Sistema, Madrid, 2001, p. 107.

[3] MELOSSI denomina modelo normativo al primero e intervencionista al segundo (*El Estado del control social.* Siglo XXI editores, México, 1992).

[4] COHEN; *Visiones del control social*… p. 15.

[5] MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, p. 4.

2. La tradición estadounidense

2.1. Origen del concepto. El contexto de los Estados Unidos

Un rastreo en los orígenes de la idea de control social obliga a situarse, según lo expresado, en los Estados Unidos de finales del siglo XIX. Es sabido que, en sus primeros tiempos, este país constituye una democracia de pequeños propietarios rurales y urbanos, que se caracteriza por la concurrencia de dos factores singulares: la abundancia de tierras vírgenes de fácil apropiación y una ideología religiosa[6] que predica la hermandad, el ahorro, el industrialismo y una relación personal y directa con la divinidad (es decir, que prescinde de la mediación de una organización como la de la Iglesia Católica). En orden a la democracia natural que triunfa en el período del republicanismo jeffersoniano, posee una base social, racial y religiosa tan homogénea que explica su visualización como un verdadero convenio de individuos blancos de sexo masculino, protestantes y pequeños propietarios, designada más tarde como cultura WASP *(white-anglosajon-protestant*).

A pesar de que este tipo de creencia religiosa y sus consecuencias (las llamadas "comunidades insulares") no deja de acarrear conflictos, el acento puesto en la máxima de igualdad de todos los miembros de la comunidad se atribuye habitualmente como un importante precedente del desarrollo del ideal democrático.[7]

Es preciso mencionar, sin embargo, que esta peculiaridad social se ve alterada de manera vertiginosa ante la vasta transformación del panorama social e industrial de la nación que tiene lugar durante el período que media entre la guerra civil entre Norte y Sur y la Primera Guerra Mundial. A ello contribuye, entre otras circunstancias, la liberación de los esclavos, el arribo a los centros industriales del Este y medio Oeste de masas de inmigrantes provenientes de Europa central y meridional (en su mayoría campesinos pobres y carentes de instrucción que no hablan la lengua inglesa, en su mayor parte católicos y judíos) y, un poco más tarde, las masas de individuos de raza negra procedentes del sur rural del país, carentes, igualmente, de educación formal.

Estos procesos dan origen a toda suerte de conflictos: se reanudan aquellos que habían sido motivo de la guerra civil, las pugnas entre capital y trabajo, las luchas entre las clases rurales y las medio-urbanas, las existentes entre los segmentos obreros y, asimismo, las generadas entre los pequeños empresarios y las grandes corporaciones. El motor de estos movimientos migratorios no es otro que el descomunal proceso de industrialización que en los Estados Unidos demanda fuerza de trabajo, con urgencia y a gran escala. El mayor asentamiento tiene lugar en las riberas del lago Michigan, donde más tarde se proyectan las grandes metrópolis de la historia urbana norteamericana.

De este modo, el amplio arco que abarca las dos grandes depresiones de 1870 y 1930 se caracteriza por una serie de crisis sociales, económicas y políticas que ponen a prueba la propia cohesión de la sociedad estadounidense. Al respecto señala Melossi que

> *"En especial, tras este último desorden económico creció el temor, entre la élite política e intelectual, de que las crecientes diferencias sociales llegaran a acabar con la forma de gobierno que se había establecido hacía ya más de un siglo, para dar entrada a algún régimen socialista"*.[8]

[6] Correspondiente a las células disidentes de la Iglesia anglicana (puritanos y cuáqueros).
[7] MELOSSI, op. cit., p. 138.
[8] op. cit., p. 145.

Este panorama de congestión y heterogeneidad demográfica, que rompe el esquema de la anterior conformación social, desemboca en un verdadero cuadro de desorganización, respecto del cual no demoran en formularse propuestas —primero teóricas y luego empíricas— orientados a procurar mecanismos específicos para el control social. La base común de dichas propuestas está dada por el rechazo a la teoría europea más prominente: el contrato social. En efecto, los intelectuales y políticos estadounidenses, particularmente interesados en el afianzamiento del ideal democrático, cuestionan los principios básicos del llamado "contractualismo", el individualismo ontológico, el formalismo legal y, en particular, la idea de Estado como entidad superior a la humana.

Es en este contexto donde aparece el uso originario del concepto de "control social", con el objeto de designar las políticas que permitan dar respuesta a las mencionadas necesidades de orden. No hay dudas de que, para entonces, se considera menester disciplinar a las masas de inmigrantes que recalan en ese país, provenientes de numerosos ámbitos culturales, étnicos, religiosos y lingüísticos.

> *"El control social, en sentido estricto, tuvo que aceptar las divisiones multiculturales, la pobreza y la polarización de las clases sociales como punto de partida, como la difícil materia prima a partir de la cual debía construirse alguna coherencia"*.[9]

La justificación teórica para esta empresa, que —según lo dicho— opta por prescindir de los presupuestos clásicos de unión de la tradición europea (Estado y soberanía), surge de un pensamiento de nuevo cuño y con raíces, no en el derecho ni en la filosofía política, sino en las ciencias sociales. Se alude aquí al fundamento brindado por la sociología académica de la época, nacida al amparo de la Universidad de Chicago y en el marco del flamante Departamento de Sociología fundado por Albion Small en 1892.

En este ámbito en particular es, pues, donde surge la mencionada expresión, en referencia a la capacidad de un grupo humano para regularse a sí mismo. Su autoría corresponde, específicamente, a Edward Ross, quien la introduce en 1901. Hay que aclarar, sin embargo, que el propio Ross reconoce que el término había sido previamente utilizado por Herbert Spencer, a propósito de su teoría de las instituciones ceremoniales aunque, por entonces, sin atribución alguna de relieve o particularidades.[10]

Sobre este tópico cabe añadir que es habitual encuadrar la teoría de Ross dentro del monismo, es decir, su adscripción a la perspectiva de la sociedad según la cual corresponde a la cultura receptora y dominante integrar a las culturas "inferiores" de los inmigrantes, mediante la pretensión de que éstas asimilen los componentes propios de aquélla. Por lo pronto parece evidente que, en cierta forma, esta teoría da cuenta de la ambigüedad de la época, al manifestarse, por una parte, en defensa de los valores estadounidenses patentizados en el convenio que vincula a hombres blancos y protestantes y, por otra, al suscribir el ideal de integración de los recién llegados a una sociedad cambiante, a través, en concreto, de la ampliación de los márgenes del proceso de educación.[11]

---

[9] SUMNER, COLIN; "La decadencia del control social", en: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 4, Nº 8, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, Bs.As./Santa Fe, 1996, p.12.

[10] BERGALLI, ROBERTO; "Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales" en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* Nº 2, U.N.E.D, Madrid, 1992, 173; BERGALLI; "Globalización y control social…", p. 108; MELOSSI, op. cit., p. 151.

[11] ibídem.

Un par de décadas más tarde, en 1921, Robert Ezra Park, identificado como el cofundador y más conspicuo representante de la primera época del Departamento de Sociología de Chicago, presenta dos obras, una individual y otra en colaboración (con Burgess), en las que utiliza el concepto control social. Este autor, que plantea la cuestión relativa al modo en que un mero conjunto de individuos logra actuar de manera asociada y consistente, asigna a dicho término, en ambos trabajos, una connotación más restringida. Adscripto a la corriente del "darwinismo social", sostiene que el problema de la organización de la sociedad exige la asimilación de las pautas culturales del país receptor por parte de los inmigrantes. En función de ello, entiende que el único camino para evitar la marginalidad y exclusión social consiste en la superación de las barreras lingüísticas, a partir de la inmersión de los extranjeros en la lengua vernácula de los Estados Unidos. De acuerdo a lo mencionado, los primeros empleos del término, surgidos de la mano de una vertiente conceptual que menosprecia el concepto de Estado, se caracterizan por su sentido preservador, no obstante el interés puesto en la recepción de las corrientes migratorias.

A partir de allí, el impulso que recibe el concepto de control social en la sociología estadounidense es propio de un tiempo en el que la mejor tradición de la Escuela de Chicago propugna una completa separación entre la forma de organización social y cualquier intervención estatal. Se trata, pues, de aquella vía difundida por la corriente del Interaccionismo Simbólico, en la cual se sitúa la psicología social de George Herbert Mead y la filosofía política de John Dewey. Estos exponentes otorgan al control social un cariz más democrático, al centrar la cuestión del orden en la comunicación social. Ciertamente, desde entonces se confiere a dicho factor la capacidad de integración, pero con la aceptación de la heterogeneidad social que conlleva la inmigración. Esta teoría de la sociedad se basa en un concepto pragmático en el que la comunicación se concibe como un tipo de actividad enraizada en la organización social. En este sentido, las conceptualizaciones de Mead y Dewey conforman la quintaesencia de la teoría democrática del control social, al sostener que la regulación de las relaciones sociales es el resultado de procesos de interacción y socialización en los que no interfieren agentes o conductas externos a los sujetos involucrados. Así, se sugiere que el importante problema social de la integración de las culturas, grupos y organizaciones en conflicto puede ser resuelto desde la creación de un universo de significados generales. Es claro que, según la perspectiva pluralista y procesalista del orden social que tienen estos autores, no hay diferencia alguna entre autocontrol y control social.[12]

Sobre este punto conviene indicar que Mead plantea la posibilidad de construcción de ese universo a través de la paulatina adaptación entre los individuos, esto es, de la participación, y no de la imposición por parte de una autoridad. Básicamente, entiende que la integración social, ajena a los efectos de la acción de una entidad superindividual, deviene del dominio de una lengua común, lo cual resulta factible a partir del proceso de comunicación que supone el aprendizaje y práctica de la lengua. Dewey, por su parte, centra la cuestión del orden social en la opinión pública, en esencia, en el estudio de la circulación de la opinión de los individuos.[13]

2.2. Desarrollo posterior del concepto

[12] MELOSSI, op. cit., p. 18.; ANITUA, GABRIEL IGNACIO; *Sociología de la desviación y control social*, Ed. Mave, Buenos Aires, 2011, p. 11.
[13] BERGALLI; "Globalización y control social…", p. 110.

Luego de revisar los orígenes conceptuales del control social, debe señalarse que la marcada orientación democrática de la noción sufre un significativo punto de inflexión en la época del *Big Crash* (1929-1930). Producida la gran crisis, su superación exige de una fuerte presencia pública, es decir, de una instancia superior a la voluntad de los ciudadanos afectados por sus consecuencias.

Dicho giro queda patentizado cuando el Estado, durante la administración de Franklin D. Rooselvet, acude al derecho como instrumento de transformación social, al propiciar y mediar un nuevo contrato (New Deal) entre los representantes de las empresas y de los trabajadores. En concreto, en la búsqueda de la obtención de un excedente para destinar a vivienda, salud y educación, propone a los primeros (empresas) que renuncien a un porcentaje de las ganancias de la producción y a los segundos (sindicatos) de una parte de los salarios. Este acuerdo, heraldo de una nueva filosofía, tiene lugar a través de decretos ministeriales que procuran evitar el obstáculo de una conflictiva discusión parlamentaria, en circunstancias en que el poder ejecutivo no cuenta con mayoría. No obstante, los empresarios no demoran en presentar planteos de inconstitucionalidad que la Corte, a partir de su coyuntural recomposición (por fallecimiento de uno de sus miembros), rechaza de plano. En este sentido puede afirmarse que el New Deal queda asegurado mediante el apoyo dado por los juristas "reales" quienes, defensores de una nueva cultura legal e instalados en puestos claves de la administración norteamericana, procuran superar el formalismo tradicional, con miras a pensar la ley como una técnica social idónea para alcanzar resultados.[14]

A partir de este giro conceptual en la noción control social y del mayúsculo crecimiento económico y la movilidad social registrados en Estados Unidos desde 1938, la interpretación sociológica del cambio social corresponde a la corriente de pensamiento estructural-funcionalista de Talcott Parsons. Ciertamente, esta teoría, que entre la década de 1930 y 1950 es ortodoxia casi incontestada de la sociología, contribuye significativamente a la emergencia de una perspectiva sociológica en los estudios sobre delincuencia. En lo que respecta al control social, cabe apuntar que postula a esta categoría como el medio adecuado para la identificación y aceptación (de ser ello posible) de la conducta desviada, a través de su principal instrumento: el derecho. En este sentido, el derecho cumple, puntualmente, la función de preservar el equilibrio social, reaccionando ante comportamientos que se consideran desviados o, en otros términos, frente a conductas contrarias al orden social.

En el uso corriente, la expresión desviación significa apartamiento del curso regular o previsto. En sentido sociológico, equivale al comportamiento que viola reglas, creencias y expectativas sociales. En este último campo registra pues un origen sistémico[15] e importa, lisa y llanamente, la disconformidad con las expectativas de los otros dentro de un sistema social determinado.[16]

Como producto de una mala integración del sistema o de una socialización inadecuada, la desviación es una cuestión relativa y ambigua.[17] Consiste en realidad en un término neutro, carente de carácter o connotación negativa y resultado de una relación de

[14] Ahora bien, frente al movimiento de realismo legal surgen otras tendencias, entre ellas, la representada por Roscoe Pound que propone el retorno hacia un "derecho natural positivo", o sea, un derecho natural que pueda verificarse en el desarrollo del derecho común.

[15] La primera manifestación del concepto de comportamiento desviado tiene lugar en la obra *El Sistema Social* de Talcott Parsons, de 1959.

[16] TORRENTE, DIEGO; *Desviación y delito*, Ed. Alianza, Madrid, 2001, p. 53

[17] Las reglas varían con los grupos sociales —diversos grupos tienen criterios distintos de lo que es desviado o no— y las situaciones (TORRENTE; op. cit, p. 31).

personas en conflicto. A pesar de ello, tal inadecuación se convierte rápidamente en un fracaso de la conformidad y da pie para que las disciplinas sociales focalicen sus investigaciones en las características sociales, las personalidades débiles y el entorno interactivo como generadores de tales fracasos.

De esta manera, no hay duda de que con Parsons se consolida aquel movimiento pendular de la idea de control social que va desde el rechazo de la intervención estatal al reconocimiento al derecho del Estado de la capacidad para ejercer una función para la convivencia.

Ulteriormente, a finales de la Segunda Guerra Mundial, el tránsito desde el liberalismo decimonónico al keynesianismo se apoya en un derecho y una cultura jurídica que se adecuan a las nuevas necesidades de mantener una regulación legal extendida al campo de lo social y lo colectivo.

Desde allí, y con el predominio de las teorías sistémicas, el derecho pasa a formar parte de la visión de Niklas Luhmann quien, en síntesis, plantea que los sistemas sociales se componen por tantos subsistemas como sean necesarios para reducir la complejidad. A diferencia de Parsons, que afirma que éstos tienen una naturaleza abierta, Luhmann los concibe cerrados y autorreferentes. En efecto, entiende que los sistemas y subsistemas, asentados en el principio biológico de la "auto-poiesis", se autogeneran, retroalimentan y auto-sostienen operativamente cerrados. Ahora bien, a la par de esta particularidad, se halla el énfasis puesto en la comunicación: para esta teoría tales operaciones auto-poiéticas no se basan en la acción sino en la comunicación social. En este esquema, el derecho, en tanto que subsistema jurídico, participa de idéntica naturaleza y tiene por función la reducción de la complejidad social mediante la generalización y estabilización de perspectivas de conductas.

Se advierte entonces que esta línea de pensamiento consigue desplazar el centro de interés, desde el individuo —donde había sido situado anteriormente— al conjunto social. Es así como la perspectiva luhmanniana acompaña el proceso global de transformación que corre desde el llamado "fordismo" hacia al "post-fordismo", proporcionando el fundamento teórico para la regulación del cambio (en especial en lo que concierne a su propuesta clara de utilización del derecho como instrumento de organización social).

En resumen, cabe afirmar que, en la tradición democrática de los Estados Unidos, se promueve y desarrolla un tipo "activo" de control social, es decir, se propugna una forma que procura producir un comportamiento, en vez de prohibirlo. Se ha entendido que este tipo de control social es, pues, más vigoroso que cualquier otro.[18]

3. La tradición continental-europea

Tras repasar la tradición estadounidense en orden a la idea anti-estatalista de control social, puede decirse que la tendencia continental europea es francamente contrapuesta a aquélla. En efecto, en este ámbito cultural, caracterizado por la preponderancia del derecho y la ciencia política como medios de organización social (en detrimento de las ciencias sociales, que sólo comienzan a influir en este campo a partir de la Segunda Guerra Mundial), la idea de que el control social constituye la clave para la interpretación de las relaciones entre Estado y sociedad debe interpretarse como una visión que supone la adopción de una categoría extraña y trasplantada.

[18] MELOSSI; op. cit., p. 19.

En el contexto intelectual europeo no es posible aludir a la recepción de las ciencias sociales (y del concepto de control social) recién hasta mediados del siglo XX, cuando los vencedores de la contienda mundial propagan sus conocimientos por el continente destruido. Al respecto, cabe afirmar que este hecho no obedece a una mera situación de intercambio de comunicación científica o académica, aún cuando haya tenido lugar un proceso semejante a partir de la post-Guerra. La inexistencia de investigación y teorización sociológica en una Europa controlada por el nazismo y el fascismo (y luego arrasada por la guerra), resulta un campo propicio para la introducción y difusión de la ciencia social de los vencedores, que propagan sus universidades y centros de investigación sociológica.

Ahora bien, en razón de que en el viejo continente la cuestión del Estado constituye una preocupación secular de la filosofía política, la idea de control social que allí se desarrolla se ve alentada por una connotación más política que social, esto es, con arraigo en la noción de Estado como emisor unitario del orden social.[19]

De este modo, en la expansión de la noción de control social en Europa convergen dos ideas: Estado y control social que, en realidad, pertenecen a tradiciones intelectuales diferentes y que, por otra parte, se hallan empotradas en situaciones históricas también distintas. En este sentido, mientras que el Estado constituye un concepto europeo procedente de la filosofía, el control social resulta —según se ha visto— una idea estadounidense de raigambre sociológica. A pesar de ello, ambos términos se identifican por la coincidente finalidad de la preservación del orden político y social.

En Europa, lo esencial del concepto Estado halla su razón de ser en la función de garantía de la unidad como medio de alcanzar la paz social. En concreto, se relaciona con la atribución al mismo de funciones de disciplinamiento y organización de la sociedad civil, misiones que cumple a través del derecho y la intervención punitiva. Pues bien, es sabido que, con indiscutible génesis en el pensamiento de Maquiavelo, este concepto recorre las diversas propuestas filosóficas formuladas, sucesivamente, por pensadores como Thomas Hobbes, John Locke, el barón de Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, y Emmanuel Kant.[20]

Al objeto del presente trabajo interesa resaltar el germen de algunas ideas fundamentales, tales como las de individualismo, materialismo, y contrato social en contraposición al "estado de naturaleza" en Hobbes, la salvaguarda de la propiedad y la limitación de los poderes estatales en Locke, el republicanismo y la división de poderes en Montesquieu, la voluntad general y la comunidad como sujeto de derecho político en Rousseau, y la teorización del Estado de derecho y la idea de libertad como obediencia a las leyes en Kant.[21]

En lo que atañe específicamente a la cuestión del orden social, Locke y Hobbes son los primeros intelectuales en aportar un vocabulario nuevo que permite a Europa expresar este problema. Ambos sostienen que el logro del orden interno exige de la coerción, única forma de contrarrestar la desorganización moral y social. Es claro que este lenguaje de represión tiene particular proyección sobre individuos no propietarios ya que respecto de quienes lo son se opta por hablar de "dominio de las pasiones". El orden legal supone la

[19] BERGALLI, ROBERTO; "¿De cuál derecho y de qué control se habla?" en: BERGALLI, R. (Coord.), *Contradicciones entre derecho y control social*, M.J. Bosch-Goethe Institut, Barcelona, 1998, p. 25-26.

[20] GINER, SALVADOR; *Historia del pensamiento social*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, 9ª edición; GINER, SALVADOR/LAMO DE ESPINOSA, EMILIO/TORRES, CRISTÓBAL; *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998, p. 152.

[21] ANTÓN MELLÓN, JOAN; "El Liberalismo" en: CAMINAL I BADIA, MIQUEL (Coord.), *Manual de Ciencia Política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

promulgación de leyes propias del Estado de naturaleza, para la protección de determinados derechos básicos como la vida, la libertad y la propiedad. Rousseau es quien se ocupa luego de substituir ese concepto de coerción por el de consentimiento del pueblo soberano, cuando plantea la idea de la voluntad general democrática como presupuesto de legitimidad del Estado. Entiende que éste, en tanto que Estado guardián, se legitima sólo en la medida en que ejerza el control para garantía del funcionamiento del contrato social, básicamente, para la libertad e igualdad en la competencia del mercado. Esta actividad de control debe desarrollarse entonces con el objeto de impedir cualquier perturbación en el mercado. Este autor pone el acento en la educación de los ciudadanos como forma de despojarse de los intereses particulares y defender, en cambio, los generales y considera, por tanto, que la base de la democracia se encuentra en la internalización del derecho, es decir, en el desarrollo de una moral interna con cimientos firmes.[22]

Posteriormente, con Georg W. F. Hegel aparece una respuesta a la necesidad de un principio superior de unidad, que constituye la encarnación de la racionalidad. Este pensador afirma que el Estado representa la idea ética, esto es, que existe como resultado de un imperativo ético específico. El sistema legal es concebido como el mecanismo para hacer ético el sistema de necesidades que, sin regulación alguna, desembocaría en un "individualismo desenfrenado y en un desastre ético, político y social". Al igual que Rousseau, Hegel postula al Estado como expresión de la voluntad universal. No obstante, esta voluntad se conforma de una manera sesgada, al restringir la sociedad civil (ciudadanos con derechos políticos) meramente a los propietarios.[23] Esta distinción entre individuos propietarios y no propietarios es la que, en definitiva, acaba por desbaratar aquella pretendida unidad estatal.[24]

En cierta forma corresponde a Karl Marx conciliar la teoría hegeliana del Estado con la concepción rousseauniana de igualdad social. Así, las más fuertes críticas que Marx dirige a Hegel se orientan hacia la defensa de la democracia. Se entiende entonces que no es propicio asimilar la noción de la totalidad de la existencia de un pueblo con la abstracción del Estado político, ya que éste sólo representa a una minoría de la sociedad (cuyos intereses protege), en tanto que en la sociedad subsisten las diferencias de clase y de status. La verdadera cohesión ética de la sociedad pasaría entonces por la desaparición de las desigualdades económicas a través de la abolición de la propiedad privada, proceso que, denominado comunismo, supondría el fin del Estado.

Con la paulatina democratización de la sociedad, el tema del orden se traslada del terreno político al social, dejando de ser un asunto de virtuosismo del príncipe para constituir una cuestión relativa a la cohesión social. Emile Durkheim es el primero en abordar el tema desde una perspectiva más sociológica o psicológica, al reflexionar, en el ambiente político de la Francia democrática, sobre las relaciones existentes entre comunicación y democracia. Este autor entiende que, en una sociedad democrática, existe un constante flujo de comunicación entre los ciudadanos y el Estado. En el nuevo contexto, el Estado abandona la función de fuerza exterior que brinda a los ciudadanos un impulso mecánico, para constituirse en el líder moral que guía y educa a los individuos. En otros términos, el

[22] MELOSSI; op. cit., p. 47; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología" en: AA.VV., *El Pensamiento criminológico II. Estado y control*: Ed. Península, Barcelona, 1983, p. 14.
[23] Idea similar a la propugnada por Locke.
[24] MELOSSI; op. cit., p. 83.

Estado organiza la conciencia colectiva, base de la solidaridad social, a través de la racionalización.[25]

Desde una óptica psicológica, se anota que, en opinión de Friedrich Nietszche y Sigmund Freud, el poder del Estado, o de la estructura social, se encuentra en la predisposición subjetiva de los individuos para someterse a una autoridad y a un orden establecido por ésta. Max Weber es quien introduce la dimensión político-institucional, al referir la centralización del "monopolio de la fuerza legítima" por el Estado moderno. Con esta mención pone en relieve la propensión hacia una concentración del poder en una instancia con tendencia unitaria y exclusiva. Así, concluye que la historia del nacimiento del Estado moderno es la historia de una tensión entre el sistema policéntrico y complejo de los señoríos de origen feudal y el Estado territorial, centralizado y unitario, a través de la denominada racionalización de la gestión del poder y, por tanto, de la organización política, dictadas ambas por la evolución de las condiciones histórico-materiales. En esta línea, puede afirmarse que pocas dudas caben respecto de que la expresión más evidente de la pautada centralización del monopolio de la fuerza legítima en dicho proceso es la aparición del sistema penal. Se afirma que, en cierto sentido, la importancia que atribuye a la función de coerción y violencia, con vistas a la cohesión de una sociedad de individuos temerosos, egoístas y desunidos, tiene reminiscencias del "Leviatán" hobbesiano. Según su concepto, sólo unos pocos —los escogidos— se convierten en líderes, mientras que la gran masa restante es simplemente controlada por la estructura de la "jaula de hierro" de la burocracia moderna.[26]

En el caso de Hans Kelsen, por su parte, hay que apuntar que su obra está imbuida del mismo legalismo. Su "teoría no estatal del Estado", inspirada en ideales democráticos y anti-autoritarios, supone la imposibilidad de plantear un concepto de Estado desvinculado del derecho. El Estado es creado y concebido por el orden legal.

En este apretado repaso de la evolución de la noción de Estado debe mencionarse que, durante la primera mitad del siglo XX, en la mayor parte de Europa, éste pasa a ser nuevamente de un Príncipe (ahora el príncipe moderno), es decir, a convertirse en mero apéndice o sujeto pasivo subordinado del patente poder de partidos y líderes políticos totalitarios. Pues bien —según postula Melossi—, luego de dicho período y tras la Segunda Guerra Mundial se abre paso a un diálogo entre las aspiraciones europeas a la democracia y los rasgos específicos de la tradición democrática estadounidense.

Para concluir, cabe señalar que la forma de control social que se desarrolla en las sociedades caracterizadas por esta aplicación generalizada del concepto de Estado, es la de un control social "reactivo".

4. Control social y control punitivo

La regulación de la convivencia social, a través del establecimiento de normas vinculantes que deben ser respetadas por los individuos, supone un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de la sociedad, que conlleva una relación estructural conocida como "expectativa". La convivencia se regula, por tanto, mediante un sistema de expecta-

[25] Ibídem.

[26] BERGALLI; *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación*, Ed. M.J. Bosch, Barcelona, 1996, p. 7; LEA, JOHN/ MATTHEWS, ROGER/ YOUNG, JOCK; "El Estado y el control del delito, en: BERGALLI, R. (Coord.), *Sistema Penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, Ed. Hacer, Barcelona, 1993, p. 17.

tivas que se deriva de una norma o conjunto de normas y que, como tal, corre el riesgo de no ser cumplida.

Por impulso de la tradición funcionalista (tras las huellas de los fundadores del sistema de pensamiento inaugurado por Durkheim y continuado por Weber, Parsons y, más recientemente, por Luhmann), la cultura jurídica contemporánea, en especial la continental europea, presta especial interés a las funciones del derecho.

Sobre el tópico cabe decir que, en concreto, la perspectiva sistémica de la sociedad —propia de dicho análisis estructural-funcionalista— sostiene el postulado básico de la estabilidad social, enunciado como integración y cohesión, respecto al cual el derecho, como subsistema, cumple la función de distribución y sostenimiento de una escala de valores que la sociedad plantea como justa o adecuada.[27]

En este esquema, entonces, en ocasión de revisar las funciones que específicamente competen al derecho penal, la doctrina subraya con frecuencia la atinente al control social, abarcadora, a su vez, de otras dos: la orientación de comportamientos y la resolución de conflictos.[28]

Así, el derecho penal emerge como uno de los medios de control social existente en las sociedades actuales. Puntualmente, puede anotarse que, dentro del espectro del control social[29], el sistema jurídico-penal ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias más sutiles y eficaces, toda vez que la norma penal no crea nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación de la conducta humana en sociedad.

> *"La norma penal, el sistema jurídico-penal, el derecho penal como un todo, sólo tiene sentido si se le considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.) cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento"*.[30]

En este sentido se advierte que la norma penal, por sí sola, resulta insuficiente y, paradójicamente, débil a la hora de mantener el sistema de valores de una sociedad: la conminación legal presupone la existencia de otros sistemas sociales de motivación del comportamiento.

> *"Un derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un derecho penal puramente represivo, que sólo tendría eficacia como instrumento de terror"*.[31]

---

[27] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria, Jerez, 1985; BERGALLI; *Control social punitivo…,*1996, p. 1.

[28] MUÑOZ CONDE, op. cit.; HASSEMER, op. cit.; MIR PUIG, op. cit., p. 4-5; BUSTOS RAMÍREZ; *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987; LASCANO, CARLOS J. (h); "Conceptos fundamentales del derecho penal" en: LASCANO C.J. (h) (Director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2000.

[29] Teniendo en vista aquella distinción entre control social formal e informal.

[30] MUÑOZ CONDE; op. cit., p. 37.

[31] Ibídem, p. 40. Ahora bien, viceversa, también la función motivadora emanada de esas otras instancias sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal.

Se indica además que las diferencias existentes entre el sistema jurídico-penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el derecho penal constituye un plus adicional en intensidad y en el grado de formalización que su imposición y ejecución exige.[32]

Ahora bien, no obstante esta interpretación mayoritaria del derecho penal como instrumento de control social, cabe decir que, de alguna manera, la misma resulta contraria a la propia genealogía del concepto de control social, esto es, a sus particulares orígenes y aplicaciones en la tradición de las ciencias sociales de los Estados Unidos.[33]

En virtud de ello, quizá lo más apropiado sea subscribir a la corriente que propugna una distinción entre las nociones de control social y control punitivo estatal, entendiendo, por el primero (control social), aquel concepto sociológico que, con origen en los Estados Unidos de fines del siglo XIX, procura atender y dar respuesta a la situación de desorganización social de la época conocida como *melting pot* y, por el segundo (control punitivo estatal), la noción europea que recoge las manifestaciones de control que asume el Estado al ejercer el *ius puniendi*.

La conveniencia de esta diferenciación conceptual se asienta, además, en la circunstancia de que el control social supone, en todos los casos, la aprobación o aceptación por parte de los controlados y, por el contrario, el control punitivo estatal prescinde de ese consentimiento e implica la aplicación de un castigo ante la transgresión del orden constituido (ibídem). En este sentido cabe recordar que

> *"El control punitivo es por naturaleza el más coercitivo y su aplicación conlleva la violencia, en el caso que tenga que ser cumplido contra la voluntad del/los controlado/s"*.[34]

5. El control social en las sociedades actuales

En opinión de Colin Sumner[35], se asiste en el presente a la defunción de aquel tradicional proyecto estadounidense de control social, con los alcances y matices democráticos que, según se ha indicado, signaron su creación y aplicación. Este autor plantea que la decadencia del concepto que nos ocupa se explica en función de la estrecha relación que el mismo ha tenido, a lo largo de su historia, con una idea tan problemática como la de desviación social.

Siendo que con el término desviación se describe la conducta que escapa a los procesos de control social, es decir, aquella infractora de las normas sociales, se trata pues de una noción hondamente polémica, en tanto que carece de vinculación con conductas determinadas: lo que es prohibido varía considerablemente en el tiempo y el espacio. Estas dificultades en torno a este punto, conjuntamente con las severas críticas que desde distintos frentes se le han formulado, ha llevado a que, al promediar la década de los noventa, la idea perdiera su significado y función y que, como consecuencia de ello, el control social quedara desprovisto de sus bases teóricas fundamentales.

A dicha crisis conceptual se añade que, en la actualidad, se asiste a una suerte de desplazamiento del control del Estado a otro que compete al poder difuso de la sociedad.

---

[32] HASSEMER; op. cit. p. 390.

[33] BERGALLI; *Control social punitivo…*, p. 2; "De cuál derecho y de qué control se habla?"…p. 28; "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo"…, p. 107; MELOSSI, op. cit.

[34] BERGALLI; "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo"…, p. 112.

[35] op. cit., p. 16-17.

Puede observarse cómo, en las sociedades democráticas de masas, el control social tiende a descentralizarse y democratizarse, no resultando en consecuencia tan sencillo identificar hoy al Estado como el principal agente de control sobre la sociedad.

Al presente, la forma preponderante de control social es administrada mayormente por quienes detentan la capacidad de producir significados en la sociedad, en particular, por los medios masivos de comunicación que, a través de la emisión de mensajes uniformes y estandarizados, contribuyen a homogeneizar el pensamiento y potenciar la idea de "aldea global". Se vislumbra entonces que

> [...] *"el proceso de control social se ha convertido, en gran medida, en el que le proporciona al público los medios de masas, motivos de acción prefabricados y estandarizados"*.[36]

La virtualidad de esta nueva instancia de control se explica, en parte, en función de que en los tiempos que corren las motivaciones positivas resultan instrumentos de poder potencialmente mucho más vigorosos que las propias amenazas de punición. La provocación de emociones, roles, deseos, visiones o necesidades, constituye de tal modo un indiscutible tipo de control social —conocido como activo— que logra primar sobre aquél más clásico y tradicional —el reactivo—.

Bibliografía

ANITUA, GABRIEL IGNACIO; *Sociología de la desviación y control social*, Ed. Mave, Buenos Aires, 2011.

ANTÓN MELLÓN, JOAN; "El Liberalismo" en: CAMINAL I BADIA, MIQUEL (Coord.), *Manual de Ciencia Política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

BARATTA, ALESSANDRO; *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo Veintiuno editores, México, 2000, 5ª edición, (Trad. A. Búnster).

BERGALLI, ROBERTO; "Introducción" en: BERGALLI R./MARÍ, E. (Coords.), *Historia Ideológica del control social (España-Argentina, Siglos XIX y XX)*, Colección Sociedad-Estado Nº 5, Promociones Publicaciones Universitarias (P.P.U.), Barcelona, 1989.

— "Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales" en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* Nº 2, U.N.E.D, Madrid, 1992.

— *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Ed. M.J. Bosch, Barcelona, 1996.

— "De cuál derecho y de qué control se habla?" en: BERGALLI, R. (Coord.), *Contradicciones entre derecho y control social*, M.J. Bosch-Goethe Institut, Barcelona, 1998.

— "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo" en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 160, Enero, Fundación Sistema, Madrid, 2001, pp. 107-124.

— "Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas" en: BERGALLI, R. (Coord. y Colab.),

[36] MELOSSI, op. cit.: 243.

Sistema Penal y problemas sociales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 1ª edición.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología" en: AA.VV., *El Pensamiento criminológico II. Estado y control*: Ed. Península, Barcelona, 1983.

— *Control Social y Sistema Penal*, Promociones Publicaciones Universitarias (P.P.U.), Barcelona, 1987, 1ª edición.

COHEN, STANLEY; *Visiones del control social. Delitos, Castigos y Clasificaciones*, Promociones Publicaciones Universitarias (P.P.U.), Barcelona, 1988, 1ª edición.

GINER, SALVADOR; *Historia del pensamiento social*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, 9ª edición.

GINER, SALVADOR/LAMO DE ESPINOSA, EMILIO/TORRES, CRISTÓBAL; *Diccionario de Sociología*, Alianza, Madrid, 1998.

HASSEMER, W.; *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984 (Trad. L. Arroyo Zapatero y F. Muñoz Conde).

LASCANO, CARLOS J.; "Conceptos fundamentales del derecho penal" en: LASCANO C.J. (h) (Director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2000.

LEA, JOHN/ MATTHEWS, ROGER/ YOUNG, JOCK; "El Estado y el control del delito (Enfoques relativos a la actividad diversificada de sus agencias)", en: BERGALLI, R. (Coord.), *Sistema Penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, Ed. Hacer, Barcelona, 1993, 1ª edición.

MELOSSI, DARÍO; *El Estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*, Siglo XXI editores, México, 1992, 1ª edición en español (Trad. Martín Mur Ubasart).

MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal. Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias (P.P.U.), Barcelona, 1995, 3ª edición.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria, Jerez, 1985.

PITCH, THAMAR; "Qué es el control social?", en: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 4, Nº 8, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires/Santa Fe, 1996 (Trad. M. Sozzo), pp. 51-71.

SUMNER, COLIN; "La decadencia del control social", en: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 4, Nº 8, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires/Santa Fe, 1996 (Trad. R. Abrutzkym, Rev. M. Sozzo), pp. 9-23.

TORRENTE, DIEGO; *Desviación y delito*, Ed. Alianza, Madrid, 2001, 1ª edición

Las implicancias de la pandemia coronavirus (COVID-19) en el Derecho Penal Argentino

CORONAVIRUS PANDEMIC (COVID- 19): IMPLICATIONS IN ARGENTINE CRIMINAL LAW

POR: **GERARD GRAMÁTICA BOSCH Y DÉBORA RUTH FERRARI***

RESUMEN: El trabajo analiza las implicancias de la pandemia COVID-19 en el derecho penal argentino, exponiendo los delitos que se pueden configurar ante el incumplimiento del aislamiento social obligatorio dispuesto mediante un decreto de necesidad y urgencia y el impacto que ésta produce en las instituciones penitenciarias.

PALABRAS CLAVES: Decreto de necesidad y urgencia. Delitos contra la salud pública. Ley penal en blanco. Delitos contra la administración pública. Decomiso de automóviles. Instituciones penitenciarias.

SUMMARY: *The work analyzes the implications of the COVID-19 pandemic in Argentine criminal law, exposing the crimes that can be configured in the event of non-compliance with the mandatory social isolation provided by a decree of necessity and urgency and the impact that this produces in penitentiary institutions.*

KEYWORDS: *Decree of necessity and urgency. Crimes against public health. Blank criminal law. Crimes against the public administration. Automobile seizure. Penitentiary institutions.*

1. Delitos relativos a la situación de pandemia existente y que se pueden cometer durante las restricciones impuestas por el Estado

Cabe referir que las ideas que se expondrán a continuación forman parte de un abordaje inicial de la cuestión a tratar, en la medida que su análisis y desarrollo se realizan en un contexto coyuntural de crisis, donde la información con respecto al virus es incipiente y la falsa información perjudica, muchas veces, un análisis objetivo.

En este sentido, las medidas dispuestas tanto por el Poder Ejecutivo como el Poder Judicial van variando todos los días, producto de la nueva información disponible respecto a los alcances de la enfermedad y a las cifras vinculadas al impacto económico que aquellas medidas van teniendo sobre la población en general.

En este orden de ideas, las conclusiones a las que arribamos surgen de manera preliminar y esperamos poder profundizar el análisis con mayor información y efectuar una evaluación integral una vez atravesado el momento crítico de la pandemia en el país, lo que aún no ha sucedido, para poder así reflexivamente emitir ideas en base a datos concretos, objetivos y teniendo a la vista lo realmente sucedido mientras el virus atravesó nuestra cotidianeidad.

Así las cosas, en cuanto se comienzan a recibir noticias sobre los primeros infectados en el país, los cuales habían contraído el virus en el exterior, el gobierno nacional decretó una serie de medidas direccionadas a la prevención de la enfermedad y a evitar su propagación. En este contexto, se publican en el Boletín Oficial los Decretos de Necesidad

* Estudio jurídico Gramática – Ferrari – Gramática. www.estudio-gramatica.com.ar

y Urgencia 260/2020[1] (12/03/2020) y posteriormente 296/2020, que con fecha 19/03/2020 prevé como medida el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y su prórroga hasta el 12 de abril del mismo año (DNU 325/2020).[2]

El primer DNU estableció en su art. 1 la emergencia sanitaria en virtud de la declaración de pandemia por parte de la OMS en relación con el COVID-19, por un año a partir de su entrada en vigencia. En este contexto, el decreto abarca diferentes aspectos, estableciendo regulaciones respecto a la salud, educación, espectáculos públicos, entre otros. En esta primera disposición es donde se implantó un aislamiento para personas con ciertas características y es, en ese aspecto, donde empiezan a introducirse remisiones al código penal.

Dicho decreto previó un aislamiento obligatorio para los grupos de riesgo, entendiendo que el mismo se compone de la siguiente manera:

ARTÍCULO 7°.- *AISLAMIENTO OBLIGATORIO. ACCIONES PREVENTIVAS:*
1. Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas:

a) Quienes revistan la condición de "casos sospechosos". A los fines del presente Decreto, se considera "caso sospechoso" a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a "zonas afectadas" o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.

b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID – 19.

c) Los "contactos estrechos" de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.

d) Quienes arriben al país habiendo transitado por "zonas afectadas". Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por "zonas afectadas". No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. ***En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal*** *para investigar la posible comisión de los delitos previstos en* ***los artículos 205, 239*** *y concordantes del Código Penal*[3].

Con el fin de controlar la trasmisión del COVID- 19, la autoridad sanitaria compe-

[1] https://www.boletinoficial.gob.ar/suplementos/20200312O1NS.pdf
[2] https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320
[3] Énfasis propio.

tente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas.

ARTÍCULO 8°.- *OBLIGACIÓN DE LA POBLACIÓN DE REPORTAR SÍNTOMAS: Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 deberán reportar de inmediato dicha situación a los prestadores de salud, con la modalidad establecida en las recomendaciones sanitarias vigentes en cada jurisdicción.*

Trazada esa distinción, el Poder Ejecutivo recurrió al ejercicio del poder punitivo, en su función de prevención general negativa, para poder dar cumplimiento al aislamiento mencionado, estableciendo no sólo sanciones de carácter administrativo, sino que efectuó una remisión expresa al código penal en caso de que se constataran tales incumplimientos.

ARTÍCULO 22.- *INFRACCIONES A LAS NORMAS DE LA EMERGENCIA SANITARIA: La infracción a las medidas previstas en este Decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente,* ***sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal[4].***

Posteriormente, en consonancia con las medidas tomadas en los países más afectados por la pandemia, el Poder Ejecutivo entendió que no bastaba con el aislamiento de los llamados "grupos de riesgo", por lo que hizo extensivo el aislamiento a todos los ciudadanos argentinos y extranjeros que pretendieran permanecer en el país mientras se prolongase la medida. En este orden de ideas, el decreto estableció:

ARTÍCULO 1º.- *A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.*

Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS- COVID 19.

La fecha de duración del aislamiento fue prorrogada por el DNU 325/2020 —de fecha 31 de marzo— hasta el 13 de abril de 2020, manteniendo los mismos alcances y, en consecuencia, las mismas sanciones.

ARTÍCULO 2º.- *Durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio", las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no po-*

[4] Énfasis propio.

drán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.

Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

Además de la excepción precedentemente mencionada, el DNU establece en su art. 6 una nómina de personas afectadas a servicios y actividades esenciales. Estas personas quedan exentas del cumplimiento del aislamiento obligatorio en el ámbito propio de tales actividades y servicios.

En relación a las sanciones establecidas, el DNU 297/2020 mantuvo el mismo criterio que las previstas en su antecesor, solo que ya el sujeto activo del delito no eran aquellas personas que integraban los grupos de riesgo y no cumplimentaban con el aislamiento. A partir de la vigencia del decreto, todos los ciudadanos argentinos y extranjeros que decidieran quedarse en el territorio eran pasibles de ser sujetos activos de delitos tipificados en el Código Penal argentino en caso de no cumplimentar con el aislamiento. En este sentido, el DNU estableció:

ARTÍCULO 4º.- *Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.*

El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus.

Podríamos sostener que el DNU 260/2020 establece tres circunstancias que tornan operativo el Código Penal, en la medida que las mismas se verifiquen:

1. Incumplimiento del aislamiento obligatorio (en el caso del decreto mencionado, se está haciendo referencia a los grupos de riesgo enumerados en su art. 7. No obstante, tengamos presente que el DNU 297/2020 extiende la prohibición a todos los habitantes del país, salvo las excepciones del art 2 y 6).
2. La propagación de la enfermedad infecciosa COVID-19 (art. 7).
3. Falseamiento de la declaración jurada obligatoria para viajeros (art. 2.13).

a. Incumplimiento del aislamiento social obligatorio

Antes de comenzar a evaluar las conductas penalmente típicas, resulta necesario hacer algunas precisiones en relación a cuándo quedaría configurada la acción del incumplimiento.

El departamento de Salud y Servicios sociales de EEUU (HHS)[5], al igual que otras entidades de similares características y funciones, expone la distinción entre los vocablos

[5] https://www.perfil.com/noticias/actualidad/coronavirus-cuales-son-diferencias-entre-cuarentena-aislamiento-toque-de-queda-y-distanciamiento-social.phtml

aislamiento, cuarentena y distanciamiento. A pesar que las diferencias teóricas son mínimas, todas apuntan a lo mismo, la separación de las personas sanas de aquellas que se encuentran infectadas, en pos de evitar la propagación de la enfermedad, es decir, su contagio.

No obstante, al margen de las disquisiciones en relación a la política de salud pública más apropiada para el caso concreto, es necesario adentrarnos en el análisis de cuándo el sujeto incurre en la conducta típica. Así, es necesario realizar una distinción entre el decreto que entró en vigencia el 12 de marzo y su sucesor con vigencia desde el 19 de marzo. En el primer caso, el sujeto incumplía con la norma cuando abandonaba o no permanecía en la residencia establecida a los efectos del acatamiento de la medida. Esta permanencia debía mantenerse por el lapso de 14 días corridos a partir de la medianoche del día del arribo al país hasta la medianoche del día 14 en el caso de aquellos que volvieran de países de riesgo. La medida también se extendía por 14 días a partir del primer síntoma sospechoso, también para aquellos que tuviesen confirmación médica del contagio del virus; y por último, para aquellos que hayan estado en contacto con personas comprendidas en los casos anteriores. En cualquiera de estos supuestos, la obligatoriedad del aislamiento por 14 días se extiende por el plazo de un año, conforme la declaración de emergencia sanitaria.

En cambio, en el caso del DNU 297/2020, el sujeto activo pasa a ser cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional, incluyendo tanto a los ciudadanos argentinos como a los extranjeros con intención de permanecer mientras se encuentren vigentes los mencionados decretos (no debe perderse de vista que en el caso de los extranjeros no residentes, en caso de incumplimiento de la medida de aislamiento social, pueden ser expulsados del país) siendo una infracción que se comete entre los días 20 de marzo hasta el 31 de marzo, y con su prórroga, mediante el DNU 325/2020 la posibilidad de su comisión se extiende hasta el día 12 de abril inclusive.

Entonces, en el caso del DNU 260/2020 se requiere un sujeto activo "específico" (tipo especial propio); es decir, quienes pueden cometer el delito son sólo los que reúnan algunas de las características específicas descriptas en el art. 7. En cambio, a partir del DNU 297/2020 y 325/2020 el sujeto activo es cualquiera que quebrante el aislamiento obligatorio (salvo las excepciones previstas), durante la vigencia de los mismos, independientemente que pudiese probar que no está enfermo, podrá ser responsable penal (tipo común).

Conforme la remisión realizada en los mencionados decretos, las personas que incumplen con los aislamientos obligatorios incurren en los delitos previstos en los arts. 205, 239 y concordantes. No debe perderse de vista, tal como refiere Buompadre, que el Derecho Penal no tendría que admitir expresiones abiertas, a la luz del principio de taxatividad, por lo que la expresión *"y concordantes"* (del art. 4) nada dice ni aporta.[6]

b. Delitos contra la salud pública

Dentro del Código Penal, encontramos un capítulo específico con relación a los delitos contra la salud pública (Capítulo IV), dentro del título más amplio y general "delitos contra la seguridad pública" (Título VII).

El mencionado capítulo está integrado por catorce artículos, la mayoría de los cuales fueron introducidos y/o modificados en la reforma del año 2009. De los artículos men-

[6] http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/doctrina48653.pdf#viewer.action=download

cionados, se tendrán en cuenta solo tres para la tipificación de las conductas que puede surgir producto del incumplimiento del aislamiento obligatorio.

En este sentido, según surge de los mencionados decretos, el incumplimiento a lo allí establecido, podría generar la comisión de los siguientes delitos: a. Violación de medidas contra epidémicas. b. Propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa. c. Propagación culposa de una enfermedad peligrosa y contagiosa.

b.1. Violación de medidas contra epidémicas

En el artículo 205 del Código Penal –en adelante CP-, se establece que podrá ser pasible de la pena de prisión de seis meses a dos años cualquier persona que viole las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

En este caso, la conducta típica implicaría desobedecer un mandato, a través de una acción, esto es, ejecutando el acto prohibido, o de una omisión, no realizando la actividad ordenada por la autoridad.

Es fundamental tener presente que esta norma constituye el ejemplo típico de la denominada ley penal en blanco, donde la definición de la conducta prohibida emana de una ley extrapenal, por lo que el carácter de acción u omisión de la conducta típica variará según lo establezca la norma a la cual se hace referencia o remisión y no el propio CP.

Es necesario efectuar algunas precisiones respecto a la autoridad competente a la cual remite la norma; en este sentido Creus y Buompadre expresan: *"(…) es, en este caso, la que entiende tanto para dictar la medida de carácter general como para obligar particularmente al cumplimiento de un mandato por parte de determinada persona."*[7]

En relación al objeto de la violación, Soler explica que tiene que tratarse de una medida obligatoria, es decir, imposiciones de carácter general o particular[8]. Debe tenerse presente que cuando se hace mención a una orden particular la doctrina señala que debe ser en cumplimiento de una orden general. En este sentido, se admite pacíficamente, que para el caso que se tratase de un incumplimiento de una orden particular que no tiene su origen en una de carácter general, no se daría el supuesto mencionado en el art. 205, sino que estaríamos frente al delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 CP), el cual también es mencionado en el DNU 297/2020 y que analizaremos a continuación.

La norma prevé que específicamente se debe actuar con dolo, para lo que se necesita conocimiento de la existencia y obligatoriedad de la medida dispuesta y voluntad de incumplirla. Puede admitirse el dolo eventual. Si el potencial sujeto activo desconoce el alcance y sentido de las medidas de prevención ordenadas, incurriría en un error de tipo.

Hay que resaltar que se trata de un *delito de peligro abstracto y de mera actividad*, ya que no es necesario que la persona que lo comete se encuentre infectada y, en consecuencia, exista posibilidad concreta de la transmisión de la epidemia. Por lo tanto, tampoco exige el tipo penal que se contagie efectivamente a otro individuo. Basta para su consumación con que el sujeto activo viole el precepto ordenado, aunque éste se encuentre sano (tipo instantáneo).

Por sus características dogmáticas, consideramos que no admite tentativa ya que sancionarla implicaría adelantar excesivamente las barreras de punibilidad.

---

[7] BUOMPADRE, JORGE E; CREUS, CARLOS, *Derecho Penal – Parte Especial – Tomo 2*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 97.

[8] SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1970, T. IV, p. 681.

b.2. Propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa

De la lectura de los DNU se observa que también podría verificarse la comisión del delito previsto en el art. 202 del CP para aquellos casos en los que las personas que realizan el acto de propagación (incumplimiento de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio) se encontrasen enfermas infectadas por el virus.

El art. 202 CP ordena: "*Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas".* Se establece además para este tipo penal como para todos los del Capítulo 4 la pena de *inhabilitación especial* según el art. 207 del CP para el caso de que el culpable sea un funcionario público.

Si bien el decreto no hace una mención a este artículo y a su consecuente (propagación culposa), no es necesario que se produzca una remisión por parte del DNU a la normativa penal, en la medida que la segunda tiene aplicación autónoma y podría emplearse para el caso mencionado.

En relación a la conducta típica "*propagar",* no hay una definición unánime de la doctrina; así por ejemplo, Soler sostiene que para que la acción típica quede configurada basta que una persona haya sido contagiada[9]. Mientras tanto, Gómez considera que debe existir una pluralidad de infectados[10]. Núñez, en cambio, considera que propaga quien realiza actos idóneos para que la enfermedad se disemine[11]. Por otro lado, Creus y Buompadre consideran que la prohibición es de la propagación de la enfermedad y no de la creación de una posibilidad de propagación[12].

Por nuestra parte, la acción típica se conecta con la posibilidad de hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce sin que se exija un contagio concreto, es decir, sin que se transmita la enfermedad a alguien.[13]

Para la configuración del tipo es fundamental que la enfermedad propagada sea peligrosa, es decir, que tiene riesgo o puede ocasionar daño[14]. Asimismo, debe ser contagiosa, entendida como aquella enfermedad que se propaga fácilmente[15].

Como vemos, el tipo penal exige que concurran ambas características de manera conjunta, siendo ambas cualidades propias del COVID-19, en la medida que, aun teniendo poca información en relación a la enfermedad y en particular en relación a su tratamiento y medicación, se la distingue como una enfermedad con alta tasa de mortalidad y morbilidad, así como de una propagación sencilla lo cual permite que se encuentre abarcada dentro del supuesto previsto en el art. 202 del CP.

Es un tipo pluriofensivo. Es decir, es un tipo de peligro abstracto en relación a la salud pública ya que prevé un riesgo estadístico que la propagación de la enfermedad pueda

---

[9] SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1970, T. IV, p. 683.

[10] GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939-1942, T. V, p.167.

[11] NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires – Córdoba, Lerner, 1976, p. 338.

[12] BUOMPADRE, JORGE E; CREUS, CARLOS, *Derecho Penal – Parte Especial – Tomo 2*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 97.

[13] *Propagar*: 1. Multiplicar por generación u otra vía de reproducción. U. t. c. prnl.
2. tr. Hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce.
Cfr. https://dle.rae.es/?w=propagar
Contagiar: 1. tr. Transmitir una enfermedad a alguien. U. t. en sent. fig. *Nos contagió su entusiasmo.*
2. prnl. Adquirir por contagio una enfermedad. U. t. en sent. fig. Cfr. https://dle.rae.es/?w=contagiar

[14] https://dle.rae.es/peligroso

[15] https://dle.rae.es/contagioso?m=form

producir contagios posteriores y de peligro concreto para la vida e integridad física de las personas. Asimismo, es un tipo de mera actividad ya que deberá acreditarse la creación de riesgo penalmente desaprobado sin que resulte necesario demostrar que dicho riesgo se produjo en algún resultado de contagio efectivo. Es un tipo resultativo ya que no exige ningún medio determinado para llevar la adelante la propagación en cuestión. Desde el punto de vista del sujeto activo, si bien el caso más común sería la propagación de una persona contagiada hacia otra, no se puede descartar de la acción típica el uso de cualquier otro medio de propagación (p. ej., pruebas científicas que son utilizadas por un tercero –sano- para extender la enfermedad). Así, se trata de un tipo común y cualquiera puede ser responsable del delito.

En este delito, el tipo subjetivo es doloso. La persona debe haber sabido y querido propagar una enfermedad contagiosa y peligrosa. Consideramos que sólo admite dolo directo ya que el término *propagare* es un elemento subjetivo del tipo que incide en su aspecto volitivo, tendencia interna intensificada, vocablo de actividad final. En consecuencia, se exige que el individuo conozca fehacientemente su situación de salud (contagio previo del virus y alcance-gravedad del mismo) y tenga la voluntad de propagarlo.

Se consuma con la sola realización del acto idóneo para difundir el virus y, por las características dogmáticas del tipo penal, no admite tentativa.

En cuanto a la producción del resultado contagio y que se produzca con ello lesiones y/o la muerte de la persona, el delito no contiene agravantes; por lo que si ello sucediera se producirá un concurso ideal entre la figura penal bajo análisis y los posibles delitos de lesiones imprudentes o dolosas —según el caso— y homicidio imprudente o doloso (incluso agravado) —según las circunstancias—, ya que estaríamos en presencia de un solo comportamiento, el cual ingresa en forma simultánea en un múltiple encuadre típico de carácter heterogéneo (art. 54 CP). Al contrario, para Buompadre el concurso sería de carácter real (art. 55 CP).

b.3. Propagación culposa de una enfermedad peligrosa y contagiosa

El art. 203 del CP establece: *"Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL ($ 5.000) a PESOS CIEN MIL ($ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años".* En este caso, se sanciona la infracción de una norma de cuidado respecto a la producción del resultado.

Al respecto, Creus y Buompadre entienden que: (…) *se trata de un delito de daño que reclama la aparición de la enfermedad en una pluralidad de personas, con lo cual se hace evidente que la enfermedad de alguna persona es aquí un requisito del tipo básico doloso, por lo cual integra también el tipo básico culposo, que, por consiguiente, no se agravará cuando se dé ese resultado, sino que únicamente en el caso de que hubiese ocurrido alguna muerte.*[16]

Por nuestra parte, no se comparte la apreciación anterior en relación al art. 202 CP. Consideramos que el legislador prevé la figura imprudente de la propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa. Es decir, y en el primer supuesto, no se exige la producción de un resultado de contagio alguno (daño). Por el contrario, en el segundo supuesto, sí

[16] BUOMPADRE, JORGE E; CREUS, CARLOS, *Derecho Penal – Parte Especial – Tomo 2,* Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 89.

se exige un resultado lesivo concreto (tipo pluriofensivo) en contra de la vida o la integridad física de las personas. Se trata de un tipo penal cualificado por el resultado.

Desde el punto subjetivo, al menos el sujeto debe ser consciente de la existencia de los factores más relevantes o determinantes del hipotético resultado que sean racionalmente previsibles para producirlo.

c. Delitos contra la administración pública: Resistencia/ Desobediencia a la autoridad. Intimidación pública

Ambos decretos citados mencionan que su incumplimiento podrá acarrear las sanciones previstas en las conductas reguladas en el art. 239 (que regula la figura de resistencia y desobediencia a un funcionario público), que establece: "*Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal".*

Con anterioridad nos referimos a que, en relación a la normativa para la prevención de la propagación del COVID-19, la violación de una norma de carácter general hacía que el sujeto incurra en el delito tipificado en el art. 205 (violación de medidas contra epidémicas) y que, para el caso que la norma fuera de carácter particular, se incurría en el delito bajo análisis.

En este aspecto, parte de la doctrina considera que existe un error al incluir el art. 239 en el mencionado decreto. En palabras de Buompadre: (…) *es un delito de propia mano, esto es, un delito que sólo puede ser cometido por una persona que sea el singular destinatario de la orden de autoridad (sujeto pasivo en concreto y determinado), pero no cuando se trata de una disposición dirigida al público en general, como es, precisamente, el caso que nos ocupa.*[17]

En nuestra opinión parece importante poder diferenciar distintos grupos de casos, con la imposibilidad material en este momento de ser abarcativo de todo el universo. Como se viene analizando previamente, la violación a la cuarentena obligatoria permite subsumir dicha conducta en el delito del art. 205 CP y, eventualmente, en el art. 202 CP y/o 203 CP. No consideramos que dicha conducta *per se* sea subsumible en el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 CP) por los argumentos que se darán a continuación.

Atento lo planteado, se impone realizar un análisis sintético de aquellos requisitos necesarios y que requieren mayor precisión, según los hechos de interés, para la configuración del delito previsto en el art. 239 CP.

En cuanto a la hipótesis que señala la figura, la misma supone el incumplimiento de una orden, la cual no sólo debe emanar de una autoridad material y territorialmente competente, sino que además debe ser clara, concreta, destinada a una o a varias personas determinadas y debidamente comunicada, es decir, que ese mandato sea ciertamente conocido por quien o quienes son objeto del mismo.[18]

Por lo tanto, resulta requisito indispensable para la configuración del verbo típico la notificación personal fehaciente. En ese sentido, se ha dicho que "…*no resulta suficiente para configurar el delito de desobediencia a la autoridad que se acredite que la notificación ha sido practicada, sino que es preciso que de ella haya tenido conocimiento el imputado a su debido tiempo. El desconocimiento de alguna de las circunstancias referentes a*

[17] http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/doctrina48653.pdf

[18] TSJ, autos "F., N. y otra p.ss.aa. lesiones leves calificadas, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "F", 29/2012)

los elementos del tipo objetivo configura un error de tipo que, evitable o no, elimina la tipicidad subjetiva." Así las cosas, también se ha dicho que "*Para que se perfeccione el delito de desobediencia, las notificaciones que contienen mandatos o intimaciones judiciales, deben practicarse directamente al destinatario. Si de ninguna de las diligencias practicadas en autos resulta tal conocimiento, no puede hablarse de notificación personal*."[19]

¿Cuándo se podrá, en el contexto de esta pandemia, cometer el delito del art. 239 CP? En aquellos casos en los que, p. ej., una persona haya sido aprehendida e imputada por la comisión de un delito de violación de cuarentena (art. 205 CP) o propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa (art. 202/203 CP), y el Fiscal o Juez de la causa –según la competencia provincial o federal- imponga una medida cautelar y notifique al imputado la prohibición de salir de su domicilio por el término de 14 días y éste la incumpla.

La desobediencia a las órdenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en el marco de una investigación penal concreta podría encuadrar dentro de la figura del artículo 239 CP porque nos encontramos frente a un destinatario determinado a quien la autoridad pública competente le notificó una prohibición y su incumplimiento lesiona el bien jurídico protegido; esto es, el compromiso expresamente asumido por la administración de justicia, como parte del Estado, para erradicar y sancionar los hechos que puedan derivar en la propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa; máxime cuando estas órdenes son impartidas con el fin de prevenir o evitar que las mismas se reiteren poniendo en peligro, la vida, la salud o la integridad psicofísica de la víctima.[20]

Por otro lado, el delito de **resistencia a la autoridad** (también art. 239 CP) se podrá consumar cuando, una persona aprehendida en flagrancia (p. ej., como consecuencia del delito del art. 205 o 202 CP) se opone a su aprehensión derivada de una orden verbal y legítima del funcionario público. Este sería el caso del conductor del vehículo que se resista activamente al personal policial mediante forcejeos.

Finalmente, en el contexto de crisis sanitaria, muchas veces se presentan casos de personas inescrupulosas que buscan generar en el público en general sensaciones de miedo e incertidumbre.

El mismo pánico o irresponsabilidad provoca que las personas compartan información de la cual no pueden comprobar la veracidad, provocando una desinformación, que puede ser peligrosa.

Quienes elaboren o den difusión a contenidos falsos podría incurrir en el delito de **intimidación pública**. El art. 211 establece: *"Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos. Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años."*

Un ejemplo de noticia de contenido falso o *fake news* fue la difusión de un supuesto decreto por el que se ordenaba el aislamiento social preventivo y obligatorio, antes que se

[19] Según la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - SALA 1 CCC 73277/2017/CA1, en los autos "Y., E. G. s/ procesamiento". Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 10 – Secretaría no 130, con cita de Donna, E. "Derecho Penal. Parte Especial." Tomo III. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, ps. 91 y 95.

[20] Similar en relación a otro supuesto el T.S.J., Sala Penal, Cba., S. N° 348, 11/08/2016, *"W., R. A. p.s.a. lesiones leves, etc. -Recurso de Casación-".*

lo anunciara formalmente, el cual se encuentra bajo investigación judicial. La noticia se difundió a través de un mensaje de la red social WhatsApp el cual declaraba una cuarentena desde el lunes 23 hasta el 31 de marzo, generando que la ciudadanía se preocupara y tomara medidas como p.ej., largas colas en los supermercados y farmacias, favoreciendo justamente lo que el Estado pretendía evitar. La representante del Ministerio Público Fiscal dispuso la investigación preliminar para determinar dónde se inició la cadena que puso en alerta a la población. Ello, llevó a iniciar una investigación penal para determinar el origen de un mensaje que circuló en redes sociales ya que la difusión del falso contenido puede generar "alarma" en la población y constituir un delito de acción pública.[21]

d. Medidas cautelares. Decomiso de automotores: art. 23 CP.

Además de las consecuencias penales que, dentro de las investigaciones penales, le puede traer a una persona la violación del aislamiento se pueden adoptar distintas medidas cautelares patrimoniales que podrían garantizar que se cubran los gastos de los operativos y eventualmente indemnizaciones al Estado así como requerir las medidas necesarias para hacer cesar los efectos del delito y, por ejemplo, asegurar el decomiso de los vehículos utilizados en infracción a las normas destinadas a proteger a la salud pública en relación al COVID-19.

En sintonía con lo anterior, y por medio de la Resolución de la Procuración General de la Nación Nº 27/20,[22] se instruyó a los fiscales federales a solicitar medidas cautelares que aseguren el decomiso[23] de vehículos utilizados en la infracción al aislamiento obligatorio. [24]

Ello se dispuso para generar un mayor efecto disuasivo, al advertir que gran parte de los presuntos delitos en violación al DNU 297/20 son cometidos por automovilistas, lo que agrava los riesgos de propagación del COVID-19. A tal efecto, y como medida complementaria a la sanción penal propia de la comisión de los delitos ya mencionados, se le agregó que los bienes mediante los cuales se cometa el/los delito/s podrán, eventualmente, ser decomisados en favor del Estado Nacional o estados provinciales.

Mediante la resolución general Nº 27/20 se dispuso que le corresponde al Ministerio Público Fiscal impulsar todas las medidas conducentes para lograr que los procesos penales que se han iniciado respecto de estos hechos aseguren los bienes –mediante su secuestro-, en el caso los vehículos utilizados como instrumentos comisivos del delito, para que no se frustre la posibilidad del decomiso al momento de la sentencia.[25]

Es por ello que resulta necesaria una intervención proactiva desde el inicio mismo de las actuaciones penales, conforme lo habilitan los dos últimos párrafos del artículo 23 del CP, los artículos 231 y 238, del Código Procesal Penal de la Nación, los artículos 219 y 223 del Código Procesal Penal Federal y los artículos 210 y 217 del Código Procesal Penal de Córdoba, a fin que los bienes utilizados para la comisión de estos ilícitos sean efectivamente decomisados.

---

[21] https://www.pagina12.com.ar/253992-la-fake-news-sobre-el-decreto-de-la-cuarentena-bajo-investig

[22] https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2020/03/PGN-0027-2020-001.pdf

[23] Privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente.

[24] https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/instruyen-a-fiscales-federales-a-solicitar-medidas-cautelares-que-aseguren-el-decomiso-de-vehiculos-utilizados-en-la-infraccion-al-aislamiento-obligatorio/

[25] https://www.infobae.com/politica/2020/03/26/la-justicia-analiza-decomisar-los-autos-de-quienes-violen-la-cuarentena/?output

Para ello, los integrantes del Ministerio Público Fiscal deberán considerar las medidas que de mejor modo garanticen la efectiva guarda o conservación de las cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva, encontrándose, en su caso, también disponible la herramienta prevista en el artículo 221 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación aplicable al proceso penal en función de lo dispuesto en las normas adjetivas correspondientes.[26]

Como puede analizarse, el fundamento de esta medida radica en que el derecho de propiedad no puede proteger el uso ilícito que se haga de los bienes.

Esta situación excepcional que se plantea en el país ha generado que el Derecho Penal (sustancial como procesal) evolucione rápidamente acorde a los nuevos acontecimientos sociales que se producen día a día. En este contexto, este tipo de medidas viene adoptándose con la colaboración de los municipios encargados de controlar el acatamiento de la disposición y generó como era previsible, por su efecto disuasivo, un importante acatamiento de la medida.[27]

Cabe referir que, cuando pensamos en el decomiso de vehículos, esto no sólo abarca a los vehículos automotores sino también puede darse el caso de embarcaciones marítimas, aeronaves y motocicletas.

Al respecto, cabe traer a colación el reciente caso que se investiga en Rosario, por parte de la Fiscalía Federal N°3, en la que uno de los directivos de la firma Vicentin quedó imputado, luego de que fuera sorprendido por la Prefectura Naval Argentina cuando navegaba en su yate por el Río Paraná. Tras una persecución, el hombre fue detenido y trasladado a su domicilio, mientras que la embarcación "Champagne" fue secuestrada y quedó amarrada en un apostadero de esa fuerza.

Asimismo, y ante la constatación de los incumplimientos al aislamiento dispuesto, se pueden adoptar otras medidas cautelares tales como embargos preventivos, inhibiciones, prohibiciones de innovar, prohibiciones de contratar u otras, de acuerdo a cuál sea la más adecuada al caso concreto.

Dicho todo lo anterior, consideramos que la medida de decomiso en relación a las conductas objeto de análisis resulta, cuando menos, sumamente discutible en cuanto a una aplicación automática de la misma, según pretenden algunos operadores jurídicos.

Como es sabido el juzgador deberá valorar la causalidad y verificar que el bien fue un medio necesario para la comisión de la conducta delictiva, lo cual dependerá del marco circunstancial.

Como potenciales argumentos en contra de la aplicación de esta medida de decomiso se pueden presentar los siguientes.

En primer lugar, atendiendo a las hipótesis delictivas bajo análisis (arts. 202, 203 y 205 CP) y de modo general, parece que el uso del vehículo sería posterior (agotamiento del hecho) a la consumación del delito en cuestión. El caso habitual es aquél en donde la persona, al salir de su casa, ya consumó el hecho delictivo de violar la cuarentena. Luego, se dirige a la cochera, se sube a su vehículo o al de un tercero y se traslada a un lugar deter-

[26] Art. 221 CPCCN: *Procederá el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del juicio, cuando el embargo no asegurare por el derecho invocado por el solicitante, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar. Procederá, asimismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva.*
El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga; fijará su remuneración y ordenará el inventario, si fuese indispensable.

[27] https://amp.pagina12.com.ar/255861-coronavirus-en-cordoba-decomisan-los-autos-de-quienes-violan

minado. En el trayecto es detenido por un control policial o municipal y, en base a la supuesta comisión de un delito en flagrancia, se le secuestra el vehículo. Por lo tanto el vehículo, en el caso concreto, no se ha utilizado para cometer el delito ya que el mismo se consumó mucho antes.

En segundo lugar, según el propio tenor literal del art. 23 CP y en línea con lo anterior, el instrumento debe haber sido utilizado en la etapa ejecutiva ("cosas que han servido para cometer el hecho"), resultado discutible defensivamente el decomiso contra los bienes usados en el agotamiento del delito salvo que, luego, incurra en otro delito distinto. Esto se explica en que la privación de la propiedad se justifica en que el instrumento es utilizado provocando o permitiendo la afectación de un bien jurídico, lo cual no acontece –de modo general- en un control policial o municipal derivado de la violación previa de la cuarentena salvo que se trate del uso de un vehículo para huir o escapar de un control anterior.

En tercer lugar, también resulta discutible decomisar el vehículo cuando el mismo pertenece a un tercero no responsable por el delito. Así, es posible pensar el caso del titular registral que autorizó —sin saber que se cometía un delito— o directamente no autorizó su uso concreto en dichas circunstancias o, bien, un tercero que tuviera un derecho real de prenda adquirido con anterioridad a la fecha de consumado el delito, lo que les garantiza con privilegio especial el cobro de su crédito prendario.

En cuarto lugar, lo anterior podría derivar en la violación al derecho de la propiedad reconocido por el art. 17 de la Constitución Nacional.

En quinto lugar, el juzgador deberá valorar adecuadamente los presupuestos de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad que concurren en el análisis del caso junto a la ponderación del hipotético efecto confiscatorio de la medida en los términos vedados por la Constitución. Así podría suceder que la medida cautelar es desproporcionada tanto con el injusto y la culpabilidad determinados al condenar al acusado por los delitos bajo análisis, cuanto respecto al patrimonio del mismo, en orden a la alegada lesión al derecho de propiedad.[28]

Desde otro costado, si se considera viable la medida de decomiso y a los fines de no vulnerar el derecho de defensa del imputado, será recomendable que, el hecho intimado por la Fiscalía al imputado, deba necesariamente describir que la conducta delictiva se ha realizado mediante el uso del vehículo e identificar adecuada y suficientemente al mismo.

Finalmente, es importante que, cuando se trate del secuestro de un bien, se evalúe desde el primer momento cómo se va a custodiar durante el proceso penal para que el bien no se desvalorice. Quizás sería recomendable que el vehículo sea entregado en carácter provisorio de depositario judicial al propio imputado o al tercero legitimado, con la obligación de exhibirlo cuando sea útil como medio de prueba en el proceso penal y bajo apercibimiento de incurrir en un nuevo hecho delictivo (por ej. depositario infiel art. 263 CP). Todo ello dado el tiempo que insumen los procesos judiciales, máxime en una situación de emergencia como la actual. Eventualmente, y de manera complementaria, se podría pensar en una medida cautelar de embargo sobre dicho bien.

[28] Sobre la proporcionalidad en general se sostiene que si bien debe diferenciarse el decomiso de la confiscación general de bienes prohibida por la Constitución, el decomiso sería inconstitucional si no respetase las reglas de humanidad y mínima racionalidad y, por tanto, en el caso concreto deviniese una pena de confiscación.

2. Situación en las cárceles de Argentina. Consecuencias de la pandemia

Las medidas tomadas por el Estado argentino en relación al COVID-19 afectaron de manera sustancial a las instituciones que albergan personas en condiciones de vulnerabilidad. En este sentido, los hospitales, neuropsiquiátricos, asilos para ancianos y las cárceles se vieron en la necesidad de intensificar las medidas de seguridad, cada uno, evaluando sus condiciones particulares.

Debe tenerse presente que, por sus características estructurales estos establecimientos no pueden cerrarse, por lo que es fundamental la consideración tanto de las personas que deben permanecer allí como del personal que trabaja en dichos establecimientos, que es basto, y que se traslada diariamente. Esto se complejiza en la medida que conviven, allí dentro, un gran conglomerado de personas que no pueden ser aisladas, viéndose obligados a compartir espacios y utensilios. Esta situación resulta por demás preocupante dado que, conforme a las recomendaciones de la OMS, la forma más efectiva de impedir el contagio y propagación del COVID-19 es evitar el contacto interpersonal.

Nos detendremos en este acápite en la situación de las instituciones penitenciarias. En este sentido, nos parece fundamental tener como eje que, en estos casos, la libertad ambulatoria es el único derecho que se ve limitado; y, en consecuencia, el ingreso a una prisión no despoja a los internos de los demás derechos reconocidos por la Constitución Nacional, ni de la protección de las leyes y tratados internacionales suscriptos por Argentina.

No obstante, en la práctica se presentan ciertos problemas que, por un lado, elevan las posibilidades de contraer esta enfermedad, en la medida que se está en presencia de récords históricos de superpoblación y de falta de recursos para atender a todos los internos[29], además que la falta de desarrollo de las políticas carcelarias, a la hora de implementar medidas para prevenir el contagio, impactó de manera directa en los derechos de las personas privadas de su libertad.

Teniendo en cuenta lo mencionado, las instituciones penitenciarias tomaron una serie de medidas para abordar la emergencia sanitaria que pueden resultar cuestionables. Esto motivó una serie de presentaciones de las defensas de los internos (tanto particulares como oficiales) y de numerosos organismos de DDHH[30] y asociaciones civiles constituidas a tales fines, en pos de garantizar los derechos que estarían siendo conculcados.

En este contexto, muchos actores sociales, así como los propios internos hicieron público que en los establecimientos carcelarios resulta imposible poder cumplir siquiera con la recomendación de estar a un metro y medio de distancia, menos de poder lavarse las manos de manera permanente e higienizar los ambientes y los objetos de manera correcta.

Esta realidad produjo, como resultado, situaciones de estupor y violencia que se vivieron en el interior de algunas cárceles y que tuvieron réplicas, prácticamente, en todas las instituciones penitenciarias de países con casos de COVID-19. El reclamo por mejoras en

---

[29] https://tn.com.ar/sociedad/las-carceles-federales-desbordadas-superpoblacion-y-estado-de-alerta_989831

[30] *El Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes dictó "sus Conclusiones y Recomendaciones", respecto del caso argentino el 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33° Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004). Allí señaló los "Factores y dificultades que obstaculizan a aplicación de la Convención" para lo cual tomaba "nota de las dificultades a las que se enfrenta el Estado Parte, especialmente aquellas de tipo económico y social". No obstante, señaló "que no existen circunstancias excepcionales de ningún tipo que puedan invocarse para justificar la tortura". Al establecer las cuestiones que eran motivos de especial preocupación para la situación argentina enumeró entre otras las siguientes: (...) (h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes"*

las condiciones de vida de los reclusos generó un sin número de comunicados desde los centros penitenciarios, los cuales concluyeron en diversos motines[31], representando una amenaza directa a la integridad de los reclusos, lo cual fue acompañado de los reclamos de los familiares y allegados quienes exigieron diversas medidas a los órganos del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo.

Esta situación no solo forma parte de la realidad de la provincia de Córdoba y de las cárceles del país; el impacto en relación a la modificación de las políticas carcelarias ha derivado en situaciones de extrema violencia en todas partes del mundo. De esta forma, el 24 de marzo se tuvieron noticias sobre motines en una prisión del Reino Unido con motivo de las restricciones impuestas para la prevención del COVID-19, lo cual derivó en toma de rehenes.[32] En igual sentido, el día anterior se tuvo noticias de disturbios en 13 cárceles de Colombia, los cuales dejaron al menos 23 personas muertas y 91 heridas.[33]

a. Criterios para abordar la pandemia en las cárceles desde una perspectiva de DDHH.

En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció efectuando una serie de recomendaciones para los centros penitenciarios que se encuentran en los países bajo su órbita, las cuales tuvieron dos ejes, por un lado: a. Evaluar la aplicación de medidas alternativas al encierro y por otro lado; b. que los estados procuren garantizar los derechos de las personas privadas de su libertad, priorizando la salud y la higiene de los centros penitenciarios así como el contacto con el exterior garantizando el cumplimento de las medidas de seguridad para evitar el contagio.

En este sentido, la CIDH recomendó a los estados:

1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.

2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores.

4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia.[34]

---

[31] https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/03/24/motines-en-carceles-confirmaron-que-son-tres-los-muertos-en-los-penales-de-corona-y-las-flores/

[32] https://www.mirror.co.uk/news/uk-news/coronavirus-hostage-fears-prison-inmates-21743141

[33] https://colombiareports.com/colombia-says-at-least-23-killed-91-injured-in-mass-prison-riots/

[34] https://mailchi.mp/dist/la-cidh-urge-a-los-estados-a-garantizar-la-salud-y-la-integridad-de-las-personas-privadas-de-libertad-y-sus-familias-frente-a-la-pandemia-del-covid-19?e=d7503b4664

La protección que exige la CIDH a los estados parte tiene como fundamento los diferentes tratados internacionales que por ellos han sido suscriptos. En el caso de Argentina, los mismos fueron ratificados otorgándosele jerarquía superior a las leyes. En estos tratados, así como en la Constitución Nacional, se consagra el derecho a la salud como un derecho humano y, con este criterio, la población de reclusos que poseen uno o más de los factores de riesgo considerados por la OMS, cuentan con su protección y, en consecuencia, su situación debe ser resuelta con extrema urgencia. Desde una perspectiva de derechos humanos, no solo debe considerarse los riesgos propios de cada enfermedad o la influencia del factor etario, sino además, evaluar si los establecimientos penitenciarios poseen las características que constitucionalmente se le exigen. En este contexto, el Estado argentino sería pasible de responsabilidad internacional en el caso de que no pudiese garantizar ello.[35]

b. Medidas alternativas al encierro.

La crisis sanitaria producto del COVID-19 generó la posibilidad de poner en agenda discusiones de larga data en torno a políticas públicas aplicables a las personas privadas de su libertad. Uno de estos tópicos es la aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad o su cumplimiento dentro de instituciones a tales fines, en particular cuando se consideran a presos mayores, enfermos, no peligrosos y no condenados por crímenes aberrantes.

Con este criterio, en Irlanda del Norte se decidió liberar a aquellos presos que hubieran calificado para libertad anticipada.[36] En Portugal, fueron liberados todos aquellos presos que estuvieran bajo la figura de prisión preventiva.[37] En India las libertades anticipadas en pos de la prevención del coronavirus ascendieron a 3.000.[38] Turquía elabora una ley para liberar a 100.000 personas privadas de su libertad.[39] En igual sentido, en Canadá se liberó del cumplimento de la condena a aquellos condenados a penas intermitentes[40]. Incluso, en estados más reticentes a tomar medidas en relación al virus, se están tomando ciertas determinaciones en relación a la prevención de la enfermedad en las cárceles; en este sentido, Donald Trump manifestó estar considerando emitir una orden para liberar a los prisioneros mayores y no violentos de las cárceles federales, en consonancia con las disposiciones de los gobiernos locales de los estados de California, Nueva York y Texas, que liberaron a miles de reclusos de edad avanzada y de bajo nivel en un esfuerzo por enfrentar el brote.[41]

---

[35] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

[36] http://www.irishnews.com/coronavirus/2020/03/24/news/prisoners-to-be-released-early-in-northern-ireland-1876325/?param=ds441rif44T

[37] https://www.portugalresident.com/prisoners-of-all-kinds-to-be-released-as-courts-fail-to-meet-judicial-deadlines/

[38] https://www.tribuneindia.com/news/coronavirus-tihar-jail-to-release-3-000-prisoners-to-ease-congestion-in-prison-60070

[39] https://www.middleeasteye.net/news/coronavirus-turkey-law-release-inmates-prisons

[40] https://globalnews.ca/news/6703990/convicts-serving-intermittent-sentences-granted-leave-from-prison-during-covid-19/

[41] https://www.businessinsider.com/trump-consider-coronavirus-executive-order-federal-prisons2020-3?r=US&IR=T. https://www.bbc.com/news/world-us-canada-51947802

En el caso particular de Argentina, no podemos afirmar que exista un criterio uniforme en relación a tomar este tipo de medidas, por lo que las resoluciones de los órganos judiciales ordinarios de cada provincia como los de la justicia federal fueron fallando en diversos sentidos.

En el caso de la Cámara Federal de Casación Penal, adoptando los criterios esgrimidos por la CIDH, mediante acordada N° 3/20 ha expresado:

"…Que sin perjuicio de las recomendaciones establecidas/ mediante Res. CFCP N° 74/20 en atención a las pandemia declarada por la aparición del Coronavirus 2019-nCov (denominado COVID-19), constituye preocupación de este tribunal la situación de las personas privadas de la libertad en distintos establecimientos, en razón de las particulares características de propagación y contagio – conforme las advertencias efectuadas por la Organización Mundial de la Salud – y las actuales condiciones de detención en el contexto de emergencia penitenciaria formalmente declarada. Esto permite inferir las consecuencias sobre aquellas personas que, además, deban ser considerados dentro de un grupo de riesgo, de acuerdo a las indicaciones de aquellos organismos y del Ministerio de Salud de la Nación. Que a fin de resguardar adecuadamente el derecho a la salud que el Estado debe garantizar a las personas en condición de encierro, por tratarse de una específica situación de vulnerabilidad (arts. 18 y 75 inc. 22°, 4.1, 5, 19 y 26 CADH, 12.1 y 2, ap. "d" PIDESC, art.3 y 25 DUDH, 1 y 11 DADDH, Reglas Nelson Mandela 24 a 35, Secc. 2da., apartado 10, acápites 22 y 23 de las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" y 58,59,60, 61, 143 de la ley N° 24.660), el Tribunal, en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el art. 4 del CPPN, RESUELVE:…ENCOMENDAR el preferente despacho para la urgente tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conformen el grupo de riesgo en razón de sus condiciones preexistentes (art. 36), atendiendo a las circunstancias aquí expresadas…SOLICITAR a las autoridades competentes —de conformidad con las medidas de emergencia dispuestas mediante el Decreto PEN N° 260/2020—, la adopción con carácter urgente y en forma conjunta de un protocolo específico para la prevención y protección del Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro, en resguardo del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún otro grupo de riesgo, y de las personas a ellos vinculadas…"

Estas recomendaciones fueron acogidas por diferentes órganos que comenzaron a evaluar la posibilidad de liberar a los presos que se encuentran dentro de la población de riesgo. En este sentido, ante la inminencia del coronavirus y previo a la declaración de aislamiento social preventivo y obligatorio la Fiscalía de 27 Nominación en los autos **"Incidente con motivo de la presentación del Dr. Gramática a favor del imputado Oscar. A. Cerutti" Expte. SAC N° 8084045,** resolvió la primera detención domiciliaria de Córdoba a favor de una persona con prisión preventiva no firme por pertenecer al grupo de riesgo en relación a la pandemia en razón de su edad y enfermedades crónicas preexistentes. En este sentido, la fiscalía manifestó:

"*En efecto, y tal como lo señala el defensor, ha sido declarada una pandemia mundial por la Organización Mundial de la Salud con motivo de la propagación del COVID-19, como también la emergencia sanitaria que se ha dispuesto en nuestro país, a lo que corresponde agregar las medidas que en función de ello dispuso el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba mediante Acuerdo 1 de 2020, siendo que el encartado Oscar Antonio*

Cerutti, tanto por su avanzada edad como por su estado de salud se encuentra inmerso dentro de la llamada población de riesgo, es que corresponde, al menos en esta instancia y sin perjuicio de un análisis posterior de la medida, hacer lugar a la prisión domiciliaria del nombrado, como medida atenuada del cumplimiento de su detención a partir del día de la fecha, la que deberá ser cumplida en el domicilio de calle Belgrano n° 639 de la ciudad de Sunchales de la provincia de Santa Fe, el cual cf. se desprende de la causa principal fue el de la residencia habitual del imputado Cerutti hasta el momento de su detención, siendo allí efectivamente donde se efectivizó, como también deberá cumplimentarse bajo el cuidado de su hijo, Mariano Rafael Cerutti, quien ha comparecido en el día de la fecha comprometiéndose a velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas. Conforme lo expuesto, y normativa legal citada, ***RESUELVO: I.****Disponer la detención domiciliaria del imputado Oscar Antonio Cerutti D.N.I. 8.071.361, Prio. 1451471 AG, como medida atenuada del cumplimiento de su detención a partir del día de la fecha, y sin perjuicio de un análisis posterior de la medida, la que deberá ser cumplida en el domicilio de calle Belgrano n° 639 de la ciudad de Sunchales de la provincia de Santa Fe, bajo el cuidado de su hijo, Mariano Rafael Cerutti DNI 27.447.646., medida que se hará efectiva desde el lugar de alojamiento del nombrado en atención a las excepcionales circunstancias expuestas, previa revisación médica.* ***II.*** *Establecer la absoluta obligatoriedad de permanencia en el domicilio consignado, bajo apercibimiento de inmediata revocación (artículo 34 ley 24660) como así también la obligación adicional para el imputado de no contactarse, mientras se mantenga vigente la detención domiciliaria que aquí se dispone, con personas implicadas en los hechos bajo investigación, ni directa ni indirectamente, ni personalmente ni a través de cualquier medio, salvo en lo concerniente a sus vínculos familiares, ni podrá obstaculizar la acción de la justicia, directa o indirectamente, todo bajo apercibimiento de revocarse el beneficio.* ***III.*** *Autorizar a Oscar Antonio Cerutti a concurrir todas las veces que sea necesario al hospital o centro médico asistencial más conveniente para su debido control y tratamiento médico. En tales supuestos deberá darse aviso telefónicamente a esta Fiscalía y acreditarse con posterioridad con el debido certificado médico que deberá presentar la defensa.* ***IV.*** *Solicitar a la Dirección Provincial de Control y Asistencia post penitenciaria de la Provincia de Santa Fe la supervisión de la prisión domiciliaria de Oscar Antonio Cerutti, bajo la forma de informes mensuales, hasta que se resuelva la situación procesal de aquél.* ***V.****Notifíquese y lábrese el acta correspondiente a cuyo fin ofíciese al Servicio Penitenciario en los términos indicados*".

No obstante, a pesar de las recomendaciones de la CIDH y de diversos organismos de DDHH, no es posible afirmar que este haya sido el criterio a seguir por la justicia en la provincia de Córdoba. A la fecha, el criterio en la provincia fue sumamente restrictivo, considerando que, hasta que *no se confirme la presencia de un caso dentro de alguna institución penitenciaria*, no existe motivo suficiente para hacer lugar a las solicitudes.[42]

Este criterio se confirma al considerar que, de los 97 pedidos de prisión domiciliaria que ha resuelto hasta la fecha de la noticia publicada, la Cámara creada a tales fines solo habría hecho lugar a 1 solo, cuyo carácter humanitario era extremo. En el mencionado caso, se hizo lugar a la detención domiciliaria de una mujer privada de su libertad con su hijo de un mes (nacido en cautiverio) y quien además tiene tres hijos a cargo.[43] Bajo este para-

[42]https://www.lavoz.com.ar/sucesos/carcel-lugar-adecuado-para-cumplir-con-aislamiento-del-coronavirus

[43] https://www.lavoz.com.ar/sucesos/camara-coronavirus-ya-resolvio-97-pedidos-de-prision-domiciliaria-en-cordoba

digma no se hicieron lugar a solicitudes de personas que superaban la edad para ser incluidos dentro de los grupos de riesgo, además de tener severas afecciones de salud afecciones de salud.[44]

3. Conclusiones

a) El contexto que hoy atravesamos nos obliga a repensar al DERECHO desde un nuevo paradigma.
b) Está claro que la violación a lo dispuesto en los DNU hace operativo el derecho penal, en tanto se pueden verificar la comisión de diferentes tipos de delitos que conllevan aparejada como sanción la imposición de pena de prisión en todos los casos.
c) Asimismo, como consecuencia de la comisión de estos delitos, en los inicios de las investigaciones, la autoridad competente puede aplicar medidas cautelares tales como el secuestro de los vehículos para poder hacer efectivo el decomiso (art. 23 CP).
d) La tecnología ha ingresado y llegará –esperamos- para quedarse en el PJ a los fines de la atención de las cuestiones urgentes y en los establecimientos penitenciarios permitiendo flexibilizar las condiciones del encierro a los fines de hacer efectivo el derecho de la comunicación.
e) La justicia es un servicio esencial y como tal, debe funcionar, para lo cual se deberá apelar cuanto antes al uso permanente de la tecnología a fin de poder darle al ciudadano respuestas en todos los conflictos, evitando que se vulneren sus derechos, que los procesos sigan siendo de una duración irrazonable y que se prescriban las causas, afectándose irremediablemente a las víctimas.

[44] V.G: Resolución del Juzgado de Control de Feria de fecha 28 de marzo de 2020 en autos 9146589 - GRAMATICA BOSCH GERARD SOLICITA HABILITACION DE FERIA EN AUTOS " AIRAUDO JORGE CARLOS Y OTROS P.SS. AA. ASOCIACION ILICITA EXPTE. SAC. 7053735 ", en el que se confirma la resolución de fiscalía de no hacer lugar a la detención domiciliaria de un hombre que integra el grupo de riesgo al tener 60 años y es **Diabético Nivel 2**. En igual sentido se pronunció la Cámara de Acusación de Feria de fecha 3 de abril de 2020 en autos 9146160 S/ CESE DE PRISION DE ARSENIO OSVALDO MANSILLA – INCIDENTE, no haciendo lugar al pedido de prisión domiciliaria de un hombre de 68 años también diabético.

Delinquir en cuarentena: acerca de la relación concursal entre el tipo penal del art. 205 del CP y otros tipos penales. Análisis normativo y filosófico

Crime in quarantine: about the relationship between the criminal offence of art. 205 of the Argentinian Criminal Code and other criminal offences. Normative and philosophical analysis

Por: **GISELA JAMARDO Y VALENTINA PEDERNERA**[*]

Resumen: El concurso de delitos es uno de los temas que tomó relevancia con la pandemia de coronavirus. Proponemos analizar dicha temática desde dos perspectivas. En primer lugar, realizamos un análisis normativo. Estudiamos dos supuestos de hecho concretos y los resolvemos conforme a las normas penales vigentes. En segundo lugar, proponemos un análisis filosófico. Allí cuestionamos las normas vigentes que distinguen entre concurso ideal y concurso real. Aplicamos el método del equilibrio reflexivo para preguntarnos sobre la justificación valorativa de tal distinción y luego proponemos argumentos a favor y en contra de la mencionada regla. Finalmente, brindamos nuestra posición al respecto.

Palabras claves: Cuarentena. Concursos de delitos. Delitos permanentes. Normas penales en blanco. Equilibrio reflexivo.

***Abstract**: The concurrence of offences is one of the issues that came to the fore with the coronavirus pandemic. We propose to analyze this issue from two perspectives. Firstly, we carry out a normative analysis. We study two specific cases and resolve them in accordance with the current criminal law. Secondly, we propose a philosophical analysis. We question the current rules that distinguish between ideal and real concurrence of offences. We apply the method of reflexive equilibrium to ask ourselves about the value justification of such a distinction and then propose arguments for and against the aforementioned rule. Finally, we offer our position on the matter.*

***Key words:** Quarantine. Concurrence of offences. Permanent crimes. Blank criminal rules. Reflective equilibrium.*

I. Introducción

La pandemia provocada por la expansión del virus covid 19 generó discusiones sobre diversos temas y el derecho penal no fue la excepción. En este trabajo nos proponemos trabajar sobre uno de esos temas que han surgido a propósito de esta situación: el concurso de delitos entre el art. 205 del Código Penal y otras figuras delictivas.

El Poder Ejecutivo Nacional tomó distintas medidas para evitar los contagios durante la pandemia del covid 19. Entre ellas, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia n.° 297/20 (DNU 297/20), dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO), que restringió la libertad de circulación de los ciudadanos. Estas medidas de las autorida-

[*] Abogadas y adscriptas de la asignatura Derecho Penal I (UNC); especializanda en Derecho Penal y doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) respectivamente; auxiliares y asistentes de magistrado en el Juzgado de Control y Faltas N° 7 de Córdoba. jamardogisela@gmail.com; vpedernera@gmail.com.
Agradecemos especialmente a José Milton Peralta y Horacio Carranza por las discusiones sobre los temas aquí tratados y por sus valiosos comentarios.

des para evitar la introducción o propagación de una epidemia le dieron contenido y actualidad al tipo penal del art. 205 del CP, el que comenzó a ser aplicado a todos aquellos ciudadanos que circularon sin autorización durante la vigencia del ASPO. Además, si aquellos ciudadanos cometían otros tipos delictivos mientras estaban circulando sin autorización, eran imputados por la comisión de varios tipos delictivos y allí surgió el interrogante sobre cuál es la manera correcta de concursar los tipos penales en cuestión.

Este trabajo surgió a raíz de una serie de discusiones originadas en el ámbito judicial a consecuencia de las diversas imputaciones del tipo del art. 205 y otros tipos penales.[1] En tales discusiones advertimos que era necesario algo más que la aplicación lisa y llana de los artículos 54 o 55 del CP y que debíamos tener en cuenta otras cuestiones para aplicar de modo correcto las reglas de los concursos. Entre ellas, la particular circunstancia de las leyes penales en blanco, lo que, en estos casos, también se relaciona estrechamente al tipo de delitos de que se trate (permanentes, instantáneos o de efectos permanentes). Aquella indagación nos llevó a proponer el análisis que aquí desarrollamos respecto de la aplicación de las reglas concursales en casos concretos.

El trabajo tiene dos objetivos centrales que se corresponden con las dos perspectivas desde las que se puede analizar esta temática: una perspectiva normativa o *de lege lata* y otra filosófica o *de lege ferenda*, las que constituirán las dos partes en que se dividirá el trabajo. En la primera sección, el objetivo será analizar casos concretos para aplicar las normas vigentes de manera adecuada. Esta tarea implica analizar algunas cuestiones elementales relativas a las diversas teorías sobre los concursos de delitos y proponer interpretaciones de las normas para llegar a la solución acertada o "acorde a derecho" en cada uno de los supuestos. Con ese objetivo, primero expondremos algunas cuestiones conceptuales como la diferenciación entre concurso ideal y real, la distinción entre los delitos permanentes con estructuras similares y la cuestión de las normas penales en blanco. Al final de esta primera parte realizaremos la subsunción de los casos y les daremos la solución que creemos adecuada conforme a los presupuestos planteados, esto es, aplicar las reglas del concurso ideal.

En la segunda parte, haremos un análisis filosófico de la temática. El objetivo será cuestionar la distinción entre concurso ideal y real desde el plano valorativo. Comenzaremos por plantear algunos cuestionamientos relativos a la manera en que fueron legisladas las reglas del concurso de delitos y nos preguntaremos sobre la utilidad y justificación de la distinción entre concurso ideal y real. Para ello, aplicaremos el método del equilibrio reflexivo para trabajar con nuestras intuiciones sobre lo que consideramos soluciones justas y los principios que rigen la imposición del castigo penal en casos de pluralidad delictiva. Trataremos de esbozar cuál sería la mejor manera de legislar esta temática y terminaremos esta sección con una propuesta de solución a nuestros cuestionamientos.

La importancia de abordar este tema desde ambos aspectos radica en que la opción por una u otra regla concursal no da igual términos de escalas penales. Mientras que la aplicación de la regla del concurso ideal conlleva a la aplicación de una única escala penal (la más grave de entre las escalas en cuestión), la del concurso real conlleva la conformación de una escala que tendrá como mínimo el mínimo mayor y como máximo la suma de los máximos de las escalas penales que concurren a sancionar el hecho, esto es, una escala penal sustancialmente mayor a la que se aplica en un caso de concurso ideal.

[1] El caso que usamos como guía de análisis y el que contiene las ideas centrales que exponemos en este trabajo es el fallo "Ariza": Juzgado de Control y Faltas n.° 7 de Córdoba, Auto n.° 106, 3/7/2020.

Por ello, desde el plano dogmático, es importante realizar una correcta subsunción de los casos en la norma vigente, que sea respetuosa del principio de legalidad y que no infrinja el *ne bis in idem*. Asimismo, desde el plano filosófico, resulta necesario cuestionar la aplicación de las normas vigentes para evaluar si el sistema que actualmente tenemos para establecer las escalas penales es un sistema coherente con los principios que rigen el castigo de casos de pluralidad de delitos y, a su vez, con nuestras intuiciones sobre lo que consideramos justo.

II. Análisis normativo

Como punto de partida, reconstruiremos los dos supuestos de hecho que guiarán nuestro análisis. Estos casos serán el objeto de esta parte del trabajo para analizar la cuestión del concurso del art. 205 y otros tipos penales.

Caso 1

A y B, durante la vigencia del ASPO (dispuesto por el DNU 297/20) circulaban en automóvil por la ciudad sin autorización, circunstancia en la que ven a C, quien caminaba por la calle, y deciden apoderarse de su mochila. Por ello, lo interceptaron y lograron que C se detuviera. B descendió del vehículo, le pegó un golpe de puño y, mientras lo apuntaba con un arma de fuego, se apoderó de sus pertenencias. Luego, los delincuentes huyeron del lugar, pero la policía los detuvo a unas cuadras.

A y B fueron imputados por la comisión de los delitos de robo calificado por el uso de arma (art. 166 inc. 2 CP) y violación de las medidas adoptadas para impedir la propagación de una epidemia (art. 205 CP).

Caso 2

A, durante la vigencia del ASPO (dispuesto por el DNU 297/20), ingresó al patio de la vivienda de B y C. Este último, advirtió por la ventana la presencia del intruso, por lo que le solicitó a B que llame a la policía y salió al jardín con el objetivo de excluir al intruso, momento en que lo sorprendió, forcejean y A salió corriendo de la casa para escapar. Mientras C lo perseguía, A tomó unas piedras y se las arrojó para evitar ser atrapado, pero las piedras no le impactaron. Unos metros más adelante, A fue detenido por la policía.

A fue imputado por la comisión de los delitos de violación de domicilio (art. 150, CP), agresión con arma (art. 104 última parte CP) y violación de medidas adoptadas para impedir la propagación de una epidemia (art. 205 CP).

II. 1. Precisiones preliminares

Conforme a los objetivos y al planteo de este trabajo, en primer lugar, haremos una aproximación conceptual sobre el tema de la pluralidad delictiva y de los distintos supuestos que estudia. Nuestro análisis se centrará en la distinción entre el concurso ideal y el concurso real. También esbozaremos el concepto de delitos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes. Finalmente, nos referiremos a la incidencia que tienen las leyes penales en blanco en la aplicación de las reglas de los concursos. Todo esto será el marco que utilizaremos para resolver los casos planteados.

II. 1. a. Concurso ideal y concurso real

Las teorías relativas al concurso de delitos sirven para resolver los casos en los que se juzgan varias infracciones a la ley penal. Muy simplificadamente, esto puede suceder porque

se cometen varios hechos que son tipificados por la misma o por diversas normas penales (concurso real), porque se comete un solo hecho que está tipificado (de modo aparente o de modo parcial) por más de una norma (concurso aparente o de leyes[2] y concurso ideal) o bien porque se realizan varios actos dependientes entre sí que conforman un solo hecho que está tipificado por una norma (delito continuado). Las reglas de los concursos de delitos establecen cuál es la escala penal que debe aplicarse según el caso de que se trate.

Nos centraremos en la distinción entre el concurso real y el concurso ideal. Podemos decir que existe un concurso *ideal* cuando un único hecho encuadra en más de una norma penal, pero ninguna de ellas logra abarcar la totalidad de la ilicitud de la conducta. Existe un concurso *real* cuando existen varios hechos independientes entre sí que encuadran en distintos tipos penales. Lo que ambos concursos tienen en común es la existencia de más de una ilicitud o afectación penalmente relevante, pues en ambos casos se da una pluralidad de (des)valoración jurídica penal. La diferencia entre ellos radica en que mientras el concurso ideal tiene lugar cuando existe *un solo hecho*, el concurso real, en cambio, existe cuando se da una *pluralidad* de hechos.[3]

En efecto, en un derecho penal como el nuestro en el que rige la prohibición constitucional del *ne bis in idem*, la presencia de reglas para determinar o delimitar la unidad o la pluralidad delictiva, funciona como una herramienta para hacer efectiva esta garantía constitucional. De allí surge la necesidad de saber cuándo existe un hecho y cuándo varios. Como es sabido, la cuestión sobre la determinación del criterio indicado para contar los hechos en el ámbito penal es un tema extensamente discutido en la doctrina hasta la actualidad, lo que se refleja en una extensa elaboración de teorías que acercan diferentes soluciones al tema.

No pretendemos reproducir aquí esa valiosa discusión.[4] Incluso sería ambicioso pretender adoptar solo una de estas posturas de manera incondicional. Por ello, y conforme a los objetivos delimitados en este trabajo, sostendremos que la afirmación de que existe un solo hecho o una pluralidad de hechos no puede deducirse de la aplicación de criterios o bien exclusivamente fácticos (ya sea internos o externos) o bien exclusivamente normativos. Por el contrario, es necesaria la combinación de ellos para dar una respuesta respetuosa de los principios constitucionales que se involucran en la materia.

En este sentido, y de manera genérica, podemos afirmar que compartimos la postura doctrinaria que sostiene que el criterio adecuado para contar los hechos en el derecho penal es el normativo o típico, orientado siempre a la apreciación concreta de la parte fáctica del suceso.[5] Debe tenerse en cuenta el aspecto empírico de la conducta como un suceso que ocurre en el mundo, con sus características de modo, tiempo y lugar y que ocasiona ciertas consecuencias en él. A su vez, esa observación debe estar orientada o guiada por los

---

[2] La doctrina varía en la denominación de estos casos entre "concurso *aparente*" (doctrina mayoritaria) y "concurso de leyes o de tipos" (doctrina minoritaria). Este no es un tema que desarrollaremos aquí, para profundizar, ver: ROXIN, CLAUS; *Derecho Penal Parte General*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña (Dir.), tomo II, Thomson Reuters - Civitas, Buenos Aires, 2014, p. 998 (doc. mayoritaria) y PESSOA, NELSON; *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y de la pluralidad delictiva*. *1. Concurso de tipos penales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 52 (doc. minoritaria).

[3] Ver, por todos: ROXIN, *op. cit*. p. 941 y ss.

[4] Para profundizar sobre la cuestión, ver, por todos: ROXIN, *op. cit.* p. 943 y s. Asimismo, DE LA RÚA, JORGE - TARDITTI, AÍDA; *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, tomo 2, pp. 369 y s. y, con un análisis especialmente detallado y crítico: CARRANZA TAGLE, HORACIO AUGUSTO; *Introducción al concurso de delitos*, B de f, Buenos Aires, 2011, p. 23 y s.

[5] ver, por todos, PESSOA: *op. cit*. p. 55.

criterios normativos especificados por las diversas normas del derecho penal que resultan aplicables a ese suceso.

Dicho con una metáfora usual, el criterio que adoptamos observa lo que sucede en el mundo "con los anteojos" de los tipos penales que se aplicarían al caso. Así, la conducta de presionar el gatillo de un arma que dispara una bala que impacta en el brazo de una persona, por lo que esta se lesiona y, además, la bala destruye la vidriera de un local comercial (aspecto empírico) es "observada" bajo los requisitos típicos de las normas que tipifican penalmente las conductas de lesiones y de daño.[6] Conforme a lo que ha pasado en el mundo en el caso concreto y a lo que el legislador ha decidido prohibir, determinaremos si ese suceso debe contarse como un único hecho o como varios hechos independientes entre sí.

Así, el concurso ideal se da cuando existe un solo suceso fáctico que realiza diferentes tipos y es captado por más de una norma (pluralidad de ilicitudes), pero ninguna de ellas logra captar por completo la ilicitud de la conducta. Por ello es que se hace referencia al dibujo de dos o más círculos (tipos penales) que comparten una zona en común. Esa zona en común indica que existe una parte, una característica o circunstancia del suceso que no puede disociarse y que es captada por más de una norma. Se da entonces una superposición de normas que acuden a describir el suceso concreto. Consideramos que, para determinar la cantidad de hechos, es preciso observar la conducta llevada a cabo por el sujeto activo, utilizando como criterio delimitador o focalizador, los parámetros normativos aportados por los tipos penales que concurren a describirla. Luego, si la conducta puede ser "separada" de modo tal de constituir tantos hechos independientes como tipos penales en lo que puede encuadrarse, es decir, si se afirma tan independencia, entonces podrá decirse que existe un concurso real. En el caso contrario habrá, entonces, un concurso ideal.

Efectuadas todas estas consideraciones, y a modo de conclusión de este apartado, adelantamos que este trabajo se dirige a mostrar que, tal como quedó conformado el tipo penal del art. 205 del CP, con la aparición de las medidas adoptadas para evitar la propagación de la pandemia (lo que será analizado *infra*), y frente a su concurrencia con otros tipos penales; aporta un conjunto de circunstancias normativas particulares que deben ser, necesariamente, tenidas en consideración al momento de subsumir el suceso fáctico en los tipos penales aplicables al caso.

Ello es así, porque si bien la pandemia es una situación extraordinaria que, como tal, debería tener una duración temporal acotada, al igual que todas las medidas que se tomen para impedir su propagación (las que completan el art. 205 CP), lo cierto es que todas las conductas delictivas que se lleven adelante en ese contexto, *i. e.* mientras dure la vigencia de tales medidas (robar, matar, lesionar, etc.), estarán atravesadas por las circunstancias que han sido establecidas para completar la norma del art. 205 CP. De esta manera, esas circunstancias se constituirán en el sustrato o habitualidad que (ahora, conforme a la normativa específica) formará parte del tipo penal en cuestión y que, como tal, deberá ser tenido en cuenta a la hora de determinar el poder de enfoque de esa norma sobre las conductas sobre las que recae. Así, ciertas conductas que antes eran penalmente irrelevantes al momento de analizar los elementos constitutivos o focalizadores del tipo penal (p. ej. circular por la calle), durante la vigencia de la ASPO deben ser tenidos en consideración al momento de subsumir el suceso histórico a las normas penales.

[6] Arts. 90 y 183, CP argentino.

Precisamente, el análisis de las reglas de los concursos aplicadas en este trabajo se realiza en función de estas *especiales circunstancias*. Como dijimos, conforme a los límites de este trabajo y a los casos tan concretos que estudiamos, no es posible adherir llanamente a una teoría en particular. Sin embargo, entendemos que estas características particulares que adopta el art. 205 del CP como derivación de las medidas dispuestas para evitar la propagación de la pandemia, pueden considerarse, conforme a la denominación utilizada por CARRANZA, como "características concomitantes habituales"[7] de los elementos típicos de la norma. En el mismo sentido que lo establece el autor, creemos que estas características determinan y amplían en este caso el poder de enfoque del suceso durante la vigencia de estas medidas excepcionales y, por ello, deben ser tenidas especialmente en cuenta a la hora de establecer si hay una unidad o una pluralidad de hechos a los efectos del derecho penal.

II. 1. b. Delitos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes

Conforme a los casos planteados corresponde también hacer una breve enunciación sobre estas clases de delitos. Nuestro foco de atención son los delitos permanentes, pues como veremos a continuación, el artículo 205 CP, conforme al DNU 297/20, es un delito permanente.

Los delitos *instantáneos* son aquellos que se consuman en el momento en el que se produce el resultado, sin que ello implique la creación de una situación antijurídica duradera de consumación.[8]

Por su parte, los delitos *permanentes* son aquellos cuya acción delictiva permite que se pueda prolongar en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración puedan ser imputados como consumación. Dicho de otro modo, son aquellos que suponen el *mantenimiento* de una situación penalmente antijurídica de cierta duración[9]. Esto implica que "cualquier fragmento de la actividad del sujeto, posterior al momento inicial, constituye también delito bajo el mismo *nomen iuris*: retener, mantener, ejercer, no presentarse".[10]

Lo particular de estos delitos es que los verbos utilizados en la ley son los que indican la posibilidad de prolongar la realización de la conducta prohibida de modo tal que todo el tiempo que dure su ejecución constituye la consumación misma del delito de que se trata. Como indica SOLER, la clave para confirmar que se trata de un delito permanente consiste en evaluar si cualquier momento posterior al acto inicial de consumación puede designarse usando el presente continuo del verbo utilizado por la ley (*v. gr. estar* reteniendo, *estar* manteniendo, *estar* ejerciendo).[11]

Otro criterio diferenciador de esta clase de delitos y que también funciona como un "test" para analizar si se trata de un delito permanente está relacionado con la posibilidad de ejercer la legítima defensa.[12] En los delitos permanentes es posible defenderse legítimamente luego de que haya tenido lugar la conducta inicial de consumación y durante todo el tiempo que esta se prolongue. Esto se debe, justamente, a que todos los actos subsiguientes a la conducta inicial son igualmente actos antijurídicos consumativos del mismo tipo

[7] CARRANZA TAGLE, *op. cit.*, p. 229/231 y, en concreto sobre el concurso ideal, p. 246.
[8] BALCARCE, FABIÁN; "Introducción al estudio de la parte especial del Derecho Penal" en BALCARCE, FABIÁN Y AROCENA, GUSTAVO (Dirs.) *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, tomo I, 2da. edición, Ediciones Lerner, Córdoba, 2020, p. 64.
[9] *Ibidem*.
[10] SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 191 y ss.
[11] *Ibidem*.
[12] *Ibidem*.

penal hasta la finalización de la consumación. Es allí donde radica la diferencia de los delitos permanentes tanto con los delitos instantáneos como con los delitos de efectos permanentes, en cuyos casos no es posible ejercer legítima defensa luego del momento puntual de la consumación.

Finalmente, los delitos *con efectos permanentes* son aquellos que se consuman con la producción de un resultado, pero estos, por ser irreversibles, se prolongan en el tiempo.[13] Siguiendo la postura de SOLER expuesta antes, estos delitos, en contraposición con los delitos permanentes, implican la realización de conductas que no se prolongan en el tiempo y, por ende, los verbos típicos utilizados por la ley solo pueden ser designados con el pretérito perfecto del verbo típico (*haber* despojado, *haberse* apoderado). Así, se trata de acciones que iniciaron y terminaron en un momento dado, pero cuyos efectos se mantienen en el tiempo.[14]

II. 1. c. Concursos y normas penales en blanco: el caso del art. 205 CP

En virtud de la importancia del aspecto normativo a la hora de contar los hechos, es imprescindible analizar los tipos penales concretos que concurren a describir cada supuesto que se estudia. En este trabajo estudiamos el concurso del delito del art. 205 del CP con otros delitos, por lo que analizaremos su aspecto normativo.

El art. 205 del CP establece que "será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia". Para que se configure el supuesto de hecho[15] descripto en el tipo debe existir, por un lado, una epidemia (o como en este caso, pandemia) y, por otro, que *las autoridades competentes* hayan adoptado ciertas medidas para evitar su propagación. Esto último evidencia que, para determinar el contenido completo de la ilicitud, no alcanza con la descripción efectuada en el tipo penal, sino que debemos acudir a la norma externa a la que el tipo remite, es decir, las *medidas adoptadas por la autoridad competent*e. Como se ve, el art. 205 CP es una proposición penal incompleta: una ley penal en blanco.

Por esta razón, en todos los casos en los que concurra otro delito con el delito contenido en art. 205 CP, para determinar el alcance exacto de su ilicitud y, con ello, la cantidad de hechos, será necesario acudir a la norma complementaria, la que podrá variar en función de lo que establezcan las disposiciones de la autoridad competente. Ello incidirá de manera directa en el contenido del supuesto de hecho y, en consecuencia, en determinar si estamos frente a un hecho único (concurso ideal) o varios hechos independientes (concurso real). De tal manera, no es posible establecer conclusiones absolutas sobre las reglas de los concursos aplicables al delito del art. 205 CP, sino que habrá que analizar cómo se integra la norma *en cada caso concreto*.

Por ello, y con el fin de abordar los casos planteados en este trabajo, es necesario tener en cuenta que, como consecuencia de la pandemia producida por el covid 19, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN), a efectos de mitigar la propagación del virus, dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO), el que restringió la libertad de circulación de los ciudadanos en los siguientes términos:

---

[13] BALCARCE, *op. cit.*, p. 64 y Soler, *op. cit*. p. 191 y s.

[14] SOLER, *op. cit*. p. 191 y s.

[15] El supuesto de hecho está constituido por la conducta delictiva, conforme MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal Parte General*, 7° ed., Reppertor, Barcelona, 2007, p. 74.

"Durante la vigencia del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio', las personas *deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren* (...). Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y *no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos*, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo [dicho] aislamiento (...) solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos" (el resaltado es nuestro).[16]

En consecuencia, el supuesto de hecho del art. 205 del CP que aquí abordamos se conforma con los elementos contenidos en el tipo de la norma penal en blanco (la del CP), el que debe completarse con el contenido de las *medidas adoptadas por la autoridad competen*te (DNU 297/20). Así, en los casos que aquí tratamos, la conducta delictiva reprochada por la norma en cuestión, consiste en *no permanecer en la residencia habitual o desplazarse por rutas, vías y espacios públicos sin autorización.*

Asimismo, y de conformidad a lo expresado en el apartado anterior (III.1.b), es posible afirmar que así conformado el supuesto de hecho del art. 205 CP, estamos ante un *delito permanente.* Por ello, la conducta típica (*no permanecer en la residencia habitual o desplazarse por rutas, vías y espacios públicos sin autorización)* comienza a consumarse en el mismo momento en que la persona sale de su residencia y se mantiene durante todo el tiempo en que está desplazándose por la vía pública sin justificación, hasta que regrese a su residencia o bien sea aprehendido por la autoridad.

Esto se puede verificar con el análisis de los verbos empleados por la norma: si tomamos cualquier tramo de la conducta del sujeto activo podemos decir que "*está violando l*as disposiciones de la autoridad para prevenir la propagación del covid 19", porque *no está permaneciendo* en su residencia o bien *está desplazándose* sin autorización. De hecho, si alguien es detenido en la calle solamente por la violación del art. 205 CP sería extraño decir que se lo ha detenido *luego* de violar la cuarentena o *inmediatamente después* de haberlo hecho. Por el contrario, lo más natural es decir que es detenido en flagrancia, es decir, *mientras está violando* las normas sanitarias. Esto demuestra que no sería posible entender que el delito del 205 CP como un delito instantáneo.

En contraposición, como también referimos antes, en los delitos de *efectos* permanentes la acción se inicia y termina en un momento dado, pero son sus efectos los que se mantienen en el tiempo. En otros términos, se puede visualizar la ejecución de la acción típica separada de la afectación del bien jurídico. Esto no ocurre en los casos planteados porque la acción de *no permanecer en la residencia y desplazarse por la vía pública sin autorización* coincide temporalmente con la afectación del bien jurídico, de tal manera que con cada paso dado por el sujeto se está afectando el bien jurídico protegido (salud pública) y tal afectación concluye, únicamente, cuando regresa a su domicilio o es aprehendido. Entonces, si acudimos otra vez al test de los verbos típicos, si el sujeto es aprehendido en la vía pública no podemos tampoco decir que hay que imputarle el art. 205 CP por *haber violado* la cuarentena, o *haberse desplazado* sin autorización, porque no se trataba de una

[16] Además de esta autorización para realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionamiento de elementos de limpieza, medicamentos y alimentos, en el art. 6 del mismo decreto, se enumeraron ciertas actividades y servicios que fueron declarados esenciales en la emergencia sanitaria, de modo que las personas afectadas a esas tareas, mientras se encontraban cumpliéndolas, se las exceptuaba del cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular.

conducta que *ya se había consumado*, sino que *se estaba consumando* en ese preciso instante.

Por supuesto, esto es contingente, no toda violación al artículo 205 del CP es necesariamente un delito permanente, esto dependerá de lo que establezca en concreto la norma complementaria e incluso, como se vio, del verbo utilizado por quien la haya establecido. Así, si una hipotética norma estableciera que está prohibido quitarse el tapabocas, entonces, este sería un delito instantáneo. En cambio, si dijera que está vedado circular sin tapabocas, sería un delito permanente.

Ahora bien, mientras la persona está consumando este delito permanente puede, a su vez, consumar otros delitos (instantáneos o permanentes). Entonces en la medida en que el sujeto, para cometer otro delito distinto al del art. 205 del CP, deba salir de su domicilio y desplazarse sin autorización, es acertado afirmar que la conducta que involucra la violación de todos ellos es llevada adelante conjuntamente, en el mismo contexto de acción o mediante el mismo suceso histórico. En efecto, es posible concluir que cuando concurran otros delitos con el delito del art. 205 del CP (al ser este un delito permanente en estos casos), corresponde aplicar las reglas del concurso ideal, dado que no existe la independencia de los aspectos objetivos de los delitos imputados que se requiere para aplicar un concurso material.

II. 2. Subsunción y solución de casos planteados: concurso ideal entre el art. 205 del CP y otros delitos

Conforme a las normas aplicables a los hechos analizados (durante la vigencia del ASPO, conforme al DNU 297/20) y a las consideraciones efectuadas de manera preliminar vamos a realizar la subsunción de los casos planteados. En este sentido, expresamos que para aplicar las reglas de los arts. 54 y 55 del CP es necesario saber cuántos hechos penales cometió el autor. Para ello, propusimos la utilización de un criterio que consiste en analizar la conducta desarrollada empíricamente por el sujeto activo, utilizando la guía de los tipos penales como indicadores. No obstante, enunciar el criterio que se utilizará es relevante, pero no es lo único que cuenta. Entendemos que no alcanza con indicar *qué* se observará para resolver el dilema de si existe uno o varios hechos; sino que además es importante el *cómo* debe practicarse dicha observación a través de las normas.

A tales fines, consideramos que distinguir si estamos ante delitos permanentes, instantáneos o de efectos permanentes tiene incidencia, fundamentalmente en los casos de las leyes penales en blanco, porque según todos esos aspectos la situación puede variar y, en consecuencia, su solución también.

II. 2. a. Solución del caso 1

En este supuesto, A y B, mientras se encontraba vigente el ASPO (DNU 297/20) y sin tener una autorización que les permitiera circular, salieron a robar en automóvil y consumaron el delito de robo. Sin embargo, fueron aprehendidos por personal policial y se les imputó la comisión de los delitos de robo calificado por el uso de arma y la violación de las medidas adoptadas para impedir la propagación de una epidemia (arts. 166 inc. 2° y 205 del CP).

De conformidad con todo lo expresado hasta aquí, consideramos que el camino para resolver el caso es el siguiente. Claramente nos encontramos ante un supuesto de multiplicidad delictiva que afecta dos normas del derecho penal (arts. 166 inc. 2° y 205 del CP). En consecuencia, es necesario resolver si estamos frente a dos hechos fácticamente inde-

pendientes o, por el contrario, ante un único hecho. Entendemos que en este caso nos encontramos frente a un único suceso ya que las conductas realizadas por los sujetos activos no pueden separarse fácticamente, aun cuando el suceso está abarcado por dos tipos penales y ninguno de ellos logra captar la ilicitud completa de lo ocurrido y aun cuando se produzca la afectación a dos bienes jurídicos distintos (la propiedad y la salud pública). Esto es lo que surge del análisis de la conducta realizada por A y B bajo los lentes de las normas penales que aquí están en juego.

Así, en relación a los elementos que exige el tipo del art 166 inc. 2° CP podemos afirmar que los sujetos activos se apoderaron ilegítimamente de las pertenencias de C ya que utilizaron la violencia física y un arma de fuego. Ahora bien, para analizar los elementos del art. 205 CP no basta mirar el tipo descripto por el código penal, pues como se trata de una norma penal en blanco, para saber el contenido total de la ilicitud debe completarse con una norma externa: *las medidas adoptadas por la autoridad competente para evitar la propagación de una epidemia*.

En este caso, el hecho cometido por A y B ocurrió durante la vigencia del DNU 297/20 que dispuso el ASPO, el que limitó la circulación de las personas. Allí textualmente se reprime la conducta de *no permanecer en la residencia habitual o desplazarse por rutas, vías y espacios públicos sin autorización.* Como se advierte, los sujetos activos de nuestro caso, fueron alcanzados por esta disposición porque salieron de su residencia sin autorización. Sin embargo, es posible ver que la ilicitud comprensiva del robo comenzó y terminó con el desapoderamiento de las pertenencias de C por medio de la violencia. Ahora bien, la ilicitud de desplazarse sin autorización comenzó desde que salieron de su residencia sin autorización y concluyó cuando fueron aprehendidos, es decir, todo el tiempo que permanecieron fuera de su residencia, inclusive mientras cometieron el desapoderamiento, estaban consumando el delito del art. 205 del CP. Esto permite afirmar que el delito del art. 166 inc. 2°CP es un delito instantáneo y el delito del art. 205CP es uno permanente.

Podemos constatar lo que expresamos si acudimos al test de los verbos que utilizan las dos normas penales que aquí concurren. En efecto, podemos afirmar, por un lado, que A y B al momento de ser aprehendidos *estaban circulando sin autorización*, o bien, *estaban violando las medidas adoptadas por la autoridad competente para evitar la propagación de la pandemia,* y que, *p*or otro lado, *habían desapoderado* ilegítimamente a C de sus pertenencias. De este modo queda claro que el delito del art. 205 CP tal como fue completado por el DNU es un delito permanente y, en consecuencia, la acción de consumación se mantiene durante todo el tiempo que los sujetos realizan el verbo típico. En cambio, el delito del art. 166 inc. 2° CP es un delito instantáneo cuya acción consumativa ya se había perfeccionado al momento de la aprehensión.

En tal sentido, podemos decir que el delito instantáneo se cometió mientras se cometía el permanente, de tal forma que existe una superposición parcial del robo con la violación de las medidas adoptadas por la autoridad para evitar la propagación de la pandemia, de modo que ambas conductas no pueden escindirse fácticamente conforme a los elementos normativos de las normas en juego. De hecho, los imputados no podrían haber cometido el robo sin salir de su residencia, entonces es acertado afirmar que las conductas fueron llevadas adelante *conjuntamente* y corresponde relacionar ambas violaciones penales mediante la utilización de las reglas del concurso ideal.

Sobre este último punto, calificada doctrina sostiene que es posible concursar idealmente delitos permanentes e instantáneos, ya sea que el delito permanente sea un *pre-*

supuesto para la comisión del delito instantáneo o que el delito instantáneo sirva para el *mantenimiento* del estado antijurídico generado por el delito permanente.[17] Aquí, la comisión de delito tipificado en el 205 del CP es un presupuesto fáctico para cometer cualquier otro delito que requiera el tránsito y que, además, este se haga sin autorización.

En efecto, dada la gran amplitud de la conducta prohibida por el art. 205 CP conforme su norma externa (DNU), todos o al menos muchos de los delitos que se cometan fuera de la residencia habitual y que impliquen un tránsito que se haga sin autorización requerirán la comisión del art. 205 CP como presupuesto para cometer tales delitos. Estas especiales características que adopta el art. 205 CP de ser un delito permanente y, en consecuencia, un presupuesto ineludible frente a la comisión de otros delitos, deben ser considerados para obtener una solución correcta al caso.

La consecuencia de aplicar el concurso ideal en la concurrencia del delito de robo calificado por uso de arma de fuego, cuya escala penal es de 6 años y 8 meses a 20 años de prisión[18] y el delito de violación de las medidas adoptadas para evitar la propagación de una epidemia, que tiene una escala penal de 6 meses a 2 años de prisión, es que se aplicará únicamente la primera de ellas, por ser la más grave. De manera que, por aplicación de nuestro criterio, se les aplicará a A y B una escala penal de 6 años y 8 meses a 20 años de prisión.

Por el contrario, si se sostuviera que entre ambos delitos existe una concurrencia material, la escala quedaría conformada por el mínimo mayor y la suma de los máximos de ambos ilícitos lo que arrojaría una escala penal de 6 años y 8 meses a 22 años de prisión. De esta forma, la diferencia de aplicar una u otra regla en este caso importa una diferencia de 2 años en la escala penal.

II. 2. b. Solución del caso 2

Este supuesto es una variante del caso 1, pues el hecho ocurrió en el mismo contexto de ASPO y es un supuesto de multiplicidad delictiva que afecta a tres normas del derecho penal (arts. 150, 104 última parte y 205 CP).

Decimos que es una variante porque tal como ya referimos en la solución del caso 1, el art. 205 CP es un delito permanente que comenzó cuando A salió de su residencia y se fue consumando durante todo el tiempo que circuló sin autorización. Por esa razón, *mientras estaba violando las medidas adoptadas por la autoridad para impedir la propagación de la pandemia* (art. 205 CP), *violó* el domicilio de B y C (art. 150 CP), y *agredió* con arma a este último (art. 104 última parte CP).

Es decir, estos dos últimos delitos son instantáneos e independientes entre sí, puesto que entre ellos hay una independencia fáctica porque A primero consumó la violación de domicilio (*violó* el domicilio) y, luego de retirarse del domicilio, consumó la agresión con arma (*agredió* con arma), por lo que deben concursarse entre sí materialmente (art. 55 CP).

Sin embargo, ambos se consumaron *mientras* se *violaba* el art. 205 del CP. En consecuencia, existe una superposición parcial de cada uno de los delitos instantáneos con la violación de las medidas adoptadas por la autoridad para evitar la propagación de la pandemia, de modo que no pueden escindirse fácticamente los delitos instantáneos de la conducta del delito permanente conforme a los requisitos normativos de los tipos analizados.

[17] ZIFFER, PATRICIA; *El delito de asociación ilícita*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 116 y ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR ALEJANDRO; *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 866, entre otros.

[18] Art. 54 en función del art. 166, inc. 2 CP (uso de arma de fuego operativa).

Esto se evidencia en el hecho de que el imputado no podría haber cometido la violación de domicilio, por un lado, y la agresión, por otro, sin salir de su residencia.

Entonces, es acertado afirmar que cada una de esas conductas instantáneas fueron llevadas adelante *conjuntamente* con la del art. 205 CP, mediante el mismo suceso, por lo que corresponde relacionarlas —respectivamente— mediante la utilización de las reglas del concurso ideal con aquel delito permanente. Esta manera de concursarlos evita la doble valoración que podría generar aplicar el concurso ideal de un delito permanente (art. 205 CP) común a los delitos instantáneos (arts. 150 y 104 última parte), problema conocido como *efecto enlace.*[19]

Así, por aplicación de este esquema, la escala penal en abstracto que se aplicará para condenar al sujeto A será de 6 meses a 2 años y 6 meses de prisión. Esta resulta de aplicar, primero, el art. 55 del CP para concursar los tipos de los arts. 150 y 104 última parte del CP (así queda conformada una escala penal de 6 meses a 2 años y 6 meses de prisión) la que, a su vez, se hace concurrir idealmente (según el art. 54 CP) con el delito del art. 205 CP, que tiene una escala penal de 6 meses a 2 años (inferior a la primera).

Por el contrario, si se sostuviera que entre todos estos delitos existe una concurrencia material, la escala quedaría conformada por el mínimo mayor (6 meses de prisión) y la suma de los máximos lo que arrojaría un total de 4 años y 6 meses de prisión. De esta forma, la diferencia de aplicar una u otra regla en este caso también importa una diferencia de 2 años en la escala penal.

II. 2. c. Consideraciones finales sobre la cuestión normativa

El delito contemplado por el art. 205 del CP es una norma penal en blanco cuya ilicitud total se obtiene luego de completarse con la norma externa dispuesta por la autoridad competente. Por esta razón, en los supuestos que aquí se tratan, cuando el art. 205 CP se completa con el contenido del DNU 297/20, resulta un delito permanente. Esto último es relevante ya que los delitos que se cometan a lo largo su duración, deberán concursarse idealmente con éste, en virtud de que, como hemos dicho a lo largo de este trabajo, los hechos resultan inseparables desde el plano fáctico y bajo los presupuestos normativos que constituyen el tipo del 205 CP.

Sin embargo, esta conclusión no puede considerarse absoluta para todos los casos que involucran el delito del art. 205 CP, pues el contenido de su ilicitud es contingente y dependerá de qué establezca en concreto la norma complementaria y, con ello, del verbo utilizado por la norma complementaria.

Así, aunque el criterio propuesto es invariable, deberá aplicarse a cada caso concreto según corresponda. Por ejemplo, si el PEN o el legislador dispusiera que a efectos de evitar los contagios estará prohibido quitarse el tapabocas, este sería un caso diferente a los que analizamos aquí, ya que la conducta delictiva reprochada por la norma será *quitarse el tapabocas.* Allí, conforme al verbo utilizado en tal caso por la autoridad, el delito del art. 205 CP será instantáneo y se consumará en el mismo instante en el que el sujeto activo se quite el tapabocas. Entonces, para saber qué regla de los concursos aplicar en este otro supuesto, siempre será importante prestar atención a la ley, a la manera en que ha sido completado el tipo del art. 205 y, por supuesto, a lo que ha sucedido en el mundo. Así, determinaremos si es posible o no separar fácticamente lo sucedido para independizar los he-

[19] ZIFFER, PATRICIA; *op. cit.* p. 124.

chos en tantas normas como las que se han infringido para luego establecer cuáles de las reglas vigentes aplicar.

Finalmente, cabe referir que una mirada superficial de este esquema puede dar la sensación de que el tratamiento de la multiplicidad delictiva conforme a los distintos verbos utilizados ya sea por la norma interna o por la norma externa en el caso de las normas penales en blanco, podría conducir a soluciones arbitrarias, pues al final, depende de cuál verbo fue utilizado en tales normas para definir qué tipo de concurso aplicamos. Creemos que no es así. Al contrario, el hecho de utilizar tales verbos, los que han sido determinados en la norma escrita y dispuestos por autoridades competentes es una consecuencia necesaria e ineludible del principio de legalidad.

III. Análisis filosófico

Como indicamos en la introducción, en esta sección haremos un análisis desde la perspectiva *de lege ferenda*, esto es, desde la óptica de un derecho penal ideal, cuya finalidad es analizar críticamente las normas vigentes e indagar cuál es la manera más justa de legislar y resolver los casos concretos.

En primer lugar, explicaremos cómo abordaremos el análisis y plantearemos algunos interrogantes relacionados con la cuestión valorativa de los casos de pluralidad delictiva. En segundo lugar, expondremos dos posibles argumentos a favor de la regla de distinción entre concurso ideal y real. En tercer y último lugar, exponemos nuestra postura sobre la cuestión con base en argumentos a favor de la eliminación de esa regla de distinción. Asimismo, analizamos la posibilidad de modificar dicha regla y proponemos algunas alternativas.

III. 1. Introducción al problema y algunos interrogantes

Con el enfoque aquí propuesto, nos preguntaremos si las reglas establecidas por los arts. 54 y 55 del CP, las que establecen distintas consecuencias penales según se trate de un concurso ideal o uno real, están justificadas desde el plano valorativo. Para ello, conjugaremos nuestras intuiciones sobre cuál es la manera más justa de resolver estos casos con los principios que rigen la aplicación del castigo penal en los supuestos de pluralidad delictiva.

Nuestra intuición frente a casos de pluralidad de delitos es que el castigo debe ser proporcional a la ilicitud del hecho, es decir, a su gravedad. Creemos que tiene que haber un correlato entre la ilicitud de lo ocurrido y el castigo penal que se impone en consecuencia, más allá de la manera en que esa ilicitud se materializa en el mundo, es decir, mediante uno o varios hechos según al criterio que se adopte para contar los sucesos en el ámbito penal.

Ahora bien, esta intuición debe ser conjugada con los principios que rigen la pluralidad delictiva: el principio de íntegra valoración del hecho y el *ne bis in ídem.*[20] Ante un supuesto concursal, el que supone que hay leyes penales concurrentes, el principio de íntegra valoración del hecho funciona como punto de partida e indica que debe valorarse de forma completa el contenido del injusto, mientras que el *ne bis in idem* marca los límites de esa valoración para evitar que se castigue dos veces por lo mismo. Ambos principios tienen el mismo fundamento, que es el principio de culpabilidad, el que conlleva, a su vez,

[20] ESCUCHURI AISA, ESTRELLA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, p. 26. Al igual que la autora, creemos que ambos principios no se excluyen, sino que se complementan.

el de proporcionalidad del castigo y el principio general de que nadie obtenga ventajas de su propio injusto.[21]

Como se ve, el objetivo es aplicar una sanción penal *justa*, esto es, que no sea ni excesiva ni insuficiente ni defectuosa. El análisis que proponemos busca encontrar un equilibrio entre nuestras intuiciones particulares y dichos principios, de manera que adoptemos reglas para solucionar los casos concretos que estén justificadas en los principios y que, a su vez, nos resulten intuitivamente acertadas. Para ello, aplicamos el método del equilibrio reflexivo.[22]

Como hemos visto antes, las reglas de los arts. 54 y 55 del CP distinguen las consecuencias en cuanto a la escala penal aplicable a cada caso. Así, ante supuestos en que se violen varias normas penales se utiliza el criterio de la "cantidad de hechos" para determinar la escala penal aplicable al caso. Si las normas se infringieron mediante un solo hecho habrá un concurso ideal y se aplicará solamente una escala penal: la más grave de las normas infringidas. En cambio, si las normas se infringieron mediante "hechos independientes", habrá un concurso real y se conformará una nueva escala penal cuyo mínimo será el mínimo mayor de las escalas previstas por las normas afectadas y el máximo será el resultado de la suma de los máximos establecidos por tales normas, hasta el máximo legal de 50 años de prisión.

La pregunta es, entonces, si tales reglas, creadas por vía legislativa como una herramienta para la solución de casos de pluralidad de delitos y que establecen consecuencias sustancialmente más graves en un caso (concurso real) que en el otro (concurso ideal) están justificadas axiológicamente, *i. e.*, en términos de la valoración de las ilicitudes penales.[23] En otras palabras: ¿por qué se debe distinguir entre ambos supuestos y asignar consecuencias jurídicas tan distintas? Conforme a las reglas citadas, el fundamento de la distinción es la cantidad de "hechos" que se llevan adelante para infringir las normas penales. A partir de ello, nos preguntamos si desde el punto de vista valorativo, ¿puede la cantidad de hechos justificar una diferencia de escalas penales (de reproche penal) tan diversa?

Para hacer este análisis, volvamos al "caso 2", planteado al comienzo de este trabajo. Los tipos penales en cuestión allí son los de violación de domicilio (art. 150 CP), agresión con arma (art. 104 última parte CP) y violación de medidas adoptadas para impedir la propagación de una epidemia (art. 205 CP). Conforme al supuesto planteado, dado que tales delitos se cometieron mediante un mismo suceso, como ya argumentamos arriba, corresponde aplicarle al autor un concurso ideal. Ello implica que la escala penal aplicable en abstracto será de 6 meses a 2 años y 6 meses de prisión (art. 54 CP). Ahora bien, si pensamos en un supuesto en el que se infrinjan las mismas normas penales, pero mediante hechos independientes, por ejemplo, en días distintos o de manera tal que sean contados como conductas separadas, se aplicaría un concurso real (art. 55 CP). En tal caso, la escala penal aplicable sería de 6 meses a 4 años y 6 meses de prisión (diferencia de 2 años en la escala penal).

---

[21] *Ibidem*, p. 65 y, especialmente referido al concurso ideal, pp. 433 y s.

[22] Este es un método valioso para efectuar investigaciones morales y para evaluar el derecho penal desde una perspectiva filosófica. Al respecto, ver: TRUCCONE BORGOGNO, SANTIAGO; "Estudio introductorio al equilibrio reflexivo y la función de los ejemplos en la investigación moral", *Anuario XVII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, 2017, pp. 1/2 y SELEME, HUGO; "El método del equilibrio reflexivo y su uso en el derecho" en *Metodología de la Investigación Jurídica*, Brujas, Córdoba, 2016, pp. 167/174.

[23] En este trabajo nos ocupamos de la distinción entre concurso real e ideal, pero las cuestiones valorativas aquí planteadas también sirven para plantear una discusión valorativa similar sobre el delito continuado.

Como puede advertirse, en ambos supuestos se violan las mismas normas, solo cambia la *manera* en que se produce esa afectación. En el primer supuesto, las normas se vulneran en el mismo contexto de hecho o mediante el mismo suceso fluyente o conducta que se realiza en el mundo; mientras que en el segundo supuesto la afectación se hace mediante sucesos separados e independientes, incluso en días distintos. La primera pregunta que cabe hacerse es ¿por qué atribuimos consecuencias más graves a quien lo hace en hechos y días distintos que a quien afecta ambas normas *de una sola vez*? ¿por qué *merece menos* castigo el primero que el segundo?

En sentido similar, podríamos preguntarnos si realmente es *más leve* violar un domicilio y agredir a otra persona con un arma, todo ello violando las disposiciones establecidas para evitar la propagación de una pandemia, es decir, mediante un mismo suceso, que violar el domicilio de alguien, agredir con un arma a alguien y violar las disposiciones sanitarias en días y hechos aislados. ¿Está justificado imponer consecuencias jurídicas tan dispares teniendo en cuenta solo la cantidad de "hechos" mediante los cuales se han afectado las normas? Desde el plano valorativo, entonces, cabe cuestionarse si todo lo que nos importa a los fines de establecer la escala penal es si el agente llevó adelante un solo hecho o varios.

En este punto también podríamos pensar en un delincuente estudioso del derecho penal que decide "usar las reglas del concurso a su favor" o en uno que simplemente tuvo "buena suerte", quien o bien se organizó o bien fue favorecido por el azar de tal manera que cometió *un solo hecho* que será computado como una unidad y así conseguirá una escala penal menor. A primera vista, la intuición es que su habilidad no debería significar un privilegio en la medida de su pena, como tampoco debería implicar un perjuicio su mala suerte o su falla en la estrategia de ejecución del delito. Aquí tampoco resulta notorio que la cantidad de hechos sea un criterio especialmente valioso o necesario para valorar las conductas en cuestión.

En efecto, si nuestra preocupación como penalistas es imponer castigos justos, *i. e.*, acordes al merecimiento por los delitos cometidos, es acertado cuestionarnos si la distinción normativa y generalmente aceptada en la dogmática no podría significar un privilegio injustificado para aquellos supuestos en que se computa una unidad de hecho o bien un perjuicio injustificado para los casos de pluralidad de hechos. Nuestra posición es que aquello que el derecho penal debería observar detenidamente para aplicar un castigo justo y proporcional es la *gravedad* de lo acontecido, sin importar el *cómo* es que llegó a acontecer.

III. 2. Dos posibles argumentos a favor de la regla de distinción

Un primer argumento a favor de la regla que distingue las escalas penales para concurso ideal y real podría ser un argumento del tipo "práctico", asociado a la determinación de la pena en los casos de pluralidad delictiva. Este argumento indicaría que, más allá de la distinción legal entre los concursos y las distintas escalas previstas para cada uno, al final, los jueces pueden "subsanar" los privilegios o perjuicios aparentemente injustificados que se derivan de tales reglas en el momento de determinar la pena en el juicio. De tal modo, en la práctica judicial, no solo podrían subsanarse tales privilegios o prejuicios, sino que incluso podría imponerse un monto de pena superior al que se impone en un caso de concurso real, por ejemplo, fijando la pena mínima establecida por la escala penal en el caso del concurso

real y una pena de la mitad de la escala para arriba en el caso del concurso ideal.[24]

Este es un argumento usual y que esto suceda en la práctica judicial es efectivamente posible. Sin embargo, a los fines propuestos en esta parte del trabajo, el argumento no es útil para justificar la distinción *axiológica* entre concurso ideal y real que parece haber detrás de la diferencia de escalas penales establecidas para cada caso. Para responder a la pregunta sobre la justificación valorativa de la distinción entre concurso ideal y real la respuesta debe ser también valorativa. Debe explicarse por qué es más grave afectar las mismas normas penales mediante varios hechos independientes que mediante uno solo, de modo que *esa* diferencia de gravedad en la manera en que se realizan las ilicitudes justifique la aplicación de escalas penales diferenciadas.

Otro posible argumento a favor de la distinción es que las reglas de los concursos que establecen consecuencias más leves en el concurso ideal y más gravosas en el concurso real plasman una circunstancia que por lo general se cumple, que es que la gravedad se corresponde usualmente con la cantidad de hechos (o con la unidad o la independencia entre hechos entre sí). Así, dado que realizar "una sola conducta" *suele ser* menos grave que realizar varias conductas independientes, es valorativamente correcto que el primer supuesto tenga una escala penal más leve que el segundo.[25]

Esto podría funcionar como argumento valorativo, sin embargo, la asociación es contingente y, por ello, no logra ser un fundamento convincente. Como hemos mostrado arriba y como puede deducirse de otros casos similares, la cantidad de hechos no implica necesariamente una mayor gravedad del ilícito. Es por eso que esta asociación no nos parece un argumento axiológico de peso para fundamentar la distinción de escalas penales establecida en las reglas de nuestro Código Penal.

Proponemos aquí otros dos casos ilustrativos. En el caso *A*, Amanda hurta un vehículo dejado en la vía pública y, además, hurta una computadora portátil que estaba en su interior.[26] En el caso *B*, Bianca hurta la computadora portátil a su compañera de trabajo y, al día siguiente, hurta un vehículo dejado en la vía pública. En el caso *A* se aplicaría un concurso ideal y solo se aplicaría la escala penal del hurto calificado del vehículo dejado en la vía pública: 1 a 6 años de prisión (art. 163 CP: la escala más gravosa) y en el caso *B* se aplicaría un concurso real por tratarse de "hechos independientes", por lo que se aplicaría una escala penal de 1 a 8 años de prisión (arts. 162 y 163, conforme al art. 55 CP).

Una vez más, conforme a las escalas penales que se aplicarían en cada caso, si bien ambos casos parten del mismo mínimo de tiempo (1 año de prisión), mientras en el caso A el máximo es de 6 años, en el caso B es de 8 años, esto es, dos años más de prisión que en el caso A. Conforme a nuestro sistema legal, esa diferencia en la escala penal se debe a que en el caso A las normas se lesionaron mediante un solo hecho y en el caso B mediante dos hechos separados.

Al contrario de lo que sostiene el aquí llamado segundo argumento a favor de la regla de distinción, creemos que esa diferencia de dos años de prisión en la escala penal entre uno y otro caso no está valorativamente justificada por la sola circunstancia del *modo* en

[24] Por supuesto, esto es contingente y siempre dependerá de las escalas penales en juego. Lo que queremos resaltar es que, si bien en la práctica esto es posible, no alcanza como argumento para mantener la distinción.

[25] Este fue uno de los argumentos de los legisladores alemanes para mantener la regla de distinción en el debate del proyecto de reforma del Código Penal alemán de 1962. ROXIN lo califica de poco convincente: *op. cit.*, p. 942/943.

[26] El caso es una adaptación de un ejemplo citado por NÚÑEZ, RICARDO; *Manual de Derecho Penal parte general*, 5ta. edición actualizada por Roberto Spinka, Lerner, Córdoba, 2009, p. 278.

que se lesionan las normas penales en cuestión. Entendemos que el caso B, en el que las lesiones a las normas penales se realizan mediante hechos independientes no es necesariamente más grave que el caso A, en el que esas lesiones plurales se realizan mediante una conducta unitaria. Tampoco creemos que el caso A sea necesariamente menos grave por haberse cometido mediante un único suceso.

De manera similar a lo que sucedería en los supuestos planteados sobre el caso 2, creemos que la cantidad de "hechos" no es un criterio que pueda justificar una mayor ilicitud de las conductas penales. De hecho, como también hemos puesto de manifiesto, podría pensarse que es más grave infringir diversas normas con una sola conducta que hacerlo mediante varias conductas aisladas y de menor envergadura, pues hacerlo con una sola conducta precisa de cierta astucia, coordinación o especial diagramación, lo que bien puede ser visto como algo más grave (o al menos como algo no necesariamente más leve) que cometer "simples" hechos delictivos aislados.

Por todo lo dicho, entendemos que las diferencias, si hubiera que hacerlas, no deberían hacerse en virtud de la cantidad de hechos mediante los que se lesionan las normas penales, sino en razón de la mayor o menor gravedad de la ilicitud que se está juzgando. Entonces, dado que esa mayor o menor ilicitud no se deriva necesariamente de la cantidad de hechos, la regla puede descartarse sin que ello implique un perjuicio para nuestro sistema penal que busca imponer castigos justos.

III. 3. Hacia la modificación de las reglas que distinguen concurso real e ideal y su reemplazo por una única regla para casos de pluralidad de ilicitudes

Conforme a lo dicho hasta aquí, entendemos que la cantidad de hechos mediante los cuales se lesionan plurales normas penales, *i. e.*, si la lesión a tales normas se lleva adelante mediante una "unidad de hecho" o mediante "hechos independientes" es una circunstancia que no justifica una distinción valorativa tan significativa como la que establecen las reglas de los arts. 54 y 55 del CP. Creemos que esa circunstancia no es determinante apriorísticamente a la hora de establecer la escala penal aplicable a los supuestos de pluralidad de delitos, pues no constituye, desde el plano valorativo, una razón suficiente para justificar la aplicación de escalas penales tan diferenciadas en uno y en otro caso. En su lugar, entendemos que se trata de una cuestión contingente que debe ser valorada como una característica más a la hora de aplicar el castigo concreto en cada caso, al momento de la determinación judicial de la pena.

La intuición es fuerte al respecto. Podríamos mencionar un ejemplo más: la circunstancia de que una persona viole a otra y realice exhibiciones obscenas "de una sola vez" (mediante un único hecho) o viole a una persona un día y realice exhibiciones obscenas de modo separado (mediante varios hechos). Esta diferencia, una vez más, nos parece —al menos— insuficiente para justificar una diferencia de escala penal *tan significativa* como la que se fijaría en uno y en otro supuesto. De manera análoga, la intuición se mantiene para todos los otros casos planteados en el apartado anterior.

En efecto, como dijimos antes, la realización de una o varias acciones por parte del autor puede depender o bien de puras casualidades o bien ser el resultado de una especial escrupulosidad o mayor habilidad del autor. Estas circunstancias, cualquiera sea el caso, no parecen adecuadas para justificar el perjuicio o el beneficio en la determinación de la escala penal aplicable al caso. Simplemente, porque no están asociadas de modo directo a la intensidad delictiva del hecho o al merecimiento de pena en concreto.

Lo que está detrás de esta postura es que, a pesar de que existe una diferencia entre

concurso ideal y real por la manera en que suceden las cosas en el mundo en uno y en otro caso, esto no significa que haya que derivar de esa diferencia *naturalística* consecuencias *jurídicas* diferenciadas como las que establecen los artículos en cuestión.[27] Esta postura es la que creemos adecuada. Lo que cuestionamos no es que los supuestos de concurso ideal y real no sean diferentes en la realidad. Lo que cuestionamos es que esa diferencia en cómo suceden las cosas en el mundo *deba* significar una consecuencia jurídica tan dispar a la hora de determinar la escala penal en abstracto para uno y otro supuesto.

En virtud de este análisis, concluimos que las reglas concursales que distinguen entre concurso ideal y real no se encuentran justificadas en términos valorativos, es decir, referidos a la gravedad de la conducta delictiva. Esta falta de justificación se debe a que, independientemente de que se trate de un solo hecho o varios, el derecho penal asigna responsabilidad penal en virtud de las *ilicitudes* que se llevan adelante, esto es, del "(des)valor" de la conducta y de los resultados acaecidos, de los bienes jurídicos afectados, de las víctimas involucradas y de las normas infringidas. En este sentido, creemos que lo razonable es asignar un mayor reproche ante conductas más disvaliosas, con lo que todas estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta al determinar la gravedad concreta de los delitos cometidos, en el momento de determinar la pena de los hechos delictivos que se juzgan y sin asignarle un valor especial y apriorístico a la circunstancia de la unidad de acción o pluralidad de acciones.[28]

Lo acertado es, a nuestro modo de ver, que las conductas sean valoradas en virtud de la gravedad de la ilicitud y que ante conductas más disvaliosas corresponda un mayor reproche penal. Esta posición es compatible con la de NINO, quien sostiene que es adecuado relacionar o "conectar" la acumulación de penas con el mayor grado de antijuridicidad de la conducta, la que no necesariamente está asociada a la unidad o pluralidad de hechos u acciones.[29] En consecuencia, lo relevante es lo que sucedió en cada caso concreto, las distintas normas que se infringen en el suceso delictivo y las características concretas que hacen que el grado de ilicitud aumente o disminuya en cada caso determinado.

La conclusión planteada llevaría a eliminar las reglas que distinguen entre concurso ideal y real.[30] Sin embargo, dado que es necesario seguir distinguiendo los hechos en que se infringe una única norma penal (p. ej. un delito de hurto aislado) de los casos en que se

[27] WEGSCHEIDER es uno de los autores alemanes que opina que debe eliminarse la distinción entre concurso ideal y real. Sostiene que es difícil justificar una diferencia abstracta en cuanto al desvalor entre ambas categorías, pues los casos de concurso real no tienen por qué ser más graves que los de concurso ideal. Desde el punto de vista del desvalor del resultado, es indiferente si varios hombres resultan muertos a través de una granada o a través de varios disparos. Y, en cuanto al desvalor de acción, solo en una consideración concreta puede comprobarse una diferencia entre los supuestos, lo cual dependerá de la actitud del autor frente al hecho concreto. Cfr. WEGSCHEIDER, HERBERT; "Echte und scheinbare Konkurrenz" en *Schriften zum Strafrecht*, Band 34, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, p. 28; citado por ESCUCHURI AISA, *op. cit.* p. 89.

[28] En este sentido, JESCHECK sostiene que la unificación de reglas para determinar la escala penal en casos de concurso ideal como de concurso real no implica eliminar por completo la dentición. Puede que la unidad o pluralidad de hechos sea significativa para fijar la pena en el caso concreto, lo que en tal caso deberá ser expresado en la sentencia: JESCHECK, HANS HEINRICH; *ZStW 67*, 1955, pp. 538 y 545, citado por ESCUCHURI AISA, *op. cit.* p. 87.

[29] NINO, CARLOS SANTIAGO; "Concurso y continuación de delitos de omisión" en *Doctrina Penal. Teoría y práctica de las ciencias penales*, Depalma, Buenos Aires, enero-marzo 1982, año 5, n.° 17, pp. 283/353 y, en concreto: p. 293.

[30] SOLER fue uno de los primeros autores argentinos que propuso eliminar la regla de distinción: *op. cit*., p. 351 a 354.

infringen varias normas penales (pluralidad de delitos)[31], cabe preguntarse cuál sería la norma más adecuada para determinar la escala penal en casos de pluralidad de delitos.

No es fácil determinar cuál sería la regla ideal, *i. e.*, una regla valorativamente justificada para establecer la escala penal en casos de pluralidad de delitos o ilicitudes. Podríamos pensar en elegir alguna de las vigentes: o bien la regla del art. 54 o bien la del art. 55 del CP. También se podrían resignar ambas reglas y elegir una nueva regla, por ejemplo, que determine una pena global para casos de múltiples ilicitudes y que establezca una escala penal única, conformada por los promedios de los mínimos y los máximos establecidos para cada delito cometido, siempre con un tope máximo humanitario igual o similar al establecido actualmente en el art. 55 del CP argentino[32]. En similar sentido, en Europa, Austria y Rusia tienen un sistema de "pena unitaria" para todos los supuestos de pluralidad de delitos.[33]

Otra alternativa posible, algo más drástica, podría ser la propuesta por ALEXANDER Y FERZAN[34], quienes proponen prescindir de la parte especial del derecho penal y elaborar un código penal basado en la idea de culpabilidad penal, con un catálogo específico de intereses legalmente protegidos. En el sistema que ellos proponen, los dos factores que determinan la pena en concreto son el nivel de ofensa y la historia criminal del autor, pero es el primero de ellos, el que refiere a la gravedad de la ilicitud, lo que determina la culpabilidad y, con ello, el castigo penal en concreto.[35] Así, ante delitos más graves, se aplicarían castigos más graves también, proporcionales al nivel de ofensa generado con el suceso. Este sistema es coherente con la postura propuesta, dado que busca aplicar un castigo justo en la medida de la culpabilidad del agente.

Claramente, no es sencillo elegir una regla unitaria, puesto que ella debe poder dar una respuesta justa a la mayor cantidad posible de supuestos de pluralidad delictiva en concreto. Pese a ello, ratificamos que es pertinente eliminar la regla que distingue entre concurso ideal y real y crear una regla unitaria para casos de pluralidad delictiva. En todo caso, esa regla deberá ser complementada por un sistema legal de determinación de la pena que sirva para establecer parámetros claros y específicos que ayuden a la determinación judicial de la pena. Allí, al determinar la pena judicialmente, se tendrá en cuenta si las violaciones a las normas penales fueron llevadas adelante mediante una sola conducta o varias o si requirió de cierta sofisticación para ser cometido, como así también los medios utilizados, la duración de los delitos permanentes y los demás criterios establecidos y que podrían establecerse legalmente para realizar la medición de la pena en concreto.[36]

---

[31] Esta otra distinción, al contrario de lo que sucede con la distinción entre concurso ideal y real, sí está justificada en términos valorativos, puesto que es evidentemente más grave infringir varias normas penales que infringir solo una.

[32] El Código Penal colombiano, por ejemplo, no distingue entre concurso ideal y real y la regla consiste en aplicar la escala penal más grave aumentada en otro tanto, siempre que no supere el monto de la suma aritmética de las penas que correspondan para cada conducta (art. 31, Ley n.° 599, 24/7/2000).

[33] Para profundizar sobre el sistema de pena unitaria, ver, por todos: ROXIN, *op. cit.* p. 942.

[34] ALEXANDER, LARRY Y FERZAN, KIMBERLY KESSLER, con MORSE STEPHEN; *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Club, Cambridge, 2009, pp. 264 y ss.

[35] Para profundizar sobre el modelo propuesto por los autores ver: *ibidem* y, de LOS MISMOS autores: "Más allá de la parte especial" en DUFF Y GREEN (Eds.); *Fundamentos filosóficos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2011, traducción de BRUNO RUSCA, pp. 281 y ss. Sobre las críticas formuladas al modelo de ALEXANDER Y FERZAN, ver: GREEN, STUART; "Golden Rule Ethics and the Death of the Criminal Law's Special Part" en *Criminal Justice Ethics*, 2010, 29:2, pp. 208/218.

[36] Paradigmáticamente, en el Código Penal alemán, los concursos forman parte del título "medición de la pena".

Conforme a nuestra postura, las reglas de distinción de escalas penales según la cantidad de *hechos* podrían ser reemplazadas por una única regla para casos de pluralidad de *ilicitudes* sin implicar un riesgo de exceso ni de insuficiencia de las escalas penales. De esta manera, logramos equilibrar nuestra intuición sobre la irrelevancia de la distinción entre unidad y pluralidad de hechos a los fines de la valoración de las conductas delictivas, dado que tal intuición se fundamenta en el principio que indica que cada ilicitud debe ser castigada, pero sin castigar dos veces por lo mismo. Así, logramos un equilibrio reflexivo entre nuestra postura, guiada por nuestra intuición inicial de aplicar castigos justos y los dos principios que nombramos al comenzar el análisis filosófico de este trabajo.

Ante un caso de pluralidad delictiva, aplicaríamos la regla ideal que establezca un criterio valorativo adecuado para los casos de pluralidad de delitos y luego, para establecer el castigo, empezaríamos por la aplicación del principio de íntegra valoración del hecho. Este conlleva tener en cuenta todas las circunstancias del suceso que se está juzgando: la modalidad de la comisión, los bienes jurídicos afectados, las víctimas implicadas, los elementos utilizados por el delincuente, etc. Ahora bien, esta valoración integral de lo sucedido tiene un límite, el que está marcado por la aplicación del principio del *ne bis in idem*. Este segundo principio nos advierte que aquella valoración no puede implicar la consecuencia de valorar o juzgar un mismo suceso dos veces, de manera tal que todo lo que se valora y forma parte del castigo penal que se impone en una determinada oportunidad, no puede volver a ser juzgado en ninguna otra oportunidad.

Como se ve, intuiciones y principios se encuentran en un estado de equilibrio. Por un lado, valoramos todas las circunstancias del suceso ocurrido sin darle una importancia primordial y preliminar a la cantidad de "hechos", pero sí teniendo en cuenta todas aquellas cuestiones que implican una mayor o menor gravedad de la ilicitud. Este proceso de valoración está guiado por el imperativo de imponer un castigo que sea justo en términos del principio de culpabilidad y, a su vez, es el correlato de nuestra intuición inicial.

IV. Conclusiones

Hemos dividido el trabajo en dos partes. En la primera parte, la dogmática, planteamos casos concretos a resolver y, para hacerlo, expusimos los presupuestos conceptuales y dogmáticos que requiere el análisis normativo. Luego, teniendo en cuenta las características particulares del tipo penal del art. 205 del Código Penal argentino, esto es, que es una norma penal en blanco y que, conforme al DNU que la completa, se constituye un delito permanente, hemos postulado nuestra solución a los casos planteados.

Conforme a las consideraciones conceptuales, el criterio adoptado para contar los hechos y las especiales características de los delitos, consideramos que los casos deben resolverse aplicando la regla del concurso ideal. Ello se funda, especialmente, en el principio de legalidad y el respeto del *ne bis in idem*.

Por otro lado, en la parte filosófica de este trabajo, hemos cuestionado la justificación valorativa de las reglas de los art. 54 y 55 del Código Penal argentino. Tales reglas establecen escalas penales que son valorativamente muy distintas para los casos de pluralidad de delitos, según se trate de un "hecho" o varios "hechos independientes".

En ese segmento del trabajo, nos interpelamos sobre esa distinción valorativa y su justificación, propusimos distintos supuestos de hechos para testear nuestras intuiciones y ensayamos argumentos a favor y en contra. Finalmente, afirmamos que la cantidad de hechos no es una buena razón para asignar consecuencias axiológicas tan diversas como las que establecen las reglas vigentes. Entendemos que debe existir una regla para distinguir

casos en que se infringe una sola norma o se comete una sola ilicitud de aquellos en que se cometen múltiples ilicitudes. Enunciamos algunas alternativas posibles, pero sabemos que la determinación de esa regla "única" es una tarea difícil que requiere de un estudio pormenorizado que excede los límites de este trabajo.

Ley penal en blanco (art. 205 C.P.) y ley penal más benigna: norma de complemento extrapenal, principios constitucionales, jurisprudencia y algunas posibles consecuencias post-pandemia*

Criminal norm that defines the punishment but that refers to another non-penal law to define the offense (art. 205 C.P.) and most favorable law: non-criminal complement norm, constitutional principles, jurisprudence and some possible consequences after Covid-19 pandemic

POR: **ESTEBAN GRAND GRUNDY****

RESUMEN: en el contexto de restricciones sanitarias de naturaleza penal por la pandemia de CoVid-19, el presente trabajo analiza temas relevantes como la ley penal en blanco cuando es completada por una norma extra-penal (como el caso del art. 205 C.P.) y su relación con la aplicación del principio constitucional de ley penal más benigna en el caso de sucesión temporal de leyes. Luego de la presentación de distintos enfoques teóricos, se analiza la jurisprudencia que se considera de aplicación analógica al asunto, y las implicancias en los procesos penales ya iniciados (y aun aquellos concluidos).

PALABRAS CLAVE: Ley penal en blanco. Sucesión de leyes en el tiempo. Principio constitucional de ley penal más benigna. Derecho penal de control social.

ABSTRACT: *in the context of sanitary restrictions of criminal nature due to the CoVid-19 pandemic, this work analyzes relevant topics such as criminal norm that defines the punishment but that refers to another non-penal law to define the offense (like article 205 of Argentinian Criminal Code), and its relationship with the application of the constitutional principle of most favorable law in the case of temporary succession of laws. After the presentation of different theoretical approaches, the jurisprudence that is considered to apply analogously to the matter, and also the implications in criminal proceedings already initiated (and even those concluded) are analyzed.*

KEYWORDS: *Criminal norm that defines the punishment but that refers to another non-penal law to define the offense. Constitutional principle of most favorable law. Temporary succession of laws. Criminal law for the purpose of social control.*

1. Introducción

Sobre temas como ley penal en blanco o ley penal más benigna se ha escrito mucho, ha sido objeto de tratamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina especializada. Luego apareció el COVID-19, y con él se actualizaron múltiples tópicos jurídicos, se debatió sobre los alcances de las medidas to-

* Ensayo expuesto ante el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales el día 10 de noviembre de 2020. Un profundo agradecimiento a los Dres. Enrique Rodolfo Buteler, Débora Ruth Ferrari, Lucas Heber Ríos e Ignacio Ruiz Moreno por sus aportes, consejos y críticas.

** Abogado, Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), ex Profesor Adjunto de Metodología de la Investigación Jurídica (UCC); adscripto de Derecho Penal I (UNC); miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (Comisión Jóvenes Procesalistas) y del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; empleado del fuero penal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; correo electrónico: esteban_grand@hotmail.com y egrand@justiciacordoba.gob.ar.

madas por el gobierno nacional y por las autoridades locales, se analizaron los decretos de necesidad de urgencia y los tipos penales aplicables en la emergencia; se crearon fiscalías especializadas y se debatió sobre la competencia ordinaria o federal, sobre los secuestros de vehículos, la aprehensión de infractores, y un largo etcétera.

Así como revolucionó a la sociedad en todo el mundo, también este virus revolucionó el Derecho, los procesos y a los operadores jurídicos. No obstante ello, podemos augurar que en algún momento esta situación acabará, los tribunales volverán a la "normalidad" previa a la cuarentena; y no perdemos la esperanza de que algunas incorporaciones tecnológicas y procedimentales adquiridas durante este período de emergencia, representen una ventaja y un crecimiento que mejoren el servicio de Justicia.

Ahora bien, sin hacer números exactos, ya que no es la idea ser precisos en lo cuantitativo —realidad que además se modifica a diario—, sino simplemente basándonos en los reportes periodísticos[1/2], el Poder Judicial va a haber adquirido con motivo de las violaciones a la cuarentena y delitos relacionados una enorme cantidad de casos, de expedientes, de procedimientos que, como cualquier otro proceso penal, deberán ser resueltos de alguna manera. Además de las dificultades materiales de tramitar la ingente cantidad de procesos, habrá otras dificultades, más relacionadas con la ciencia jurídica y su aplicación práctica. En esta ocasión, pretendemos abordar una de ellas: la relación entre la norma penal en blanco prevista por el legislador en el art. 205 del C.P., que se nutre de los sucesivos decretos de necesidad de urgencia y disposiciones sanitarias ocurridos durante los distintos estadios de la cuarentena, y la aplicación del principio constitucional de la ley penal más benigna.

Adelantamos que puede resultar contraintuitiva la conclusión a la que arribemos, ya que implicaría borrar "de un plumazo" tanto trabajo realizado en materia de elaboración de sumarios, recepción de prueba y otros actos jurídicos. El lector podrá preguntarse válidamente "y entonces, ¿para qué hicimos todo esto?" No obstante, entendemos que deben primar los principios constitucionales limitativos de la potestad represiva estatal; y, una vez concluido el fragor de la improvisación y las circunstancias de emergencia que impuso la pandemia, debemos tomar medidas prácticas y racionales para darle una solución a la gran cantidad de procesos generados.

A los fines ejemplificativos, presentamos cuatro situaciones de hecho posibles que ayudan a graficar el problema: a) mediante el dictado del primer decreto de necesidad de urgencia, que instauró la cuarentena general obligatoria (aislamiento social preventivo y obligatorio, DNU N° 297 del 20/03/20) quedaron exceptuadas muy pocas actividades, las consideradas "esenciales" (v. gr. industria y transporte de la alimentación, salud, trabajadores esenciales del Estado, seguridad, veterinarias, etc.). En dicho decreto no fue exceptuada de la cuarentena general la actividad de los talleres mecánicos de automotores. Armando Castillo es dueño del taller La Tuerca, licenció a su personal pero él y sus dos hijos continuaron trabajando para reparar los vehículos que ya tenían en el taller y que debían ser entregados a sus respectivos dueños. Tal situación fue advertida por la Policía, que acudió al lugar por llamados de un vecino; aprehendió a los tres trabajadores, clausuró el taller y trasladó a los infractores a la Fiscalía dispuesta para recibir este tipo de procedimientos. Allí fueron imputados y notificados de haber cometido el delito previsto en el art. 205 C.P.,

[1] https://www.ellitoral.com/index.php/id_um/248563-casi-16-millones-entre-detenidos-y-notificados-por-violar-la-cuarentena-en-argentina-nacionales.html

[2] https://lmdiario.com.ar/contenido/226240/ya-son-30196-los-detenidos-por-transgredir-la-cuarentena-en-cordoba

se receptó la prueba testimonial e instrumental aportada por la Policía, y fueron puestos en libertad bajo la estricta condición de no volver a incurrir en la violación a las medidas anti-epidémicas. Habiendo transcurrido menos de un mes, con la Decisión Administrativa 490/20, el Estado Nacional a través del Jefe de Gabinete de Ministros, admitió entre las excepciones a la cuarentena obligatoria a los talleres mecánicos, por lo que Armando Castillo se encontró facultado para trabajar nuevamente. b) El 4 de abril de 2020, Juan Benvenuto se reunió con su familia a festejar su cumpleaños un día domingo en la casa de sus padres, con sus dos hermanos y sus respectivas esposas. Al igual que en el caso anterior, la Policía acudió al lugar advertida por un vecino. Se constató que todos se encontraban violando la disposición gubernamental que prohibía las reuniones sociales o familiares, por lo que corrieron igual suerte que Armando Castillo y sus hijos. Con posterioridad, el día 12 de junio de 2020 se autorizaron las reuniones familiares de hasta diez personas en todo el territorio de la Provincia de Córdoba.[3] c) El 10 de abril de 2020 José Rapaz, habitante de Laboulaye, tomó la determinación de robar una casa vecina, por haberse enterado que sus propietarios quedaron varados en otra provincia con el dictado de las medidas de prohibición de circulación interjurisdiccional. Salió de su casa, incumpliendo la medida de aislamiento, caminó una cuadra, trepó utilizando su destreza física por una reja de dos metros y medio de altura, luego a la medianera, de allí al techo y desciende por el patio de la vivienda de sus vecinos. Una vez allí, forzó la cerradura de la puerta e ingresó, pero fue sorprendido por una alarma que desconocía que tenían predispuesta, por lo que tomó de la cocina una tostadora y una pava eléctricas y con dichos elementos intentó darse a la fuga por el mismo camino de llegada, sin embargo fue sorprendido por personal policial a media cuadra de la vivienda. El 8 de mayo fue condenado en juicio abreviado como autor de robo calificado y violación a las medidas contraepidémicas en concurso real[4] (arts. 45, 55, 167 inc. 4 – en función del 163 inc. 4° – y 205 del C.P.) a la pena de tres años y dos meses de prisión. d) Pedro Malatesta consideraba que la pandemia era un invento para someter a los individuos, que el Estado no podía obligarlo a dejar de trabajar o de relacionarse, por lo que incumplió asiduamente con las medidas de aislamiento, hasta que el 15 de mayo de 2020, en el Puente Centenario, fue detenido por personal policial que le requirió su autorización para circular y, ante la falta de ella, lo llevó detenido por violación al art. 205 C.P. En abril de 2021 ya la situación está controlada, casi todos los argentinos estamos vacunados y se levanta todo tipo de restricciones originadas en la pandemia.

Los casos que anteceden generan los siguientes interrogantes, que esperamos responder a lo largo del desarrollo: ¿Qué ocurre con las imputaciones y los procesos penales iniciados durante la pandemia? ¿Cómo se integra el art. 205 C.P.?¿Qué ocurre con los condenados por este delito durante el período de vigencia de los decretos de aislamiento social, preventivo y obligatorio? ¿Puede invocarse a posteriori el acaecimiento de una ley penal más benigna? ¿Cómo se aplica relacionan las leyes penales en blanco con los conflictos de leyes penales en el tiempo?

Realizaremos a continuación un repaso por aquellos temas que resultan pacíficos en la doctrina y jurisprudencia, para luego presentar casos jurisprudenciales que entendemos

[3] https://www.cba.gov.ar/wp-content/uploads/2020/06/ANEXO-80-REUNIONES-FAMILIARES-FNL.pdf

[4] Sobre la forma en que concursa el delito contenido en el art. 205 C.P., no corresponde hacer mayores consideraciones a los fines del presente trabajo; no obstante, cabe aclarar que la doctrina no es unánime y algunos consideran que concursaría idealmente en estos casos. Nos ceñimos a lo fallado por el Juzgado de Control y Faltas N° 6 de la Ciudad de Córdoba (SAC 9193051 "Rivarola, Leandro David y otros p.ss.aa. Hurto Calificado por escalamiento, etc.") y otros que fallaron de idéntica forma en el interior provincial.

de aplicación a la temática, de modo tal que debatamos sobre la posibilidad de implementar retroactivamente una norma penal más benigna a los casos propuestos. Finalmente, expresaremos nuestra opinión y la solución jurídica que entendemos debe primar para resolver los procesos cerrados y pendientes de juzgamiento que incluyan la violación a medidas contra o anti epidémicas del art. 205. C.P.

2. El artículo 205 del C.P.

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

El contenido del injusto típico de esta figura dolosa está compuesto por la inobservancia de las medidas sanitarias dispuestas por la autoridad competente para evitar la introducción o propagación de epidemias. Se trata de una ley penal en blanco, ya que el sentido y el alcance de las medidas dispuestas por la autoridad competente podrán variar en su contenido, pero su falta de observancia constituye la materia de prohibición. El autor no cumple con las medidas sanitarias impuestas por la autoridad y de esa manera crea un peligro para terceros originado en el riesgo de contagio o propagación.[5]

El delito puede cometerse en forma activa u omisiva; como ya se advirtió es doloso (admite el dolo eventual) y se sostiene mayoritariamente que es de peligro abstracto.[6] No es necesario que la persona infractora se encuentre enferma, sino que es suficiente que viole la prohibición dispuesta por la autoridad sanitaria. Algunos consideran que podría clasificarse como un delito de peligro concreto si se tratara de una persona enferma de COVID-19, ya que se presentaría un riesgo cierto de contagio a terceros. No obstante, basta para la consumación cumplir con el elemento objetivo del tipo: violar el mandato o prohibición de autoridad.[7]

No coincidimos con quienes afirman que "si alguien no cumple y/o no respeta la cuarentena por ejemplo, y se comprueba que no era portador del virus, la salud publica nunca pudo haber estado en riesgo, por lo que no estamos en presencia de un delito, caso contrario de aquel que estando enfermo, sí tendrá responsabilidad penal, aunque no haya contagiado a persona alguna, puesto que el peligro existió aunque no se dio el resultado, es decir, no se afectó a nadie en particular pero se puso en peligro a todos aquellos con los que haya tenido contacto directo o indirecto".[8] Por el contrario, como han explicado los epidemiólogos que asesoran al Estado en estos avatares, "nosotros vamos a buscar al virus"[9], es decir, una persona que viola la restricción de circular y concurre a un lugar donde

[5] ABOSO, GUSTAVO. "COVID-19, Salud pública y derecho penal". *elDial.com* - DC29E6 el 01/04/2020, recuperado el día 27/07/2020.

[6] VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Código Penal comentado, T. IV*. Barcelona: Atelier, 2015; NÚÑEZ, RICARDO C. *Derecho penal, t. VI*, p. 154. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1959.

[7] BUOMPADRE, JORGE. "Reflexiones de derecho penal en tiempo de coronavirus. Violación de la cuarentena y otras medidas". En *Revista Pensamiento Penal*, 2020. Recuperado de: http://www.pensamientopenal.com/doctrina/ 48653-reflexiones-derecho-penal-tiempo-coronavirus-violacion-cuarentena-y-otras-medidas, 23-4-2020

[8] MACHADO, DANIEL C. "Coronavirus (COVID-19): Implicancias penales (16/03/2020)". En *Revista Pensamiento Penal*, 2020. Recuperado de: http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48631-coronavirus-covid-19-implicancias-penales (Último acceso: 27/07/2020).

[9] https://www.casarosada.gob.ar/informacion/conferencias/46825-conferencia-de-prensa-del-presidente-de-la-nacion-alberto-fernandez-acerca-de-la-extension-de-la-cuarentena-por-el-coronavirus-covid-19-desde-olivos

puede llegar a contagiarse de COVID-19, representa un peligro abstracto para la salud pública, debido a la capacidad de contagio potencial que adquiere como portador.

Como ya adelantamos, se trata de una norma penal en blanco, "ya que el sentido y el alcance de las medidas dispuestas por la autoridad competente podrán variar en su contenido, pero su falta de observancia constituye la materia de prohibición. El autor no cumple con las medidas sanitarias impuestas por la autoridad y de esa manera crea un peligro para terceros originado en el riesgo de contagio o propagación".[10]

Dentro de las medidas dictadas por autoridades competentes se comprende un amplio abanico: desde medidas legislativas hasta decretos o resoluciones administrativas dictadas por los poderes respectivos de la Nación, las provincias o las municipalidades. Por lo tanto, lo que se incumple son los mandatos o prohibiciones que contiene la legislación nacional, provincial o municipal, siempre y cuando esta normativa se refiera a la regulación del impedimento de introducción o propagación de una epidemia.

Es suficiente con que la autoridad sea competente para dictarla, vale decir, que emane de un órgano con facultades suficientes como para emitir disposiciones de carácter normativo y obligatorio. Lo trascendente en todos estos casos, es que deben constituir medidas de carácter obligatorio y no meras sugerencias, prevenciones o consejos dirigidos a la población, o a una colectividad determinada, cuyo incumplimiento en estos caso no deriva en una sanción penal al no ajustarse, por ende, a esos requisitos típicos.[11]

3. Breve reseña de las leyes penales en blanco

Si bien, como se adelantó en la introducción, la doctrina es pacífica en la definición y requisitos de las leyes penales en blanco, conviene recordar brevemente algunos conceptos, con fines estipulativos para el presente trabajo.

Así, la doctrina clásica local se refiere a ellas como "leyes que refieren una pena determinada a un género de infracciones cuyos contenidos específicos dependen de lo dispuesto por otras normas jurídicas. Son leyes cuyo tipo es abierto, porque debe ser complementado, mediante la definición de las especies que comprende, por otro acto legislativo o por otra instancia legislativa. Estas leyes son propias de aquellas materias que, como las sanitarias, debido a su contenido fluctuante, requieren una regulación flexible".[12]

Se trata de leyes penales en las que "el legislador establece la sanción dejando incompleta de prohibición, su contenido que debe ser "rellenado" por otro organismo. En estos supuestos el acto legislativo, en sentido formal, deja precisada la sanción e indeterminado el contenido".[13]

Algunos doctrinarios consideran que la utilización por parte del legislador de las leyes penales en blanco está repleto de dificultades: "La gama de problemas que genera resulta de la más diversa; tensionando, en muchos casos, la propia garantía de legalidad. Así, y sin ánimo de exhaustividad, se ha discutido la validez de que, la disposición complementaria, pueda emanar de una instancia normativa distinta a la del Congreso Nacional (por lo general, el Poder Ejecutivo); (...) o, por fin, *si una modificación de la norma complementa-*

[10] ABOSO, GUSTAVO, op. cit.

[11] TAZZA, ALEJANDRO. "El delito de violación de medidas antiepidémicas". *Rubinzal-Culzoni*, 2020. Cita: RC D 1483/2020, recuperado el día 28/07/2020.

[12] NÚÑEZ, RICARDO C. *Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González* (pp. 65/66). Córdoba: Marcos Lerner. 1999.

[13] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal. Parte General* (p. 190). Buenos Aires: Ediar. 1998.

ria, posterior al hecho delictivo, puede aplicarse retroactivamente en caso de resultar más beneficiosa para los intereses del imputado".[14]

Una cuestión que resulta sumamente relevante para el análisis posterior es averiguar si la disposición emanada de autoridad competente *integra* una norma penal en blanco como la del art. 205 C.P., o si esta norma tiene existencia propia como ley que contiene una sanción sin precepto. La postura mayoritaria es que la disposición que "rellena" el blanco de la norma integra la ley penal, ya que no puede existir una ley penal que no individualice la conducta a la que asocia una pena. Esta posición tiene como consecuencia que *no hay ley penal hasta que no se dicta la reglamentación que la integra y, recién entonces, entrará en vigencia la ley penal en blanco.*[15]

4. Ley penal más benigna

Al igual que con las leyes penales en blanco, hay cierto consenso en cuanto a la retroactividad o ultractividad de las leyes penales en cuanto sean más favorables al infractor.

El principio de la ley penal más benigna, fue consagrado por el código penal entrado en vigencia en el año 1922, y se ha mantenido en su redacción hasta el día de hoy, aunque con distinto alcance. A partir de la reforma de la Constitución de 1994, en cuanto, en su art. 75 inc. 22, otorga jerarquía superior al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15 – 1° párrafo – in fine) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9 in fine), la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, ha alcanzado expresa jerarquía constitucional.[16]

Aquí conviene detenerse un momento: la incorporación del principio de ley penal más benigna a un catálogo de Derechos Humanos incorporado a la Constitución en virtud del art. 75 inc. 22, no lo hace sólo un derecho de jerarquía constitucional, sino un derecho humano. De tal manera, el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna debe entenderse en forma viva, abierta y dúctil.[17] Ya no se trata de una norma infraconstitucional *derrotable* como lo era el art. 2° del C.P.

Responde a una retórica tradicional categorizar a este principio como un "beneficio" para el imputado. Por el contrario, "de acuerdo al avance y desarrollo conceptual y axiológico de los principios constitucionales que condicionan la potestad estatal de castigar, si bien desde la perspectiva del individuo sometido a proceso es una garantía, debe primar el criterio de que configura un límite institucional a esa potestad punitiva. Está prohibido aplicar un castigo, que la ley actual no autoriza, o uno más grave del que permite".[18]

Un posible fundamento de la existencia del principio es que "la clave de la legitimidad de la aplicación retroactiva radica en si el cambio normativo, directo o de la normativa de remisión, muestra un cambio valorativo relevante desde la perspectiva penal: desde

[14] CESANO, JOSÉ DANIEL. "Norma penal en blanco y retroactividad de la ley más benigna. Cambio de criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Publicado en: *LA LEY* 07/08/2006, 07/08/2006, 5 - LA LEY2006-D, 648, recuperado el 1 de agosto de 2020.

[15] ZAFFARONI, op. cit., p. 191.

[16] BUTELER, JOSÉ ANTONIO. "Mandato constitucional: la ley penal más benigna". En *Actualidad Jurídica Derecho Penal* pp. 1814/1817). Año 2004.

[17] BREGANTIC, JONATHAN. "La retroactividad de la ley penal más benigna y el stare decisis: una aproximación desde los Derechos Humanos". En *Revista El Derecho Penal*, N°8, Agosto de 2018, pp. 5-10.

[18] BUTELER, JOSÉ ANTONIO, op. cit.

la óptica del bien que se quiere proteger y de los ataques que se consideran intolerablemente lesivos del mismo".[19]

Para cierto sector de la doctrina, la excepción que supone la aplicación del principio de ley penal más benigna encuentra su fundamento en la misma naturaleza del derecho penal: "Si el derecho penal legisla sólo situaciones excepcionales, en que el Estado debe intervenir para la resocialización del autor, la sucesión de leyes que alteren la incidencia del Estado en el círculo de bienes jurídicos del autor denota una consiguiente alteración de la desvalorización jurídica de la conducta, reveladora de que, con el curso del tiempo, la ley ha cambiado sus valoraciones".[20]

Las citas doctrinarias de los dos párrafos precedentes apuntan a un "cambio valorativo" en cuanto al bien que se intenta proteger, lo que faculta al Estado a entrometerse en la esfera de privacidad de los individuos. Veremos luego que esta justificación basada en cambio de valoración no es requerida por el principio constitucional para limitar la potestad represiva estatal, en virtud de lo resuelto por distintos tribunales del país.

4.1. El caso de las leyes temporales o excepcionales

Leyes temporarias son aquellas que rigen por un cierto período de tiempo predeterminado en su acto de creación; por otra parte, leyes extraordinarias son las que tienen su vigencia determinada por la duración de las situaciones excepcionales que le dieron origen.

Previo a la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos a nuestra Constitución, y aún durante un lapso considerable posterior la doctrina y la jurisprudencia fueron mayoritarias y pacíficas en considerar a las leyes temporales o excepcionales fuera de la posibilidad de aplicación del principio de ley penal más benigna.

Sobre ello, Zaffaroni afirmaba que "es casi unánime la opinión que las exceptúa del principio de retroactividad benigna, no siendo correcto afirmar la ultractividad gravosa, porque no son "ultra-activas", sino que simplemente escapan sus sucesoras al principio de excepción benigna".[21] Consideraba el mismo autor que, al estar establecida la retroactividad en el art. 2 C.P. y la excepción a la retroactividad en una ley de igual jerarquía, no había conflicto alguno.

De igual manera, otros doctrinarios consideran que "la ley más benigna experimenta una excepción en las leyes transitorias; es decir, aquellas que prevén su autoderogación, y son más graves. Entender lo contrario llevaría a la pregunta siguiente: entonces, ¿qué razón de ser tendrían las leyes transitorias cuando al tiempo de ser sancionadas se sabía que, por ser más graves, no serían aplicadas?".[22]

Ahora bien, ¿es correcto continuar afirmando que las leyes temporales y/o excepcionales son una excepción al principio de ley penal más benigna? Entendemos que desde la incorporación de los mentados tratados internacionales mediante el art. 75 inc. 22 de la C.N. no se admite ninguna excepción a la aplicación del principio bajo análisis.

En efecto, coincidimos con Cesano en que en virtud de los "arts. 9°, in fine, y 15, apartado 1°, in fine, de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Inter-

[19] PACILIO, NICOLÁS A. "Comentario al caso "Torea". Mirando a la retroactividad de la ley penal más benigna con (algo) más de profundidad". En PITLEVNIK, LEONARDO G (DIR.) - *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación T. XVIII*, pp. 123/156. Año 2015. Y allí: LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO (2000) *Sobre la retroactividad penal favorable*, p. 129.

[20] ZAFFARONI, op. cit., pp. 468/9.

[21] Ibídem, pp. 473/4

[22] LAJE ANAYA, JUSTO. "Ley penal más benigna". En *Revista Semanario Jurídico* N° 1964, Córdoba: Comercio y Justicia, p. 98. Año 2014.

nacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente; documentos internacionales que consagran, con jerarquía de garantía constitucional (art. 75, inc. 22, 2ª cláusula, C.N.) el principio de retroactividad y ultra-actividad de la ley penal más benigna. Por tal razón, el legislador infraconstitucional, como premisa general, no puede excepcionar, a través de una norma de menor jerarquía, un precepto de aquel valor (art. 31, C.N.)".[23]

El mismo autor considera que "tanto la estructura lingüística del texto de la Convención Americana (art. 9°) como la del Pacto Internacional (art. 15) se refieren a un caso de sucesión de leyes, sin distinguir el carácter excepcional o temporal de la sustituida por la posterior más benigna. Sobre esta base no puede dejar de reconocerse el valor de la siguiente pauta derivada de la teoría de la argumentación: 'un texto legal (...) tiene prioridad sobre otras fuentes del derecho, sin que importen que éstas estén dotadas de autoridad o sean materiales' (Cfr. Aulis Aarnio, "Lo racional como razonable", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 143); con lo que, toda otra forma argumental, cuando la ley (por su estructura idiomática) no admite realizar distinciones, debe ser considerada como un razonamiento de carácter más bien débil. Quizá pueda pensarse que, a partir de nuestro razonamiento, las leyes penales transitorias (temporales y excepcionales), se tornarían inocuas desde una perspectiva político criminal. Y efectivamente, así es".[24]

4.2. La modificación de la norma de complemento en las leyes penales en blanco

Mencionamos supra que, en las leyes penales en blanco, la norma de complemento integra la ley penal. De tal manera, "la ley extra-penal integra la ley penal, de modo que la alteración de la ley extra-penal que beneficia al sujeto debe aplicarse retroactivamente, pues se trata de un caso de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, que se rige por los principios generales de esa retroactividad".[25]

Nos parece atinada la formulación que realiza Santana Vega al respecto: "a los efectos de la aplicación del principio de retroactividad de las disposiciones penales más favorables, la ley penal debe ser entendida como referida a toda aquella previsión normativa que tenga consecuencias penales. Esto supone incluir, bajo tal denominación, no sólo a las normas que definen delitos y determinan la imposición de penas, sino también a aquellas otras que, pertenecientes a otras ramas del ordenamiento jurídico, se incorporan al tipo penal para completar su sentido, actuando como presupuestos de la imposición de una pena. De esta manera, la modificación de la normativa de complemento, en cuanto puede ampliar, restringir o suprimir el ámbito de lo punible, queda sometida a la excepción de la retroactividad".[26]

Si bien la regla parece clara, algunos autores consignan excepciones: "hay casos en que sería absurdo que la ley extra-penal posterior beneficiase al sujeto, como, por ejemplo, cuando una ley remita al decreto que establece precios máximos y, después de cometida la infracción, el precio máximo se aumentase. No obstante, esto no altera los principios generales, porque la fijación de los precios máximos responde siempre a circunstancias cambiantes y, por consiguiente, debe regir en el caso el mismo principio que excluye de la retroactividad beneficiante a las leyes penales excepcionales o temporarias".[27]

---

[23] CESANO, JOSÉ DANIEL, op. cit.
[24] Íbidem.
[25] ZAFFARONI, EUGENIO R., op. cit., pp. 465/6.
[26] SANTANA VEGA, DULCE MARÍA *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 27, año 2000.
[27] ZAFFARONI, EUGENIO R., op. cit., p. 466.

Sobre la mutabilidad de la ley extrapenal que complementa a la ley penal en blanco, la Corte Suprema sostenía en doctrina anterior que "las variaciones de la ley extrapenal que complementa la 'ley penal en blanco' no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley penal más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable. En tal sentido, las variantes reflejan circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito, en nada influye sobre la punibilidad de éste". También se señaló que: "si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del art. 2° del Cód. Penal importaría, respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con el que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo".[28]

El razonamiento de la mayoría de la Corte y de los tribunales inferiores, era el siguiente: cuando la ley del Congreso se mantiene inalterada pero, la norma de complemento es sustituida por otra que desincrimina la conducta que antes era castigable, al no cambiarse la ley que establece el precepto y la sanción, sino la reglamentación, la conducta sigue siendo delito punible.[29] Tal criterio permitía adecuar el ejemplo brindado por Zaffaroni sobre los "precios máximos" y, tal vez, sería aplicable al caso de la modificación de la norma de complemento en el caso del art. 205 C.P.

A partir del fallo "Cristalux"[30], la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió su criterio jurisprudencial y consideró aplicable la ley penal más benigna aun cuando la modificación se haya realizado sobre la norma de complemento. En tal sentido, "toda mutación de una norma (por efecto de una sucesión temporal) —aun cuando se trate de un precepto reglamentario que completa el blanco de la ley— no es sino la consecuencia de una revaloración jurídica de una relación determinada; variación axiológica que, necesariamente, debe proyectar sus efectos sobre el pasado en cuanto ha tomado como punto de referencia hechos sucedidos durante la vigencia de otras valoraciones jurídicas a las cuales modifica".[31]

Argumenta Cesano que "la tesis defendida por la jurisprudencia anterior (de no aplicación del principio de benignidad para las modificaciones de la norma de complemento) se encuentra imbuida en una concepción sancionatoria del Derecho penal y puramente formalista de lo injusto (anclada en la mera desobediencia); concepciones que ya no encuentran recepción en la literatura científica dominante".[32]

A nivel local, la Cámara de Acusación ha fallado en relación a la aplicación del principio de ley penal más benigna ante la modificación de los montos previstos para configurar el delito de evasión en la ley penal tributaria (ley 24.769 modificada por la ley 27.430). Sin ingresar a la consideración de la naturaleza de esos montos mínimos, sean condiciones objetivas de punibilidad o elementos del tipo objetivo, el Tribunal consideró que por imperio de las cláusulas de los arts. 9 y 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente,

[28] CSJN *in re* "Argenflora" (Fallos 320:763).
[29] CESANO, JOSÉ DANIEL, op. cit.
[30] C.S.J.N., C. 77. XL. "Cristalux S.A. s/ley 24.144", 11/04/2006, Fallos 329:1053.
[31] CESANO, JOSÉ DANIEL, op. cit.
[32] Íbidem.

debía declararse la aplicación de la ley penal que resultara más benigna para los imputados.[33]

El mismo Tribunal cordobés realiza una reflexión interesante, que parece pasar por alto lo que la doctrina citada oportunamente (Zaffaroni, Lascurain Sánchez, etc.) considera el fundamento del principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Refieren los vocales que la aplicación del precepto convencional no prevé ni requiere una justificación en la modificación de intereses o valores sociales, y por lo tanto: "introducir un requisito de procedencia al principio de retroactividad de la ley penal más benigna - cambio en la valoración social del hecho- que no se encuentra previsto convencional ni legalmente, extremo que no puede ser admitido, en tanto constituye una interpretación *in malam partem* sin sustento normativo (…) El principio de retroactividad de la ley penal más benigna - como derivado del principio de legalidad- sólo puede ser interpretado en un único sentido, como freno al poder estatal…"[34]

En base a la jurisprudencia y la doctrina analizadas, ¿sería de aplicación analógica al art. 205 C.P.? Entendemos que la respuesta afirmativa se impone por lógica y coherente con los principios constitucionales y convencionales de aplicación de ley penal más benigna en sucesión de leyes en el tiempo. En virtud de ello, ante el cambio de la norma de complemento de naturaleza extrapenal que integre el referido artículo, nos encontraríamos ante un caso de conflicto por sucesión de leyes penales en el tiempo, que debe ser resuelto ineludiblemente aplicando el principio de benignidad.

5. Posibles respuestas

En este punto debemos volver sobre el art. 205 C.P.: como ya dijimos, se trata de una norma penal en blanco que se complementa con una disposición de carácter administrativo, de naturaleza extra – penal, como es el caso actual de los decretos de necesidad y urgencia y las resoluciones sanitarias emanadas de la Jefatura de Gabinete de la Nación, el Ministerio de Salud de la Nación y otras normativas provinciales (en Córdoba, por ejemplo, disposiciones del Comité de Emergencia y del Ministerio de Salud).

No cabe duda de que la utilización del art. 205 C.P. como norma penal en blanco que se completa con disposiciones sanitarias emanadas de autoridad competente es válida desde el punto de vista del principio de legalidad, ya que no remite in totum a la normativa complementaria, sino que se encuentra correctamente definida la sanción y el ámbito de contenido del injusto penal; asimismo, la especificidad de la materia y su posibilidad de cambios hace parecer razonable una regulación de este tipo.

Como dejamos estipulado, la norma penal de referencia recién adquiere virtualidad cuando es completada con las "medidas adoptadas por la autoridad competente". Ahora bien, el marco de la pandemia ha causado una realidad cambiante indiscutible, a lo que el Estado ha respondido mediante instrumentaciones variadas. Debido a ello, ha ido mutando la norma de complemento del art. 205 C.P., por lo que en realidad el mismo artículo ha cambiado en sus respectivos contenidos de acuerdo a las sucesivas modificaciones de las normas extrapenales.

---

[33] CámAcus.Córdoba *in rebus*"Navaja, José Gerardo – Incidente por excepción de falta de acción" (Expte. "N"-16/18, SACM nº 7245192) y "Federico, Pablo Augusto; Federico Pablo Ignacio; y Federico, Natalia Victoria p.s.a. Falsificación de instrumentos públicos" (Expte. "F"-22/17, SACM nº 2904323).

[34] CNCrim. y Corr. Fed., Sala II, *in re* "Moschioni", sentencia del 15/02/2013, fallo citado por la Excelentísima Cámara de Acusación de Córdoba en autos "Navaja, José Gerardo – Incidente por excepción de falta de acción" (Expte. "N"-16/18, SACM nº 7245192).

Tales cambios (que a la fecha de redacción de este ensayo no han adquirido carácter definitivo) en la norma de complemento implican una sucesión de leyes en el tiempo, similar a los casos analizados de ley penal tributaria o cambiaria. En tal sentido, corresponde que tal sucesión sea observada con el prisma del principio de ley penal más benigna. En efecto, como ya estableció la C.S.J.N. en "Cristalux S.A.", se debe aplicar la ley penal más benigna en el caso de modificación de la ley extrapenal que completa a la ley penal en blanco.

Ante ello, rescatamos una reflexión en cuanto al efecto que tiene el fallo citado en la interpretación de este tipo de casos: "en la regla *stare decisis*, lo realmente crucial es la *res interpretata* o efecto indirecto, que será un estándar mínimo de derechos que sólo podrá ser dejado de lado mediante la válvula de flexibilización prevista en el art. 29 CADH, al brindarse argumentadamente mayor protección sobre los derechos. La cosa interpretada del precedente obligatorio tiende al efecto útil, a efectivizar las libertades, derechos y garantías".[35]

Por otro lado, si quisiera interpretarse el caso como sucesión de leyes excepcionales (y la consecuente clásica no-aplicación de la ley penal más benigna), atendiendo a la situación crítica y fuera de lo común que se vive con motivo de la pandemia, deberíamos contestar que tampoco es factible inhibir la aplicación del principio de ley penal más benigna.

En primer lugar, no ha sido el Congreso de la Nación el que ha dictado una ley de emergencia o temporal que pueda considerarse apta para no aplicar el principio, de conformidad a lo que sostenía la doctrina y la jurisprudencia tradicional; sumado a ello, los decretos de necesidad y urgencia y resoluciones ministeriales que se han dictado no pueden versar sobre asuntos penales (art. 99 inc. 3° C.N.). En virtud de esta prohibición, ni siquiera puede ingresarse a la consideración de que la normativa dictada por el Poder Ejecutivo durante la crisis epidémica pueda integrar una ley penal transitoria o excepcional, sino simplemente considerar que ha dictado disposiciones en tanto autoridad competente en materia sanitaria, como norma de complemento extrapenal.

En segundo lugar, consideramos que los argumentos brindados por Cesano son congruentes y coherentes con una interpretación armoniosa de los principios incorporados por el art. 9 in fine de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 15 1° párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: no se prevén excepciones al principio de aplicación de la ley penal más benigna. Al tener tales preceptos jerarquía constitucional, mal podría el legislador o el juez penal contravenirlos al realizar o interpretar una ley que otorgara validez ultractiva a una norma penal temporaria o excepcional que resultare más perjudicial para el imputado (art. 31 C.N.).

Asimismo, como *obiter dictum* de los fallos citados de la Excma. Cámara de Acusación de Córdoba se desprende que, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna es de aplicación *tout court*, sin necesidad de que el juzgador elucide la intención del legislador en cuanto a un cambio en la percepción de valores sociales respecto a un hecho o una especie de hechos.

Una última reflexión en este segmento nos lleva a considerar que el art. 205 C.P. y tal vez otras normas penales en blanco resultaban una forma válida de legislar previo a la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Ello en virtud de que todo conflicto de leyes y principios derivados de leyes se resolvía utilizando las reglas comunes de *lex posterior* o *lex specialis*. Sin embargo, con la

[35] BREGANTIC, JONATHAN, op. cit.

supremacía de las normas convencionales sobre la legislación penal común o especial, como el art. 205 o la evasión tributaria, debería el legislador encontrar un mecanismo distinto de conformación de los tipos penales a los fines de evitar problemas como el expresado en el presente trabajo.

Retomando los ejemplos que brindamos para orientar las implicancias prácticas que tendrían nuestras reflexiones, podemos afirmar que en todos los casos sería de aplicación el principio de ley penal más benigna.

En el caso de los imputados, tanto el dueño del taller mecánico, como la juntada familiar, se evidencia que a los pocos días de haberse imputado la violación del art. 205 C.P. por encontrarse trabajando en un rubro no habilitado como excepción a la cuarentena general, y por haberse reunido familiares un día domingo a festejar un cumpleaños, la norma de complemento cambió: primero se habilitó el trabajo de los talleres mecánicos; luego las reuniones familiares de menos de diez personas los días domingo. Tales modificaciones, de acuerdo a lo analizado, llevan a una distinta configuración del tipo penal del artículo contravenido, que resultan sucesivas en el tiempo y más benignas para los imputados. Por tal motivo, no se presenta otra solución lógica y jurídica que plantear el sobreseimiento.

En el caso del condenado por robo y violación a las medidas del art. 205 C.P., correspondería (una vez decretado el cese de la aplicación de medidas sanitarias antiepidémicas) la revisión y reducción del monto de la pena, que no podría ser el mismo en razón de que ya no se trataría de un concurso real, por haber perdido operatividad el artículo referido.

Finalmente, supuesto del sujeto renuente a acatar las medidas contraepidémicas, haciendo futurismo y con el deseo de que en marzo del año venidero la pandemia sea un mal recuerdo, podríamos advertir que el art. 205 C.P. carece de una descripción del contenido del injusto, y por lo tanto, no podría ser operativo. Por consiguiente, la "nueva" norma del art. 205 C.P., al no haber medidas dictadas por autoridad competente para contrarrestar la epidemia, sería más benévola para el imputado que aquella que consagraba una conducta típica (v. gr. circular por la vía pública sin estar facultado para ello). Correría, pues, igual suerte que los casos anteriores.

6. Conclusión

Una vez más, nuestro Estado ha recurrido al Derecho Penal como herramienta para manejar una crisis social y colectiva, como sistema de control social primario, como coacción para el cumplimiento de determinadas reglas de conducta.

En coincidencia con Desimoni, entendemos que si bien es cierto que las emergencias aconsejan y obligan a que se utilicen todos los resortes y recursos del Estado, debe tenerse precaución en cuanto al derecho penal, so riesgo que en la práctica el empleo del mismo se torne inflacionario y exorcizante; habida cuenta que cuando el autor provocó un daño, o contagió una enfermedad infecciosa, aplicar una severa sanción no repara a las víctimas en particular o a la sociedad en general por el daño producido.[36]

Decía Zaffaroni: "si se diese la inconcebible circunstancia de que se incrementasen los recursos de los poderes judiciales hasta llegar a perseguir y penar absolutamente todas las acciones, se produciría el indeseable efecto de criminalizar varias veces a toda la pobla-

[36] DESIMONI, LUIS MARÍA. "Derecho penal inflacionario y corona virus". *Revista elDial.com* - DC29A8. Publicado el 16/03/2020, recuperado el 2 de agosto de 2020.

ción".[37] En este caso no se ha llegado a criminalizar varias veces a toda la población, pero sí a perseguir judicialmente a un porcentaje importante de ella.

Sin embargo, aun si fuera el camino correcto, si fuera el único medio disponible al cual el Estado pudiera echar mano para menguar o aplacar los efectos de una crisis sanitaria de niveles que no se tiene memoria reciente en nuestra sociedad, puede criticarse que los Ministerios Públicos Fiscales y Poderes Judiciales de nuestro país carecen de los recursos suficientes para hacer frente a tan inaudita cantidad de casos (expedientes) en un tiempo oportuno y en condiciones que se asegure el debido proceso.

Por tal motivo, tal vez la mayoría de los procesos tendrán un destino último en el *casillero de la prescripción*[38]; tal vez se juzguen, como los casos que se han publicado de juicios abreviados, aquellos donde haya delitos más graves en concurso, o aquellos cuyas consecuencias hayan generado una mayor dañosidad social (v. gr. casos "geriátrico de Saldán" y "Hospital Italiano" en Córdoba, caso del sujeto de Buquebús en Buenos Aires, etc.).

Asimismo, en los casos de violación al art. 205 C.P. que avancen en los distintos estadios del proceso penal, tendrían que sortear el escollo de la aplicación de la ley penal más benigna en el cual hemos centrado nuestro análisis. En el supuesto de que los operadores jurídicos encuentren válido nuestro razonamiento analógico con las normas y situaciones de hecho tratadas en "Cristalux" (C.S.J.N.) y "Navaja" o "Federico" (CámAc.Córdoba), la resolución debería ser similar, es decir, la impunidad por aplicación de una norma más benigna.

Aprovechamos estas últimas líneas para reflexionar sobre la dificultad que presenta el uso de la ley penal en blanco como método legislativo. A lo largo de la exposición creemos que ha quedado expuesta la fragilidad de la utilización de esta técnica, por cuanto la aplicación de la normativa constitucional puede generar una constante sucesión de leyes en el tiempo, con los problemas jurídicos y el desgaste jurisdiccional al que hemos hecho referencia.

Desde la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos a nuestra Constitución, el principio de retroactividad de ley penal más benigna pasó de ser una norma *derrotable* en virtud de aplicación de otras normas de igual jerarquía, leyes temporales o excepcionales, a ser una verdadera valla o freno al poder estatal *inderogable*. De ello da cuenta el Máximo Tribunal de nuestro país en el fallo "Cristalux", el cual ya ha comenzado a ser aplicado por otros tribunales del país cuya doctrina resulta relevante.

Inclusive, nos animamos a sostener que *de lege lata*, por lo menos en estos tópicos tratados, la sucesión de leyes en el tiempo por integración de leyes penales en blanco mediante una norma de complemento extra penal y la necesidad de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna en base a los tratados de jerarquía constitucional, nos encontramos ante un "claro error del legislador", que debe ser remediado jurisprudencialmente hasta tanto sea corregido por el poder legislativo. *De lege ferenda*, resta encontrar un mecanismo para legislar este tipo de situaciones que requieren de una posibilidad de modificación pronta y ágil ante sucesos indeseables como la actual. Tal vez, el Derecho Penal no sea el camino.

---

[37] ZAFFARONI, E. R. "En busca de las penas perdidas". Buenos Aires: Ediar, p. 30.

[38] BUTELER, E. "Nuevos criterios reglados de disponibilidad de la acción penal (ley 27147) Naturaleza jurídica y competencia legislativa nacional". En *Cuadernos de Derecho penal*, revista digital del Instituto de Derecho Penal "Jorge De La Rúa" de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, n° 3. Córdoba, mayo 2017, pp. 157-174 (http://www.acaderc.org.ar/ediciones), p. 3.

Compendio de Derecho Penal. Parte General y Especial[*]

Parte Primera: Del delito en general
Capítulo 9: La Culpabilidad (Primera Parte)

Por: **ROCCO PEZZANO**
Traducción a cargo de: **ALDO RISO**[**]

SUMARIO: Sección Primera: La culpabilidad en general **1**. El principio de la culpabilidad. **2**. La concesión psicológica y la concesión normativa de la culpabilidad. **3.** El principio de personalidad del ilícito penal**. 4.** noción de imputabilidad. **5**. El fundamento de la imputabilidad. **6**. Causas que excluyen la imputabilidad. **7**. La minoridad. **8.** La enfermedad mental**. 9.** El menor de edad semi enfermo mental. **10**. Estados emotivos o pasionales. **11.** El sordomudismo. **12.** La ebriedad. **13**. El titulo de responsabilidad en caso de ebriedad voluntaria**. 14.** Crónica de intoxicación de alcohol**. 15.** Hecho cometido bajo la acción de sustancias estupefacientes (art. 93, párrafo 3, 94, 95,). **16.** La incapacidad preordenada de entender y de querer (llamada *actio libera in causa*). Referencias normativas: arts. 27 c.p., arts. 42, 43, 85,86,87, 88, 89, 90, 91,92, 93, 94, 95, 96, 97,98

PALABRAS CLAVES: Culpabilidad. Personalidad. Imputabilidad, minoridad, enfermedad mental. Semiimputabilidad. Enfermedades físicas. Responsabilidad. Preordenación para la inimputabilidad.

SUMMARY: *Section One: Guilt in general. 1. The principle of guilt. 2. The psychological concession and the normative concession of guilt. 3. The principle of personality of the criminal offense. 4. Notion of accountability. 5. The basis of accountability. 6. Causes that exclude imputability. 7. Minority. 8. Mental illness. 9. The semi-mentally ill minor. 10. Emotional or passionate states. 11. Deaf-muteness. 12. Drunkenness. 13. The title of responsibility in case of voluntary drunkenness. 14. Chronic alcohol intoxication. 15. Act committed under the action of narcotic substances (art. 93, paragraph 3, 94, 95). 16. The preordained inability to understand and want (called* actio libera in causa*). Normative references: arts. 27 c.p., arts. 42, 43, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98.*

KEYWORDS: *Guilt. Personality. Imputability. Minority. Mental illness. Semi-accountability. Physical illnesses. Responsibility. Pre-ordination for unimputability.*

Sección primera
LA CULPABILIDAD EN GENERAL

1. El principio de culpabilidad

Para que haya delito, más allá del hecho material, es requerida la existencia de un nexo psíquico entre el sujeto agente y el evento lesivo: es necesario la atribución psicológica del hecho delictivo a la voluntad del agente (llamada imputación subjetiva del hecho).

El principio de la culpabilidad (*nullum crimen nulla poena, sine culpa*), es afirmado por la misma constitución en donde el art. 27, párrafo 1, establece que "la responsabilidad penal es personal, la de la constitución excluye la legitimidad constitucional de todas las

[*] Pezzano, Rocco (dir.): *Compendio di Diritto Penale*, Parte General y Especial, XXI edición, Ediciones Jurídicas Simone, Nápoles, 2017.

[**] Abogado en el ejercicio profesional. Traductor. Miembro Titular del Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Autor de síntesis de fallos para el ex Semanario Jurídico de Comercio y Justicia.

hipótesis de responsabilidad". Se ha debatido a lo largo, en doctrina y en jurisprudencia, sobre la portada y el significado de tal norma constitucional. Ha prevalecido por largo tiempo esta tesis sancionada solamente la prohibición de una responsabilidad penal por hechos ajenos, pero actualmente la doctrina dominante sostiene que el art. 27 excluye la legitimidad constitucional de todas las hipótesis de responsabilidad en donde se prescinde de la culpabilidad del agente (MANTOVANI, DELL'ANDRO, FIANDACA-MUSCO, BRICOLA, FIORE, "todos autores contemporáneos").

En 1988, con sentencia 24/5/1988, n.364, la Corte Constitucional acogió tal interpretación del principio de culpabilidad, reconociendo que, bajo los sentidos del primer párrafo del art. 27 de la Constitución a la luz del 3er párrafo del mismo artículo "el hecho imputado, para que sea legítimamente punible, debe necesariamente incluir al menos la culpa del agente en relación a los elementos más significativos del caso típico".

Así interpretado, el principio de culpabilidad se vuelve no sólo un criterio de lectura de normas penales sino también un verdadero y propio limite garantista con la misma función preventiva del derecho penal, si de hecho no se puede castigar sino por hechos que evidencian el reproche del agente se sigue así que el legislador no podrá utilizar el instrumento penal para fines que vayan más allá de tal función.

Por otro lado, la concepción del principio de culpabilidad por el hecho, la cual ha sido afirmada por la Doctrina, que hace inadmisible, en nuestro ordenamiento, formas diversas de culpabilidad, llamadas culpa de autor (al reo se le reprocha su conducta por su maldad sobre los presupuestos que habría podido formarse una personalidad psíquica diversa).

2. La concesión psicológica y la concepción normativa de la culpabilidad

Existen dos concepciones doctrinarias, que atribuyen a la culpabilidad diversos contenidos y diversas funciones: que son la concepción psicológica y la concepción normativa.

1. Concepción psicológica

Según la concepción psicológica, la culpabilidad es el nexo psíquico entre el agente y la conducta que ocasiona el evento.

El hecho es por lo tanto culpable cuando el agente lo ha deseado (dolo), o bien cuando, también no habiéndolo querido, habría podido preverlo y evitarlo usando la normal diligencia (culpa).

El concepto en consideración, sostenida sobre todo por la doctrina clásica (CARNELUTTI, ANTOLISEI, PETROCELLI) está estrechamente ligada a aquella teoría llamada retributiva de la pena y, por lo tanto, la exigencia y la finalidad de proporcionar la pena al singular acto de voluntad, más bien que a la personalidad generalizada del autor del hecho.

2. Concepción normativa

Para tal concepción (MANTOVANI, FIANDACA-MUSCO, FIORE), la culpabilidad se resuelve en un juicio normativo, o sea en un juicio de reproche por un comportamiento contra el deber o voluntad del agente (contraste contra la voluntad del agente el imperativo o la prohibición contenido en la norma).

Por lo tanto, una realidad psicológica, pone de resalto, un juicio normativo el reproche y un juicio gradual, también la culpabilidad, según conceptos de valores, siendo la voluntad diversamente reprochable en razón de su mayor o menor obligatoriedad (MANTOVANI).

El acogimiento de la concepción normativa de la culpabilidad comporta consecuencias también en la sistematización de los aspectos esenciales del delito: el reproche, por lo tanto, puede ser movido sólo a quien era en grado de comprender el valor de sus acciones y adecuarlas al derecho, es decir, sólo quien en el momento del hecho era capaz de entender y de querer, es decir en términos del derecho penal, imputables.

Se sigue entonces, que:

— la imputabilidad se transforma en presupuesto de la culpabilidad;

— el no imputable no podrá nunca ser tenido como autor de un "delito".

3. El principio de personalidad del ilícito penal

Se habla de responsabilidad por hecho de otro en los casos en donde un sujeto es llamado a responder penalmente de un hecho cometido por otra persona, sin haber dado alguna colaboración causal.

Es el caso que se necesita especificar, con la mejor doctrina, que, de la **responsabilidad por hechos de otros, es distinta la responsabilidad por hechos cometidos por otros materialmente, pero imputados a un sujeto por violación de un deber jurídico de impedirlo**; se trata de todos los casos puntuales que reingresan en la temática del delito omisivo impropio entre las cuales ocurre señalar la responsabilidad del empleador o del padre como autor del delito omisivo impropio o de los delitos cometidos del trabajador o del hijo menor.

La responsabilidad objetiva

Es una forma de responsabilidad por hecho propio sin culpa, en la cual la imputación tiene lugar sobre la base de la mera relación de causalidad tras la conducta puesta en existencia entre un sujeto y un evento, sin que el elemento psicológico tenga alguna relevancia (*qui in re ilicita versatur, tenetur etiam pro casu*). (Está en un negocio que es ilegal, también está vinculado al propósito).

De la lectura del art. 27 Const. la doctrina prevalente deduce la ilegitimidad de la hipótesis de responsabilidad por hechos ajenos y de aquellos de responsabilidad objetiva (MANTOVANI, FIANDACA-MUSCO), no obstante, de esta última se encuentran presente diversos casos puntuales en el código vigente.

La jurisprudencia constitucional **ha eludido siempre el problema de la legitimidad constitucional** o menos de la responsabilidad objetiva, limitándose a negar que en el hecho particular y determinado se encuentra de vez en cuando sometido a su examen podríamos hablar de responsabilidad objetiva, o bien a retener como aplicables disposiciones dictadas con relación al elemento subjetivo (Const. 173/1976, 198/1982,); otras veces hemos hecho referencia a parámetros del mínimum "previsibilidad o del "desarrollo lógico" afirmando la subsistencia de la culpabilidad en los casos en donde el evento objeto de la imputación constituía: "un desarrollo lógicamente previsible del accionar del reo" (C. Constitucional 42/1965, 42/1966, 21/1971, 6/1972).

Sección segunda

LA IMPUTABILIDAD

4. Noción de imputabilidad y generalidades

A) Relaciones con la culpabilidad

De acuerdo al art.85 es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer en el momento de la comisión del hecho constitutivo del delito.

En particular:

—La capacidad de entender y la capacidad de darse cuenta del valor social del acto que se cumple.

—La capacidad de querer y la facultad de querer y aquello que se juzga que se debe hacer.

Requisitos análogos impone la ley 689/81, en relación a los ilícitos administrativos. Bajo el contenido del art. 2 de tal ley, de hecho, no puede ser sometido a sanción administrativa, quien al momento en donde ha cometido el hecho, no había cumplido los 18 años y no había en base a los criterios indicados en el código penal, la capacidad de entender y de querer, salvo que el estado de incapacidad no derive de su culpa o haya sido por este preordenado.

Los informes entre imputabilidad y culpabilidad son siempre objetos de atención de la doctrina, se trata en particular, de establecer si una es presupuesto de la otra:

a) Según una primera orientación, **la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad,** como demostrarán las siguientes observaciones;

—el dolo y la culpa pueden ser también el hecho cometido por un menor o por un enfermo mental;

—el art. 203 C.P. que vincula la evaluación de la peligrosidad social a los elementos en donde el art. 133 C.P. de donde se deduce que el dolo y la culpa existentes entre tales elementos, son configurables y son tenidos en consideración también hacia los sujetos peligrosos no imputables.

De todos estos elementos se seguiría que la culpabilidad prescinde de la imputabilidad y por lo tanto el delito sería configurable también hacia un sujeto no imputable.

b) Una segunda orientación (que se origina del acogimiento de la concepción normativa de la culpabilidad) **sostiene a su vez que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad** "para poderse reprochar hacia una voluntad de no haber podido ser diversa, ocurre que esa se haya formada en un sujeto capaz de entender o de querer: a todos los niños o a todos los hombres no es posible revisar una voluntad culpable MANTOVANI, FIORE, FIANDACA-MUSCO)**. La aceptación de esta tesis genera el ulterior problema de las relaciones entre imputabilidad y delito,** es decir si se puede configurar el delito en ausencia o no de la imputabilidad (y por tanto de culpabilidad): en el código vigente parece acogida la tesis según cual la imputabilidad constituye una causa personal de exención de la pena.

La jurisprudencia dominante pone de relieve que la imputabilidad, es capacidad de entender y de querer, y la culpabilidad, cual consciencia y voluntad del hecho ilícito, y **expresan conceptos diversos y operan sobre planos diversos**, La primera cual componente naturalista de la responsabilidad, debe determinarse con prioridad con respecto a la segunda (así se dijo en la más recientes sentencia de Casación 7/4/2003 n. 26260).

La investigación sobre los dos elementos es tomada bien diferentemente, de allí también contra una persona no imputable o parcialmente imputable, deberá por lo tanto estar establecido bajo el juicio de las reglas de la común experiencia, si el evento producido haya sido "según la intención", o bien "otras intenciones" (esto es así según las diferentes hipótesis previstas por el art. 43 c.p.) para luego pasar a verificar si, como, el sujeto debe penalmente responder por tal evento, en razón de su estado mental.

B) Relaciones entre imputabilidad y consciencia y voluntad de la conducta

Por cuanto respecta a las relaciones entre el art. 85 y el art.42 (que requiere la conciencia y voluntad de la acción), Antolisei sostiene que tales normas no constituyen el mismo concepto porque un individuo puede ser imputable y al mismo tiempo cumplir el hecho sin conciencia y voluntad (ejemplo: en el caso de fuerza mayor).

La consciencia y voluntad tratadas en el art. 42 es considerado **atributo de la conducta criminosa** ya sea esa dolosa, culposa o preterintencional, ya sea delito o contravención.

La "voluntariedad" del art. 43 colocada a base de la distinción entre delito doloso, culposo o preterintencional, no se refiere a la acción, sino a la relación entre acción y el evento.

La "**capacidad de entender y de querer" del art. 85** constitutiva de la imputabilidad, en cambio trata el tema y está considerada en abstracto (según PANNAIN).

El sujeto puede ser, de hecho, imputable y la acción inconsciente e involuntaria.

5. El fundamento de la imputabilidad

A propósito del fundamento de la imputabilidad, es decir de las razones por el cual el código penal requiere la capacidad de entender y de querer del sujeto a los fines de la determinación de la pena, han sido proyectadas por varias teorías.

Generalmente en la actualidad resultan superadas varias teorías que justifican la no punibilidad de los incapaces sobre el presupuesto que esos no son libres de elegir voluntariamente y conscientemente la propia conducta (**teoría del libre arbitrio)** que no están en grado de sufrir la coacción psicológica de la pena (**teoría de la intimidación)** o que no tienen el poder de manifestarse según el propio yo, por cuanto el hecho cometido no es expresión de la propia personalidad (**teoría de la identidad personal).**

La teoría que tiene, a su vez, mayores seguidores es la **concepción de la responsabilidad "humana"** (ANTOLISEI).

Según ANTOLISEI, justificadora de la imputabilidad en el más amplio concepto de responsabilidad humana hasta que un hombre pueda ser llamado a responder de sus propios actos frente a la ley, es necesario que se encuentre en estado de darse cuenta del valor social de los actos que cumple, repugnando a la conciencia que la pena, en cuanto a sufrimiento, sea infringida a los niños y a los locos, y en general a cualquiera que no se encuentra en posesión de sí mismo. Ello explica que el Estado admita que ellos violen leyes penales y los escusan, porque atribuye el hecho a sus mismas condiciones psíquicas particulares.

Por otro lado, entre la absoluta falta de maestría, transcurren varios estadios intermedios, a lo que recurrió la conciencia social la cual es llevada a justificar una disminución de la pena.

6. Causas que excluyen la imputabilidad

La imputabilidad puede ser excluida o disminuida por algunas causas expresamente disciplinada por los arts. 88 y ss.

Estas se distinguen en:

1. condiciones de naturaleza fisiológica dependiente de la edad;

2. condiciones de naturaleza psicológica dependiente de enfermedades mentales o anomalías;

3. condiciones de naturaleza toxica derivadas por abuso de alcohol o estupefacientes.

En cuanto a su propia naturaleza jurídica, esta, como dice su propio término, son **causas personales de exclusión de la pena.**

Se discute acerca de la admisibilidad del procedimiento analógico en esta materia.

Mientras la doctrina prevalente y la jurisprudencia excluyen que por analogía pueden encontrarse otras causas de exclusión de la imputabilidad, ANTOLISEI admite tales posibilidades sobre el presupuesto que se trataría siempre 14 años de analogía en bonam parte.

7. La minoridad

A) Generalidad

Partiendo de la consideración que la actividad volitiva del hombre se desarrolla "por grados", el legislador penal considera las minoridades causa que excluye o disminuye la imputabilidad.

Precisamente el legislador ha distinguido:

1. período que va hasta los 14 años cumplidos: en el que existe ahora la **presunción absoluta.**

2. período de los 14 a los 18 cumplidos: en tal periodo no existe alguna presunción ni de capacidad ni de incapacidad, pero el juez debe considerar caso por caso la imputabilidad del sujeto (art. 98).

La capacidad de entender y de querer del menor que haya cumplido los catorce años y todavía no los 18 no es por lo tanto presunta pero debe ser considerada en concreto; a los fines de tal indagación no es necesario el experimento de especifica pericia, en cuanto a las capacidades antes mencionadas, no es necesariamente vinculado a particulares investigaciones técnico-especialistas, pero bien puede estar confiado a la directa valoración del juez, con cada medio a su disposición y con referencia al caso concreto (Casación 3-2-2011. N. 4104).

El menor no imputable es absuelto, es decir no está sometido a pena, si aun todavía resulta socialmente peligroso, el juez, habiendo tenido especialmente en cuenta la gravedad del hecho y de las condiciones morales de la familia en donde creció el reo, le aplica la medida de seguridad internándolo en reformatorio judicial o el de la libertad vigilada (art. 224).

El menor de 18 años, pero mayor de 14, que haya sido reconocido imputable está sometido a proceso penal por el hecho cometido.

B) Perfiles procesales

Las disposiciones sobre el proceso penal a cargo de imputados menores, dictadas con el D.P.R. en el 22-9-1988, n.448 han acentuado notablemente la función de prevención y de reeducación social que el proceso penal relativo a menores ya existía en nuestro sistema. En particular cerca de una serie de institutos y de normas orientados hacia una dirección. En particular cerca de una serie de institutos y de normas frente a una nueva tutela de la persona de la menor prevista por una nueva causa de no punibilidad que es dada por **la irrelevancia del hecho** art. 27 D.P.R. cit.).

Por otro lado, está prevista para el juez de **suspender** el proceso y confiar a prueba al menor a los servicios de la administración de la minoridad de la justicia por el desenvolvimiento también en colaboración con los servicios locales, de las actividades oportunas de observación, tratamiento y sostén (art. 28 D:P: R: cit.).

Finalmente, en los casos en donde el menor es reconocido imputable y no son aplicables ni las causas de punibilidad de lo tenue del caso ni la suspensión y la puesta a prueba, ello está sujeto a pena, pero esta está disminuida y allí, es donde debe concurrir en la detención no superior a dos años, puede ser sustituida con la sanción de la semi detención o de la libertad controlada (art. 30D.P.R.cit.).

8. La enfermedad mental

A) Generalidad

Así como desde la menor edad, la incapacidad de entender y de querer puede derivar también en la enfermedad mental.

El código penal, en los arts. 88 y 89, habla de "enfermedad" lo que significa que vicio mental debe ser la consecuencia de una enfermedad, de un estado patológico que turba la psiquis del sujeto (ANTOLISEI y la jurisprudencia).

De cualquier modo, la enfermedad no debe ser necesariamente de naturaleza psíquica, pudiendo también tratarse de una "enfermedad física" a condición de que incida sobre la capacidad de entender y de querer del sujeto (Casación 1-10-1988).

Como ya se ha recordado arriba, la incapacidad debe derivar de un estado patológico: basado en lo que se cree que no excluyen la imputabilidad ni la llamada locura moral (que es la falta absoluta de moralidad debido a razones que no son patológicas), ni disturbios de la personalidad neurótico-depresivo, sin algún fundamento patológico. En tal sentido no reducen ni excluyen, la imputabilidad las "reacciones a corto circuito" consecuente a disturbios psíquicos transitorios independiente debido a causas patológicas (Casación 21-5-2004 n. 23737).

Por otro lado, recientemente la Corte ha sostenido que el disturbio antisocial de la personalidad puede entrar en la noción de enfermedad y puede incidir, excluyéndola o disminuir grandemente la capacidad de entender o de querer. Esta última puede asumir relevancia autónoma aun frente a la presencia de acertada capacidad de comprender el disvalor social de la acción delictiva, solo cuando los impulsos de la acción, aun reconocida como reprochable del agente, sean tal para frustrar la capacidad de apreciar las consecuencias. (Casación 8-3-2006 n. 8282).

B) Relaciones con el hecho

1. Bajo el perfil cronológico

No sucede que el estado de enfermedad sea duradero, siendo suficiente que ello **subsista al momento** de la comisión del hecho.

Bajo el perfil de relaciones con el hecho, aquellas enfermedades que causas ciertos estados accesorios transitorios e imprevisibles solo bajo constancia que de los cuales se puede ciertamente encontrar una absoluta incapacidad de entender y/ o de querer, tal es, por ejemplo, la epilepsia.

Ahora bien, se duda que tales enfermedades excluyen sin más la capacidad en la fase accesoria, no es cierto, en vez que tal capacidad permanezca en los periodos de intervalo en consideración de la influencia que la enfermedad ejercita sobre la personalidad entera del sujeto; por lo tanto es necesario establecer caso por caso el grado y la naturaleza de las alteraciones de la personalidad, de modo de acertar si se trata de fenómenos que pueden volver a entrar en la enfermedad o semi enfermedad mental o si pueden ser tenidos como simples disturbios de carácter.

2. Bajo el perfil causal

Generalmente se requiere que entre la enfermedad y el delito exista un cierto y propio nexo de causalidad, en el sentido que uno sea consecuencia de la otra.

Asume un elevado y particular relieve a propósito de la llamada monomanía como, por ejemplo, el complejo de persecución, en tal caso mientras debería considerarse inimputable al sujeto que, afecto de la manía de persecución, mata al presunto persecutor, por lo tanto, no podríamos decir en el caso que el delito fuere del todo diverso, como, por ejemplo, si este violare una muchacha o cometiere un robo.

C) Grados de enfermedad

Siguiendo la ciencia médica más reciente nuestro legislador ha distinguido entre vicio total o vicio parcial mental.

Se tiene *vicio mental* cuando el estado de alteración mental es tal que en comportamiento cuando se tiene una falta absoluta de capacidad de entender y de querer.

Se tiene *vicio parcial mental* cuando la capacidad de entendimiento y de querer es de un ser tonto.

El vicio total mental tiene como consecuencia la absolución del imputado, al cual por regla se aplica una medida de seguridad en un lugar de recuperación o en un hospital psiquiátrico judicial.

A su vez el vicio parcial, en vez importa solo una disminución de la pena, a la cual se le agrega normalmente la medida de seguridad asignándolo a una casa de custodia o de cura, que se sigue luego de haber descontado la pena.

Problema de particular importancia es aquel de establecer las relaciones entre el vicio mental parcial y alguna circunstancia, a los fines de detectar la compatibilidad o menos. Es de notar que, según la doctrina y la jurisprudencia actualmente prevalente, el vicio parcial mental es compatible con la provocación, con las atenuantes genéricas (que pertenecen a la capacidad criminal del sujeto mientras el vicio parcial pertenece a la imputabilidad) y con la circunstancia de la sugestión de una multitud alborotada, y también compatible con el agravante de los motivos abyectos y fútiles.

La jurisprudencia sostiene que el vicio parcial mental sea compatible también con la premeditación dado de que esta última pertenece al dolo, mientras que el vicio parcial mental influye sobre la imputabilidad.

Un problema de compatibilidad ni siquiera se coloca cuando la premeditación sea expresión de la enfermedad parcial mental (llamada premeditación psicológica).

9. El menor de edad semi-enfermo mental

Muy discutido es el problema, no resuelto por el legislador, del tratamiento penal de reservar al menor de edad mayor de catorce con enfermedad determinante causante de delito, del que comete delito con una enfermedad determinante y con una capacidad de entender y de querer menguada (tonto).

Según la jurisprudencia y la doctrina prevalente, en tal caso el menor es siempre imputable cuando resulte dotado de un desarrollo físico normal en relación a la edad: enfermedad la cual persigue vicio parcial mental, por lo tanto, actúa sobre el menor del mismo modo y con los mismos limites en donde la enfermedad incide sobre persona de mayor edad, o sea en los límites fijados por el art. 89. Solo en el caso en donde la enfermedad mental haya determinado un retardo en el desarrollo mental excluyendo la capacidad de entendimiento o de querer del menor, estos deberán ser declarados no imputables bajo el art. 98 c.p.

10. Los estados emotivos o pasionales

El art. 90, a los fines de excluir cada posible duda acerca la incidencia sobre la psiquis del sujeto de los estados emotivos o pasionales, afirma que esos no excluyen ni disminuyen la imputabilidad.

Estado emotivo es aquel que importa un trastorno improviso y pasajero en la psiquis del sujeto.

Estado pasional es aquella emoción más profunda y duradera de la psiquis en el sujeto con el amor, odio, celos etc.

Tales estados aun privados de relevancia en merito al juicio de imputabilidad pueden constituir circunstancias atenuantes, como en las hipótesis previstas por los arts. 2 y 3 del art. 62. Doctrina (MANTOVANI) y jurisprudencia mayoritaria admiten una cierta relevancia de los estados emotivos y pasionales sobre la imputabilidad, sean expresiones de estado patológicos del sujeto, capaz de sobrepasar los límites de la enfermedad mental, con la consecuente aplicación de los arts. 88 y 89 (en tal sentido, Casación 12-1-2006, n. 7038.

11. El sordo mutismo

El art. 96, al tomar en consideración el sordo mutismo como posible causa de exclusión de la imputabilidad, parte de la consideración que el oído y el habla para el desarrollo psíquico de sujeto. Son anormales.

Todavía, luego que la ciencia médica ha hecho notables progresos en la cura de esta enfermedad, el legislador no ha adoptado una solución definitiva, pero excluyendo una presunción de incapacidad, ha adoptado para la evaluación caso por caso la existencia o menos de la capacidad de entender o de querer: por lo tanto:

—cuando se reconoce que la capacidad de entender o querer es plena, el sordomudo viene considerado imputable;

—si a su vez se tiene la certeza que la capacidad no subsiste, ello queda igualado al individuo afecto al vicio total mental;

—si se acierta que esta capacidad está totalmente disminuida (tonta) y parificada al individuo afecto al vicio parcial mental;

Algunos como MANTOVANI critican la formulación de tal artículo, sosteniendo que habría sido oportuno distinguir entre sordo mutismo congénito y tardíamente adquirido, en cuanto solo en el primer caso tal enfermedad constituye un obstáculo real a un correcto desarrollo intelectivo.

Se señala por otro lado, que a base del primer párrafo del art. 1 de la ley del 20-2-2006, n. 95 llevando la "Nueva disciplina en favor de los menores auditivos" se prevé que "en todas las disposiciones legislativas vigentes, el término "sordomudo" será sustituido por el término "sordo" tal previsión no podrá faltar ni incidir sobre la interpretación del art. 96 c.p. Si de hecho precedentemente se concordaba sobre el hecho que la norma encontrare aplicación sólo en favor (de los sordomudos) debe retenerse solo que, a la luz de tal innovación disciplinaria, la norma pueda encontrar aplicación también en favor aquéllos que están afectados solo a la sordera.

12. La embriaguez

El legislador ha considerado que el uso de sustancias alcohólicas pueda incidir sobre la psiquis del sujeto, y por lo tanto sobre su imputabilidad.

A) Accidental

Sucede cuando el sujeto que se ha embriagado no se le puede dirigir ningún reproche, ni siquiera con la mayor ligereza, por tal estado.

Es accidental en cuanto a la perdida (total o parcial) de la capacidad de autocontrol que es determinada o por un factor del todo no previsto que no comporta reproche alguno hacia el sujeto (caso fortuito) o da una fuerza externa inevitable e invencible a la cual no se le puede oponer resistencia alguna (fuerza mayor).

Es el caso de quien, trabajando en una destilería quede ebrio por los humos del alcohol o mediante una broma de amigos, lo emborrachan.

En tal caso, se distingue:

—si la ebriedad es plena, es decir tal de excluir la capacidad de entender y de querer, el sujeto no es imputable;

—si la ebriedad es tal como para atontar fuertemente la capacidad de entendimiento y de querer el agente disfruta una disminución de pena (art.91).

En cada caso no se aplican las medidas de seguridad.

B) Ebriedad voluntaria y culposa (art.92 par. 1);

Sucede cuando con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa, no excluye ni disminuye la imputabilidad, de hecho, más bien desde luego de un aumento de la pena en aplicación del principio el art. 87 (v. infra)

C) Ebriedad pre ordenada

D) Ebriedad habitual (art. 94).

Para la subsistencia de esta se requiere:

—que el sujeto tenga la costumbre de hacer un uso excesivo de sustancias alcohólicas;

—que como consecuencia de tal constante costumbre venga a encontrarse frecuentemente en estado de ebriedad.

Importe un aumento de pena, y consecuentemente la medida de seguridad del hospital psiquiátrico en una casa de cura donde el sujeto venga reconocido socialmente peligroso.

13. El título de responsabilidad en caso de ebriedad voluntaria

Cuestión particularmente debatida pertenece al título de atribución de la responsabilidad en caso de ebriedad voluntaria. Superadas las teorías que individualizan una imputabilidad siempre objetiva o siempre culposa, hoy se contraponen diversas orientaciones.

Según VANNINI Y LEONE, es necesario guardar el momento en donde el sujeto se ha alcoholizado, la responsabilidad será dolosa o culposa según se haya emborrachado: la responsabilidad será dolosa o culposa según se haya tomado con dolo o con culpa.

Para la teoría dominante (PANNAIN, ANTOLISEI, MARINI) a su vez, con el objeto de acertar el titulo de la responsabilidad es necesario guardar según los principios generales, al momento del hecho: si el sujeto, aunque borracho, ha previsto y ha querido el hecho como consecuencia de la acción u omisión, responderá a titulo de dolo, si el hecho mismo a su vez, es debido a negligencia, imprudencia o impericia etc., responderá a titulo de culpa (en tal sentido también, la jurisprudencia prevalente).

Según MANTOVANI, frente a una ebriedad plena, no es posible la distinción entre dolo y culpa en cuanto al juicio de culpabilidad presupone la normalidad psíquica. De allí sigue que el agente responde a título de dolo (eventual) si se ha emborrachado no obstante la previsión de la comisión del delito, pero no aceptando el riesgo (ej. Quien voluntariamente se emborracha antes de emprender un viaje en auto), mientras responde a título de

culpa si el delito, en el momento cuando se emborrachó, era previsto por él pero no aceptado, siempre que se trate de delito previsto por la ley aun como culposo.

14. Intoxicación crónica por alcohol

Representa al último estadio del alcoholismo y da lugar a una alteración patológica de la psiquis.

En doctrina y en jurisprudencia se evidencia cómo la ebriedad habitual que postula el carácter transeúnte de los fenómenos tóxicos: en los intervalos de abstinencia el sujeto readquiere la capacidad de entender y de querer. Al contrario, la intoxicación crónica es aquella que, por su característica elimina posibilidad de guarecerlo, provoca alteraciones patológicas permanentes, tal de hacer aparecer indiscutible de encontrarse frente a una verdadera y propia enfermedad psíquica: como tal bajo los sentidos del art. 95, esta encuentra la misma disciplina referidos a los arts. 88 y 89.

15. Hecho cometido bajo la acción de sustancias estupefacientes (arts. 93, párrafo 3, 94, 95)

El código parifica la acción de tales sustancias a la ebriedad. De donde deriva que:

—si el uso de las sustancias no puede describirse por culpa del agente, tendrá luego la absolución o la disminución de la pena según que la capacidad de entender y de querer no exista o se encuentre grandemente disminuida;

—si a su vez la particular intoxicación derivada de su uso se enerva la voluntad del agente, la responsabilidad es completa;

—si esa es preordenada o habitual, se hará lugar luego a un aumento de pena;

—si existe una cierta y propia intoxicación crónica derivada del uso de tales sustancias, se aplican las normas del vicio mental;

Hasta que no se pueda tener por excluida o disminuida la imputabilidad del agente, la intoxicación de sustancias estupefacientes debe estar caracterizada por la permanencia y con la irreversibilidad. Las condiciones psíquicas que permanecen independientemente al volver del efecto del consumo de sustancias estupefacientes, deben ser valoradas que, con referencia al momento en el cual el hecho delictivo ha sido cometido (Cass. 14-2-2003 n. 7363).

editado por:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Mayo 2021