

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

*Nuevos paradigmas en la
persecución penal. Criterios de
oportunidad*

LA ANTIJURIDICIDAD ESPECÍFICAMENTE PENAL Y LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA PROMOVIBLE DE OFICIO

Carlos Julio Lascano

1. Introducción

Partiendo de nuestra adscripción a un sistema funcional y bipartito de la teoría del delito, en el cual éste puede ser explicado en dos planos valorativos fundamentales, como son el injusto y la culpabilidad¹, nos proponemos analizar cuáles son los rendimientos prácticos esperables mediante la aplicación de la antijuridicidad específicamente penal postulada por el Profesor HANS-LUDWIG GÜNTHER, respecto del objetivo de lograr una más racional contención de la coerción penal estatal.

La admisión de una antijuridicidad específicamente penal dentro del sistema bímembre de imputación penal, intenta evitar los resultados insatisfactorios que pueden producirse acudiendo a los criterios procesales de oportunidad, dentro de la denominada disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio, en lugar de atacar el problema de raíz dentro del tipo de injusto.

2. Antijuridicidad genérica y antijuridicidad específicamente penal

La distinción entre el injusto específicamente penal y otras clases de injusto fue precisada por GÜNTHER, al explicar que no toda conducta contraria a Derecho es penada, sino que la ley, mediante el tipo penal, selecciona de entre el amplio círculo de acciones antijurídicas que infringen normas del ordenamiento jurídico y son jurídicamente desaprobadas, “aquellas acciones que incorporan un injusto digno de pena, jurídicopenalmente relevante y que desencadena la consecuencia jurídica ‘pena criminal’”.

El catedrático de la Universidad de Tübingen, expresa: “Por ello hablo de ‘injusto penal’ para delimitarlo del concepto más amplio del injusto, que se forma a través de todas las parcelas jurídicas de un ordenamiento jurídico unitario. Todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento

¹ Texto elaborado en base a la exposición efectuada en la conferencia “Nuevos paradigmas en la persecución penal: criterios de oportunidad”, organizada por la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, que tuvo lugar el día 27 de octubre de 2011.

¹ Dicha opción sistémica en modo alguno impide que nuestro enfoque pueda tener cabida en una concepción tripartita, sólo que las valoraciones referidas a la relevancia de la afectación del bien jurídico, a la intensidad de la conducta, deben efectuarse en el tipo. Vale decir, que ante una conducta insignificante, el hecho ya no puede considerarse típico.

jurídico es ya un injusto penal, un injusto penalmente relevante. El injusto penal es una forma cualificada de injusto. La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción). Y debido al principio *nullum crimen sine lege* es el legislador quien en primera línea decide al respecto mediante la redacción del tipo penal legal”.

Tal caracterización, según GÜNTHER, “tiene sus raíces en consideraciones constitucionales y políticocriminales. Dado que castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la *forma más intensa de desaprobación de una conducta* que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal (principio de proporcionalidad de los medios estatales, prohibición de exceso, subsidiariedad del Derecho penal)”.

En orden a la admisión de la influencia de las premisas político-criminales de la Constitución en la configuración de la tesis de Günther resultan relevantes las reflexiones de AMELUNG: “En los últimos tiempos, la función político-criminal del tipo penal se define cada vez más con ayuda de consideraciones jurídico-constitucionales. Así pues, son determinantes de su contenido la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad de una reacción jurídico-penal, que se estima la forma más grave de reacción de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituido por una cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como *injusto agravado* se convierte en la función esencial del tipo penal”.

Combinando los arts. 18 y 19 de la Constitución argentina, y teniendo en cuenta la limitación emergente de los principios de lesividad y proporcionalidad, a través del principio de *última ratio* del Derecho Penal estimamos que no sólo se trata de saber cuándo puede legitimarse desde el punto de vista constitucional que un determinado comportamiento pueda estar, en general, prohibido o mandado (*antijuridicidad general*), sino cuándo podría estar prohibido o mandado bajo amenaza de pena (*antijuridicidad específicamente penal*).

Por ello, la *antijuridicidad general* satisface los principios de legalidad, reserva penal y lesividad; la *antijuridicidad específicamente penal*, los de proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal.

El principio de legalidad determina que sólo a la ley penal “anterior al hecho del proceso” (art. 18 C.N.) le corresponde con exclusividad seleccionar –de entre los múltiples comportamientos

contrarios al ordenamiento jurídico general- el catálogo de conductas penalmente antijurídicas taxativamente descriptas en los tipos delictivos de la Parte Especial del Código Penal (principio de reserva penal, art. 19, segundo párrafo C.N.). Conforme al principio de lesividad consagrado en el primer párrafo de dicha cláusula constitucional, el legislador sólo puede prohibir o mandar una conducta humana exteriorizada, cuando ella lesione o ponga en peligro un bien jurídico, y dicha afectación no esté justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preponderante.

Sin embargo, el legislador no está legitimado para prohibir bajo amenaza de pena cualquier comportamiento ilícito en general. Un Derecho Penal de mínima intervención cuya función primordial es la protección subsidiaria de bienes jurídico-penales, sólo puede tipificar como delitos los comportamientos humanos exteriorizados que signifiquen las modalidades de ataque más peligrosas e intolerables para aquéllos.

3. Aplicación de la categoría de Günther a la disponibilidad de la persecución penal

La concepción de GÜNTHER ofrece mayor coherencia sistemática para resolver adecuadamente dentro del “tipo de injusto” –la primera categoría de la estructura bipartita del delito- la problemática de algunos criterios procesales de oportunidad, aplicables en la disponibilidad de la persecución penal.

Así lo advierte el propio catedrático de la Universidad de Tübingen: “Quien exija para la justificación en Derecho penal una aprobación y autorización jurídica para realizar el tipo penal, consecuentemente tendría que rechazar como injusto criminal incluso los más mínimos excesos respecto de tales autorizaciones, y una concepción así vulnera el mandato de adecuación y moderación en la incriminación de conductas. En cuanto a la mención que a veces se hace de las posibilidades de suspensión o sobreseimiento en tales casos conforme al Derecho procesal, en mi opinión es una declaración de quiebra o bancarrota de la dogmática del Derecho penal: pues ni el más convencido partidario de las reglas unitarias de justificación osará afirmar seriamente que las decisiones por razones de oportunidad dejadas al arbitrio del correspondiente Fiscal o Tribunal van a suponer una mayor ganancia en cuanto a seguridad jurídica que las limitaciones de la dogmática penal a la punibilidad dentro del marco de los requisitos del delito”.

La posibilidad procesal otorgada al Ministerio Público de excluir la persecución penal pública mediante los denominados “criterios de oportunidad” reglados, plantea en nuestro país –cuya Constitución Nacional reserva a los Estados provinciales la regulación de los Códigos Procesales- una difícil disyuntiva: a) admitir la regulación de tales pautas de disponibilidad de la acción penal

pública en cada Código local –en desmedro de la seguridad jurídica y el principio constitucional de igualdad ante la ley- lo cual implicaría ubicarnos sistemáticamente en las normas secundarias (normas de sanción) que se dirigen a los jueces, a quienes les ordenan la imposición de penas cuando se den ciertos presupuestos unidos a la infracción de las normas primarias; o, b) introducir los criterios de oportunidad reglada en una reforma al Código Penal, cuyas normas primarias –que tienen como destinatarios a los ciudadanos- se caracterizan por contener la *prohibición jurídica* de determinados hechos de especial gravedad, mediante la amenaza –también especialmente grave- de la pena.

Sin embargo, para quienes construimos el sistema bipartito de imputación penal en base a la teoría de las normas jurídico-penales y la admisión dentro del tipo de injusto de una *antijuridicidad específicamente penal*, la vía más apropiada para el cumplimiento de las funciones preventivas y garantísticas que se encomiendan en nuestros días a un Derecho Penal considerado como *extrema ratio*, sería agregar a las eximentes del art. 34 del Código Penal, el supuesto en el cual la conducta haya producido en el caso concreto una afectación insignificante del bien jurídico protegido.

3.1. JOSÉ I. CAFFERATA NORES -quien junto a Julio Maier, Jorge de la Rúa y otros destacados juristas, lideró en nuestro país la tendencia doctrinaria favorable a restringir la intervención punitiva estatal, en base a criterios de racionalidad y eficacia- sostiene que, ante la supuesta realización de un comportamiento penalmente tipificado, hay “dos alternativas posibles. O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo, tiene que darse en *todos los casos* en que exista la hipótesis de la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía; o bien, se puede *elegir* a través de los órganos estatales, en qué casos se va a provocar esta actividad, y en qué casos no, según diversas razones. La primera se denomina *legalidad*; la segunda *disponibilidad* o también *oportunidad* (aunque, en realidad, los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad)”.

CAFFERATA NORES sostiene que el principio de **legalidad procesal (o de oficialidad)** consagrado por el art. 71 del C. Penal, influye en la acción penal en dos momentos:

- a) En el inicial, donde se traduce en la “*inevitabilidad de la promoción de la persecución represiva*” que **necesariamente** debe comenzar ante la hipótesis de que se ha incurrido en una conducta delictiva.
- b) En un momento posterior, a través de la “*irretractabilidad del ejercicio de la acción penal ya iniciada*”, prohibiéndose generalmente su suspensión, interrupción o cese, y exigiéndose su prosecución hasta el dictado de la sentencia y el agotamiento de la pena.

Dentro del marco emergente de la reforma de 1994, a partir de la incorporación del art. 120 de la Constitución Nacional, debemos analizar el sistema del art. 71 C.P., que utiliza una fórmula imperativa (“*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...*”); dicha norma se

correlaciona con el art. 274 C.P. que reprime la conducta de los funcionarios públicos a quienes compete perseguir el delito, que omitan cumplir con su deber.

En consecuencia, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales para perseguir y castigar los delitos, sin que ello pueda evitarse o relativizarse, so pena de incurrir en otro comportamiento penalmente ilícito.

Este principio de oficialidad –con las excepciones de las llamadas acciones dependientes de instancia privada y acciones privadas- significa que los órganos estatales encargados de la investigación y castigo de las acciones que la ley de fondo ha descripto como punibles, ante la existencia de un hecho con la apariencia de ser un delito –tengan conocimiento directo de él por las suyas o les sea anoticiado formalmente por una denuncia- deben actuar inexorablemente, sin supeditar su actividad persecutoria a consideraciones de conveniencia o utilidad, contra todas las personas que aparezcan involucradas en la perpetración de ese comportamiento típicamente antijurídico, a las que deberán someter al debido proceso para que el órgano jurisdiccional competente determine su responsabilidad penal o su inocencia.

GUILLERMO J. FIERRO, afirma que el criterio adoptado por el Código de 1921 –producto del proceso histórico que delegó en el Estado el monopolio del persecución punitiva- es el que expresa mejor el principio *quot delicta, tot poena*, pero a esta altura de los acontecimientos debemos preguntarnos si el mantenimiento de este purismo teórico no importa una lamentable hipocresía, frente al colapso del sistema judicial, que impide atender con un mínimo de seriedad la investigación y el juzgamiento de tan siquiera el diez por ciento del volumen de las causas sometidas a consideración, sin considerar la denominada “*cifra negra*” de la criminalidad. Por ello, con una visión realista y práctica, se postulan diversos mecanismos para descomprimir el aparato judicial punitivo.

Tal vez la principal solución que se ha postulado es la aplicación del denominado principio de oportunidad, que en numerosos casos ya existe de facto, dado que los operadores del sistema judicial, deliberadamente o por la fuerza de los hechos, escogen algunas causas (“*con presos*”, o como en nuestro fuero correccional de Córdoba, “*sin presos y parte civil*”), aunque, generalmente se seleccionan informalmente las más graves, cuya repercusión social no toleraría que se paralizaran.

La aplicación de los criterios de oportunidad, por su naturaleza discrecional, requiere de controles exhaustivos y permanentes, tanto internos como externos, y constituye un desafío para la Política Criminal de cada país.

Las opciones seguidas en el Derecho comparado son varias, pero dos son las predominantes: a) La total discrecionalidad en manos del fiscal, propia del *plea bargaining* norteamericano; b) El sistema de *oportunidad reglada*, característico del derecho continental europeo (tal vez su mejor

ejemplo sea la Ordenanza Procesal Penal alemana), donde a partir de la vigencia del principio de legalidad procesal, se admiten excepciones por razones de oportunidad –bastante heterogéneas- que se encuentran previstas en la legislación penal o procesal penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado –a veces también de la víctima- y requiere control del órgano jurisdiccional, para establecer si el caso es de los que la ley autoriza en abstracto a tratar con criterio de oportunidad, y si amerita concretamente dicho tratamiento.

Reconociendo la sustantividad de la acción penal, los supuestos de disponibilidad de la persecución penal pública deben ser establecidos por el Código Penal pues ello representa una modificación normativa material. Por ende, creemos preferible la introducción de los criterios de oportunidad en la disponibilidad de la acción penal pública, mediante la reforma del Código Penal.

3.2. En una posición distinta se ubican quienes, desde la moderna doctrina procesal, exigían revisar críticamente la concepción del principio de legalidad como “fundamento” del proceso penal y a la vez preparaban el terreno para la revalorización del principio de oportunidad procesal no sólo en su status científico en general, sino también en sus posibilidades de ser consagrado en los distintos ordenamientos procesales como verdadera excepción al principio de legalidad.

Entre nuestros procesalistas, un decidido impulsor de esta corriente de opinión es ALBERTO M. BINDER, quien –pese a admitir que no existen razones definitivas para argumentar que el régimen de la acción penal deba ser regulado en el Código Penal o en el Código Procesal- afirma que –dada la enorme trascendencia práctica y el impacto que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial- es preferible regularla en el Código Procesal Penal.

Siguiendo tales lineamientos, algunos códigos procesal-penales² y anteproyectos o proyectos³ de diversos Estados provinciales, receptan la posibilidad de que –luego de iniciada la acción penal- ella pueda extinguirse por motivos diferentes a los contemplados en los arts. 59, 64, 76 bis y ss., y 132 del Código Penal.

En este momento no es factible detenernos a analizar los argumentos expuestos -a favor y en contra- de la posible afectación constitucional que tal forma de legislar trae aparejada.

Sólo procuraremos aproximarnos al esclarecimiento de la naturaleza jurídica de algunos de los principales criterios de oportunidad procesal contemplados tanto en los proyectos y anteproyectos de reforma del Código Penal cuanto en los códigos y proyectos o anteproyectos en materia procesal penal.

² Mendoza, arts. 26 y 27; Chubut, arts. 44 a 48; Río Negro, arts. 180 ter, 180 quater y 180 quinto; Buenos Aires, arts. 56 y 56 bis.

³ Neuquén, arts. 36 a 39; Corrientes, arts. 36 y 37; La Rioja, arts. 36 a 41).

En todos ellos, la hipótesis que se presenta como denominador común, es la que se basa en el denominado “*principio de insignificancia*”, que puede operar para el tratamiento de la “*criminalidad de bagatela*”, cuando dentro de un comportamiento típico –que en principio es suficientemente grave- pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor de acción o de resultado sea insignificante, lo que puede suceder cuando sólo se produce una mínima afectación del bien jurídico, cuya lesión o puesta en peligro prohíbe la norma jurídico-penal.

A tal situación se le han asignado distintas ubicaciones sistemáticas dentro de la teoría del delito, tanto en el ámbito de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad.

Por nuestra parte, basándonos en las pautas político-criminales de los arts. 18 y 19 de nuestra Constitución –en especial, los principios de lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad- sostenemos que la aplicación del principio de insignificancia derivado de la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*, configura una causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal, que elimina el “tipo de injusto”.

En consecuencia, un determinado comportamiento es atípico en el caso concreto cuando – pese a coincidir formalmente con la descripción abstracta del tipo objetivo- produce una lesión ínfima o poco significativa al bien jurídico cuya afectación se exige. Ello puede ocurrir cuando alguien se apodera de una cerilla del interior de una caja de fósforos de un supermercado; cuando una persona le corta un cabello a una persona sin su consentimiento; cuando el chofer de un colectivo urbano no frena en una parada y traslada a un pasajero unas cuerdas más adelante, en contra de su voluntad de descender. En todos estos casos, las lesiones a la propiedad, a la integridad corporal y a la libertad son tan insignificantes que las conductas son objetivamente atípicas.

Por ello en un Estado Social y Democrático de Derecho no debería ser deseable ni aceptable que el poder punitivo considere penalmente ilícitas y, por ende, persiga y castigue determinadas conductas intrascendentes o de escasa dañosidad social en el caso concreto, para lo cual lo recomendable sería –para no dejar duda sobre su ubicación sistemática como supuesto de atipicidad por exclusión de la antijuridicidad específicamente penal- agregar un inciso al artículo 34 del Código Penal que contemple el principio de insignificancia.

Una cosa muy diferente sería afirmar que -dada la limitación de recursos del Estado para perseguir todos los delitos- el sistema penal debería contemplar tal principio como uno de los criterios de oportunidad reglada, a introducir como excepción al art. 71 del Código Penal, que permitan al Ministerio Público –con control judicial- seleccionar y captar sólo aquellos comportamientos delictivos más gravemente lesivos del bien jurídico protegido.

En nuestra opinión la primera alternativa resultaría más conveniente para posibilitar una solución que equilibre la necesidad de resolver la situación procesal del imputado sin tener que

esperar una sentencia al final de un debate oral y luego de una prolongada etapa instructoria, con la menor afectación del principio de igualdad jurídica. La segunda opción implica consagrar una herramienta procesal encaminada a restringir el ejercicio de la acción penal, que estará siempre sujeta al arbitrio del órgano acusador, para apartar de la persecución hechos considerados delictivos.

Para ilustrar la situación nos valdremos de un caso jurisprudencial resuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires⁴. La defensa había interpuesto recurso de apelación en contra del auto que dispuso el procesamiento del imputado por considerarlo *prima facie* autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa, en tanto había intentado apoderarse de las monedas que se encontraban en el interior de un teléfono público, colocando un alambre por la ranura en las que se introducen las monedas para abonar el llamado telefónico, logrando así hacer caer por el orificio destinado a la devolución de aquéllas, una pequeña cantidad de dinero que guardó en el bolsillo izquierdo trasero de su pantalón, siendo inmediatamente detenido por personal policial que observó el hecho. El tribunal resolvió por mayoría confirmar el procesamiento del imputado, modificando la calificación legal por la de hurto simple en grado de tentativa.

Lo destacable de este fallo es el voto disidente del juez de cámara Dr. Luis María Bunge Campos⁵:

«...no toda lesión al bien jurídico “propiedad” configura la afectación típica requerida. En este sentido, debemos recordar que el patrimonio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. El recordado Profesor Dr. Enrique García Vitor enseñaba que: “el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico –conceptualizado sobre la base del principio de lesividad social y fragmentariedad-, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto” (Enrique Ulises García Vitor, *La insignificancia en el Derecho Penal*, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 40). No podemos descuidar aquí el aspecto político-criminal que representa la aplicación de una pena a una afectación insignificante del bien jurídico; Zaffaroni, Alagia y Slokar ponen precisamente énfasis en este punto

⁴ Sentencia del 1/3/2007, “Rosich, Eric Adrián s/procesamiento”, publicada en “Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal”, segunda quincena de mayo de 2007, año IV, Vol. 90, Córdoba, con nota a fallo de José A. Buteler, “¿Insignificancia o vulneración de exigencia constitucional de lesión al bien jurídico?”, pp. 5590 a 6001.

⁵ Concordante con su voto en la sentencia dictada en la causa “Gómez, Justo Ceferino s/proces. y monto del emb.”, 15/3/2006, publicada en la misma revista, pp. 6993 a 6999. Resulta curioso que esta causa, en la que se investigaba el delito de estafa reiterada (dos hechos), el principio de insignificancia admitido por Bunge Campos contó con la adhesión del juez de cámara Julio Marcelo Lucini, quien en la causa “Rosich” no compartió dicho criterio y conformó la mayoría junto a su colega Mario Filosof.

al decir que se trata de “casos en los que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2003, p. 494). Explicado ello, entiendo que la insignificancia de la suma de dinero que el imputado habría intentado sustraer excluye la tipicidad de la conducta, por lo que corresponde revocar el procesamiento decretado por la Juez de Instrucción y disponer el sobreseimiento del imputado (arts. 334 y concordantes del C.P.P.N.)».

Si bien en mayor o en menor medida, el hecho de considerar a la insignificancia un supuesto de atipicidad se ha visto reflejado en algunos pronunciamientos judiciales⁶, tal como lo ha hecho la disidencia antes comentada, lo cierto es que la aplicación del principio siempre depende del hecho concreto y de la interpretación que se le asigne al tipo penal correspondiente⁷.

El problema radica en que no existen parámetros uniformes para medir la lesividad de un determinado comportamiento, pero ello no impide analizar objetivamente cada situación, para determinar la existencia de una ofensa significativa al bien jurídico. Así como una burda falsificación de un documento público no es apta para lesionar la fe pública, no cualquier apoderamiento ilegítimo es capaz de lesionar la propiedad, máxime cuando se trata de un bien jurídico que admite grados de afectación⁸. En definitiva, se trata de situaciones fácticas que deben ponderarse en cada caso, de modo similar a las que deben evaluarse para determinar si están o no reunidos los requisitos de la legítima defensa.

En definitiva, si la finalidad del Derecho Penal consiste en contener el poder punitivo y, al mismo tiempo, evitar conductas socialmente lesivas mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a Derecho, el concepto de delito debe construirse en sintonía con ese fin. Se explica así que la función del injusto penal consista en determinar cuándo una acción, por ser especial e intensamente lesiva desde el punto de vista social, resulta jurídico-penalmente relevante. Y una acción adquiere tal carácter no sólo cuando está prohibida, por afectar un bien jurídico, sino

⁶ El más reciente ha sido un fallo de la Sala “A” de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, resuelto por mayoría (nuestro voto al que adhirió el vocal doctor José Vicente Muscará), dictado el 23/12/11 en autos “Peralta, José Alberto p.s.a infr. art. 282 (Expte. 299/2011)”: “...la presunta comisión de un ilícito contra la fe pública, cuyas circunstancias particulares de tiempo, lugar y modo en que el imputado habría puesto en circulación la moneda falsa (un billete de diez pesos (\$10) apócrifo, al pagar el viaje en taxi) importa una ínfima ofensa al bien jurídico protegido por la norma, de modo que la eventual aplicación de una sanción en el caso concreto –cuyo mínimo está conminado legalmente en tres años de reclusión o prisión- atentaría contra los citados principios de lesividad, proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal. Por ello, la aplicación del principio de insignificancia derivado de la concepción de Derecho Penal como *ultima ratio*, configura una causal de exclusión de la antijuricidad específicamente penal, que elimina la tipicidad”.

⁷ VALERIA A. LANCMAN, *El principio de insignificancia*, nota a fallo publicada en “Suplemento La Ley. Penal y Procesal Penal”, Director Miguel A. Almeyra, Buenos Aires, jueves 16 de junio de 2011, p. 37.

⁸ Ob. cit., pp. 37 y 38.

fundamentalmente cuando ese bien jurídico ha sufrido un menoscabo significativo y la protección penal contra el ataque se muestre adecuada, necesaria y proporcionada⁹.

⁹ CARLOS GONELLA y FACUNDO TROTTA, *Sobre algunos criterios de oportunidad: la oportunidad de la teoría del delito. Introducción y aspectos generales*, exposición realizada en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, inédita.

SOBRE ALGUNOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD: LA OPORTUNIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO.

por Carlos Gonella y Facundo Trotta¹⁰

Introducción

Con la finalidad de alcanzar “efectividad” en el sistema de justicia penal, encaminando los recursos disponibles a los “casos relevantes”, se establecen normativamente límites a la facultad de los órganos del estado de perseguir penalmente los hechos delictivos que lleguen a su conocimiento. Para lograr ese cometido se recurre a lo que en doctrina se denomina principio de oportunidad o, con mayor propiedad, criterios de oportunidad, que vendrían a constituir una suerte de barrera de contención al paso desenfrenado de la persecución penal.

Estos criterios se han presentado, en general, como herramientas de contenido procesal, a través de distintos supuestos en los que se faculta al órgano encargado de la investigación a no promover la acción penal o bien a suspender o desistir de la ya promovida¹¹.

El Código Penal argentino prevé algunos institutos que la doctrina ha considerado como una manifestación del principio de oportunidad, v.gr.: la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis), el avenimiento en los delitos sexuales (art. 132), entre otros.

En la legislación procesal penal de los estados provinciales, con matices, se distinguen los siguientes casos¹²: **a)** *insignificante* afectación del bien jurídico (supuestos bagatela), o *mínima* intervención del imputado en el hecho; **b)** *pena natural*, que incluye hipótesis en que el imputado ya ha sufrido un grave daño a consecuencia del hecho, de modo que la pena que podría caberle resultaría desproporcionada o superflua; **c)** *arrepentimiento activo* del acusado, quien brinda datos útiles a la pesquisa para el esclarecimiento de los hechos y/o descubrimiento de otros partícipes con

¹⁰ Miembros del Instituto en Ciencias Penales.

¹¹ En tal sentido, véase MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*², 3ª reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, t. 1, pp. 385 y 834; BINDER, “Legalidad y oportunidad”, en *Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 206; con referencias al contexto europeo: ANITÚA/BORINSKY, “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos”, en HENDLER (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

¹² Exhaustivos y críticos de los nuevos sistemas provinciales: DE LA FUENTE/SALDUNA, “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. 2008-2. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - III*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 69 y ss.

aportes más relevantes; **d)** expectativa punitiva *irrelevante* con relación a la pena ya impuesta o esperada en otros procesos por hechos de mayor gravedad; y **d)** *reparación económica, conciliación, o manifiesto* desinterés de la víctima en la persecución penal¹³.

El reconocimiento de estos criterios y su regulación como un capítulo dentro del régimen del ejercicio de la acción penal, alentado por la opinión de la doctrina mayoritaria que considera que ante estos casos se justificaría que el Estado renuncie a la potestad de castigar penalmente hechos que en sí mismos se consideran punibles -los criterios de oportunidad se presentan así como una excepción al principio de legalidad-, ha impedido discernir acerca del verdadero alcance de cada uno de esos supuestos.

Es que tan pronto se analizan en profundidad, resulta inadecuado considerar los casos de insignificancia y de *poena naturalis*, como herramientas de contenido procesal que expresan una excepción al principio de legalidad.

En lo que sigue ensayamos un enfoque distinto de ambos supuestos, a partir del cual intentamos demostrar cómo esos criterios poseen un contenido sustancial cuya apreciación debe efectuarse en las categorías que componen la teoría del delito. Además, esta visión permite advertir que tales criterios funcionan limitando al principio de legalidad y no como excepciones al mismo.

El contenido sustancial de la insignificancia se reconoce incluso desde una perspectiva procesalista¹⁴, para aquellos supuestos en que la conducta por su mínima dañosidad social resulta atípica. Al mismo tiempo, se postula una insignificancia “procesal” para aquellas acciones que, a pesar de superar el umbral de lo delictivo, valoradas comparativamente, resultan irrelevantes frente a otros casos que provocan mayor costo social. En definitiva, según este punto de vista, la insignificancia procesal es un peldaño más que la insignificancia material, que debe tomar los

¹³ Similares criterios recepta el Anteproyecto de Código Penal elaborado por una comisión de notables juristas por encargo del Ministerio de Justicia de la Nación en el año 2006.

¹⁴ AGUAD/BAZÁN/BIANCOTTI/GORGAS/OLMEDO, *La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Instituto de Ciencias Penales, (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de/?searchterm=oportunidad>, pp. 5/6. Fecha de consulta: 26/08/2011). En similares términos, BINDER, expresa que “el derecho penal es el primero que, con un esfuerzo teórico complejo y con mucho rigor en su argumentación, trata de darle un espacio a la insignificancia en el problema de la selección de casos y advierte que uno de los correctivos del carácter abstracto de los tipos penales se relaciona con el hecho de que hay ciertas afectaciones al bien jurídico en las que no se justifica -por razones de política criminal- que ingresen a los tipos penales”. Pero también, a su ver, existiría una insignificancia “procesal”, que es la que “postulan las normas sobre ‘oportunidad’” y que se fundan tanto en razones político-criminales como en razones prácticas. Por ello considera conveniente “tomar todo lo que se ha ya realizado en el derecho penal, pero sin quedar atrapado en un conceptualismo que le quite plasticidad a las norma y así poder fundar políticas dinámicas y circunscriptas a realidades locales”; ob. cit., p. 216.

conceptos del primero, pero que refiere a la capacidad operativa y los objetivos propuestos por la cabeza del Ministerio Público en base a consideraciones de política criminal y procesal.

Si bien resulta novedoso e interesante este enfoque, no aparecen del todo claro los límites de la insignificancia procesal, pues las referencias a la capacidad operativa y los objetivos propuestos por el Ministerio Público, aún en base a criterios político-criminales, aparecen imprecisas y discrecionales, por lo que pueden dar lugar a arbitrariedades. Por otra parte, consideramos que no resulta ilustrativo mantener el término “insignificancia” (aunque sea procesal) para abarcar supuestos de conductas que superan el umbral necesario para ser consideradas delito.

Legalidad y Oportunidad.

La discusión en torno a la necesidad de regular criterios de oportunidad para lograr mayor eficacia en el sistema de justicia penal y, al mismo tiempo, evitar la necesaria selección informal a la que se ven obligados los órganos encargados de la persecución penal ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles que llegan a su conocimiento, siempre se ha planteado desde la óptica del derecho procesal como si se tratara de una excepción al principio de legalidad en la persecución.

Se ha dicho que este principio, entendido como la facultad del Estado de promover la persecución, investigar y castigar los hechos delictivos que tome conocimiento¹⁵, constituye una de las características del sistema actual de administración de justicia penal. Frente a ello, el Ministerio Público tiene el deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible, la que una vez iniciada, no se puede suspender, interrumpir o hacer cesar (irretractabilidad).

Afirma Maier que desde el punto de vista negativo, ello significa que ningún criterio de *oportunidad* (principio contrario) -político utilitario por conveniencia práctica, económica, temporal, etc.- autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. Por mínima que sea la infracción o por inconveniente que aparezca (...) la persecución y el procedimiento penal, ellos son necesarios y obligatorios¹⁶.

Por su parte, con la expresión “criterios de oportunidad” se hace referencia a la facultad del Estado de renunciar a la persecución (o desistir de la ya iniciada) de ciertos hechos tipificados como delitos, por razones de política criminal. En general se los presenta como un problema propio de la dogmática procesal, y primordialmente como una excepción al principio de legalidad. Desde este punto de vista, los criterios de oportunidad aparecen como un conjunto de problemas referidos a la

¹⁵ Quedan exceptuados los delitos de acción privada cuya promoción y persecución queda en manos de la iniciativa de particulares. En el caso de los delitos dependientes de instancia privada, sólo la promoción constituye una potestad de las personas individuales, no así el monopolio de la potestad persecutoria que se encuentra bajo la órbita del ministerio público.

¹⁶ MAIER, ob. cit. 828

discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, vale decir, como si se tratara de uno o dos dispositivos relativos al régimen de la acción penal¹⁷.

Este modo de pensar los criterios de oportunidad no es sólo propiedad de la doctrina, sino que también se evidencia en los códigos de procedimientos locales, y en el Anteproyecto de Código Penal de 2006¹⁸. En los fundamentos del mismo se destaca:

“La reforma propuesta recepta criterios formales de oportunidad y apunta a ganar en efectividad procurando que el sistema de justicia se ocupe de los casos relevantes y de su respuesta. Según esos criterios, cuando se toma conocimiento de la comisión de un hecho ilícito, la persecución penal puede no iniciarse o suspenderse por diversas razones, procurándose racionalizar el sistema de selección y ganar en eficacia. De este modo la legalidad es la regla, y **el principio de oportunidad queda como excepción**” (el resaltado nos pertenece).

Esta visión de los criterios de oportunidad, a nuestro juicio, no constituye una buena aproximación a un conjunto de problemas que no pueden ser vistos como meras cuestiones procesales¹⁹, sino como herramientas conceptuales que integran la teoría del delito y que operan como límite inmanente al principio de legalidad en la persecución. Al menos, en lo referido a la insignificancia y a la denominada pena natural.

¹⁷ Cfr. BINDER, “Legalidad y oportunidad”... cit., p. 205, quien parte de la idea de que se puede reflexionar acerca “del principio de selección de casos (oportunidad) sin ninguna referencia al principio de legalidad (política que excluye la selección). A partir de allí entiende que esa selección de casos se da en dos dimensiones: una política criminal (constituida por el principio de *última ratio*), y otra relacionada con la justicia penal (como organización con recursos limitados).

¹⁸ Título VIII “Del ejercicio de las acciones”, “**Art. 49.- Ejercicio de la acción pública.** Las acciones penales son públicas o privadas. El Ministerio Público Fiscal tendrá la obligación de ejercer, de oficio, la acción penal pública, salvo en los casos donde sea condicionante la instancia de parte interesada. También podrá hacerlo la víctima del hecho en las condiciones establecidas por las leyes procesales, mediante el ejercicio del derecho de querrela. No obstante, el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida ante el juez o tribunal hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos: a) Cuando se trate de hechos que por su insignificancia, no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo; b) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público; c) Cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta; d) Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público..”

¹⁹ Cfr. BINDER, *ibid.*, quien considera que se trata de una discusión que conforma “...un haz de reflexiones sobre aspectos estructurales de la justicia penal en su totalidad, directamente vinculados con la conformación histórica de los actuales sistemas procesales y su funcionalidad política general dentro de algo más amplio como es el sistema penal”. Por ello, a su entender, la solución sólo vendría de la mano de una reforma de la justicia penal que implique diseñar una “política compleja de selección de casos”.

Los principios del derecho penal. Perspectiva genealógica.

En todo estado de derecho, la creación, aplicación e interpretación de los textos legales debe ser compatible con los principios superiores, vale decir, constitucionales. Se afirma así que existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal que se manifiesta en dos direcciones distintas. Por un lado existe un efecto irradiante de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico, que determina un contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores. Asimismo, la interpretación de los textos legales se debe realizar de acuerdo con la Constitución, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la norma superior²⁰.

Por otra parte, a fin de desentrañar el cabal significado y rendimiento de los principios penales, es imposible soslayar la perspectiva genealógica. En tal sentido, vale recordar que el nacimiento mismo del Derecho penal liberal está marcado fuertemente por una impronta limitadora del poder absoluto (del monarca).

Pertenece entonces a la esencia del Derecho penal esa vocación funcional reductora que en la era decimonónica era extraída de los preceptos legales, y a partir del siglo pasado, además, de los contenidos político-criminales que Roxin visionó genialmente en los años 70'.

En todo caso, como pensamos, siempre que el Derecho penal se interprete en términos relacionales respecto al poder, sus categorías serán funcionales, sea que no lo cuestionen (*statu quo*), sea que, fiel a su esencia, intenten contenerlo o reducirlo. Retomaremos este punto más adelante.

De esta idea-función se desprende la sinergia reductora del poder punitivo que contiene cada uno de los principios penales fundamentales: *última* (o *extrema*) *ratio*, subsidiariedad, racionalidad, etc., y cuyo rendimiento se proyecta en las categorías analíticas del delito, para fundar la postura que ensayamos en el presente a fin de explicar por qué ciertos criterios de oportunidad tienen un fuerte anclaje dogmático en el injusto y en la culpabilidad.

El (necesario) sistema de derecho penal²¹

Si por sistema científico se entiende una ordenación lógica de los conocimientos alcanzados en la ciencia de que se trate, la renuncia a toda construcción sistemática sería acientífica. De modo que poniendo en relación lógica tales conocimientos mediante un orden sistemático puede llegarse a saber si ellos son lógicamente compatibles o se contradicen.

²⁰ BACIGALUPO, *Principios constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.156.

²¹ Seguimos en este punto el modelo epistemológico de Bend SCHÜNEMANN en "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *Obras*. Colección autores de derecho penal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. I, pp. 259 y ss.

De lo dicho se deduce lo siguiente: ordenación y regulación del saber, averiguación de las contradicciones y disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada a un problema, prueban el valor y necesidad de una construcción sistemática, carácter ineludible en cualquier ciencia desarrollada. Un razonamiento asistemático y caótico, no es posible en la ciencia jurídica porque su objeto –las relaciones sociales- sólo puede ser aprehendido y descrito mediante el lenguaje ordinario, el que ejerce su enorme fuerza ordenadora y sistematizadora tan pronto como se desarrolla el primer razonamiento jurídico.

Pero la fuerza del lenguaje ordinario no basta para el nivel de sistematización que requiere la ciencia jurídica. A lo sumo ello significaría dotarla de la ordenación propia del mundo conforme al lenguaje ordinario. Una renuncia a la construcción jurídica sistemática conllevaría que la solución de los problemas sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma, mediante una pluralidad de opiniones y puntos de vista, con la indeseable inseguridad jurídica que ello traería aparejado. Piénsese por ejemplo en el art. 10 CP, que en su redacción anterior a la actual, preveía la detención domiciliaria para mujeres “honestas”.

En cambio, una discusión jurídico-dogmática del mismo problema se caracteriza por la mayor precisión del esquema clasificatorio empleado, por la más estricta comprobación de la admisibilidad de argumentos y, en consecuencia, por una reducción, o en su caso, ampliación del número de soluciones defendibles.

Modelos de sistemas dogmáticos

Del mismo modo que no puede dudarse del valor y necesidad de una construcción sistemática jurídica, debe advertirse que no hay un único modo o modelo de sistematización, por lo menos no lo hay en la historia de la ciencia jurídico-penal.

Así, por ejemplo, durante mucho tiempo se utilizó el modelo propio de las matemáticas, es decir, un sistema axiomático o cerrado. Según este enfoque, que ha sido considerado como el ideal de todo sistema, la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales denominadas axiomas, de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados mediante deducciones lógicas, en cumplimiento de tres exigencias básicas: **1-** ausencia de contradicción (ningún axioma puede contradecir a otro), **2-** independencia (ningún axioma puede derivarse de otro) y **3-** plenitud (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas).

En general se reconoce que estas condiciones no fueron cumplidas por la ciencia jurídica, y además ello tampoco sería deseable. No obstante, hubo sistemas dogmático-penales que se acercaron

bastante, como el causalismo y el finalismo.

Una crítica a esta perspectiva, por cierto bastante difícil de superar, radica en que el objeto sería inabarcable por la complejidad y variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos que sirven para su ordenación. Todo el conocimiento de una ciencia sólo puede aparecer comprendido en un número relativamente corto de axiomas en el caso de que el objeto de dicha ciencia muestre una reducida complejidad y no se halle sometido a variaciones históricas, como sucede con la geometría, que solo consta de líneas, puntos, círculos, etc. No pasa lo mismo con las ciencias derivadas de la relaciones sociales (como el derecho) debido a su complejidad, de lo que resulta prácticamente imposible su axiomatización. Además, tampoco alcanzaría una perspectiva aceptable de éxito. Piénsese solamente en los efectos sociales que produce la poderosa industria informática, que multiplica su desarrollo a razón de 18 veces al año.

Mucho más reciente en la ciencia del derecho, es el sistema abierto o teleológico, incipiente en el neokantismo y en pleno desarrollo en los funcionalismos. Se dice que este sistema no obstaculiza el proceso social y jurídico, sino que lo favorece, o al menos se adapta a él. No prejuzga las cuestiones jurídicas todavía no resueltas, sino que las canaliza para que se planteen en términos correctos a fin de garantizar orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que ya están resueltos, con la finalidad de que esas soluciones duren más tiempo. Para poder construir un sistema elástico se necesita material elástico, de manera que pueda adaptarse a la evolución social y jurídica sin vaciarse de contenido ni convertirse en inservible.

La ciencia jurídico penal puede llevar a cabo esta tarea en parte mediante un sistema conceptual cuyos materiales vengan del lenguaje ordinario pero precisadas de manera exacta por términos jurídicos, y en parte por predicados valorativos completamente indeterminados en cuanto al contenido. La indeterminación del lenguaje ordinario, de lo cual resulta su porosidad, es decir su idoneidad para asimilar futuras evoluciones -lo que era visto como un inconveniente- puede ahora aprovecharse a fin de garantizar la necesaria apertura del sistema. Como ejemplo de ello piénsese en la dogmática de la legítima defensa o del estado de necesidad, que son causas de justificación establecidas en parte por el legislador (de *lege lata*) y en parte elaboradas por la doctrina (de *lege ferenda*).

Se defiende la opción de un sistema abierto del Derecho penal, por permitir que el conocimiento existente se disponga en un orden removible en cualquier momento y porque los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin objeciones con la misma vara, sino que siempre habrá ocasión para que cada nuevo problema se discuta en base al conocimiento del sistema disponible y se resuelva de un modo que pueda integrarse en dicho sistema o se fuerce a su modificación.

En síntesis: **1-** el razonamiento sistemático y la elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional, **2-** soluciones contrarias al sistema que no pueden integrarse a éste, ni siquiera mediante su reforma, ponen de manifiesto deficiencias materiales del ordenamiento jurídico, **3-** jamás debe sobrevalorarse el nivel de sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de su alcance, **4-** el ideal de elaboración sistemática en Derecho penal es un sistema abierto que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que no esté inmunizado frente a su modificación, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales.

Funcionalidad de las categorías jurídicas

Para Zaffaroni, a quien seguimos en este punto, cualquier concepto que se construya en función de objetivos político-criminales debe aspirar a que éstos se realicen en la realidad social, pues representa una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad. Por otra parte, dado que los conceptos jurídicos siempre son funcionales, en la medida en que todos cumplen alguna función que afecta el ejercicio del poder punitivo, el método empleado debe orientar esa funcionalidad conforme a una intencionalidad, es decir, a una teleología²².

La funcionalidad entendida como la relación entre conceptos jurídicos y sus efectos sobre el poder punitivo, o mejor, como efecto político de los conceptos jurídico-penales, es un dato óntico que existe aunque se lo ignore. Reconocer ese dato y dotar de intencionalidad a la sistemática que se elabore no implica crear la funcionalidad sino sólo descubrirla y orientarla.

Dado que cualquier disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos. No solo nada impide que el derecho penal proceda de tal modo, sino que no podría hacerlo de otro distinto (so pretexto de quedar librado a su suerte) porque caería en alucinación.

Al reconocer que los conceptos jurídico-penales tienen funcionalidad política²³ (dato óntico) y al encarar la tarea para dotarla de intencionalidad (construcción teleológica), el derecho penal no debe caer en la alucinación de crear el mundo. Aun cuando no proceda teleológicamente, no puede desconocer que los conceptos cumplen una función política y por ende no le queda otra que orientarlos políticamente, so pena de incurrir en conceptos perversos.

²² ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*², Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 87 y ss.

²³ ZAFFARONI, *Estructura básica del Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 19.

Coincidimos con Zaffaroni en que la función política del derecho penal es la de contener la presión del estado de policía²⁴, y, en esa medida, la construcción conceptual del delito debe llevarse a cabo como un sistema orientado por la idea de una intencionalidad reductora del poder punitivo. En consecuencia, cada estrato de la teoría del delito (injusto y culpabilidad) debe ser *funcional* a la idea reductora que rige la totalidad de la construcción.

Y si la insignificancia y la pena natural, como veremos, constituyen elementos de análisis dentro de estas dos grandes categorías, la interpretación de su incidencia dogmática, también debe estar orientada por ese ideal funcional reductor.

Enfoque metodológico

El tratamiento de la insignificancia y la pena natural como herramienta conceptual de la teoría del delito constituye, a nuestro entender, una de las tantas consecuencias de la unidad sistemática entre Derecho penal y política criminal, tal como fuera planteado en los años 70' por Claus Roxin. Así pues, si las categorías del delito deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse desde el inicio a través de su función político criminal, los supuestos de insignificancia y pena natural -en tanto instrumentos de corte político criminal- deben integrar también el contenido de esas categorías.

Nuestra propuesta se enmarca dentro del pensamiento jurídico-penal funcional o teleológico, en la medida en que no establece de un modo axiomático un concreto canon de hipótesis materiales y sistemáticas, sino que expresa más bien un determinado método de construcción del sistema, así como de obtención de conocimientos materiales²⁵.

De allí, lo que corresponde es establecer los criterios valorativos determinantes del sistema, para lo cual resulta necesario discernir acerca de cuáles son los cánones valorativos que subyacen a nuestro Derecho penal vigente. En este sentido, coincidimos con Schönemann en que una adecuada construcción del derecho vigente podría partir de dos planos valorativos independientes: **a-** una *desvalorización objetiva especialmente intensa* (específicamente penal) del hecho; y **b-** la *responsabilidad individual* del autor por el hecho.

Cada una de estas dos valoraciones básicas puede desdoblarse, a su vez, en dos subvaloraciones complementarias: sólo es posible hablar de una desvalorización específicamente jurídico-penal (injusto penal) cuando, en primer lugar, el hecho *está prohibido* y, en segundo lugar, resulta indeseable en medida *cualificada* (es decir, cuando un bien jurídico que merece protección ha

²⁴ Política de dique de contención colocado por el estado de derecho para contener la presión de las aguas del estado de policía. A partir de un valor negativo que le asigna al poder punitivo en general y a la pena en particular en base a una posición agnóstica

²⁵ SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 316.

sufrido un menoscabo relevante y la protección penal contra el concreto ataque se muestre adecuada, necesaria y proporcionada).

Por su parte, la responsabilidad subjetiva requiere, en primer lugar, que el hecho fuera realmente evitable para el autor *individual* (reprochable) y, en segundo lugar, que la motivación del hecho esté desvalorada de forma cualificada (necesidad de pena)²⁶.

Ya veremos cómo y en qué medida en ambos predicados de valor deben necesariamente plasmarse los principios constitucionales y, con ello, entonces, la insignificancia y la pena natural – catalogadas hasta ahora como criterios de oportunidad- dejan de ser consideradas meras cuestiones procesales para convertirse en elementos esenciales de las categorías injusto y responsabilidad, con la función de limitar el principio de legalidad procesal.

Ello, teniendo en cuenta que resulta indispensable conciliar los conceptos dogmáticos con los valores y derechos fundamentales, pues una construcción de conceptos dogmáticos que conduzca a resultados incompatibles con estos valores y derechos carecerá de toda legitimación metodológica²⁷.

La insignificancia y la pena natural en la teoría del delito

La teoría del delito, en tanto teoría de aplicación de la ley penal, es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. Para ello, establece una estructura ordenada para resolver los problemas que genera la aplicación de la ley, valiéndose de un método analítico, vale decir, separando distintos problemas en diversos niveles o categorías²⁸.

Como se habrá advertido, adscribimos a un sistema funcional y bipartito²⁹ de la teoría del delito, pues entendemos que en nuestro derecho penal vigente el concepto de delito puede ser explicado en dos planos valorativos fundamentales: el injusto y la responsabilidad.

Si la funcionalidad de las categorías del Derecho penal radica en contener el poder punitivo y, al mismo tiempo, evitar conductas socialmente lesivas mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a derecho, el concepto de delito debe construirse en consonancia con ese fin. Se explica así que la función del injusto penal consista en determinar cuándo una acción, por ser especial e

²⁶ SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 317.

²⁷ BACIGALUPO, ob. cit., p. 180.

²⁸ BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*³, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 25.

²⁹ Dicha opción sistémica en modo alguno impide que nuestro enfoque pueda tener cabida en una concepción tripartita, sólo que las valoraciones referidas a la relevancia de la afectación del bien jurídico, a la intensidad de la conducta, deben efectuarse en el tipo penal. Vale decir, que ante una conducta insignificante, el hecho ya no puede considerarse típico. En lo que respecta a la pena natural, no existirían diferencias entre una concepción bipartita o tripartita, pues la culpabilidad mantiene la misma ubicación sistemática.

intensamente lesiva desde el punto de vista social, resulta jurídico-penalmente relevante. Y una acción adquiere tal carácter –como hemos dicho- no sólo cuando está prohibida por afectar un bien jurídico, sino fundamentalmente cuando ese bien jurídico ha sufrido un menoscabo relevante y la protección penal contra el ataque se muestre adecuada, necesaria y proporcionada.

Por ello, el legislador al establecer los tipos penales ha tenido en cuenta la dañosidad social que fundamente el injusto específicamente jurídico-penal y, en esa medida, efectúa una desnormativización profunda. No obstante, para colmar los espacios libres que queden en el significado de los términos, debe recurrirse de nuevo, naturalmente, a las valoraciones rectoras. Estas, a tal fin, se especifican en el merecimiento y la necesidad de pena³⁰, para lo cual, ha de tenerse en cuenta los principios de fragmentariedad, *ultima ratio* y lesividad a efectos de lograr una ulterior desnormativización.

En esta medida, la insignificancia encuentra ubicación sistemática en el injusto penal, pues una ínfima afectación del bien jurídico, aun cuando se adecue a la conducta descrita en la norma, jamás puede considerarse una acción jurídico-penalmente relevante.

Por su parte, como se verá *infra*, en base a similares argumentaciones dogmáticas, la pena natural encuentra su lugar en el plano valorativo de la responsabilidad.

Esta visión, que podríamos denominar “sustantiva”, de la insignificancia y la pena natural, tiene la ventaja superadora de compatibilizar la interpretación de las normas previstas en el Código penal con los derechos fundamentales, y, en esa medida, de acuerdo a su cometido funcional, limitan el poder punitivo del Estado. Pero además, y como consecuencia de ello, esa caracterización permite entender que ambos supuestos no constituyen excepciones al principio de legalidad sino más bien unos límites intrínsecos a dicho principio.

En contraposición, advertimos que la consideración de la insignificancia y la pena natural como criterios de oportunidad procesal, termina por afectar el alcance de los principios que le dan base. Ello se aprecia en el tratamiento que se efectúa de dichos criterios, v.gr. cuando se presentan como un eficaz auxilio para la desincriminación de hechos punibles. De este modo, se afirma que los casos de “ínfima importancia”, que “representan realizaciones mínimas de tipos penales”, “merecen (...) ser derivados a otras formas de control social existentes, para evitar el riesgo de etiquetar criminalmente al autor y procurar espacio para que los órganos de persecución penal se ocupen de los hechos punibles más graves”. De igual manera, los supuestos de “‘mínima culpabilidad’ o la ‘retribución natural’ que él sufre como resultado de su propia obra delictiva, son criterios que operan de manera similar, para prescindir de la persecución penal”³¹.

³⁰ SCHUNEMANN, ob. cit. p. 321

³¹ Cfr. por todos, MAIER, ob. cit., pp. 387/388.

Como se advierte, la insignificancia y la pena natural, como criterios de oportunidad procesal, cumplirían la función de descontar la persecución penal de hechos *en sí* punibles, lo cual – según dijimos- termina por afectar el alcance de los principios que les dan base a ambos.

Es que, el principio de lesividad -basamento de la insignificancia- impide calificar como injusto un comportamiento de afectación ínfima al bien jurídico. Por tal motivo, este tipo de hecho jamás podrá considerarse punible, al ni siquiera alcanzar (menos sobrepasar) el estándar de injusto penal.

Si consideramos que la insignificancia constituye una herramienta conceptual que integra la teoría del delito, y que forma parte de la valoración que debe efectuarse al momento de determinarse el carácter injusto de un comportamiento, habremos de concluir que una acción de mínima lesividad al bien jurídico jamás puede considerarse un injusto penal.

Lo mismo cabe decir respecto de la pena natural, supuesto en el cual tampoco puede estimarse punible el hecho, ya que, como se verá, el principio de culpabilidad, que demanda respeto por la dignidad de la persona humana, impide la atribución de responsabilidad penal.

Este análisis permite también entender que la insignificancia y la pena natural, en tanto herramientas que tornan operativos los principios constitucionales en la interpretación del concepto de delito, cumplen la función de limitar al principio de legalidad procesal, pues no se trata de que el estado renuncie a la persecución penal de un hecho delictivo, sino que los órganos encargados de ella se ven impedidos de iniciarla ante la inexistencia de delito por ausencia de alguno de sus principales niveles valorativos: injusto-culpabilidad.

En definitiva, la proyección de los principios de culpabilidad y de lesividad en la construcción dogmática marcan los límites dentro de los que pueden desarrollarse la teoría del delito y la determinación de la pena; ello, en la medida en que ambos principios son ordenadores “de una política constitucional de reducción y contención del poder punitivo”³².

Por último, deseamos expresar que más allá de las buenas intenciones del legislador, resulta necesario abandonar la idea que subyace el intento de codificar el principio de oportunidad procesal en los supuestos analizados, al presentarlo como el instrumento adecuado para no sancionar hechos penalmente “típicos” insignificantes y de pena natural, pues ello pertenece más bien al Derecho penal material.

Por ello, y utilizando palabras de Hassemer, entendemos que sería “una burla del sistema, en lo teórico, y políticamente una defraudación de la colectividad”, calificar como hechos delictivos acciones insignificantes y de pena natural para luego “excluir las clandestinamente a través del proceso penal”.

³² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*², Ediar, 2003, pp. 140/142.

Así, CUANDO MÁS SE ORIENTE EL DERECHO PENAL MATERIAL HACIA LOS PRINCIPIOS DE *ULTIMA RATIO*, PROPORCIONALIDAD, FRAGMENTARIEDAD, LESIVIDAD Y CULPABILIDAD, MENOS OPORTUNIDAD QUEDARÁ PARA UN PROCESO PENAL OPORTUNISTA³³.

³³ HASSEMER, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, ponencia presentada en el *Symposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal*, Buenos Aires, 1988. En línea: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2530062&orden=0. (Consulta: 25/09/2011).

SUMARIO: 1. Concepto de insignificancia. 2. Antecedentes vernáculos del principio de insignificancia: a. Sobre algunos proyectos legislativos y normas dispersas que contemplan el principio de insignificancia; b. La jurisprudencia. 3. El principio de insignificancia y su ubicación sistemática en la dogmática penal: a. Introducción; b. La doctrina; c. El estado actual de la cuestión; d. La insignificancia como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal; d. Situaciones que problematizan el principio de insignificancia y sus posibles soluciones.

1. Concepto de insignificancia

Según el diccionario de la Real Academia Española *insignificancia* significa pequeñez, insuficiencia o inutilidad y algo es *insignificante* cuando es baladí, pequeño o despreciable. En el lenguaje jurídico-penal, podemos definirlo, en líneas generales, como aquel principio limitativo del poder punitivo estatal, según el cual, determinado hecho, pese a encuadrar formalmente en una figura delictiva, su escasa afectación del bien jurídico *penal* respectivo o disvalor del resultado, o bien de un ínfimo disvalor de acción, obsta que el Estado considere la conducta en cuestión como penalmente reprochable.

Pese al contenido sustancial del concepto de bagatela, éste ha sido receptado en nuestro país en las legislaciones procesales como un supuesto de disponibilidad de la acción penal, es decir, dentro de la órbita del principio de oportunidad.

Ahora bien, desde nuestra visión, sostenemos que si de lo que se trata es de establecer el límite de lo prohibido, lo mandado o lo autorizado, en suma, de lo ilícito penalmente, ello es tarea de la que debe ocuparse en forma protagónica el derecho penal sustancial y no constituye una función propia del derecho realizador, tal como viene pregonándose por prestigiosa doctrina.

Otro sector de la doctrina, más conciliador con la dicotomía entre sustancialistas y procesalistas, distingue entre la insignificancia *del hecho* de la insignificancia *del delito*, o lo que podríamos denominar, por qué no, insignificancia *propia* o *material* e insignificancia *impropia* o *procesal*, respectivamente, siendo la primera aquella conducta que aún cuando formalmente

³⁴ Miembro del Instituto en Ciencias Penales.

encuadre en el tipo legal no importa una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en tanto que la segunda, se refiere a aquellos hechos que “si bien superan el standard de ofensividad requerido por una tipicidad penal constitucionalmente orientada, aún así continúan reportando un disvalor pequeño (pero superador de la insignificancia) y por ello pueden conducir a la perforación de los mínimos establecidos en las escalas penales”³⁵.

La tesis que admite la distinción entre una insignificancia *propia e impropia*, trae aparejada, a la vez, ciertas consecuencias sustanciales y procesales. En este sentido, Finkelstein Nappi³⁶ sostiene que el hecho insignificante debe resolverse en el plano de la tipicidad penal objetiva, en tanto que cuando se trata de un delito insignificante cabría aplicar el mínimo de la escala penal, o bien perforar el mínimo adecuando la pena al grado de disvalor de injusto como atenuante de la culpabilidad, o bien declarar la inconstitucionalidad de la escala penal para el caso en concreto.

Argumenta el citado autor que los hechos insignificantes no deberían superar el inicio del proceso penal, debiendo dictarse el archivo, dada la inexistencia del delito, en cambio, en los delitos insignificantes debería llegarse a la etapa de juicio, momento en que tiene lugar la cuantificación en concreto de la pena³⁷. Finalmente, entiende que los hechos insignificantes cancelan el proceso penal aún con la vigencia del principio de legalidad, en tanto que los delitos insignificantes pueden no ser perseguidos en aquellos ordenamientos que prevean la oportunidad.³⁸

Esta distinción, con consecuencias tanto teóricas como prácticas, permitiría, en todo caso, acordar un punto de contacto entre las perspectivas sustancialistas y procesalistas, hoy innegables protagonistas de la discusión de este principio, en punto a “que la insignificancia opera como criterio de oportunidad cuando conforme al principio de proporcionalidad no se llega al grado necesario para afirmar la atipicidad de la conducta.”³⁹

³⁵ Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “La atipicidad por insignificancia en la Cámara del Crimen de la Capital Federal”, *La Ley*, 2006-D, p. 113, nota 16.

³⁶ Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo ‘Sepúlveda’”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, n° 13, Buenos Aires, 2005, pp. 1400/1409

³⁷ Finkelstein Nappi, Juan Lucas, ob. cit., p. 1408.

³⁸ Finkelstein Nappi, ob. cit., p. 1409.

³⁹ Aguad, Dolores – Bazán, Natalia – Biancotti, Daniela – Gorgas, Milagros – Olmedo, Berenice, “*La regulación provincial del principio de oportunidad*”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Ciencias Penales, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-regulacion-provincial-de-principio-de/?searchterm=oportunidad>, p. 5. Fecha de consulta: 26/08/2011.

En este orden de ideas, resultan valorables los esfuerzos de la doctrina procesalista para legitimar un concepto de insignificancia procesal, pero creemos que todo se reduce y debe reducirse a una cuestión de análisis sustancial previo.

Pero, advertimos, que se observan inconvenientes en discernir en la práctica un límite general entre aquella conducta que no alcanza siquiera a ofender o lesionar un bien jurídico, de aquella otra que supere mínimamente la prueba de lesividad, pues podría igualmente afectarse el principio de igualdad ante la ley, ya que en los hechos la situación variaría considerablemente si la insignificancia procesal fuera receptada o no por cada legislación procesal de cada provincia y en qué medida.

Por nuestra parte, nos permitimos discrepar con la distinción entre la insignificancia sustancial y la procesal. Dudamos de que sea válido hablar de una insignificancia procesal, porque si se permite al titular de la acción penal, iniciarla o desistir de ella, cuando el hecho no reviste gravedad, ello debería ocurrir no porque ese sector del derecho lo postule entre sus normas (aún por atendibles necesidades de economía y eficacia), sino porque *sustancialmente* un determinado hecho no afecta significativamente un bien jurídico.

Cualquiera sea la denominación que se emplee para definir una insignificancia procesal, en nuestra opinión, no estaríamos hablando de insignificancia sino de una cosa distinta.

Cabe agregar, que la insignificancia es una condición que enerva lo ilícito penalmente y, consecuentemente con ello, su aplicación conlleva la descriminalización de ciertas conductas formalmente subsumibles en el tipo legal y, necesariamente también, conduce, en gran medida, a cumplir con los objetivos de eficacia en la persecución que legítimamente postula el derecho procesal.

En suma, un derecho penal sustantivo respetuoso de los principios de *última ratio*, proporcionalidad, lesividad, fragmentariedad y subsidiariedad, no puede renunciar a establecer en su seno los límites al poder punitivo del Estado, que de lo contrario, lo llevaría a cometer excesos indeseables, amén de las lógicas consecuencias económicas y perjudiciales para el sistema procesal, derivado de la escasez de recursos para su investigación que, incluso, se verifican aún cuando tiene que investigar los delitos más graves.

En otros términos, en un Estado Social y Democrático de Derecho, el encargado de promover la acción penal no debería preguntarse si en hechos de escasa gravedad tiene que renunciar o desistir de la acción penal en miras de una mayor eficacia en la persecución, sino que debería interrogarse, en primer término, si conceptualmente es deseable o aceptable que el poder punitivo los considere penalmente ilícitos.

2. Antecedentes vernáculos del principio de insignificancia

a. *Sobre algunos proyectos legislativos y normas dispersas que contemplan el principio de insignificancia*

Como sabemos, el principio de insignificancia no tuvo acogida en nuestro Código Penal ni tampoco en los proyectos legislativos que le precedieron, ni en los que le sucedieron. Recién lo contempló el anteproyecto de reforma del año 2006, sobre el que nos explayaremos luego.

Sin embargo, los proyectistas posiblemente intuían que, en determinados delitos, la pena fijada en abstracto podía considerarse excesiva o desproporcionada frente a un disvalor de resultado exiguo, para lo cual, proponían disminuir sensiblemente la pena, consagrando un sistema de atenuaciones genéricas y específicas.

Así lo hacían, en líneas generales, el Proyecto Villegas Ugarriza y García de 1881⁴⁰, el Código Penal de 1877⁴¹ sancionado para la provincia de Buenos Aires que tomaba el Proyecto Tejedor, el Código Penal de 1886⁴², el Proyecto Soler de 1960⁴³ y el Proyecto de 1979.

Pese a que el Código Penal de 1921 y sus numerosas reformas no receptaron el principio de bagatela, hallamos fuera de él algunas expresas, aunque dispersas disposiciones legislativas que lo acogieron.

En primer término, nos referimos al art. 49 in fine de la ley 11.683 (t.o. 1978 y sus modif.), el cual dispone que: *“En los supuestos de los artículos 38, agregado a su continuación, 39, agregado a su continuación, 40 y agregado a su continuación, el Juez administrativo podrá eximir de sanción al responsable cuando a su juicio la infracción no revistiera gravedad.”*⁴⁴

⁴⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo II, AZ Editora, Buenos Aires, 1996, p. 149, cuyo art. 319 disponía que “Si el valor de lo hurtado no excediere de quinientos pesos fuertes la pena será de un grado inferior á la que correspondiere al hecho, no mediando esta circunstancia”. Y el art. 320 rezaba que “El valor de lo hurtado, usurpado ó hurtado será considerado como circunstancia atenuante o agravante para la aplicación de la pena y con relación al tiempo que esta comprenda.”

⁴¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, ob. cit., Tomo I, pp. 265, 267 y 270, donde el art. 318 disponía que “En los casos del artículo anterior la pena será de tres años de prisión, si el valor del robo no excediese de quinientos pesos fuertes”, el art. 320 que “En los casos del anterior la pena será de dos años de prisión cuando el valor del robo no esceda de quinientos pesos fuertes” y el art. 322 preveía que “Cuando el valor de la cosa hurtada no esceda de cien pesos fuertes, la pena será arresto de uno a tres meses”.

⁴² Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, ob. cit., Tomo II, p. 60, cuyo art. 191 disponía que “La pena señalada en el artículo anterior será de prisión de uno a tres años, cuando el valor de lo robado no esceda de quinientos pesos”.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Arnedo, Miguel Alfredo, ob. cit., Tomo VI, p. 103, cuyo art. 209 inc. 2, contenía una pena reducida de hasta un año o multa hasta sesenta días, “si el hecho consistiere en el apoderamiento de alimentos u objetos de escaso valor para proveer a una necesidad propia o de un familiar”.

En segundo término, el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 1472, 25/10/2004), no sólo consagró en su art. 1 el principio de lesividad⁴⁵, claro fundamento de la bagatela, sino que en el Título V sobre los juegos de apuesta, art. 119, dispuso expresamente el principio de insignificancia por un lado y el de adecuación social⁴⁶ por el otro, al disponer que “*No son punibles las prácticas incluidas en el presente capítulo que por su insignificancia o por hallarse incorporadas por la costumbre o la tradición no importan peligro para la convivencia ni para el patrimonio de las personas.*”

Finalmente, merece ser destacado el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral de Código Penal de 2006, que por un lado enunció explícitamente en su art. 1 inc. b el principio de lesividad⁴⁷ y, por el otro, receptó en su art. 9 el principio de insignificancia al disponer que “*El juez podrá determinar la pena por debajo de los mínimos previstos e inclusive eximir de pena, cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación.*”

Ahora bien, al mismo tiempo, el art. 49, 4to. párrafo inc. b, regulado dentro del Título que contempla el ejercicio de las acciones, prevé que el Fiscal pueda fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida ante el Juez o Tribunal hasta antes de la fecha del debate oral y público, “*cuando se trate de hechos que por su insignificancia, no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo*” .

⁴⁴ Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 316:1237, 8/06/93, “*Godoy, Roberto Carlos*”, en los votos de dos de sus miembros, Levene y Nazareno, se interpretó que esta norma (antes art. 52 in fine, de la ley 11.683, según texto introducido a su vez por ley 23.314) constituía un supuesto de aplicación del principio de oportunidad y no de insignificancia, al sostener que “*el recurrente confunde el principio de insignificancia o bagatela que atiende a las características de la conducta examinada a fin de su desincriminación –y que efectivamente carece de consagración legal-, con una facultad conferida por la ley al juez administrativo, que atiende a su subjetivo criterio de oportunidad*”. Según García Vitor, Enrique Ulises, *La insignificancia en el Derecho Penal. Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 71, nota 77, a mi juicio en lo correcto, argumenta que los ponentes no advierten que la citada norma se sustenta, precisamente, “*en la nimiedad de la conducta del contribuyente con relación al objeto de protección de la norma.*”

⁴⁵ “El Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona las conductas que por acción u omisión dolosa o culposa implican daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos”.

⁴⁶ Sobre las relaciones entre la teoría de la adecuación social y el principio de insignificancia, ver infra punto 3 a.

⁴⁷ Crítica la falta de rigurosidad en la enunciación de ese principio, Ferrajoli, Luigi, presentación del libro *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Ediar-Asociación de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 2007, p. 16, disponible en http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/capitulos/INTRODUCCION%20Y%20FUNDAMENTOS.pdf (fecha de consulta: 10/09/2011), al decir que “En lo que respecta al principio de ofensividad, hubiese sido oportuna, tal vez, una formulación más explícita y rigurosa: a través de la previsión como elemento constitutivo del delito del daño o del peligro concreto por aquél ocasionado a un bien jurídico constitucionalmente **relevante**.” (El destacado es nuestro).

De lo expuesto se podría colegir que existirían dos sujetos legitimados para decidir la irrelevancia penal de un hecho sometido a su conocimiento. En un primer momento, esa facultad sería conferida al fiscal de la causa, en las condiciones que exige el art. 49 y, en una segunda oportunidad, al juez que debe dictar sentencia, en el momento de la individualización judicial de la pena, al decidir si le impone al imputado una pena por debajo del mínimo o lo exime de ella cuando considere que el hecho reviste escasa significación.

Podría pensarse rápidamente que se trataría de una contradicción entre los arts. 9 y 49 ya citados, pero a poco que se reflexione más detenidamente la cuestión puede inferirse que en realidad se trata de dos filtros que permitirían dejar fuera de persecución penal hechos de nimia gravedad.

Por nuestra parte, somos de opinión que quizás este valioso Proyecto no fue lo suficientemente audaz en cuanto a la ubicación dogmática de la bagatela, tal como gran parte de la jurisprudencia⁴⁸ y doctrina⁴⁹ lo venían concibiendo: como una causa de atipicidad de la conducta.

En el caso del art. 9 sería más una cuestión de atenuación o eximición de la pena que una causa de exclusión del delito. En el supuesto del art. 49 significaría, de otro costado, concebir una regla de oportunidad⁵⁰, basado en criterios de eficacia y economía en la persecución.

b. *La jurisprudencia*

Nuestros tribunales han desandado el camino sobre el tópico que tratamos de forma contradictoria. En ocasiones, han rechazado la posibilidad de aplicar el criterio de la bagatela, pero también, en otros casos, lo han admitido, aunque los fundamentos para esto último han sido variados, siendo considerado desde una causa de atipicidad del delito, pasando por un supuesto de atenuación de la pena, hasta llegar a declarar inconstitucional un delito por lo desproporcionado de la sanción.

Resulta paradójico, en este sentido, que desde la jurisprudencia, por regla general, para solucionar estos casos, se ha echado mano a la teoría del delito o de la pena, pero llamativamente quienes más lo han postulado han sido importantes sectores de la doctrina procesalista que, como resultado de ello, lo han receptado las distintas provincias en los respectivos códigos procesales

⁴⁸ Ver infra punto 2 b.

⁴⁹ Ver infra punto 3.

⁵⁰ En ese sentido, Erbetta, Daniel, *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Ediar-Asociación de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 2007, p. 24, quien sostuvo que “a fin de permitir una mejor distribución de los recursos (humanos y materiales) destinados a la persecución y ofrecer una mayor eficacia a la respuesta punitiva del estado, se han introducido criterios de oportunidad, resultando una excepción reglada al de legalidad formal. En particular, se ha incorporado la conciliación entre partes y la reparación de daños en la medida de lo posible por parte del imputado, el **principio de insignificancia** salvo que el delito fuese cometido por un funcionario público en ejercicio o en función de su cargo, y el principio de poena naturalis.” (el destacado es nuestro)

penales como un supuesto del principio de oportunidad reglada. Y resulta otra vez paradójico que el legislador nacional ha guardado silencio al respecto.

El primer antecedente que registran nuestros tribunales sobre el principio de insignificancia data del año 1981, en la causa “Lucero”⁵¹, donde nada más y nada menos que Zaffaroni resolvió absolver a un colectivo, acusado de privación ilegítima de la libertad, al no haber detenido el ómnibus en la parada solicitada previamente por los damnificados, haciéndolo recién varias cuadras después.⁵²⁵³

A partir de allí, podemos decir, que paulatinamente la jurisprudencia comenzaría a debatir, a través de sus pronunciamientos judiciales, la posibilidad de admitir el principio de insignificancia en nuestro derecho argentino, aunque los fallos en este sentido han sido más bien excepcionales⁵⁴.

El principio de insignificancia ha sido admitido en una estafa reiterada donde el empleado de un estacionamiento asentaba en el recibo duplicado perteneciente al empleador una suma menor a la que constaba en el original entregado antes al cliente, quedándose con la diferencia⁵⁵; en el delito de daño en el que el autor arrojó al suelo dos grandes macetas en el fragor de una discusión entre vecinos⁵⁶; en el delito de impedimento de contacto de menores con padres no convivientes por no llevar a los hijos a trece visitas prefijadas en el lapso de dos años⁵⁷; en el delito de circulación de

⁵¹ C.C. y C. de la Cap., Sala II, causa 25.868, “Lucero, Ángel Carlos s/ privación ilegítima de la libertad”, *Doctrina Penal*, n° 5, 1982, p. 278, con comentario de Malamud Goti, Jaime, “Transporte público y libertad ambulatoria”, pp. 275/278.

⁵² Al comenzar con la fundamentación del fallo, Zaffaroni se asombraba de que este caso de la vida cotidiana corresponda a uno de los ejemplos de “gabinete” que Welzel ilustraba al desarrollar su teoría de la adecuación social, aunque el magistrado no la siga. (Sobre los casos de conductas adecuadas socialmente, Cfr. Cancio Meliá, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 22.)

⁵³ Critica los argumentos de ese fallo, Spinka, Roberto E., *El principio de la insignificancia o de bagatela (¿Una solución de base legal o de justicia abstracta?)*, en “Opúsculos de derecho penal y criminología”, n° 15, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.

⁵⁴ Así lo entiende García Vitor, Enrique Ulises, *La insignificancia en el derecho penal. Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 16 y manifiesta su preocupación porque los jueces han recurrido a métodos paraprocesales para excluir estos casos del sistema. En igual sentido se expresa Medina Fernández, Federico, *El principio de insignificancia*, p. 6, disponible en www.bcr.gov.ar (fecha de consulta: 10/09/2011). Opinaba contrario a ello y entendía que la aplicación de este principio se volvería mayoritaria, Spinka, Roberto E., ob. cit., pp. 8/9.

⁵⁵ CNCrim. y Correc., sala VI, 2006/03/15, “Gómez, Justo Ceferino”, *La Ley*, 2006-D, pp. 115/116, con notas de Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “La atipicidad por insignificancia en la Cámara del Crimen de la Capital Federal”, pp. 109/113 y Báez, Julio C. y Guido J. Aguirre, *La Ley*, 2006-F, “La insignificancia penal”, pp. 370/373. En este fallo el ponente Bunge Campos logra hacer unánime su posición con una distinta integración de la Cámara, en la que él había sido antes minoría en el caso “Bargas”.

⁵⁶ Juzg. Corr. Morón n° 2, 29/9/2000, “Sepúlveda, María del C.”, *Revista de derecho Penal y Procesal Penal*, n° 13, Buenos Aires, 2005, p. 1397, con comentario de Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo ‘Sepúlveda’”, pp. 1400/1409.

⁵⁷ Cámara de Acusación de Córdoba, AI n° 426, 20/12/2007, “Loutayf, Hilda Cristina Antonia”, *Actualidad Jurídica Penal*, n° 97, pp. 6478/6488.

moneda falsa a quien compró golosinas por tres pesos en un kiosco con un billete apócrifo de cincuenta⁵⁸ o quien pagó con diez pesos falsos un viaje en taxi por valor de cinco pesos⁵⁹; en el delito de cohecho activo quien en un control preventivo en la vía pública por personal policial y luego de advertir que pesaba sobre él un pedido de captura, para evitar su detención, intentó sobornarlos con diez pesos⁶⁰; en el delito de omisión de deberes de un funcionario público, quien se rehusó a realizar actos de oficio al no haber admitido a la víctima como querellante particular dentro del plazo legal⁶¹; en el delito de peculado de una escasa e indeterminada cantidad de combustible⁶²; en el delito de hurto de una batería en desuso⁶³ o de medio sándwich de jamón y queso perteneciente a un funcionario judicial que un imputado se comió mientras prestaba declaración indagatoria⁶⁴; y también en el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal⁶⁵.

En estos casos, la solución desincriminante viene dada, por regla general, por la atipicidad de la conducta en razón de que –pese a la existencia de una tipicidad formal– la ausencia de lesividad penalmente relevante del bien jurídico protegido, su falta de dañosidad social, obsta su configuración.

Excepcionalmente, se ha admitido por otra vía distinta, cual es la declaración de inconstitucionalidad de la pena fijada en abstracto por entenderse desproporcionada a la conducta enrostrada.⁶⁶

⁵⁸ Cám. Federal Córdoba, Sala B, 17/05/2011, “Murúa, Laura p.s.a. Circulación de moneda falsa”, *Actualidad Jurídica Penal*, n° 164, pp. 2198/2205.

⁵⁹ Cámara Federal de Córdoba, sala A, 23/12/2012, “Peralta, José Alberto p.s.a. infr. art. 282 (Expte. 299/2011)”.

⁶⁰ Juzg. Control Penal Económico de Cba., AI n° 47, 04/11/2010, “Domínguez, Melinton Eduardo p.s.a. Cohecho activo”, con nota –bastante crítica– de Ignacio Ríos, Carlos, *Una coima de bagatela –A propósito del fallo del Juzgado en lo Penal Económico “Domínguez, Melinton”*, en “Actualidad Jurídica. Penal”, n° 161, pp. 1943/1944.

⁶¹ Juzg. Control Penal Económico de Cba., AI n° 12, 17/03/2008, “Denuncia formulada por Pioli, Raúl Francisco c/ Chiapero, Víctor Hugo”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n° 135, pp. 8996/9004.

⁶² Caso citado por García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., p. 83.

⁶³ TCasación Penal de Buenos Aires, 2011/04/26, “O., N. M.”, Sala III, *Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 20/07/2011, pp. 38/41, con nota a fallo de Crosetti, Andrés Alejandro, *La persecución penal ante la afectación mínima del bien jurídico*.

⁶⁴ Caso citado por Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª ed., Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 829, nota 30, publicado en “No Hay Derecho”, 1994, n° 11, p. 35.

⁶⁵ Sobre la cambiante jurisprudencia a este respecto, Cfr. García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 79/87. Agregamos por nuestra parte que la jurisprudencia de la CSJN en este tema lejos de ser pacífica ha sido zigzagueante. Así en “Colavini” (Fallos 300:254) sostuvo su criminalización; en “Bazterrica” (Fallos 308:1392) se apartó de esa doctrina, pero retornó a la primera en “Montalvo” (Fallos 313:1333) y, finalmente, en “Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080, A. 891. XLIV”, volvió al precedente “Bazterrica”.

⁶⁶ Así, en el caso “Sepúlveda” ya citado.

De otro costado, se ha rechazado el principio de insignificancia, por ejemplo, en los casos de tentativa de hurto de cuatro pesos extraídos de una cabina telefónica⁶⁷ o en el intento de realizar idéntica acción con un pedazo de alambre⁶⁸; en la sustracción de tres farolitos plásticos de dos automóviles estacionados en la vía pública⁶⁹; en el desapoderamiento de un prolongador eléctrico⁷⁰; en el corte total de una ruta en el marco de una protesta social⁷¹; y también en la tenencia de estupefacientes para consumo personal⁷².

El argumento que se ha esgrimido para arribar a una solución incriminatoria ha sido, en general, que nuestra legislación no prevé grados ni límites respecto de cuál es la magnitud mínima de lesión requerida por el orden jurídico para que se considere afectado el bien jurídico involucrado. Por lo tanto, cualquier menoscabo del interés tutelado, por nimio que sea, es suficiente para configurar el ilícito penal.

Esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el famoso caso “Adami”, sobre el hurto de los farolitos, donde sostuvo que “la figura protege el derecho de propiedad en sentido amplísimo... ‘los farolitos’ en cuestión satisfacen el concepto de cosa empleado en el tipo... en consecuencia, de la manera como se encuentra legislado el hurto, cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido art. 162.”⁷³

Concluye el máximo tribunal que el mayor o menor valor de la cosa es un aspecto determinante sólo a los fines de graduar la pena⁷⁴.

⁶⁷ CNCrim. y Correc., sala VI, 2004/11/05, “Bargas, Matías E.”, *La Ley*, 2005-B, pp. 145/148, con nota de Báez, Julio C. “El hurto tentado de cuatro pesos y la insignificancia penal”. También, otro caso similar de tentativa de hurto, CNCrim. y Correc., Sala VII, 31/03/1987, “Manes, Pascual R.”, *La Ley*, 1987-E, pp. 438/439.

⁶⁸ CNCrim. y Correc., Sala VI, 01/03/2007, “Rosich, Eric Adrián”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n° 90.

⁶⁹ Fallos, 308:1797 in re “Adami, Leonardo Esteban; Vázquez Fendrik, Horacio Daniel s/ hurto”.

⁷⁰ CNCrim. y Correc., Sala I, 2000/04/05, “Cabrera, Norma G.”, *La Ley*, 2000-E, pp. 815/817.

⁷¹ Cám. Fed. de Ap. de Salta, 12/05/2010, “Argañarás, Rubén y otros”, *Actualidad Jurídica. Penal*, n° 158, pp. 1599/1602.

⁷² Sobre la cambiante jurisprudencia a este respecto, Cfr. García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 79/87.

⁷³ Fallos, 307:1798, consid. 3, agregando que la insignificancia “sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter”. Dicha afirmación, es acertadamente criticada por Medina Fernández, Federico, ob. cit., p. 8 al decir que “no se entiende, en mi opinión, cómo podría existir insignificancia si la cosa perdiera su carácter, pues en tal caso, parece que no existiría delito por no tratarse de una cosa y, por lo tanto, no adecuarse al tipo penal, y no por su insignificancia.”

⁷⁴ Así lo había entendido, *mutatis mutandi*, el Tribunal que revocó la sentencia absolutoria dictada por el entonces juez Zaffaroni en el caso “Lucero”. En idéntico sentido, en los casos “Bargas”, “Manes” y “Cabrera”, ya citados.

En el fallo “Godoy” dictado con posterioridad a “Adami” se argumentó, en un caso donde se discutía la sanción a aplicar como consecuencia de incumplimientos formales en la confección de una factura fiscal, que el principio de insignificancia no ha sido receptado por nuestro derecho argentino.⁷⁵

3. El principio de insignificancia y su ubicación sistemática en la dogmática penal

a. Introducción

Según Bacigalupo, en 1919, Von Liszt fue el primero en formular un programa de una política criminal de despenalización, afirmando que “nuestra legislación actual hace un uso exagerado de la pena como medio de lucha” y que “cabría reflexionar sobre si el antiguo principio *minima non curat praetor* [hoy más conocido como insignificancia] no merecía reincorporarse a nuestro Derecho penal, sea como principio procesal (quebrando el principio de legalidad), sea como regla del Derecho material (no punibilidad de las pequeñas lesiones).”⁷⁶

Sin embargo, el punto de partida del desarrollo del principio de insignificancia tuvo origen en la teoría de la adecuación social acuñada por Welzel⁷⁷. Su idea central, expresada por primera vez en el año 1939⁷⁸, es que aquellas acciones que se desarrollan dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que por tanto son socialmente adecuadas, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en éste. Ejemplificaba como tales a las restricciones a la libertad en el tránsito, las lesiones y homicidios ocasionados en la explotación reglamentaria de ferrocarriles, canteras, minas, etc., las lesiones en la práctica de deportes, la muerte producida en intervenciones quirúrgicas siguiendo las reglas del arte⁷⁹, la entrega al cartero del pequeño regalo usual en Navidad, o el sobrino que, para heredar a su tío rico, persuade a que de un paseo en la lluvia con la esperanza de que al hacerlo sea alcanzado por un rayo, entre otros ejemplos.

⁷⁵ Fallos, 316:1237, 8/06/93, “Godoy, Roberto Carlos”.

⁷⁶ Bacigalupo, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 489.

⁷⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, §32, p. 494; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 553; Buteler, José A., *¿Insignificancia o vulneración de exigencia constitucional de lesión al bien jurídico?*, “Revista de derecho penal”, n°..., p. ...; Balcarce, Fabián, *La antijuridicidad*, en Lascano, Carlos J. (h) (dir.), “Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio”, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 404.

⁷⁸ Roxin, Claus, ob. cit., §10/33 y ss., pp. 292 y ss.

⁷⁹ Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, pp. 64/65.

Más allá del lugar que Welzel le dio a los comportamientos adecuados socialmente dentro de la teoría del delito, sea primero como causa de atipicidad, luego como justificación, volviendo a retomar la primera y finalmente defenderlo como un principio interpretativo general⁸⁰, cuestión que no analizaremos pues excede el objetivo de este trabajo, encontramos razón a Roxin quien sostuvo que los ejemplos que brindaba Welzel son de tal amplitud que aquel autor los dividió en dos grupos de casos. Aquellos que implican la creación de un riesgo permitido, irrelevante o no desaprobado y que deben resolverse por la teoría de la imputación objetiva y, aquellos otros, cuya conducta intrascendente o socialmente tolerada no importa una lesión al bien jurídico protegido y, por tanto no infringe la norma de prohibición.

Ambos conceptos –adecuación social e insignificancia– según otros autores, deben distinguirse entre sí, porque el primero supone la aprobación social de la conducta, en tanto que el segundo implica una relativa tolerancia de esta por su escasa gravedad⁸¹, aunque supere el riesgo permitido.

En la actualidad, si bien se considera que la teoría de la adecuación social, persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar el tipo, carece de una especial importancia dogmática pues se puede reemplazar por criterios más precisos.⁸²

Estrictamente y en lo que aquí interesa, el principio de insignificancia, fue enunciado por primera vez por Roxin en 1964 al referirse al delito de coacción, argumentando que “el viejo principio *minima non curat praetor* vale en la coacción en especial medida”; [...] “las influencias coercitivas sin duración, y las consecuencias que no son dignas de mención, no son socialmente dañosas en sentido material.”⁸³ Posteriormente, Tiedemann, perfeccionó dicho concepto y se refirió a él como “principio de bagatela”, fundándolo “en el principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal por el delito”⁸⁴.

⁸⁰ Sobre su evolución en la propia concepción de Welzel y sobre los distintos autores que la admitieron en diversos estratos de la teoría del delito o como principio interpretativo general y hasta los que lo rechazaron, Cfr. Roxin, Claus, ob. cit., p. 293 y García Vitor, ob. cit., pp. 27 y ss.

⁸¹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Tecfoto, Barcelona, 1998, §49, p. 532. En el mismo sentido, García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 34/36 y Balcarce, Fabián, ob. cit., p. 404.

⁸² Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, §§ 40/42, pp. 296/297.

⁸³ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, 2ª ed. 1ª reimp., 2002, Buenos Aires, p. 73, nota 53; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, p. 554, corresponde a cita de Roxin.

⁸⁴ Zaffaroni, ob. cit., p. 554, con cita de Tiedemann.

b. La doctrina

Los tratadistas más destacados de nuestro país, no repararon en el principio de insignificancia como supuesto eliminante del delito o de la pena. Deducimos esa afirmación, a poco que se analice la posición de la doctrina respecto de los delitos contra la propiedad en donde se planteaba cómo debían resolverse aquellos casos en que la cosa tuviera un escaso valor, pronunciándose, la mayoría, por admitir pese a ello la tipicidad de la conducta.

Así, Nuñez sostenía que “el valor *ínfimo* de la cosa no funciona para excluir tal calidad del objeto, sino para deducir, en ciertas circunstancias, el consentimiento o abandono del tenedor de ella”⁸⁵. Asimismo, si la cosa, por su entidad, no era apreciable o susceptible de valor, debía evaluarse si lo era para su poseedor, según el caso concreto, concluyendo el citado autor, luego de varios ejemplos, que “la ausencia de un valor objetivo, con arreglo a las circunstancias en que se encontraba el objeto, podrá ser invocado como excusa justificadora del error sobre el carácter de cosa dotada de valor o de su condición de abandonada por su dueño”⁸⁶. Por donde se ve, para el maestro cordobés, la exclusión de la tipicidad venía dada, no por la nimiedad de la lesión, sino por verificar en cada caso, si la cosa revestía o no ese carácter o si ella formaba parte o no del derecho de propiedad de la víctima.

Soler, en idéntico lineamiento, entendía que bastaba que una cosa tenga el carácter de tal, y que esté en el patrimonio de alguien, para que pueda ser objeto de hurto, aun cuando ella carezca de valor para los demás, inclusive para el ladrón.⁸⁷ Basándose en el texto de nuestra ley, interpretaba que el derecho de propiedad debe tutelarse aún en casos de hurtos insignificantes, agregando que “solamente cuando la insignificancia del valor de la cosa pueda racionalmente hacer presumir el consentimiento del propietario; cuando sus características autoricen a considerar a la cosa como *res nullius*, aún hallándose bajo la esfera de custodia de alguien, deberá decirse que no hay hurto.”⁸⁸ Esta interpretación, al igual que la de Nuñez, en nuestra opinión, admitía excepcionalmente la atipicidad legal, pero no fundado en el principio de insignificancia, sino al negarle el carácter de cosa al objeto del hurto.

⁸⁵ Nuñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, tomo V, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, pp. 174/175.

⁸⁶ Nuñez, Ricardo C., *Delitos contra la propiedad*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 60 y ss., en especial, nota 58. Incluso, idem, p. 63, en mi opinión, con un argumento *a fortiori* quizás no admitiría el principio de insignificancia si razonaba que “la lesión patrimonial que supone el hurto consiste en el desapoderamiento de la cosa susceptible de valor, aunque, en el caso concreto, la acción del ladrón lo haya beneficiado económicamente al tenedor”.

⁸⁷ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, TEA, 1970, Buenos Aires, p. 193.

⁸⁸ Soler, Sebastián, ob. cit., p. 194, donde parece que de allí la CSJN, en el caso “Adami”, extrajo los argumentos para fundar su sentencia rechazando la insignificancia.

Laje Anaya y Gavier, sostenían, sin más, que carece de interés si el valor de la cosa es “poco o mucho”⁸⁹ y de la misma opinión es Creus, para quien “el nulo o ínfimo valor de la cosa en ese sentido no le quita el carácter de objeto del delito.”⁹⁰

Sin embargo, el propio Nuñez, en el estudio de los delitos contra la libertad individual, donde el bien jurídico sería más relevante que la propiedad, admitía que ella debía tener cierta duración⁹¹ para configurar el tipo. Soler discrepaba en este punto, entendiendo que “la duración larga o breve es indiferente”⁹³.

Merece destacarse la posición de Spinka quien se alzó expresa y decididamente en contra de la aplicación del principio de insignificancia. Según su visión, que no compartimos, la bagatela no sólo carece de sustento legal, sino que además advierte “sobre las peligrosas consecuencias que devendrían de su aceptación”⁹⁴, aunque sí reconoce que “responde esencialmente a la idea de dar una respuesta satisfactoria a ciertos casos en que la aplicación del mínimo de una escala importaría, por lo excesivo de la pena, una situación de notoria injusticia”⁹⁵, proponiendo resolver el problema mediante la readecuación de las escalas penales o bien consagrando un sistema de agravantes y atenuantes genéricas o específicas.⁹⁶

c. El estado actual de la cuestión

Es un hecho que en la actualidad el principio bagatelar gana cada vez más adeptos. Sin embargo, como ya hemos dicho, las posiciones se hallan sumamente divididas en cuanto a qué sector del derecho penal debe captarlo. Están aquellos que lo invocan como un supuesto de disponibilidad de la acción penal dentro del ámbito del derecho procesal, están aquellos que lo sustentan dentro del

⁸⁹ Laje Anaya, Justo, Gavier, Enrique Alberto, *Notas al Código Penal Argentino*, tomo II, Lerner, Córdoba, 1995, p. 293. En el mismo sentido, Spinka, Roberto E., ob. cit., p. 51.

⁹⁰ Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 396. También Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 2, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 27.

⁹¹ Nuñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, tomo V, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 36, al decir que “No basta, por consiguiente, que la privación de la libertad se haya producido, sino que ella debe ser significativa.”

⁹² Llamativamente en este punto, de alguna manera, parecieran coincidir Nuñez y Roxin (ver supra punto 3 a.).

⁹³ Soler, Sebastián, ob. cit., p. 37.

⁹⁴ Spinka, Roberto E., ob. cit., p. 53. En p. 54 este autor concluye también que Zaffaroni en el precedente “Lucero” omite considerar lo relativo a la culpabilidad del autor, lo que no parece lógico desde el sistema adoptado por el magistrado porque, precisamente, si está excluida la tipicidad, no habría razón alguna para analizar la culpabilidad del autor.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 57.

derecho penal sustancial en lo relativo al ejercicio de la acción y, por último, los que lo emplean como fundamento para excluir el delito.

Pero aún dentro de esta última postura, que denominamos sustancialista, se debate si el principio de insignificancia excluye la tipicidad, o la antijuridicidad, o si se trata de un principio interpretativo, advirtiéndose predominante este último criterio.

En lo que a nosotros concierne, nos centraremos en el análisis de la visión sustancialista pretendiendo descubrir qué elemento de la teoría del delito es el que se ve comprometido por la aplicación del principio de insignificancia, para lo cual, creemos oportuno primero pasar revista de las principales posturas esgrimidas al respecto.

Roxin sostiene que la insignificancia es un “principio de validez general para la determinación del injusto”.⁹⁷

En idéntico lineamiento, Schünemann, para quien se trataría de un principio que restringe la aplicación de los tipos pues deben excluirse desde el comienzo las injerencias mínimas en el bien jurídico protegido por determinados tipos penales.⁹⁸ Esta es la posición seguida en nuestro país por García Vitor, para quien el principio de insignificancia “representa un criterio de índole interpretativo, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico –conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad–, y en la medida de su lesión o puesta en peligro.”⁹⁹

Mir Puig sostiene que en los casos de insignificancia falta la tipicidad penal, pues desde una interpretación restrictiva, cabe excluir la conducta que no afecte suficientemente el bien jurídico, pese a encajar en la literalidad típica.¹⁰⁰

Pero Jakobs, entiende que el hecho insignificante no importa siquiera una perturbación social, aunque no impide la configuración del tipo.¹⁰¹

Para Zaffaroni “la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma”¹⁰² y derivado del principio de

⁹⁷ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, 2ª ed. 1ª reimp., 2002, Buenos Aires, p. 73, nota 53

⁹⁸ García Vitor, ob. cit., p. 37

⁹⁹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁰ Mir Puig, Sanitago, ob. cit., §6/33, p. 132.

¹⁰¹ Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 422/423, nota 10ª.

¹⁰² Zaffaroni, *Tratado...*, p. 555, aunque reconoce que “las consecuencias del principio de insignificancia o de bagatela fueron alcanzadas por vías intuitivas y aún no pueden ser totalmente admitidas cuando se pretende sostener puntos de vista científicos parcializados y sectarios. La experiencia judicial nos enseña que cualquier juez medianamente razonable

ultima ratio y proporcionalidad “como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición.”¹⁰³

*d. La insignificancia como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal*¹⁰⁴

Desde nuestro punto de vista, el principio de insignificancia o de bagatela, según lo pretendemos demostrar en este trabajo, importa una causa de exclusión del injusto penal. Ello presupone descartar dos cosas: primero, como ya ha sido puesto de relieve, excluir los casos de bagatela del ámbito del derecho procesal y, por tanto, concebirlas como pertenecientes al derecho penal material; segundo, dentro de éste, desplazarlo del eje del ejercicio de la acción penal sustantiva prevista actualmente en el Título XI del CP, hacia el Título V donde, en términos generales, se regulan las causas que excluyen el delito, proponiendo, en definitiva, receptar el principio de insignificancia dentro del art. 34 del CP.

Para arribar a esa conclusión, debemos hacer unas breves consideraciones previas en torno a las distintas posturas dentro de la sistemática del delito que deberemos de asumir para una mayor claridad y coherencia, aún reconociendo las falencias que ello podría traer aparejado.

Partimos de la base de un concepto bipartito de la teoría del delito, es decir, aquél que distingue entre injusto penal (acción típicamente antijurídica) y culpabilidad, lo que necesariamente nos debería llevar a una tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad¹⁰⁵ y cuyas causas de exclusión del injusto, al menos desde nuestro punto de vista, deberían darse dentro del marco de la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁰⁶. No desarrollaremos las implicancias sistemáticas que la adopción de dichas premisas importan, ni tampoco sus críticas, ventajas o desventajas, pues ello excede ampliamente el modesto cometido de este trabajo.

al que se le denuncie un hurto de una cerilla o la privación de libertad cometida mediante el transporte de los pasajeros una parada más adelante, pensará con método ‘tópico’, es decir, partiendo de la premisa que eso no puede ser penado como delito, tratará de hallar la forma de instrumentar la solución.”

¹⁰³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 495.

¹⁰⁴ Para la solución de los casos de insignificancia dentro de la teoría del delito, seguiremos la posición de nuestro Maestro, Lascano, Carlos J. (h), *La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio*, en Lascano, Carlos (h), Gonella, Carlos y Tapia José E., “Temas actuales del Derecho penal parte general”, Mediterránea, Córdoba, pp. 209/226, quien se inspira en la teoría de Günther, Hans-Ludwig, *La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, en “Causas de justificación y de antijuridicidad en Derecho penal”, Luzón Peña, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago (coords.), Aranzadi, 1995, p. 45/66. Es también la posición de Balcarce, Fabián, ob. cit. pp. 375/378 y pp. 404/405.

¹⁰⁵ Al respecto, Balcarce Fabián, ob. cit., pp. 385 a 389.

¹⁰⁶ Por todos, Mir Puig, Santiago, ob. cit., §6/18 a 34, pp. 128 a 133 y nota 23; §16/5 y 6, pp. 416/417.

Efectuadas estas aclaraciones, cabe advertir, siguiendo a Günther, que “todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal, un injusto penal jurídicopenalmente relevante.”¹⁰⁷ Sostiene el autor, que el injusto penal “es una forma cualificada de injusto”¹⁰⁸ y la razón de ello reside en el “especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprochabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción).”¹⁰⁹

Agrega Günther, que en virtud del principio de legalidad, el merecimiento de pena es consagrado por el legislador a través de la redacción del tipo penal, pero añade que, en el marco de la interpretación teleológica también le corresponde a quien aplica la ley “la misión de excluir lesiones-bagatela de bienes jurídicos, que formalmente se ajustan al tenor legal”¹¹⁰. Esto último encuentra fundamento para el citado autor en consideraciones constitucionales y políticocriminales, ya que si “castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la *forma más intensa de desaprobación de una conducta* que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal (principio de proporcionalidad de los medios estatales, prohibición de exceso, subsidiariedad del Derecho penal).¹¹¹

De allí entonces, decimos nosotros, que una afectación nimia del bien jurídico protegido (v.gr., propiedad, libertad, etc.), implicará siempre una vulneración del orden jurídico (antijuridicidad general), lo que autorizará a perseguir su reparación o restablecimiento por las otras ramas del ordenamiento que resulten más idóneas (Derecho civil, administrativo, etc.), pero excluirá su merecimiento de pena, dada su escasa gravedad, y, con ello, no habrá injusto o acción típicamente antijurídica porque faltará la antijuridicidad específicamente penal.

Dicho en otros términos, como juiciosamente lo afirma Balcarce, “la antijuridicidad *general* es receptada como condición necesaria, pero no suficiente para que exista entuerto penal. Es indispensable que se corrobore la *antijuridicidad específica* (penal).”¹¹²

¹⁰⁷ Günther, Hans-Ludwig, ob. cit., p. 47.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Balcarce, Fabián, ob. cit., p. 378.

En consecuencia, de acuerdo con la teoría de Günther, una insignificante lesión al bien jurídico no amerita una reacción especialmente intensa del orden jurídico (penal), porque no respondería al mandato constitucional de un Derecho penal como *extrema ratio*.

Por eso, entendemos que la insignificancia opera como una causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal, al no verificarse un menoscabo importante o relevante del bien jurídico, lo que conduciría sin más, a excluir el tipo de injusto penal, sin perjuicio de que subsistan otras formas de sanción más acordes (civil, administrativa, etc.).¹¹³

El principio de insignificancia, “no es más que su recepción dogmática a nivel de teoría del delito en el estrato analítico de la *antijuridicidad específica*.”¹¹⁴

Lo hasta aquí expuesto, permitiría neutralizar aquella crítica formulada por Spinka al principio de insignificancia en el sentido de que hechos de esa naturaleza “no traen aparejada ninguna consecuencia, serán conductas permitidas.”¹¹⁵ Ello olvida, a nuestro modo de ver, que justamente el hecho de que una conducta sea considerada insignificante penalmente, no puede –o no debería– dejar al ciudadano sin resguardo o desamparo u obligarlo a soportar dicha conducta, toda vez que ella seguirá siendo antijurídica en general.

Por otra parte, entendemos –aún cuando el tema se presenta como ciertamente opinable– que la forma más adecuada de resolver estos casos es a través de la teoría del delito, como causa de exclusión del injusto, y que las soluciones procesales que se esbozan conllevan una afectación seria del principio de seguridad jurídica y del principio constitucional de igualdad ante la ley¹¹⁶, máxime teniendo en cuenta nuestro particular sistema federal, donde cada provincia se reserva el derecho de legislar su régimen procedimental.

Tampoco somos partícipes de que los casos de insignificancia deban resolverse sustancialmente como una facultad a renunciar a la acción penal (art. 71, CP), por cuanto la bagatela no presupone la existencia de un *delito perseguible*, sino, antes bien, como ha quedado dicho, como no se llega a cumplir con los requisitos para la configuración del injusto penal no hay delito y, si no hay delito, no hay nada que perseguir.

¹¹³ La tesis que propugnamos ya ha tenido acogida en la jurisprudencia argentina, cuando precisamente el Prof. Dr. Carlos Julio Lascano, quien aporta la solución para estos casos y en quien nosotros nos inspiramos, así lo resolvió en oportunidad de dictar sentencia en el caso “Peralta”, ya citado. A nuestro modo de ver, nuestro Maestro enriquece significativamente la senda iniciada por Zaffaroni en el precedente “Lucero” y continuada, entre muchos otros casos, por el caso “Murúa”.

¹¹⁴ Balcarce, Fabián, ob. cit., p. 406.

¹¹⁵ Spinka, ob. cit., pp. 38/39.

¹¹⁶ Lascano, Carlos J. (h), *La antijuridicidad específicamente penal...*, p. 213.

Abogamos porque, acorde con el principio de determinación, el principio de bagatela deba ser incorporado al Código Penal en un nuevo inciso dentro del art. 34, lo que reportaría ciertas ventajas innegables: *i)* que sea aplicable obligatoriamente¹¹⁷ para todo el país, sin que tenga que depender de cada legislación procesal local; y *ii)* que el Tribunal, a instancias del Fiscal o del imputado, deba archivar la causa o disponer el sobreseimiento, no importando una mera facultad de disponer de la acción penal.

La solución que propugnamos, por ejemplo, ya ha sido pensada y legislada en los códigos penales austríaco¹¹⁸, polaco¹¹⁹ e indio¹²⁰.

Concluimos, compartiendo las certeras palabras de Günther, quien expresa que “en cuanto a la mención que a veces se hace de las posibilidades de suspensión o sobreseimiento en tales casos conforme al Derecho procesal, en mi opinión es una declaración de quiebra o bancarrota de la dogmática del Derecho penal: pues ni el más convencido partidario de las reglas unitarias de justificación osará afirmar seriamente que las decisiones por razones de oportunidad dejadas al arbitrio del correspondiente Fiscal o Tribunal [nosotros, por nuestra parte agregamos, por la correspondientes provincias que lo regulen] van a suponer una mayor ganancia en cuanto a seguridad jurídica que las limitaciones de la dogmática penal a la punibilidad dentro del marco de los requisitos del delito.”¹²¹

Es hora de que los límites del poder punitivo, consagrados en los principios de *ultima ratio*, lesividad, fragmentariedad, intervención mínima y proporcionalidad, dejen de ser sólo parte de las más loables intenciones de los académicos liberales y respetuosos de los Derechos Humanos, que reiteradamente se enaltecen en conferencias, aulas de enseñanza y en vastas publicaciones, y pasen a tener una expresa concreción legislativa, precisamente para evitar muchas veces su vulneración en la práctica, tal como ocurriría en los casos de insignificancia.

¹¹⁷ Esa sería una de las implicancias de solucionarlo por la vía sustancial según Roxin, ob. cit., §23/58 p. 991, en especial, nota 75.

¹¹⁸ §42.1. Si el hecho es perseguible de oficio y sólo está amenazado con pena de multa, pena privativa de libertad no superior a un año o pena privativa de libertad de esta magnitud y multa, no será punible si concurren las siguientes condiciones: ...2) El hecho no ha tenido consecuencias o éstas sólo son insignificantes. 2. La decisión sobre la concurrencia de los presupuestos establecidos en el párr. 1° está reservada al Tribunal; si éstos se cumplen el proceso debe sobreseerse independientemente de la situación en la que se encuentre. (Citado por García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., p. 94 y Bacigalupo, Enrique, ob. cit., p. 501.) En el mismo sentido, Roxin, ob. cit., §23/58, p. 991, nota 75.

¹¹⁹ Así lo refiere Bacigalupo, ob. cit., p. 501, cuyo §26.1 del código penal, establece que “un hecho cuya peligrosidad social es pequeña no constituye un hecho punible.”

¹²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 494, nota 57 refiriéndose al §95 del código penal que lo recepta con el nombre de “triviality”.

¹²¹ Günther, Hans-Ludwig, *ibídem*, p. 51.

Figura 1. Antijuridicidad general y específicamente penal

Figura 2. El principio de insignificancia como causa de exclusión del injusto penal

e. Situaciones que problematizan el principio de insignificancia y sus posibles soluciones

Si bien conceptualmente el principio de insignificancia encontraría una eficaz solución acudiendo a las herramientas que nos brinda la teoría del delito, en el momento de aplicarlo en el

caso concreto, el intérprete podría encontrarse quizás con una serie de obstáculos que lo tornarían problemático, aún cuando estuviera expresamente consagrado en el Código Penal.

El primero de ellos, y tal vez el más importante, finca en la dificultad de trazar el límite entre lo significativo y lo insignificante penal. ¿Cuánta sería la mínima lesión que debe ocasionarse al bien jurídico para que se configure el injusto penal, para que pueda considerarse antijurídica penalmente? No hay una respuesta única. Pero coincidimos con quienes sostienen que para tal distinción no caben teorizaciones generales o universales, sino que, ineludiblemente, se debe analizar cada caso en particular.¹²² No debe olvidarse que las normas jurídico-penales y, en definitiva, cualquier norma jurídica, exigen siempre esfuerzos de interpretación y racionalidad.¹²³

Sin embargo, la doctrina ha ensayado varios criterios a tener en cuenta.

Hirsch sostiene que para determinar la insignificancia de un comportamiento, el pequeño disvalor de resultado deberá necesariamente corresponderse con un pequeño disvalor de acción, de tal manera que la reacción sancionatoria sea proporcionada.¹²⁴ Este criterio, aunque sea de modo implícito, pareciera ser acogido por alguna jurisprudencia de nuestro país.¹²⁵

García Vitor, se plantea si el principio de insignificancia se aplica a cualquier clase de bien jurídico o si sólo sería admisible en aquellos que salvaguardan derechos disponibles¹²⁶, respondiendo —correctamente, a nuestro juicio— que si bien en general los casos de insignificancia se refieren a bienes jurídicos de esa naturaleza (propiedad, libertad, integridad física, etc.), también debería

¹²² Finkelstein Nappi, Juan Lucas, “Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósito del fallo ‘Sepúlveda’”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, n° 13, Buenos Aires, 2005, p. 1407.

¹²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 495, sostiene que “No es válida la objeción de que es difuso el límite entre la insignificancia y la significación de la lesión; las zonas grises nunca son pretexto que legitime la extensión del poder punitivo a todos los casos. Bastaría a cualquier ideólogo del derecho penal autoritario radicalizar las dudas sobre cualquier límite para llegar a los mismos resultados del derecho penal totalitario: se penaría todos los actos preparatorios, toda participación sería autoría, toda omisión sería punible, toda culpa consciente sería dolo, etcétera.”

¹²⁴ García Vitor, Enrique Ulises, ob. cit., pp. 64/65.

¹²⁵ Cám. Crim. de Buenos Aires, Sala VI, Causa N° 42.795, "Aguilera Moreno, Cristian Andrés s/ procesamiento", 24/11/2011, publicado en http://www.diariojudicial.com/contenidos/2011/12/19/noticia_0006.html, ¿*El Robo de 10 pesos amerita un juicio oral?*, donde se resolvió confirmar el procesamiento del imputado acusado de apoderarse de 10 pesos, mediante el empleo de violencia en las personas, quien luego de escapar fue atrapado por la policía. Vale aclarar, que el fallo en cuestión no hizo referencia alguna al principio de insignificancia, quizás, porque la defensa no lo había planteado como agravio, el que sólo consistió en la valoración de la prueba respecto de la existencia misma de la violencia. Si el Tribunal consideró suficientemente acreditada la violencia en el robo, independientemente de la insignificante suma de \$10 sustraída, y con ello, tuvo por configurado el delito de robo simple en grado de tentativa, claramente se deduce que pese al escaso disvalor de resultado verificado, existiría un elevado disvalor de acción que lo torna merecedor de reproche.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 67.

aceptarse cuando están en juego bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, ya que “la tendencia es que sirva como tamiz general de la tipicidad en relación con cualquier bien.”¹²⁷

Tampoco puede dejar de valorarse, en el caso concreto, la situación particular del titular del bien jurídico afectado. Es aquí donde quizás cobre mayor evidencia la cierta relatividad del concepto de insignificancia, pero no por ello se debe renunciar a él. Un mismo nimio ataque al bien jurídico de dos personas distintas (v.gr. la propiedad) puede ser irrelevante para una y no serlo para la otra¹²⁸. Piénsese, por ejemplo, en el hurto de una escasa suma de dinero perteneciente a una persona rica y, por el contrario, idéntica suma sustraída a una persona de escasísimos recursos. ¿Podría decirse que en el primer caso resultó afectado penalmente el bien jurídico, implicaría ello una dañosidad social de tal envergadura, irrenunciable para el Derecho penal? La respuesta debería ser negativa. Y, en el segundo caso, ¿podría considerarse que la propiedad ha sido vulnerada en forma relevante, cuando quizás la víctima necesitaba de ese dinero para darle de comer a su familia por varios días? La respuesta debería ser afirmativa.

De allí que no coincidimos con la propuesta superadora que ofrece Spinka para resolver la insignificancia, es decir, consagrar un sistema de atenuaciones genéricas y específicas, toda vez, que aún con dicha graduación no se solucionarían por completo los casos como el ejemplificado, subsistiendo, quizás, los problemas que precisamente se quieren evitar con el principio de marras.¹²⁹

El segundo problema que puede presentarse, de aceptarse el principio de insignificancia, sobre todo si lo concebimos como una causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal, radica más bien en una cuestión de índole sistemática: ¿Puede alguien legítimamente defenderse de una agresión insignificante? La respuesta a tal interrogante, creemos, encuentra respuesta afirmativa no sólo en la postura que propiciamos sino también en nuestro propio derecho argentino.

Ello es así, toda vez que si, como lo dijimos, aún cuando el hecho insignificante no sea antijurídico penalmente, seguirá siendo ilícito para el resto del orden jurídico. Y si en nuestro sistema (art. 34 inc. 6° CP), se exige que la acción deba ser “ilegítima” ello significa “sin derecho”, o

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 68.

¹²⁸ “un vaso de gaseosa en el desierto no es lo mismo que en un café de París” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal...*, p. 495).

¹²⁹ En este sentido, concordamos con García Vitor, Enrique Ulises, *ob. cit.*, p. 69, quien afirma que los criterios de insignificancia “llevan en ciernes un contenido netamente valorativo, pautado sobre los concretos alcances del acto en su posición relativa respecto del bien jurídico particular -que deberá establecer el juez-, sin que para escudriñar su regencia quepa necesariamente remitir a parámetros cuantitativos”.

sea antijurídica para el resto del ordenamiento y, por lo tanto, aún cuando no sea antijurídica penalmente, sería válido defenderse de una agresión ilegítima insignificante.¹³⁰

Pessoa, luego de admitir la posibilidad de legítima defensa frente a una agresión nimia, agrega “que el medio empleado debe ser racional en relación con la conducta ofensiva del bien jurídico”.¹³¹ Dicho en otros términos, lo que no puede impedírsele al agredido es la defensa misma, pero sí debe exigírsele racionalidad en el medio empleado.

¹³⁰ Según Lascano, Carlos J. (h), ob. cit., p. 211, esa sería una de las consecuencias sistemáticas que se desprenden de adoptar la propuesta de Günther.

¹³¹ Pessoa, Nelson, *Legítima defensa*, Mave, Corrientes, 2001, p. 95 y ss, con claros ejemplos de cuándo la defensa es irracional frente al pequeño ataque.

INTRODUCCIÓN

*Dios siempre perdona;
los hombres, a veces;
la naturaleza, jamás.*

El tema bajo estudio es de aquellos respecto de los cuales, entre los autores que lo tratan, parece haber consenso en algunos de sus aspectos y discrepancia en otros. O con otras palabras, de aquellos que presentan un costado simple y otro complejo. La sola denominación “pena natural” se nos presenta, *prima facie*, como un concepto de simple abordaje intelectual y parece reflejar una institución jurídica –*de lege ferenda*¹³³– derivada del sentido común y de la naturaleza de las cosas. Aun así, presenta muchos costados espinosos, pues –por empezar– no deja de ser controvertible para la gente común que una persona sea eximida de pena por haber sufrido un daño *a causa de su propio hecho delictivo* (la sociedad actual –o gran parte de ella– considera indispensable castigar todos los delitos de manera rigurosa e incluso crear nuevas figuras delictivas como solución al problema de la delincuencia¹³⁴).

No obstante, la lectura de los digestos jurisprudenciales nos permite advertir que los tribunales comienzan a aplicar poco a poco ese instituto, principalmente respecto de los delitos *culposos*, invocando principios fijados por tratados internacionales de jerarquía constitucional (humanidad de las penas, proporcionalidad, mínima intervención del derecho penal, etcétera)¹³⁵. Más

¹³² Abogado (UCC). Integrante de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Miembro agregado del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Director: Jorge De La Rúa; Coordinador de Derecho Penal: Carlos J. Lascano; Coordinador de Derecho Procesal Penal: José I. Cafferata Nores).

¹³³ Nos referimos a su eventual futura regulación por el Código Penal de la Nación, sin que obste a que ya se encuentre regulada como instituto procesal en varios códigos provinciales, y prevista en el anteproyecto de reforma del CP del año 2006.

¹³⁴ Sobre la expansión desmesurada –y meramente simbólica– de la legislación penal y el alejamiento de principios rectores del derecho penal liberal puede verse, entre muchos otros: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.

¹³⁵ Puede verse el siguiente fallo sobre un accidente de tránsito con resultado de lesiones graves en la esposa del conductor imputado y lesiones leves en el hijo de ambos, ilustrativo por contener interesantes citas de doctrina y jurisprudencia: Causa N°19.007 - 'B., J. S. s/recurso de casación' – Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala II - 16/08/2007.

discutida es, en cambio, la cuestión en los delitos *dolosos*, aunque existen autores¹³⁶ y jurisprudencia¹³⁷ que extienden la figura hacia tales delitos.

Cuestión problemática es la relativa a la ubicación de la *poena naturalis* en la dogmática penal, ya que no sólo puede plantearse como un principio de oportunidad bajo la órbita de la disponibilidad de la acción y, por ende, objeto de regulación por el derecho procesal (o aun por el código de fondo, pero manteniéndose en el ámbito del ejercicio de la acción penal¹³⁸), sino que también puede plausiblemente ser considerado *en el marco de la teoría del delito* con relación a la categoría de la culpabilidad (compensación de una culpabilidad cuantificable), o como una pauta de mensuración en el marco de la teoría de la pena, o como una excusa absolutoria (punibilidad).

En nuestro país se postula comúnmente la regulación de la “pena natural” como *criterio de oportunidad* para el ejercicio de la acción penal pública, y se la ubica, por ende, en el marco del derecho penal adjetivo; es lo que sucede actualmente con su reciente legislación en algunas provincias argentinas¹³⁹. No obstante, su conceptualización también puede realizarse –y esta será nuestra propuesta– en el ámbito de la *teoría del delito* y, en consecuencia, su regulación legal en el derecho penal sustantivo (Código Penal de la Nación) como materia ajena al ejercicio de la acción penal. Esto traerá aparejado –lo que consideramos de fundamental importancia– la uniformidad legislativa en nuestro país sobre las consecuencias de la pena natural, y la aplicación del instituto de manera ajena a la mera discrecionalidad del órgano persecutor.

Entre nosotros, el profesor cordobés Carlos Lascano¹⁴⁰ adscribe a la existencia de una *antijuridicidad específicamente penal*, aplicable a los supuestos incluidos en los llamados *criterios de oportunidad* procesal en la disponibilidad de la acción penal¹⁴¹. Su propuesta es enmarcarlos en la teoría del delito y ubicarlos sistemáticamente no en el marco de la punibilidad como excusas

¹³⁶ Como Bacigalupo y Zaffaroni, de acuerdo a los ejemplos que brindan al tratar el tema.

¹³⁷ “Un juez penal de Rosario aplicó la pena natural a un acusado de robo que sufrió paraplejia al tirotarse con la policía. El magistrado sostuvo el criterio de oportunidad según el cual ésta tiene lugar por las ‘consecuencias del hecho sufridas que sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público’. También señaló el principio de humanidad y la propia víctima consintió la medida”. Noticia publicada en internet, en sitio web www.diariojudicial.com, edición de fecha 31 de Agosto de 2011, donde se puede consultar el fallo completo.

¹³⁸ Tal es lo que sucede con el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2006.

¹³⁹ Puede verse al respecto un reciente trabajo sobre el estado de la legislación en nuestro país de los llamados criterios de oportunidad: AGUAD, Dolores, BAZÁN, Natalia, BIANCIOTTI, Daniela, GORGAS, Milagros, OLMEDO, Berenice, “La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal”, Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011 (puede consultarse en la página web oficial de la Academia).

¹⁴⁰ Coordinador de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, bajo cuya dirección se efectuó el presente trabajo, junto a otros relativos a la cuestión general acerca de los principios de oportunidad y, específicamente, sobre el llamado principio de insignificancia (los que ya fueran expuestos oralmente en la sede del mencionado Instituto en el mes de septiembre de 2011 por los abogados Juan Ignacio MARTÍNEZ CASAS, Carlos GONELLA y Facundo TROTTA, miembros agregados del Instituto).

¹⁴¹ LASCANO, Carlos J. (h), “La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio”, trabajo inédito.

absolutorias, sino dentro del *tipo de injusto*. Así sucede con el *principio de insignificancia* (aplicable a los “delitos de bagatela”), al que se ha ubicado sistemáticamente en el ámbito de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, y que para el citado autor constituye una *causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal* que como tal elimina el tipo de injusto (concepción del derecho penal como *ultima ratio*: principios de lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad). En cuanto a la *penal natural*, propone su ubicación sistemática en el ámbito de la *categoría de la imputación personal*, como un *supuesto concreto de exclusión de la necesidad preventiva general*, que implica la recepción del principio de *racionalidad* de la pena.

Empero, reiteramos que no existe unanimidad entre los autores en orden a la ubicación precisa de la pena natural en el ámbito de las categorías del delito, ni respecto de su aplicación a los delitos dolosos. El objeto del presente trabajo será fijar posición al respecto.

1. Breve cuestión preliminar: la culpabilidad como garantía y como categoría del delito.

Pero antes de ingresar específicamente al análisis del tema que nos ocupa, es necesario efectuar a manera de introducción –lo que de alguna manera adelanta nuestra postura– algunas consideraciones previas sobre el concepto de culpabilidad.

El vocablo culpabilidad admite, desde lo jurídico-penal, dos significados¹⁴²:

1) *Garantía individual*. Opera como límite de la potestad punitiva. Se traduce en un conjunto de condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal cuanto para la imposición de pena.

2) *Categoría o elemento del delito*.

Ambos conceptos, empero, están íntimamente ligados.

El principio de culpabilidad, según Jescheck-Weigend, es el *presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal*, pues la pena criminal sólo puede ser fundamentada sobre la comprobación de que al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva y, además, aquélla nunca puede ser más grave que lo que el autor se merece según su culpabilidad¹⁴³.

En similar sentido, Kaufmann lo considera *la verdadera y más profunda justificación del derecho penal*¹⁴⁴. Y Roxin lo reputa como el *criterio central de toda imputación*, la columna vertebral de la imputación objetiva y subjetiva, a tal punto que llega a afirmar que “la imputación de

¹⁴² AGOSTINELLI, Marcelo Javier, “La culpabilidad”, en *Derecho Penal Parte General*, Carlos J. LASCANO (director), Advocatus, Córdoba, 2005, p. 475/6.

¹⁴³ JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002., p. 437

¹⁴⁴ KAUFMANN, Arthur, citado por JESCHECK-WEIGEND, cit., p. 437, nota 2.

un acontecimiento externo a un sujeto determinado... constituye el único contenido de la dogmática penal”¹⁴⁵.

El principio de culpabilidad, a decir de Jescheck y Weigend, tiene como presupuesto lógico la *libertad de decisión* de la persona, pues sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales¹⁴⁶. Al respecto, Roxin sostiene que existe una conciencia de libertad que puede fundamentar una convención social, una regla de juego social, una imposición normativa, pero que no es un hecho científicamente demostrable; la base real de la determinación de la culpabilidad es la *capacidad de reaccionar ante la norma*, no la libertad humana de acción¹⁴⁷.

Aquí vamos a tomar partido –conforme se ampliará *infra*– por la concepción de culpabilidad de Roxin, la que junto a las finalidades preventivas integra la categoría de *responsabilidad*. Pondremos especial atención en la relación entre la culpabilidad, la pena y los fines preventivos, que será determinante en la posición que asumamos respecto de la pena natural.

Pero pasemos previamente a examinar las distintas posturas.

2. La pena natural en el marco de la teoría de la compensación de la culpabilidad, y de la derivada ausencia de necesidad preventiva (Bacigalupo).

Bacigalupo, en un breve trabajo sobre el principio de culpabilidad y la pena natural¹⁴⁸, y en el marco de una concepción de *culpabilidad cuantificable* que tiene su origen principalmente en Kant, trata acerca de lo que denomina “la cuestión de la compensación de la culpabilidad”, afirmando que ella se refiere a las *modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho*, y que se trata de una cuestión vinculada con la extinción de la culpabilidad o con su reducción parcial. Es una problemática tradicional –continúa– de la *teoría de la culpabilidad* y está implícita en su carácter cuantificable. Y precisamente por ser cuantificable –agrega– la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria.

Afirma que la compensación de la culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: una *compensación socialmente constructiva* de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del

¹⁴⁵ ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/b, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 479/497.

¹⁴⁶ JESCHECK-WEIGEND, *Tratado...*, p. 437.

¹⁴⁷ ROXIN, "Culpabilidad...", p. 485/488.

¹⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique, "Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual", en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, N°2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ed. Lerner, 1998, p. 73/101.

delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada (arrepentimiento y reparación); y una *compensación socialmente destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad, y cuyo prototipo es la *pena*, la que cumplida extingue la culpabilidad por compensación total.

La compensación destructiva de la culpabilidad –para Bacigalupo– tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena, mal que puede ser jurídico o natural, y este último da lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis* (ejemplifica con el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetraplégico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo). Sostiene –citando a Jeschek y Weigend– que en estos casos se prescinde de pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena (*poena naturalis*) y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva.

Como se verá más adelante, creemos que la referencia de Bacigalupo a la inexistencia de necesidades preventivas (con cita de Jescheck y Weigend) no hace sino acercar su postura a la de Roxin, en cuanto a la existencia de una íntima conexión entre culpabilidad, prevención y pena. De esta manera, el concepto de pena natural como “culpabilidad compensada”, que parece *prima facie* reflejar una mera *retribución* (teoría absoluta de la pena), se completa con la existencia de *finalidades preventivas* que necesariamente deben ser consideradas (teoría unitaria de la pena)¹⁴⁹.

Cabe traer a colación que Bacigalupo crea una categoría nueva del delito, situada entre la ilicitud y la culpabilidad: la categoría de *responsabilidad por el hecho* (atribuibilidad, desaprobación jurídico-penal). Es por él considerada como una categoría autónoma de exclusión de la punibilidad, intermedia entre la *ilicitud* (desaprobación del orden jurídico en su totalidad) y la *culpabilidad* (capacidad de obrar de otra manera, o de motivarse por el derecho). En tal categoría ubica casos de renuncia del legislador a la aplicación de una sanción en hechos típicos y antijurídicos, que incluso pueden ser culpables; comportamientos típicos no atribuibles, contrarios al orden jurídico pero no merecedores de pena, aun si hubiese podido comportarse de otra manera. Afirma que la explicación dogmática de esa categoría no es la reducción de la gravedad de la culpabilidad como tal, sino la

¹⁴⁹ Sintéticamente, recordamos aquí que las teorías *absolutas* de la pena “centran el motivo jurídico y el sentido de la pena sólo en la retribución, en cuya virtud debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho... el único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad”; las teorías *relativas*, en cambio, consideran que la pena “sirve exclusivamente para la protección de la sociedad... no es un fin en sí mismo, sino que es tan sólo un medio cuya finalidad es evitar acciones punibles futuras”; las teorías *unitarias* “aúnan la prevención general y la retribución en la experiencia de que sólo una pena justa adecuada a la culpabilidad disuade y educa en un sentido social-pedagógico... La teoría unitaria está caracterizada, según ello, por un concepto de pena pluridimensional que se orienta al pensamiento de la retribución aunque sin ceñirse sólo a ella” (JESCHECK - WEIGEND, *Tratado...*, p. 75 y ss.). En esta concepción unitaria se ubica Roxin, como se verá más adelante.

disminución de la ilicitud. Incluye las tradicionalmente llamadas causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad disculpante, coacción o amenazas, exceso en el ejercicio de una causa de justificación), y las llamadas excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la punibilidad¹⁵⁰.

Evidentemente, la pena natural no puede ser ubicada en esa nueva categoría, por la simple razón de que no disminuye la ilicitud del hecho sino la culpabilidad. Queda, pues, la ubicación que le da este autor en el marco de la *culpabilidad cuantificable* que es compensada por ese hecho padecido por el autor a causa de su delito (concepción de Kant¹⁵¹). Pareciera reflejar, así, una concepción *puramente retributiva* de la culpabilidad (y una teoría absoluta de la pena), aunque – reiteramos– la cita que realiza de los autores alemanes (Jescheck y Weigend) parece acercar su posición a la de Roxin, al especificar que compensada la culpabilidad por la pena natural, no existe necesidad preventiva. Lo que Roxin –más prolijamente a nuestro entender– explica de otro modo: sólo la necesidad preventiva, con la existencia previa de culpabilidad (y sin exceder su medida), ambas cobijadas bajo la categoría de responsabilidad, es lo que permite imputar un hecho a un sujeto determinado. No incorpora Roxin expresamente la pena natural en esa categoría, aunque pensamos que ello sí puede realizarse satisfactoriamente.

3. La pena natural en el marco de la racionalidad de la pena en el caso concreto, del principio de proporcionalidad entre delito y pena y del principio de humanidad (Zaffaroni).

Zaffaroni, en su *Derecho Penal Parte General*¹⁵², analiza el tema de la *pena natural*, en primer lugar, al tratar acerca de los “principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos humanos”¹⁵³, y específicamente al considerar el *principio de humanidad*. Sostiene que una pena puede no ser cruel en abstracto, es decir, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero sí resultar *cruel en concreto*, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Afirma que uno de estos claros supuestos es aquel en que la persona ha sufrido un grave *castigo natural*, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias del hecho. Y agrega más adelante que el temor de nuestra doctrina a tocar los mínimos de las escalas penales la lleva a no relevar estos casos, cuando, en rigor, los mínimos no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los

¹⁵⁰ BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 121 y ss.

¹⁵¹ “Para Kant la ley penal es un imperativo categórico, esto es, un mandato de la justicia libre de toda consideración final... El único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad” (JESCHECK – WEIGEND, *Tratado...*, p. 75).

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

¹⁵³ ZAFFARONI..., p. 126.

jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala penal lesionan el principio de humanidad¹⁵⁴.

Vuelve el autor a considerar el tema al tratar sobre la cuantificación y la individualización de la pena. En ese contexto, sostiene que los *límites mínimos* fijados por las escalas legislativas penales tienen el valor de regla general, pero que no rigen cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es *irracional en el caso concreto*. Lo correcto –sostiene– es asignarles *valor indicativo*, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los *otros parámetros legales de mayor jerarquía*, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos. En ese sentido, señala como *casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos* en supuestos concretos aquellos en los que se hubiesen operado las llamadas *penas naturales*, y en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona *penas ilícitas*¹⁵⁵.

El citado autor explicita –en lo que aquí nos interesa– que se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida –dice– la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de *proporcionalidad* entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el *principio de humanidad*, y que también extremaría la *irracionalidad del poder punitivo*, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. No puede descartarse –agrega– que en hipótesis extremas, la *poena naturalis* cancele toda posibilidad de otra pena estatal (ejemplifica el citado autor con el caso del conductor imprudente que causa la muerte de toda su familia, que queda parapléjico, ciego, etc.)¹⁵⁶.

Agrega que la idea de *compensación* viene impuesta por la necesidad liberal de una medida y equilibrio para todas las cosas –incluso para la reacción punitiva– lo que lleva a considerar los casos de *poena naturalis* como supuestos especiales de *renuncia estatal de la pena* en base a que su imposición resultaría notoriamente errónea¹⁵⁷.

Expresa que la pena natural se la autoinflinge el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro. Y que no hay razón para limitar la pérdida del autor a las de naturaleza física o corporal, sino que también puede ser económica o de cualquier otro carácter, con tal que lo sea con motivo de su delito, y sin que obste que haya sido previsible o prevista, siempre que lesione los principios constitucionales señalados (irracionalidad mínima y humanidad)¹⁵⁸.

¹⁵⁴ ZAFFARONI..., p. 132/133.

¹⁵⁵ ZAFFARONI..., p. 995/996.

¹⁵⁶ ZAFFARONI..., p. 996.

¹⁵⁷ ZAFFARONI..., p. 997.

¹⁵⁸ ZAFFARONI..., p. 997.

Considera el ministro de la Corte que la pena natural está comprendida en el art. 41 del código penal, que impone al juez la obligación de tomar conocimiento de las demás circunstancias de hecho en la medida requerida para cada caso"¹⁵⁹. No quedan dudas, pues, de que el citado autor ubica la cuestión en el marco de la *teoría de la pena*.

Finalmente, Zaffaroni trabaja la pena natural tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Así, sostiene a modo de ejemplo que no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia¹⁶⁰.

En conclusión, la teoría de Zaffaroni hace hincapié en la proporcionalidad entre delito y pena, en la racionalidad del poder punitivo y en el principio de humanidad de la pena (pena natural + pena legal = desproporción entre delito y pena + irracionalidad + inhumanidad). Ahora bien, creemos que la exclusión de la pena en casos como el presente (*poena naturalis*) debe trasladarse del ámbito de la individualización de la pena al de la culpabilidad, y surgir de la ausencia de necesidades preventivas. El principio de proporcionalidad –afirma Roxin– es aplicable sólo en casos de sanciones impuestas de manera preventiva (medidas de seguridad), pero no de las penas cuyo límite máximo estará dado por la medida de la culpabilidad y su mínimo (hasta su exclusión) por la necesidad preventiva¹⁶¹. Es lo que expondremos más adelante.

4. La fundamentación de la pena natural en los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, y su eventual regulación como atenuante general: dificultades (Patricia Ziffer).

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 744. Y la ubicación del tema en el "Manual..." es coherente con ello (Tercera parte: Teoría de la responsabilidad punitiva - Capítulo 29: El marco legal de la respuesta punitiva); como también lo es la ubicación en su "Derecho Penal..." ("sobre la cuantificación y la individualización de la pena").

¹⁶⁰ *Manual...*, p. 743.

¹⁶¹ ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 102/105: "En ocasiones se ha intentado renunciar por completo al principio de culpabilidad, afectado por su anterior vinculación con la teoría retributiva y por las controversias filosóficas, y poner en manos del principio de proporcionalidad la necesaria limitación de la pena. Pero éste no es el camino idóneo para la solución del problema" [p. 102]. "El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad" [p. 103]. "La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena" [p. 105]. "La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivos especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivos generales" [p. 103].

También entre nosotros, Patricia Ziffer afirma que la *poena naturalis* puede hallar diversos fundamentos constitucionales, al menos en el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad¹⁶².

En cuanto al primero (*principio de culpabilidad*), sostiene que si el autor sufre un daño con motivo u ocasión del hecho punible, ya ha visto *retribuida* al menos una parte de su "reprochabilidad" y *compensado* en igual medida el provecho eventualmente obtenido). Fácil es advertir que se trata de una postura similar a la de Bacigalupo, pues parece reflejar el concepto de culpabilidad como mera retribución, sin relación con elementos preventivos.

Pero agrega la autora que en caso de daños sufridos por azar y, en ese sentido, no imputables, el fundamento a invocar sería más bien el *principio de proporcionalidad*, porque desde una teoría de la imputación bien refinada ese daño no es imputable a la culpabilidad del autor. En este aspecto, es similar a la interpretación de, por ejemplo, Zaffaroni.

Objeta Ziffer que la mayor dificultad reside en cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, cómo medir el sufrimiento. Afirma que la valoración sólo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo que conduciría a una *atenuante general*. Pero que ello se puede cuestionar, por ejemplo, en casos de homicidios causados imprudentemente a parientes cercanos: con frecuencia será posible afirmar un deber de cuidado mayor, por lo que una atenuación general no necesariamente representa una solución más justa para todos los supuestos (la imprudencia respecto de la vida de un pariente, que debería motivar una agravación de la pena, termina tratando al autor en forma más benigna que respecto de la imprudencia respecto de terceros). Concluye afirmando que si bien el principio de la *poena naturalis* puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema del hecho punible sin incurrir en contradicciones¹⁶³.

5. Roxin y su categoría de “responsabilidad” como culpabilidad más finalidades preventivas (nuestra propuesta de ubicación sistemática en esa categoría).

¹⁶² ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 141 a 143.

¹⁶³ Pensamos nosotros que la dificultad en medir el sufrimiento del autor no es superior, por ejemplo, a la de evaluar el estado de conmoción violenta del ánimo propio del homicidio (o de las lesiones o del abuso de armas) en estado de emoción violenta. Ambas –el sufrimiento, el estado de conmoción– son situaciones subjetivas que sólo podrán derivarse de la consideración de circunstancias externas (objetivas). Sin embargo, a pesar de tales dificultades, el legislador consideró razonable fijar una figura atenuada del homicidio, de las lesiones y del abuso de armas, esto es, estimó correcto que dicha circunstancia subjetiva de difícil captación por el juzgador sea aplicable como atenuante a todos los casos en que se cometieren los delitos mencionados. Más aún, consideramos que es menos difícil la captación de la subjetividad en la pena natural que en el ejemplo de la emoción violenta, pues los hechos externos de que aquí se trata (muerte de un pariente cercano, amputación de un miembro, etc.) demuestran claramente un perjuicio gravísimo en la persona del autor y su consecuente sufrimiento. Por lo demás, la agravación de la pena para los delitos imprudentes cuando la víctima sea un pariente, de aceptarse, no obsta a que el grave daño que recibe naturalmente el autor –piénsese en la muerte de un hijo– compense sobremanera su imprudencia. Necesariamente todo caso de pena natural implica un tratamiento más benigno por parte de la ley, en el sentido de que el castigo que ésta impone –con fines retributivos y preventivos– ya se dio naturalmente y se torna innecesario –atento a tales fines– agregar más castigo aún.

Como ya se adelantó, proponemos la ubicación dogmática de la pena natural en la categoría de "responsabilidad" pergeñada por Roxin como amalgama de culpabilidad y prevención. No obstante, intentaremos brindar cuidadosamente los fundamentos de esta postura, pues se trata de una interpretación propia con base en la nueva categoría del delito propuesta por el citado autor.

En su breve trabajo titulado "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", considera Roxin –como referimos antes– que el *principio de culpabilidad* es el criterio central de toda imputación, la columna vertebral de la imputación objetiva y subjetiva, a tal punto que llega a afirmar que “la imputación de un acontecimiento externo a un sujeto determinado... constituye el único contenido de la dogmática penal”. En este sentido, expresa que la dogmática penal sólo trata de establecer bajo qué condiciones y en qué medida alguien puede ser hecho *responsable* por un acto social dañoso, y agrega que en la determinación de la responsabilidad, el principio de culpabilidad juega un papel preponderante, si bien *no exclusivo*¹⁶⁴.

En ese marco, la *culpabilidad* es definida por Roxin como “la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada”¹⁶⁵, o con otras palabras, como “un actuar antijurídico en el caso de capacidad de reacción ante la norma”¹⁶⁶. Afirma que la base real de la determinación de la culpabilidad es la capacidad de reaccionar ante la norma (accesible a constataciones empíricas y, en principio, demostrable) y no la libertad humana de acción (regla de juego social, imposición normativa, pero no un hecho demostrable)¹⁶⁷. Descarta otras concepciones de culpabilidad: la culpabilidad como actitud anímica reprochable (Jeschek, entre otros), la culpabilidad como responsabilidad por el propio carácter (Schopenhauer), y la culpabilidad como imputación por necesidades de prevención general (Jakobs)¹⁶⁸. Expresa que aquel a quien, a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma, actúa en forma contraria, a él se le imputa su actuar como culpabilidad¹⁶⁹.

Ahora bien, a renglón seguido afirma que el problema *no se agota* con definir la culpabilidad de esa forma, pues existen causas de exculpación (v.gr., estado de necesidad disculpante y exceso en la legítima defensa) en las que la capacidad de reaccionar ante la norma, por regla general, no está excluida. A ello agrega que tampoco el concepto de culpabilidad como capacidad de reaccionar ante la norma explica una disposición como la de la edad de imputabilidad: dice que sería absurdo

¹⁶⁴ ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal", en Nueva Doctrina Penal, 1996/b, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 479.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 481/2.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 485.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 486.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 482/5.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 488.

suponer que con la llegada a la edad de imputabilidad (14 años), una persona ingresa repentinamente a una capacidad de culpabilidad (de reaccionar ante la norma) de la que antes carecía completamente. Tales tres casos, a su entender, no implican una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una *causa de atenuación* de ella: *se desiste de un castigo porque el legislador no lo considera necesario o lo considera dañoso, por razones de prevención especial o general*¹⁷⁰.

Concluye de lo dicho que lo que se llama *exclusión de la culpabilidad*, si bien se basa en parte en la falta o en la disminución de la *culpabilidad*, en parte también lo hace en consideraciones de *prevención especial y general* sobre la posibilidad de prescindencia de la pena. Para la imputación subjetiva de un actuar ilícito deben concurrir *culpabilidad* del autor y una *necesidad preventiva* de castigo. Propone llamar a la categoría del delito que sigue al injusto no culpabilidad, sino *responsabilidad*¹⁷¹.

De esta manera, afirma que en la teoría de la imputación subjetiva deben ser integrados junto a la culpabilidad también aspectos preventivos, de modo que la culpabilidad sólo constituye un aspecto parcial, si bien esencial, de lo que denomina *responsabilidad*. Reconoce que todo esto tiene importantes efectos en la fundamentación dogmática del derecho penal, pero también en el alcance práctico de las posibilidades de eximición de la pena¹⁷².

Lo explica en los siguientes términos:

“...Para la determinación de la pena, esto significa que cada pena presupone culpabilidad y no debe superar la medida de la culpabilidad, y que la pena debe ser también siempre preventivamente imprescindible. La pena puede quedarse atrás de la medida de la culpabilidad, si las necesidades preventivas hacen innecesario un agotamiento de la medida de la culpabilidad e incluso lo hacen parecer desaconsejable (...) Así, se adopta una posición liberal, acorde al Estado de Derecho, que coloca al poder estatal límites tan estrechos, como sea socialmente justificable. No se puede penar ni aun en caso de una gran necesidad de prevención especial o general, cuando el autor actúa sin culpabilidad. (Pero) incluso cuando exista una culpabilidad –disminuida–, se debe desistir de la pena si lo permiten las necesidades preventivas, naturalmente no según el criterio personal del juez, sino según disposiciones legislativas o decisiones valorativas de la ley”¹⁷³.

Al final del citado trabajo, sintetiza Roxin su postura afirmando que "aquello que tradicionalmente llamamos ‘actuar sin culpabilidad’ (es decir, exclusión de la culpabilidad o disculpa) no es sólo la falta de capacidad de reaccionar ante la norma sino, a menudo, también una

¹⁷⁰ Ibidem, p. 488/491.

¹⁷¹ Ibidem, p. 491 y ss.

¹⁷² Ibidem, p. 491.

¹⁷³ Ibidem, p. 491/493.

exclusión de la responsabilidad basada en la falta de necesidad preventiva de sanción, en vinculación con una culpabilidad atenuada”¹⁷⁴.

Por otro lado, en su *Derecho Penal Parte General* no encontramos desarrollada la cuestión de la pena natural, sino tan sólo una breve referencia a la norma del C.P. alemán que la recepta, sin emitir el citado autor opinión alguna respecto de su ubicación. Según la citada disposición, en las penas de prisión de hasta un año el tribunal dispensará de la pena "si las consecuencias del hecho que hayan afectado al autor son tan graves que sería evidentemente equivocado imponer una pena" (§ 60). Afirma el autor alemán que dicha norma prevé el supuesto de que el sujeto ya haya sido "suficientemente castigado" por las repercusiones de su delito (ejemplifica con el automovilista que ha provocado culposamente un accidente, y sufre él mismo en el accidente graves lesiones con peligro para su vida). Opina que el precepto legal es digno de alabanza por su *orientación hacia las finalidades preventivas del Derecho penal*¹⁷⁵.

Esta referencia a las finalidades preventivas nos habilita a ubicar la *poena naturalis* en la categoría de “responsabilidad” del profesor alemán. Así, nos permite sostener que en la *pena natural*, si bien la culpabilidad permanece, no existe en cambio responsabilidad por el hecho debido a que *no existen razones de prevención general o especial que tornen necesario un castigo*.

Pero en la citada obra Roxin efectúa otras consideraciones que –según creemos- confirman nuestra interpretación. Así, sobre el *principio de oportunidad* dice:

“Si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al Derecho procesal es sólo porque en tales constelaciones el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena, sino que se la ha encomendado al arbitrio —que queda al margen del hecho— del Ministerio Fiscal y del tribunal. Por tanto, ha querido dejar mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas. Si por el contrario hubiera una formulación acorde con el principio de determinación o precisión y una exclusión obligatoria de la pena, habría que calificar las actuales ‘situaciones de oportunidad’ en parte como causas de exclusión de la responsabilidad y en parte como causas de exclusión de la punibilidad”¹⁷⁶.

¿En cuál de esas causales ubicaría Roxin a la pena natural? Para responder, sigamos interpretando su texto. Distingue el autor estas dos causas diciendo que en la segunda (exclusión de la punibilidad) existen, a diferencia de la primera (exclusión de la responsabilidad), finalidades

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 497.

¹⁷⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 130. Agrega que en el año 1991 se dispensó de pena en 684 casos.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 991.

extra-penales que "*tienen prioridad frente a la necesidad de pena*"¹⁷⁷. Y más adelante, en el mismo sentido, sostiene que si en las *causas de exclusión de la responsabilidad* hay merecimiento de pena (culpabilidad) pero no hay necesidad de pena (prevención), en las *causas de exclusión de la punibilidad* existe tanto merecimiento como necesidad, pero sólo finalidades extrapenales hacen que se exima de pena¹⁷⁸.

En ese marco, interpretamos nosotros que la pena natural es una *causa de exclusión de la responsabilidad* porque permanece la culpabilidad, pero desaparece la necesidad de prevención ante el perjuicio sufrido por el autor. La pena natural *no es*, en cambio, causa de exclusión de la punibilidad, porque en ésta no desaparece la responsabilidad (esto es, ni la culpabilidad ni la necesidad de prevención), sino que se excluye la pena en razón de finalidades extra-penales.

Creemos que esta postura es la más adecuada, por cuanto recepta tanto las finalidades retributivas como las preventivas del derecho penal¹⁷⁹.

Ahora bien, la propuesta de Roxin –con base en la cual, a su vez, fundamos la nuestra– no está exenta de críticas en su propio país. Hirsch, en un breve artículo sobre la justificación y la exculpación en la teoría del delito, dice que la opinión dominante en la bibliografía alemana rechaza una amalgama de culpabilidad y prevención, porque confunde causa y consecuencia: los criterios de prevención no son la causa de la exculpación, sin la consecuencia de que no concurre culpabilidad jurídicamente relevante (cita a Jescheck, Lenckner y otros autores)¹⁸⁰.

En el trabajo citado en primer término (“Culpabilidad...”), Roxin responde las críticas que le formula Hirsch: “Él opina que faltaría en mi concepción una fundamentación independiente de la culpabilidad, pues ella se fundaría a través del ‘recurso a la ... prevención sólo reconocida como legitimación de la pena’. Pero que con ello, el concepto de culpabilidad no puede realizar tampoco

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 977.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 983/984. He aquí el texto: "Pues bien, se puede discutir si es necesaria o no la distinción conceptual entre merecimiento y necesidad de pena; pero en cualquier caso, tal como la efectúan los citados autores, remite a la diferenciación que aquí se ha hecho dentro de la categoría de la responsabilidad. Conforme a la misma, se dará el "merecimiento de pena" cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una "posibilidad de punición"); pero una conducta "merecedora de pena" sólo estará "necesitada de pena" si se añade una necesidad preventiva de punición. Ahora bien, esto pone de manifiesto que el concepto de necesidad de pena tampoco afecta a las condiciones objetivas de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, sino que abarca sólo aquellos casos en los que una conducta culpable queda impune porque no es necesaria una sanción a efectos de prevención especial ni general. Y aunque dichas constelaciones, como el yacimiento entre parientes realizado por menores (§ 173 III) o el encubrimiento a favor de parientes (§ 258 VI), se incluyen a veces equivocadamente en la cuarta categoría del delito, no obstante pertenecen a la teoría de la responsabilidad (cfr. § 22, nm. 132 s., 135). En cambio, en los casos de prioridad de finalidades extrapenales, que, como hemos visto, suponen la característica común a las condiciones de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, hay que afirmar no sólo el merecimiento de pena, sino también la necesidad de pena. Si pese a haber necesidad de pena no se castiga, es porque la necesidad de pena ha de (retro)ceder ante otras finalidades del Estado".

¹⁷⁹ Y, en cierta manera, es similar a la de Bacigalupo, en virtud de que si bien este autor parece postular un mero retribucionismo al hablar de "compensación" de la culpabilidad, aclara que en razón de esa compensación no hay necesidad preventiva de pena. Lo que Roxin, como vimos, engloba bajo la categoría de "responsabilidad".

¹⁸⁰ HIRSCH, "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana", en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año 2, Nro. 3, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 34.

una función limitadora e independiente, especialmente frente a necesidades preventivas, dado que él mismo está predeterminado por la prevención'. Por supuesto, esto es una maliciosa interpretación de mi doctrina. Pues yo determino la culpabilidad absolutamente libre de conceptos preventivos, como 'obrar antijurídico a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma', y limito a través de ella la pena de la misma manera a como lo hace cualquier luchador consecuente por el principio de culpabilidad. Con la proposición de que la culpabilidad sólo sirve como límite de la injerencia no se discute que ella es un presupuesto constitutivo de la pena. Se discute sólo *que ella legitime una retribución*, y se discute también que la culpabilidad funde por sí sola la pena: *ella es condición necesaria, pero no suficiente de la pena*¹⁸¹.

Como puede advertirse, la crítica de Hirsch es incisiva, al considerar que la postura de Roxin reduce el fundamento de la pena a necesidades de prevención general y despoja a la culpabilidad de su función limitadora de la pena frente a aquéllas: *la culpabilidad estaría predeterminada por la prevención*. Sin embargo, consideramos nosotros que la disquisición de Roxin es clara y permite refutar la crítica efectuada por aquél: *la culpabilidad fundamenta la pena y marca su límite máximo, el que no puede ser superado por necesidades preventivas*. En consecuencia, sólo si no existe necesidad preventiva de punición se podrá excluir la pena a pesar de la culpabilidad (esto es, a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma). Pero nunca las necesidades preventivas podrán fundamentar una pena más allá de la medida de la culpabilidad¹⁸².

6. La cuestión en los delitos dolosos.

Patricia Ziffer menciona que el ejemplo frecuente de casos de pena natural es el de los delitos *imprudentes*, en los que se produce una pérdida familiar o patrimonial importante para el propio autor. Y que el concepto de *poena naturalis* es utilizado por Jakobs para fundamentar el *tratamiento más benigno de los hechos imprudentes respecto de los dolosos*: la imprudencia es menos grave que

¹⁸¹ ROXIN, "Culpabilidad...", p. 493, nota a pie de página N° 42.

¹⁸² ROXIN, *Derecho...*: "el defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad" [p. 99]. "Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva" [p. 101]. "El principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención" [p. 101]. "Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad también se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como "medio para el fin" y se le perjudica así en su dignidad como persona" [p. 102]. "La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales" [p. 103].

el dolo porque aquélla tiene su origen en la incompetencia del autor para administrar también sus propios asuntos. En cita textual de Jakobs: "En caso de imprudencia, el autor soporta un riesgo natural, que no es propio del dolo, justamente el riesgo de que también él mismo pueda resultar dañado o, si no, otra persona cuyo daño el autor sufrirá como propio (...) la imprudencia (...) está cargada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de autolesión atenúa el carácter determinante del autor imprudente, frente al autor doloso"¹⁸³.

Bacigalupo, según se expuso *supra*, ejemplifica con un delito doloso: el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetrapléjico. Y Zaffaroni, por su parte, prevé la pena natural también en los delitos dolosos. Así, sostiene a modo de ejemplo que no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia¹⁸⁴.

El derecho alemán, al receptar la pena natural, no discrimina entre delitos dolosos e imprudentes, pero sí limita la aplicación de la norma –como ya referimos– a los casos en los que la pena privativa de la libertad que corresponda al autor *no sea superior a un año* (parágrafo 60 del CP germano). En consecuencia, sólo los delitos leves darán lugar a la dispensa de pena allí establecida.

De acuerdo a la interpretación que aquí defendemos, la pena natural podrá aplicarse tanto a los delitos culposos como a los dolosos, pues en ambos casos el castigo podrá tornarse innecesario a los fines preventivos. Aunque debemos reconocer que al ser los primeros generalmente de menor gravedad que los segundos, será en aquéllos más factible la aplicación del instituto. Es que a mayor gravedad del delito, menor posibilidad de exclusión de responsabilidad en caso de pena natural: ésta debería erigirse en extremadamente grave para que se considere preventivamente innecesario el castigo de, por ejemplo, unas lesiones gravísimas, un robo calificado por el uso de arma, un abuso sexual con acceso carnal, etcétera. No sucederá así, en cambio, en casos de delitos dolosos de poca entidad: lesiones leves, daño, amenazas, abuso de arma, hurto, violación de domicilio, etcétera¹⁸⁵.

Conclusiones.

¹⁸³ ZIFFER, op. cit., p. 141/2.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, *Manual...*, p. 743.

¹⁸⁵ Piénsese en el ingreso de una persona a una vivienda sin permiso de su propietario –violación de domicilio– que deriva en lesiones de importancia ocasionadas por el ataque de un perro guardián (amputación de un miembro); o en alguien que destruye intencionalmente la pared de una vivienda ajena –daño– y ocasiona sin quererlo la caída de ella sobre su cuerpo, quedando cuadripléjico. ¿Alguien con un mínimo de sentido de justicia, de sentido común, juzgará imprescindible, en esos casos, a los fines de prevención especial y general, imponer una pena al autor del hecho, ya suficientemente castigado por la naturaleza?

Hasta aquí hemos visto que la pena natural puede ser considerada: a) como un *criterio de oportunidad* bajo la órbita de la disponibilidad de la acción; b) en el marco de la *teoría del delito* con relación a la categoría de la *culpabilidad* (compensación de una culpabilidad cuantificable), o con relación a la categoría más amplia de *responsabilidad* entendida como culpabilidad más necesidades preventivas; c) como una *pauta de mensuración* en el marco de la teoría de la pena, con base a principios superiores –humanidad, proporcionalidad, estricta necesidad, racionalidad- que podrían dar lugar al traspaso del mínimo de la escala penal hasta excluir totalmente al autor de pena; d) como una *excusa absolutoria* (punibilidad).

Nuestra propuesta final –adelantada ya en la introducción– es ubicar y tratar la pena natural en el marco de la *teoría del delito*. Ello puede ser realizado en la categoría de la *culpabilidad*, entendida a la manera de Bacigalupo como culpabilidad cuantificable y que por ende puede ser compensada por el daño sufrido por el autor, desapareciendo así la necesidad preventiva de la pena. Pero también –lo que consideramos más adecuado- en la categoría de *responsabilidad* de Roxin integrada por la culpabilidad más necesidades preventivas.

En concreto, proponemos que la pena natural sea considerada como una *causal de exclusión de responsabilidad: por razones de prevención especial y general, el castigo se torna innecesario, a pesar de la capacidad del autor de reaccionar ante la norma (culpabilidad)*¹⁸⁶.

Tales necesidades preventivas se pueden predicar, a nuestro entender, *tanto respecto de los delitos dolosos como de los culposos*; en ambos supuestos, la existencia de una pena natural (de un

¹⁸⁶ Aquí discrepamos en algún aspecto con la postura asumida en el fallo que citáramos ejemplificativamente al principio del presente trabajo (v. nota a pie n°3), pues en él parece receptarse la posición de Bacigalupo y especialmente la de Zaffaroni: “se presenta aquí un caso que demuestra claramente que la verdadera esencia del Derecho Penal no se encuentra en la vulneración de la respectiva norma punitiva, sino en la pena que deberá ser aplicada. Es por ello que aún en aquellos supuestos donde se ha cometido responsablemente un delito, no puede sancionarse a su autor con la respectiva pena, cuando ello aparezca por algún motivo como *manifiestamente desproporcionado*” (voto del Dr. Mahiques). Sin embargo, tras citar *el principio de culpabilidad y la necesidad de proporcionalidad de la pena la gravedad del delito cometido* (con citas de Bacigalupo y Zaffaroni), mencionar el tratamiento de la cuestión *al momento de individualizar la pena* de acuerdo a las pautas de los arts. 40 y 41 del CP (agregando a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, el merecimiento de pena), e invocar los *principios de humanidad, estricta necesidad y racionalidad* (con cita de Zaffaroni), hace referencia a los *fines preventivos*. Y si bien tal referencia se realiza con el fin de excluir su valor para fundamentar un castigo que –aun tratándose del mínimo de la escala penal- aparece como desproporcionado a la conducta cometida por el agente, se aclara finalmente que el castigo en el caso examinado en el fallo también *es innecesario (inútil) desde el punto de vista de la prevención especial*: “XII) Por lo tanto, la única justificación racional para imponer a J. S. B. aquella sanción que se corresponde con el mínimo previsto en abstracto por el legislador, se hallaría en su necesidad preventivo general -sea positiva o negativa-, pero según lo antes referido este criterio no puede fundar por sí mismo la punición de una conducta, soslayando tanto las exigencias derivadas del principio de culpabilidad como su demostrada inutilidad preventivo especial”. De lo que se deriva, en última instancia, que además de todos los principios aludidos (culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, racionalidad, etc.), entran en juego finalmente las razones de prevención especial y general, aunque al revés de lo indicado en el fallo: no para aumentar un castigo sino para eximirlo por innecesario –atento a la pena sufrida naturalmente- a pesar del actuar culpable. Es lo que nosotros –como se explicó en el presente trabajo- ubicamos en la categoría delictiva propuesta por Roxin de la responsabilidad, cuya ausencia por innecesariedad preventiva de castigo excluye directamente la existencia del delito, sin que sea necesario avanzar a la fase de individualización de la pena. Los efectos prácticos son, sin embargo, similares: la absolución del imputado.

perjuicio grave en la persona del autor) determinará la exclusión de la responsabilidad por el injusto típico cometido.

Por lo demás, si bien es razonable que la pena natural pueda ser regulada accesoriamente por el derecho adjetivo como un criterio de oportunidad, atribuyéndose al actor penal el arbitrio para la aplicación del instituto y la consecuente disposición de la acción penal, opinamos –con Roxin– que *la regulación por el derecho penal de fondo es más acorde a un derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho, por respetar el principio de determinación o precisión de la ley (lex certa)*, integrante del principio de legalidad, lo que implicará una *exclusión obligatoria* de la pena.

De esta manera, ante un caso de pena natural, ya no será potestad del órgano persecutor disponer de la acción sino que será *obligación* del órgano judicial resolver el cierre de la causa (sobreseimiento en la etapa investigativa o en los actos preliminares del juicio y absolución en la etapa plenaria) en razón de la presencia de una causal de *exclusión de la responsabilidad* que, a nuestro entender, en nuestra legislación debería preverse como un supuesto más del art. 34 del CP, *analogable a una causal de inculpabilidad* en virtud de una interpretación *in bonam partem* de la ley (culpabilidad en sentido amplio o responsabilidad).

No estimamos correcto, en cambio, conceptuarla ni legislarla como una excusa absolutoria (aunque ésta dé también lugar al cierre del proceso), por tratarse la pena natural de un caso de innecesariedad de pena y no de eximición por razones de política criminal.

Por último, pensamos que si el autor sufrió un perjuicio de escasa entidad, esto es, de valor insuficiente para excluir la responsabilidad penal de acuerdo a la gravedad del delito de que se trate, podrá tal circunstancia ser tenida en cuenta por el juzgador como *pauta de mensuración de la pena*, con invocación de los principios de humanidad y de proporcionalidad y en aras de la racionalidad del poder punitivo. En todo caso, será la relación entre la gravedad del delito de que se trate y la entidad del daño sufrido en el caso concreto la que permita definir la exclusión de la responsabilidad: obviamente los delitos graves –piénsese en lesiones gravísimas o en un homicidio– harán dificultosa o imposible tal exclusión. Cuestión discutible es la posibilidad, al individualizar la pena, de *atravesar los mínimos de las escalas penales* y eximir totalmente de castigo al autor (como propone Zaffaroni). Para nosotros, queda claro que la eximición total de la pena será producto de la inexistencia de delito de acuerdo a los criterios por nosotros propuestos con base en la concepción de Roxin (ausencia de responsabilidad como categoría del delito), por lo que en principio excluimos la posibilidad de atravesar la barrera de los mínimos de las escalas penales en abstracto en la fase de individualización de la pena.

En definitiva, hasta aquí hemos intentado demostrar que la llamada pena natural, cuya legislación se procura desde el ámbito de la disponibilidad de la acción, puede ser tratada dogmática

en la teoría del delito y legislativamente en el ámbito del derecho penal sustantivo, si bien no como causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal (como sucede en el caso de la insignificancia), sí en el ámbito de la culpabilidad cuantificable o -mejor- en de la responsabilidad que integra la culpabilidad con las finalidades preventivas. Y, eventualmente, en el marco de la individualización de la pena (teoría de la pena), receptando principios constitucionales de jerarquía superior (humanidad, proporcionalidad y racionalidad de las penas).

Para finalizar, sin perjuicio de dejar la tarea en manos de especialistas en técnica legislativa – que corregirán nuestros posibles errores– nos animamos a proponer una reforma del código penal que recepte la posición expuesta en el presente trabajo:

a) Agregar un nuevo inciso al art. 34 del CP que rece: *"No son punibles... El que como consecuencia del hecho haya sufrido un perjuicio de tal magnitud que torne preventivamente innecesaria la pena de acuerdo a la gravedad del delito de que se trate "*.

b) Aditar al art. 41 del CP la siguiente circunstancia atenuante de mensuración de la pena: *"... Los perjuicios que hubiese recibido el autor por su propio hecho delictivo, siempre que su entidad no sea tal que determine la innecesidad de la pena de acuerdo a lo previsto por el art.34..."*.

BIBLIOGRAFÍA

3. BACIGALUPO, Enrique, “Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual”, en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie, N°2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ed. Lerner, 1998, p. 73/101.
4. BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
5. IRRIBARREN, Pablo, “Otro fallo sobre la “pena natural” (nota a fallo), Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, publicado el 16/3/10, p. 31 y ss.
6. JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
7. LASCANO, Carlos J., “La antijuridicidad específicamente penal, las excusas absolutorias y los criterios de oportunidad reglada para la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio”, artículo inédito.
8. ROXIN, Claus, “Culpabilidad y exclusión de culpabilidad en el derecho penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
9. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997.
10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.
11. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALIAGA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007.
12. ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 141 a 143.
13. TOLEDO Alejandro y HEIM Andrés; *El principio de insignificancia y la pena natural como causales de eximición o reducción del castigo penal*, en AAVV, *Crisis y futuro de la legislación penal*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 405.

