

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

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

MAYO 2022

8

ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL
Críticas, análisis e interrogaciones acerca de la Ley 27.610 (Interrupción Voluntaria del Embarazo) / Principio de legalidad e imputación objetiva / Reparación privada del daño / Trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal / El uso policial de armas de fuego / Administración fraudulenta

ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

—INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES—

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 8

ESTUDIOS SOBRE ACTUALIDAD
DEL DERECHO PENAL

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
MAYO 2022

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

Autoridades

(Período 2022-2025)

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Presidente

MARCELA ASPELL
Vicepresidenta

JUAN MANUEL APARICIO
Secretario

MANUEL CORNET
Tesorero

JUAN CARLOS PALMERO
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

CHRISTIAN G. SOMMER
Secretario Técnico

Dirección: Gral. Artigas, 74 • C.P. X5000KVB • Córdoba
República Argentina
Tel/Fax +54 351 421 4929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en:
www.acaderc.org.ar

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Autoridades

CARLOS JULIO LASCANO
Director

JOSÉ DANIEL CESANO
Vicedirector

CAROLINA PRADO
Secretaria

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA
Directora del Cuaderno

Comité Editorial

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

Comité Evaluador Externo

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



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

NOTA PRELIMINAR

El Número 8 de los Cuadernos de Derecho Penal recoge una parte de los trabajos de investigación de los miembros del Instituto de Ciencias Penales que fueron expuestos y debatidos en las sesiones quincenales realizadas durante el año 2021. En razón de las restricciones impuestas por las autoridades nacionales y provinciales a causa de la pandemia, el ICP continuó sesionando el pasado año de manera virtual, al igual que en 2020. A comienzos del corriente año —con la gradual (y relativa) normalización de actividades generales—, el ICP inició su labor en una sesión de carácter presencial, después de dos años sin haberlo hecho. De todas maneras, la programación prevista para 2022 prevé ambas modalidades, en función de las necesidades y del contexto.

Luego de un primer semestre desarrollado según el sistema habitual de presentaciones de trabajos a cargo de los miembros permanentes, durante el segundo semestre del año las sesiones del Instituto se vieron enriquecidas con las exposiciones brindadas por algunos de sus miembros correspondientes, quienes accedieron muy gentilmente a la invitación que les hiciera llegar nuestro director, el Dr. Carlos Julio Lascano. Así, contamos con la participación (a distancia) de los Doctores Jorge Eduardo Buompadre, Carlos Parma, Marco Antonio Terragni, Germán Aller y Carlos Caramuti, quienes compartieron su saber con la calidad y generosidad propia de los maestros. Por distintos motivos, solo el trabajo del primero de ellos ha llegado a tiempo antes del cierre de este número, pero esperamos ofrecer los restantes más adelante.

En coincidencia con el Dr. Jorge E. Buompadre, otros dos miembros del ICP propusieron trabajos en torno a la Ley 27.610 (de Interrupción Voluntaria del Embarazo), abordando cada uno de ellos diversos aspectos, críticas e interrogaciones acerca de la reciente y debatida norma. Los demás trabajos publicados en el presente número tratan diversas temáticas penales, conforme a las investigaciones e intereses particulares de cada uno de sus autores.

Córdoba, Argentina
Mayo, 2022

ÍNDICE

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

CARLOS JULIO LASCANO Principio de legalidad e imputación objetiva.....	13
JORGE EDUARDO BUOMPADRE Exposición y crítica de algunas cuestiones en la Ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo.....	25
OSCAR TOMÁS VERA BARROS Diversos interrogantes alrededor del aborto. Análisis sobre las decisiones condicionadas.....	37
ÁLVARO E. CRESPO El aborto y la dignidad de la vida humana: análisis de las propuestas despersonalizadoras y despenalizadoras.....	51
ESTEBAN GRAND GRUNDY La reparación <i>privada</i> del daño y la necesidad <i>pública</i> de castigo. El problema de su integración.....	75
CAROLINA PRADO Antecedentes, fundamentos y ventajas del trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal.....	95
ROBERTO V. VÁSQUEZ El uso policial de las armas de fuego en Córdoba (con motivo del legítimo ejercicio de su cargo).....	107
NICOLÁS D. RAMÍREZ El delito de administración fraudulenta. Un análisis del sujeto activo desde la teoría de los delitos de infracción de deber.....	123

Principio de legalidad e imputación objetiva*

Principle of legality and objective imputation

Por: CARLOS JULIO LASCANO**

RESUMEN: El *mandato de certeza, determinación o taxatividad* derivado del principio de legalidad impone un límite para la actividad interpretativa de los jueces, quienes en no pocas ocasiones deben acudir a conceptos de la dogmática jurídico-penal para lograr una mayor corrección en la aplicación de las leyes penales. Analizaré la categoría de la imputación objetiva en cuanto remite a estándares sociales de conducta correcta que se encuentran fuera de la ley penal, para evaluar la posible tensión de esa construcción con el principio de legalidad.

PALABRAS CLAVE: Principio de legalidad, mandato de certeza, interpretación e integración de la ley penal, imputación objetiva, estándares sociales de conducta extrapenales.

ABSTRACT: *The principle of Legal certainty, determination or strictness imposes a limit for the interpretive activity of judges who on many occasions must resort to concepts of criminal dogmatic to achieve better correctness in the application of criminal laws. I will analyze the category of objective imputation as far as it refers to social standards of proper conduct that are beyond the criminal law, to evaluate the possible tension of this construction with the principle of legality.*

KEYWORDS: *Principle of legality, interpretation and integration of criminal law, objective imputation, extra-criminal social standards of conduct.*

I. Introducción

Hace casi treinta años JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ¹ expresó que se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho Penal está en “crisis”. Poco tiempo después², sostuvo que esta derivaba de la tensión expansiva a que se halla sometido para que se encuentre supuestamente en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad se afirma.

Mi apreciado discípulo JUAN PABLO MONTIEL³ opina que en la discusión sobre tal crisis han predominado posiciones más bien pesimistas como la del Instituto de Ciencias

* Exposición efectuada el día martes 9 de marzo de 2021 en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

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

¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 13 y ss.; segunda edición, BdeF, Buenos Aires – Montevideo, 2010, p. 3 y ss.

² Prólogo a *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) - Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Editorial Comares, Granada, 2009, p. XI.

³ MONTIEL, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, prólogo, pp. 21-23.

Criminales de Frankfurt⁴, según la cual la ciencia del Derecho Penal se encontraría en la posmodernidad en un estado de decadencia indeseable y el principio de legalidad fue uno de más afectados por esta visión negativa:

“El modo en que los poderes públicos afrontaron la delincuencia empresarial y medioambiental, al igual que los procesos de internacionalización y europeización del Derecho penal, evidenciaron un claro relajamiento de los mandatos de *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Desde la antigua perspectiva, estas derivaciones del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* se habrían flexibilizado hasta extremos intolerables”.

Agrega que, sin embargo, no siempre son puestos de relieve los desafíos que tiene ante sí el principio de legalidad frente a las manifestaciones del nuevo Derecho Penal, pues así como la criminalidad empresarial ha oxigenado las doctrinas clásicas de la imputación, la omisión y la participación, también la legalidad podría verse favorecida por los problemas que asoman. Tras plantear que subyace una dicotomía entre la *decadencia* del principio de legalidad y su *evolución* ante el nuevo estado de cosas, concluye que no debe renunciarse a dicho principio, el cual resulta potenciado frente a tales retos.

Animado de esta visión optimista (aunque no ingenua), partiré del *mandato de certeza, determinación o taxatividad* derivado del principio de legalidad, una de cuyas principales consecuencias es que el legislador debe redactar los tipos penales de modo claro y preciso, de tal manera que el contenido de ellos sea comprendido sin dificultad por sus destinatarios. Dicho corolario referido a la competencia del Poder Legislativo como autoridad legitimada para la creación de la ley penal (Código Penal y leyes complementarias) —de la cual no podré ocuparme ahora— junto con aquellos que ordenan que la ley penal debe ser escrita, previa y estricta, constituye también un límite para la actividad de los jueces⁵, quienes en la labor de interpretación de la ley penal para su aplicación al caso concreto en no pocas ocasiones deben acudir a conceptos doctrinarios que les proporciona la dogmática jurídico-penal para lograr una mayor corrección.

Este aspecto puntual será el objeto de mis reflexiones, enfocadas en la categoría de la imputación objetiva —hoy prevaleciente en la teoría del delito— en cuanto ella implica la remisión a estándares sociales de conducta correcta que se encuentran fuera de la ley penal, para evaluar la posible tensión de esa construcción de la norma jurídico-penal con el principio de legalidad, aunque no podré profundizar en esta ocasión acerca de los paradigmas para la definición de aquellos estándares, Respecto de los cuales resulta muy valiosa la investigación de NURIA PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*.⁶

II. El mandato de certeza, determinación o taxatividad derivado del principio de legalidad

Coincido con quienes sostienen que el Derecho Penal debe ser considerado como *Derecho penal constitucional* pues es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y

⁴ Editor de *La insostenible situación del Derecho Penal*, cit.

⁵ SARRABAYROUSE, E. C., “La crisis de la legalidad. La teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, p.31.

⁶ Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2019, pp. 87-116.

los derechos que se recogen en el texto constitucional. Por ello resulta necesario examinar la ley fundamental para extraer de su tenor literal, de los principios que consagra y de su espíritu, lo que podría denominarse *programa penal de la Constitución*, el cual consiste en el conjunto de postulados político-criminales genéricos —no en soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo— que constituye el marco normativo dentro del cual el legislador debe tomar sus decisiones y el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar⁷.

El principio de legalidad —uno de los más relevantes del Derecho Penal constitucional— que se expresa en su aspecto formal con el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, procedente pese a su formulación latina de FEUERBACH⁸, configura la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho Penal⁹.

En 1978 BERND SCHUNEMANN publicó un opúsculo titulado “*Nulla poena sine lege?*”¹⁰, donde evidencia el loable intento de profundizar el modelo clásico de análisis sobre los fundamentos y las exigencias del principio de legalidad, a partir de argumentos más sofisticados que abrieron por aquel entonces nuevos frentes de debate¹¹.

Como contenido de este principio se entienden diversos postulados: la reserva absoluta de ley —monopolio del Parlamento— para definir las conductas constitutivas de delito y conminar la aplicación de penas, con exclusión de otras disposiciones de inferior rango y de la costumbre; la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem*; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo¹².

El principio de legalidad tiene un **triple fundamento**: a) el **democrático-representativo** según el cual la definición de lo que es delito y de las penas que le corresponden es una facultad que pertenece de manera exclusiva a la ley (no al Poder Ejecutivo ni a los jueces), por ser el Parlamento la expresión de la voluntad general y la separación de poderes consustancial al Estado de Derecho¹³; b) el **político-criminal** que deriva del sentido material de las normas: solo puede pretenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta o realicen alguna si previamente y con claridad suficiente conocen el mandato o la prohibición, lo que constituye su derecho “políti-

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ J. C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J. R., TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 44 y 45.

⁸ VON FEUERBACH, A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1847, § 23.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 252.

¹⁰ SCHÜNEMANN, B., “*Nulla poena sine lege?*” *Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, de Gruyter, Berlín, 1978.

¹¹ MONTIEL J. P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020, p.14.

¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J., ob. cit., p. 48.

¹³ Este fundamento coincide con lo que SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 252 y 253, denomina “dimensión política” del principio de legalidad que alude a la necesaria vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos y tiene por objeto fundamental el problema de la *legitimación democrática* de las disposiciones definitivas de los delitos y de las penas y de las decisiones que aplican tales normas. En ese sentido se pronuncian SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?*, cit., p. 9 y ss; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, traducción y notas Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. I, § 5, nm. 20 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, L. 4, nm. 7.

co”: la seguridad jurídica¹⁴; c) la expresión política de la **garantía del individuo y de sus derechos fundamentales** frente a la privación o restricción por el Estado; por ello, no puede ser invocado para excluir intervenciones legales que favorezcan al ciudadano, como la analogía *in bonam partem* y la aplicación retroactiva de la ley más benigna¹⁵.

Respecto del fundamento democrático-representativo o dimensión política del principio de legalidad compartimos la posición que entiende que la función delimitadora de dicho principio se aprecia a la hora de saber que el Parlamento es la autoridad habilitada constitucionalmente para criminalizar conductas, establecer causas de exclusión de la responsabilidad penal, asignar penas y fijar mecanismos para la individualización y ejecución de la pena, pero

“(…) la cuestión más delicada es explicar de qué manera podrían en casos excepcionales participar de la tarea creadora órganos distintos de los primigeniamente habilitados; algo que la praxis y la ciencia aceptan, pero cuya fundamentación no alcanza a estar del todo clara. Ahora bien, en la determinación de esta competencia no resulta decisivo para el principio de legalidad determinar únicamente criterios de legitimidad creadora (...), sino también criterios referidos a la formulación del enunciado legal. En esta última dirección apunta justamente nuestro principio al demandar una ley y una pena determinada y clara en virtud del mandato de determinación o taxatividad”¹⁶.

El mandato de certeza derivado del principio de legalidad brinda pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y, además, para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido usando la analogía ante un descuido del legislador que lo creó.

Por ello considero necesario distinguir las implicancias del principio de legalidad en la *interpretación* y en la *integración del Derecho Penal* como dos actividades jurisdiccionales diferentes, tal como lo hizo LUIS ARROYO ZAPATERO¹⁷. De tal modo se debería ofrecer criterios que delimiten el ejercicio de la actividad interpretativa porque puede haber interpretaciones judiciales que no signifiquen analogía y sin embargo ser contrarias al principio de legalidad.

Una vez que son identificadas por el juzgador las fuentes que conforman la base del sistema normativo aplicable al caso concreto sometido a su decisión, deberá necesariamente interpretarlas para saber qué casos y cómo son resueltos por ese conjunto de normas. La *interpretación del Derecho* consiste en un procedimiento mediante el cual el intérprete precisa el significado de los términos empleados en el enunciado legal, en base a ciertas restricciones derivadas del mandato de determinación. El principio de legalidad podría resultar infringido no solamente cuando el juez hace uso de la analogía, sino también cuando avala una interpretación que no encuentra apoyo en las reglas del habla de una determinada comunidad. Puede suceder que al concluir la etapa interpretativa el juez se en-

¹⁴ Es lo que SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. y lug. cit., llama “dimensión técnica” del principio de legalidad, que proporciona la esencial garantía de la *seguridad jurídica*: que los ciudadanos sepan qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J. R., TERRADILLOS BASOCO, J., ob. cit., pp. 48 y 49.

¹⁶ MONTIEL J.P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, p.27.

¹⁷ ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 8, 1983, p. 20 y ss.

cuentre con que el legislador ha hecho una incorrecta selección de casos para asignar una determinada consecuencia jurídica. Frente a este tipo de problemas el principio de legalidad aspira a aportar criterios, no solo para establecer si efectivamente hay una falla en la legislación que amerite una corrección judicial, sino también para escoger el método al que puede acudir el juez. Esta etapa se conoce en la teoría clásica del método jurídico como *integración del Derecho*, puesto que de lo que se trata es que el juez —usando la analogía no perjudicial al imputado— modifique la legislación para enmendar un descuido del legislador¹⁸.

No obstante, como lo señalan mi maestro JORGE DE LA RÚA y AÍDA TARDITTI¹⁹ subsisten polémicas con respecto a la recurrencia de los usos y costumbres y de la analogía para ampliar las causales de no punibilidad en sentido amplio.

La regulación de la ley penal debe ser precisa de modo tal que en la mayor medida posible no deje librada al juez fijar su alcance como norma general de conducta, más allá de la subsunción. Las modernas tendencias analíticas —en especial en base al lenguaje— buscan relativizar este aspecto, argumentando que la ley no puede prever todos los aspectos del conflicto que debe resolver el juzgador, quien aplica sus propias valoraciones. Los tipos penales abiertos —particularmente los culposos o imprudentes— ponen en evidencia la amplitud de las potestades de los jueces²⁰.

Sin embargo, como lo destaca JOSÉ URQUIZO OLAECHEA,

“(…) el principio de *lex certa* debe reconocer que es sumamente difícil la tarea de crear normas penales cerradas con un lenguaje puramente descriptivo. El problema es complejo pues tiene tintes políticos, técnicos, lingüísticos y otras limitaciones al momento de definir lo que se quiere proteger. Esto no significa que el mandato de determinación se entienda como una autorización de abierta flexibilización tornándolo un axioma caprichoso y acomodable. La *lex certa* es lo óptimo, pero si no se logra, queda solo exigir un máximo de taxatividad posible²¹ con el objetivo de que se logre la mayor seguridad jurídica. Estos son los justos términos del principio de determinación que no puede ser comprendido como una exigencia de absoluta claridad y precisión en la descripción de la conducta²²”.

Ello es así por cuanto el sistema de la legalidad continental europea se inspiraba en un modelo de subsunción del juez como mero ejecutor de la voluntad legislativa que con el tiempo se advirtió como impracticable. Según la expresión atribuida a MONTESQUIEU, el juez no era más que la boca por la cual se pronuncian las palabras de la ley²³. ROBESPIERRE llegó a sostener que en el nuevo régimen la jurisprudencia de los tribunales no era otra que

¹⁸ MONTIEL, J. P., *Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica*, pp. 30-32.

¹⁹ DE LA RÚA, J. – TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 88.

²⁰ DE LA RÚA, J. – TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, p. 89.

²¹ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 1992, p. 256, quien expresa que “el logro de la máxima taxatividad posible y de la vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho Penal en un Estado democrático de Derecho”.

²² URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de determinación de la ley penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In Memoriam*, volumen I, dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1344.

²³ SARRABAYROUSE, E. C., “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, p. 47.

la ley. Pero, ya FEUERBACH había advertido inconvenientes insalvables para ello y flexibilizó esa regla mediante el método dogmático.

Hoy en día somos más conscientes que nunca de la variedad de alternativas interpretativas que plantea la ley penal debido a la porosidad y vaguedad del lenguaje. A ello deben añadirse las posibilidades que surgen de la —cada vez más frecuente— defectuosa técnica legislativa empleada en la elaboración de las leyes. Y no faltan quienes —como JAKOBS— discuten la posibilidad misma de que la letra de la ley cumpla alguna función limitadora. De modo que, aún en los sistemas continentales, se debe admitir que el Derecho Penal no se agota en la ley positiva vigente.

Eso no significa que se pueda castigar prescindiendo de la ley penal pues ésta sigue siendo la fuente central sin la cual no puede existir sanción penal en los sistemas continentales y de manera especial en nuestro país, a partir de la recepción del principio de legalidad como *garantía constitucional* (arts. 18 y 19 Constitución Nacional) y *convencional* (disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994). Pero lo cierto es que la ley positiva, punto de partida para cualquier castigo penal, no alcanza para definir completamente la materia sancionable. También las manifestaciones científicas de los autores, las concepciones prácticas y los desarrollos de la historia del Derecho, gravitan significativamente en las decisiones judiciales²⁴.

III. Legislación penal y Derecho correcto: el papel de la Dogmática de cara al mandato de determinación

Dado que los textos legales no proporcionan por sí mismos bases suficientes para los enunciados dogmáticos, resulta insoslayable que el jurista deba tomar las correspondientes decisiones, lo cual no significa admitir que en el ámbito de la Ciencia jurídico-penal pueda predominar un *decisionismo* conforme al cual aquellas categorías podrían ser expresión arbitraria de meras opiniones²⁵.

En una de sus más recientes obras —*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*²⁶—, SILVA SÁNCHEZ afirma que las legislaciones penales que emanan de las mayorías parlamentarias en nuestro ámbito de cultura se hallan lejos del ideal del Derecho Penal correcto. Los principios, subprincipios, estándares y reglas que elabora la doctrina del Derecho Penal, ya sea como dogmática, ya sea como política criminal, no son institucionalmente vinculantes porque los profesores no ocupan ninguna posición de poder aunque sí deberían considerarse discursivamente o racionalmente vinculantes. En este sentido, sería razonable que la doctrina estudie la posibilidad de una solución legal alternativa (*de lege ferenda*) y/o de una estrategia dogmática, de modo que la ley penal vigente alcance, en su aplicación judicial *de lege lata*, un mayor grado de corrección jurídico-penal²⁷.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición ampliada y actualizada, edit. BdeF, Montevideo, 2010, p. 287.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 110, donde cita a ARROYO ZAPATERO, L., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, agosto 1987, pp. 97-110: «p. 98: La evidente relación íntima entre ciencia penal e ideología “no autoriza a tomar como punto de partida los valores que a cada cual mejor parezcan y convengan”».

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp. 50-61.

²⁷ Ya en 1992, en la primera edición de su *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 111, SILVA SÁNCHEZ había señalado que la discusión sobre las premisas valorativas de construcción del sistema de la

También explica que la dogmática *stricto sensu* se mueve en un espacio libre de Constitución en cuanto se respete el tenor literal de un texto legal conforme con aquella y se acojan los estándares aplicativos mínimos, tanto metodológicos como valorativos. Tal dogmática *de lege lata* es responsable de que la práctica judicial del Derecho Penal dis ponga de un modelo racional y seguro de aplicación de las leyes penales. Como tal, debe orientarse al desarrollo de «una red dogmática sin lagunas, que establezca un estrecho control de la judicatura en términos de científicidad jurídica –un control que entonces sería algo así como un cuarto poder en el Estado, que solo controla, pero no ejerce dominio alguno»²⁸. En consecuencia, **los conceptos dogmáticos deben estar solo orientados a presentar el Derecho Penal correcto.**

En este trabajo intentaré aproximarme a una respuesta al interrogante si es admisible constitucionalmente una dogmática penal entendida como una ciencia que sea capaz de proteger las condiciones de funcionalidad de una sociedad pluralista y de riesgos, aunque deba hacerlo en desmedro del principio de legalidad. Para ello, centraré el análisis en las premisas valorativas de construcción de la imputación objetiva, formulada para explicar el tipo de injusto, una de las categorías más relevantes en la actualidad del sistema de la teoría del delito.

IV. La imputación objetiva y su supuesta tensión con el principio de legalidad

La teoría de la imputación objetiva es uno de los temas más intensamente debatidos en las últimas décadas. Sin embargo, bajo ese rótulo aparecen nuevamente ideas que ya expusieron con anterioridad los sostenedores de sistemas muy diferentes, sin que aquellos le hayan dado esa denominación, la cual igualmente hoy acoge en su seno interpretaciones tan variadas que en realidad podría hablarse de “teorías” de la imputación objetiva.

Si bien en los delitos de resultado el enfoque causal-mecanicista de la relación causal entre comportamiento y resultado no es aceptado en la actualidad como explicación exclusiva, no por ello ha sido dejado totalmente de lado, pues la dogmática jurídico-penal toma a la teoría de la *equivalencia de condiciones* como punto de partida para determinar la posible relación causal, que ahora se conceptúa en base a criterios normativos en las distintas versiones de la moderna teoría de la imputación objetiva, desarrollada a partir de 1970 por el prestigioso maestro alemán CLAUS ROXIN.

Este autor —bajo el rótulo de *imputación objetiva*— pretende establecer ciertos criterios valorativos que permitan, en el ámbito del Derecho Penal, esclarecer cuándo una actuación humana se puede calificar como acción típica desde el punto de vista objetivo

Para dicha concepción existen dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal objetivo: la causalidad y la imputación. La primera es condición necesaria pero no suficiente para la tipicidad, ya que podría haber causalidad sin imputación, pero no imputación sin causalidad.

La teoría de la imputación objetiva parte de un presupuesto realista: en la vida social moderna se toleran —e incluso se alientan— ciertas conductas peligrosas siempre que

teoría del delito plantea dos problemas: por un lado, el relativo a cuál es la fuente de tales premisas y cómo se concretan posteriormente las mismas en las diversas categorías; por otro lado, el referido a cómo puede controlarse en términos de racionalidad, la opción por determinadas premisas en lugar de otras y sus sucesivas concreciones.

²⁸ SCHÜNEMANN, B., “Savignys Rechtsbegriff –von chegestern und von übermorgens”, en SCHÜNEMANN/TINNENFELD/WITTMANN, *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70 Geburtstages von Lothar Philips*, 2005, p. 175.

se desarrollen de acuerdo a normas y parámetros establecidos. Cuando estos riesgos exceden los límites tolerados, se lesionan bienes protegidos y es aquí cuando el Derecho Penal debe intervenir.

Siguiendo a ROXIN²⁹, afirmo que la concepción de la imputación al tipo objetivo debe ocurrir siguiendo dos principios estructurados de manera sucesiva: a) solamente puede imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el actor cuando su conducta hubiera creado para el objeto de la acción un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido y este peligro se hubiera realizado también en el resultado concreto, y b) si el resultado se manifestara como la realización de un peligro creado por el autor será por regla general imputable, de manera que se habrá cumplido con el tipo objetivo. Pero excepcionalmente podrá desaparecer la imputación cuando el alcance del tipo no abarcara la evitación de tales peligros y sus consecuencias. La finalidad de protección de la norma es considerada como eje rector del análisis ya que, a los efectos de la teoría de la imputación objetiva, solo deben tenerse en cuenta aquellos resultados que afecten el bien jurídico protegido por la norma que el autor infringió al momento de crear el riesgo penalmente relevante.

En un reciente trabajo que elaboramos con DIEGO PERETTI ÁVILA³⁰ hemos sostenido que uno de los problemas serios que plantea el concepto de riesgo no permitido que se encuentra presente en el nervio mismo de la imputación objetiva, en la estructura del tipo objetivo, está representado por su articulación con la categoría de la antijuridicidad. Al respecto, la doctrina mayoritariamente sostiene que el riesgo no permitido que sustenta la objetiva imputación del tipo es de condición genérica, representado a partir de reglas generales, mientras que el que compete a la antijuridicidad hace referencia a una cuestión excepcional que implica la justificación de una conducta —típica— riesgosa³¹; en este mismo sentido ROXIN expresa categóricamente:

“Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.”³²

En realidad, la noción de riesgo permitido representa un concepto de contenido normativo de valoración jurídica que nos remite en modo directo al contenido del injusto, lo que convierte a la distinción entre lo particular y general, además de excesivamente difusa, completamente arbitraria, sobre todo, teniendo en cuenta que las causas de justificación, al tener su fundamento en la legislación positiva, resultan ser de contenido general.

En un interesante artículo intitulado *La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental*, VOLKER HAAS³³ busca aclarar si la teoría de la imputación objetiva puede fundamentar con solidez la responsabilidad penal y realiza algunas de las críticas más importantes a dicha doctrina, referidas especialmente a su relación con la teoría de

²⁹ ROXIN, C., *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 2ª edición, Grijley, Lima, 2014, pp. 79 y 80.

³⁰ LASCANO, C. J. – PERETTI ÁVILA, D., “El regreso del *dolus malus*, pero ahora en el tipo”, en *Brücken bauen Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman und Fernando J. Córdoba; Duncker & Humblot, Berlin, 2020, p.545 a 547.

³¹ STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*, 4ª ed., traducción de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 153.

³² ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, t. I p, 371.,

³³ HAAS, V., “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, traducción de H. García de la Torre, publicado en *InDret* 1/2016, Barcelona, enero de 2016, pp. 1-33.

los imperativos y con la doctrina del bien jurídico, sobre las cuales no puedo ahondar en este momento. Sí me interesa destacar —por estar directamente vinculado al tema de esta exposición— el cuestionamiento que dicho autor realiza a la teoría de la imputación objetiva en función de su incompatibilidad con el mandato de *lex certa* derivado del principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, HAAS³⁴ plantea las siguientes objeciones: la doctrina de la imputación objetiva interpreta como *tipos abiertos* las normas penales de los delitos de resultado —especialmente los §§ 222 y 229 StGB que regulan el homicidio imprudente y las lesiones imprudentes, respectivamente—. La relación causal formulada por la teoría de la equivalencia se ancla solo ontológicamente y con ello se sitúa fuera del ámbito de lo normativo. Un destino parecido comparte el concepto de resultado, que, como menoscabo de un interés de integridad puramente fáctico, no presenta aún implicaciones normativas. Lo único normativo es el concepto de riesgo permitido, a rellenar valorativamente, y el de imprudencia, cuyos baremos sin embargo no se concretan en la ley. Como consecuencia, el enunciado jurídico legal-abstracto tiene únicamente el estatus de una cláusula general no fijada conceptualmente. Algo similar sucede en Derecho civil con la norma de responsabilidad del § 823 I BGB*, siendo sin embargo que solo en el Derecho penal debe observarse la vinculación al mandato de determinación *nulla poena sine lege stricta*. A la vista del indiscutido alcance de la teoría de la equivalencia como concepto básico de la doctrina de la imputación objetiva, semejante comprensión del tipo, por un lado, privaría al aplicador del Derecho de la posibilidad de informarse sobre qué ha de evitarse con un comportamiento diligente; por el otro, a la vista de los deberes de cuidado que muchas veces solo se perfilan con una ponderación de intereses en sede judicial, se le negarían al aplicador del Derecho los puntos de orientación que necesita para informarse sobre las exigencias de comportamiento adecuado al cuidado. Prescindiendo de la problemática fundamental, aquí solo mencionada, del desarrollo judicial del Derecho material [*materielle richterrechtliche Rechtsfortbildung*], la re-normativización extensiva del tipo de los delitos de resultado jurídico-penales a través de la doctrina de la imputación objetiva arroja con ello serias dudas jurídicoconstitucionales en relación con el art. 103 II GG». Dicha cláusula de la Ley Fundamental alemana establece que “*solo puede castigarse un delito si su punibilidad estaba fijada legalmente con anterioridad a que se cometiera*”. Como es habitual en los ordenamientos jurídicos de tradición continental, el principio de legalidad en Alemania se despliega también en las exigencias de *lex praevia*, *lex stricta*, *lex scripta* y —de particular interés aquí— *lex certa*.

Respecto de los denominados *tipos penales abiertos* adhiero a GABRIEL PÉREZ BARBERÁ³⁵ cuando explica que, según una opinión bastante extendida, los tipos culposos son tipos “abiertos”, en el sentido que su concreta forma de realización típica no está expresamente señalada en la ley, la cual debe ser completada por el juez según las características del caso concreto y en función de la específica norma de cuidado que lo rige. De allí que, como la acción concreta no está determinada legalmente, se sostenga que los tipos imprudentes afectarían el principio de legalidad, que exige que los tipos penales deben describir exhaustivamente la conducta prohibida de una manera clara y precisa; es decir, se requiere que los tipos sean “cerrados” (mandato de determinación). Afirma con acierto que

³⁴ HAAS, V., “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, pp. 21 y 22.

³⁵ PÉREZ BARBERÁ, G. E., “El tipo culposo. La preterintencionalidad” en LASCANO, C. J., (director), *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2002, pp. 335 y 336.

ese punto de vista es erróneo y, de hecho, lo rechaza la doctrina, pues los delitos culposos no son ni más ni menos “abiertos” que los dolosos. Pero ni siquiera los tipos penales —dolosos o culposos— que pueden ser calificados de “abiertos” violan —por ese solo hecho— el principio de legalidad, pues no es posible pensar en otra manera de concretar esos tipos que no sea a través de la tarea de los jueces, siendo más fácil para el ciudadano distinguir deberes de cuidado según sus propias nociones que a través del contenido de las leyes.

Los cuestionamientos de HAAS sobre la tensión con el mandato de determinación emergente del principio de legalidad producida por la remisión a valoraciones sociales externas a la ley penal para completar el contenido de la categoría del riesgo permitido que es la piedra angular de la imputación objetiva, es quizá uno de los aspectos menos estudiados por la dogmática jurídico-penal de los últimos tiempos, con honrosas excepciones entre las cuales debo destacar la excelente monografía de NURIA PASTOR MUÑOZ³⁶.

Dicha autora³⁷ explica con claridad y corrección que en ocasiones el legislador penal recurre a la *remisión expresa a otras instancias* para completar la definición de tipos penales, como sucede con la técnica legislativa de las *leyes penales en blanco* que en su momento generó una intensa discusión pero que hoy en día son aceptadas si se mantienen dentro de los límites jurídico-constitucionales (*teoría del complemento indispensable*) porque sirven para mantener una cierta estabilidad de la ley penal en el tiempo y, al mismo tiempo, para ajustarla a las exigencias de ciertas actividades específicas y fluctuantes. Agrega que otros fenómenos de remisión de la ley o de la jurisprudencia también han suscitado debates importantes como la *remisión a las reglas de la técnica* establecidas por sectores especializados que en 1987 —en su contribución al Libro Homenaje a Lackner— mereció el rechazo frontal de SCHÜNEMANN³⁸ por entender que prácticamente permitía un Derecho Penal *a la carte* en el que los destinatarios podían definir el contenido de las normas punitivas conforme a sus propios intereses. Señala NURIA PASTOR que en la actualidad tales cuestiones se vuelven a plantear a raíz del fenómeno de la *autorregulación* en Derecho Penal por la existencia de un programa de cumplimiento con los requisitos legales —llamado *compliance*—, que determina la imposibilidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. En realidad lo preocupante no es el mero hecho que se produzca una remisión del legislador penal a otras instancias para construir los estándares de conducta jurídico-penales —lo cual es algo inevitable— sino el peligro de que aquella remisión sea *patológica*, algo que ocurre cuando las instancias a las que se remite generan sus cuerpos normativos guiándose por un *telos* distinto al de la norma penal. Por ello, es clave subrayar que **la remisión está presente en todos los estándares de conducta jurídico-penales y está unida a la institución del riesgo permitido como primer eslabón en el análisis de la desaprobación jurídico-penal de la conducta.**

DE LA RÚA y TARDITTI³⁹ explican que el criterio para deslindar entre *riesgos permitidos* y *no permitidos* es el filtro de mayor importancia para diferenciar entre una acción dotada de capacidad causal respecto del resultado y que, por lo tanto, implica un peligro

³⁶ *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, cit. *supra* en nota 7.

³⁷ PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad*, pp. 15-19.

³⁸ SCHÜNEMANN, B., “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, traducción de M. Cancio Meliá y M. Pérez Manzano, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 158.

³⁹ DE LA RÚA, J. – TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, pp. 305-308.

para un bien jurídico, de la acción que además de esa capacidad, presenta una característica normativa que posibilita captarla como relevante para el ámbito delimitado por el tipo. Toda conducta encuadrable dentro del riesgo permitido es necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal y, en consecuencia, no puede nunca ser considerada ni siquiera objetivamente típica. Es decir, el riesgo permitido proporciona un parámetro general de exclusión del tipo objetivo.

La regulación legislativa de ciertas actividades riesgosas, como son las que recurrentemente se ejemplifican, implica que desde la perspectiva normativa configuran “riesgos permitidos” en la medida que se desarrollen dentro de las reglas establecidas.

No todas las actividades riesgosas se encuentran reglamentadas legislativamente. Existe un conjunto bastante considerable de actividades peligrosas que se desenvuelven en ámbitos en los cuales se han configurado estándares científicos o técnicos propios de ciertas profesiones (médicos y otros profesionales de la salud, ingenieros y arquitectos) u oficios (electricistas, gasistas, plomeros), para llevarlas adelante dentro de esos consensos. Si bien estos estándares no son equivalentes a las regulaciones formales, para determinar que se ha sobrepasado el riesgo en quien no se atuvo a ellos el que actúa de modo diferente debe haber empleado por lo menos una alternativa superior (p. ej., el cirujano que innova empleando una técnica quirúrgica viable científicamente y superior a la estándar) o igualmente compensadora (p. ej., el constructor que realiza un muro de grosor inferior pero con un material que proporciona mayor seguridad que el estándar aceptado para la profesión).

Asimismo, en muchas actividades riesgosas tampoco existen regulaciones y ellas son las que plantean más dificultades para encontrar un criterio objetivo para separar el riesgo permitido del no permitido. Ello suele ocurrir cuando se trata de actividades que no coinciden con los llamados *riesgos normales o generales de la vida*, porque ni siquiera pueden considerarse que “crean” riesgos ya que son manifestaciones del ámbito de libertad en un marco de interacción social; y tampoco coinciden con los *riesgos drásticos* suficientemente expresivos de su calidad de “no permitidos” (v.gr. disparar un arma hacia donde se encuentran personas, diseminar veneno en aguas de un río).

Aunque no comparto la totalidad de las conclusiones de PASTOR MUÑOZ⁴⁰, las más relevantes son las que a continuación resumo:

1) La remisión latente en todo tipo penal es una remisión a *estándares socialmente vigentes de conducta*, los cuales son el primer elemento a considerar en el juicio específico jurídico-penal; no se identifican con la praxis social, pues es necesario que exista la convicción respecto a su carácter vinculante.

2) Se trata de *estándares abstractos* sobre el modo de llevar a cabo una actividad, razón por la cual la infracción del estándar de conducta no implica por sí sola la concurrencia de un injusto penal; en este punto, señala —en **primer lugar**— que la *función sistemática* de los estándares de conducta socialmente vigentes coincidiría con la del riesgo permitido, ya que operan como límite a la construcción del injusto penal y, a la vez, expresarían la vinculación tanto de la dogmática como del juez —cuya actividad es la “*co-configuración de la norma penal*”— al concepto material de delito; así pues, se parte de la ubicación del riesgo permitido en el tipo (no en la justificación) como un primer filtro de desaprobación de la conducta cuya superación, no obstante, no agota las cuestiones relativas a dicha desaprobación jurídico-penal; en **segundo lugar**, la referencia a los estándares sociales implica —al igual que el riesgo permitido— una “importación” al Derecho Penal

⁴⁰ PASTOR MUÑOZ, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad*, pp. 117-119.

de valoraciones provenientes de la sociedad, sea respecto de una actividad general, sea respecto a un sector específico de actividad.

3) Esta visión del alcance modesto de la ley penal determina una concepción del principio de legalidad en términos muy modestos ya que la sola ley no ofrece orientación al ciudadano sobre las normas penales, sino que es imprescindible la aportación de la dogmática; asimismo, la garantía de *lex scripta* no se extiende a toda norma penal, sino solamente a su punto de partida, la ley positiva, pero hay que convivir con un elevado grado de indeterminación de la ley escrita.

4) Las remisiones legales o jurisprudenciales a cuerpos normativos privados o legales presentan algunas *patologías aparentes y otras reales*: **a)** no son admisibles las *remisiones expresas totales* al Derecho administrativo porque impiden una valoración autónoma específicamente jurídico-penal de la conducta del autor y remiten a otras instancias de definición del injusto, sin reservarse una posibilidad de control del *telos* del cuerpo normativo al que se remite; **b)** tampoco lo es la *remisión a ciegas a cuerpos normativos privados (autorregulación* empresarial) no tanto por una posible vulneración del principio de democracia sino por la vinculación del Derecho Penal al producto normativo de tales grupos, sobre los cuales no pesa el *deber* de plasmar en sus regulaciones las valoraciones sociales vigentes, pudiendo producirse desviaciones que terminen estableciendo estándares orientados a la conveniencia de sus intereses particulares; **c)** cuando la ley *remite expresa y parcialmente a normas administrativas* (leyes penales en blanco constitucionalmente admisibles) surgen problemas cuando la normativa administrativa no refleja (por defecto de origen o por haber quedado obsoleta con el paso del tiempo) los estándares sociales de conducta correcta; en tales casos la impunidad del autor se basa en razones de legalidad; **d)** en las *remisiones tácitas* el juez debe examinar si las regulaciones (del Derecho Administrativo o de los cuerpos normativos privados) reflejan convicciones sobre la conducta correcta en dicho sector de la sociedad.

Coincido con la autora⁴¹ en que la crítica de vulneración del principio de determinación solo tiene sentido en el marco de una concepción hoy superada, de la legalidad conforme a la cual la ley penal contiene la norma penal

Finalmente, concluyo que es preciso tener en cuenta que —como no es posible un sistema en el cual el legislador establezca normas totalmente autosuficientes, de modo tal que la conducta sometida a decisión judicial pueda encuadrarse sin mayores esfuerzos en la hipótesis de la norma— el intérprete o el juez deberán desarrollar argumentaciones para determinar el correcto alcance de la ley en relación al caso sometido a decisión, y en tal punto es natural que exista un cierto grado de apreciación personal de las valoraciones (cuál es el margen de cuidado razonable en un acto culposo no reglado, cuando se considera que un peligro es común o no, etc.). Pero, ante todo, la dogmática exige una actitud de buena fe: el objetivo de la interpretación es determinar el alcance de una norma, y debe admitirse *ab initio* que tal determinación puede no coincidir con las valoraciones personales del intérprete. En la medida que éste se considere habilitado para incorporar valoraciones personales distintas a las de la norma, o meramente aplicarla por su propia virtualidad sin examinar que la norma pueda contener otras valoraciones, niega la dogmática⁴².

⁴¹ *Riesgo permitido...*, p. 86.

⁴² DE LA RÚA, J. – TARDITTI, A., *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, pp. 89 y 90.

Exposición y crítica de algunas cuestiones en la Ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo

*Exposition and criticism of some issues in Law 27,610
voluntary termination of pregnancy*

Por: **JORGE EDUARDO BUOMPADRE***

SUMARIO:

- I. Introducción. Algunas observaciones sobre la Ley 27.610.
- II. Responsabilidad funcional en abortos legalmente autorizados.
- III. Conclusión.

I. Introducción: Algunas observaciones sobre la Ley 27.610

Es sabido que el Código penal no define el aborto (ni tal vez debería hacerlo), pero tampoco lo hace la nueva legislación que hoy regula la materia, circunstancia que vuelve a colocar en la mesa de debate una centenaria controversia aún no resuelta, pues nos reenvía, por un lado, a una discusión que parece no tener fin sobre qué debemos entender por aborto, o desde cuándo estamos frente a una situación de aborto, cuestión que revive un antiguo litigio doctrinario y jurisprudencial que campea, especialmente, entre dos teorías que aún siguen vigentes: la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación y, por otro lado, al regreso a viejas discusiones entre el *nasciturus* y la madre, o dicho de otro modo, entre los derechos de la persona por nacer y los derechos de la madre, cuestión que, a su vez, nos vuelve a introducir en otro problema, si el *nasciturus* es persona o no para nuestro derecho y, en su caso, si merece o no protección penal.

La Ley 27.610 (BO: 15/01/2021), denominada de “Interrupción voluntaria del embarazo” (IVE) introdujo reformas de gran calado en el Código penal, pero no aportó soluciones convincentes para todos los sectores de opinión, aun cuando la normativa implicó un antes y un después acerca de la problemática del aborto, pero con sus propios marices.

Conforme la regulación de la nueva normativa, el Capítulo I del Título I, Libro II, del Código penal (arts. 85 a 88), ha quedado ordenado de la siguiente manera: el art. 85 se limita a decir —como en su redacción original—: el que causare aborto, después de lo cual prevé una serie de figuras: aborto sin consentimiento de la mujer, 85, 1°; aborto no consentido y seguido de muerte, 85, 1°; aborto consentido, bajo determinadas condiciones, 85, 2°; aborto legal y aborto impune, 86; aborto preterintencional, 87; aborto propio o consentimiento en el propio aborto, 88. Además, se prevén específicamente como impunes el aborto fundado en violación, 86, 1°; el aborto necesario o terapéutico, 86, 2°, y la tentativa de la mujer, 88 in fine. A su vez, se introdujo una nueva figura en el art. 85 bis, ajena a nuestros precedentes legislativos, vinculada a los funcionarios públicos y autoridades de los establecimientos de salud, profesionales, efectores, o personal de salud, que intervienen en un caso de aborto legalmente autorizado.

* Profesor extraordinario de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política (UNNE). Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Nordeste. Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla (España). Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

En efecto, antes de la ley 27.610, el artículo 86 del Código penal declaraba la impunidad del aborto sólo en dos situaciones excepcionales, siempre que fuere practicado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer encinta: 1) cuando hubiere peligro para la vida y la salud de la mujer y ese peligro no podía evitarse por otros medios, y 2) cuando el embarazo provenía de una violación o un atentado al pudor contra una mujer idiota o demente. Dicho de otro modo y sin entrar en viejas discusiones, durante aquellos tiempos cualquier mujer podía someterse libremente a un aborto, siempre y cuando el embarazo haya sido una fuente de peligro para la mujer o cuando haya tenido su origen en una violación sexual, lo cual —como derivación inmediata— implicaba también la impunidad del médico que hubiere intervenido en la práctica abortiva.

Sin perjuicio de este particular escenario, lo cierto es que el Código penal argentino previó en su día —contrariamente a otros ordenamientos de Europa y de América Latina— uno de los sistemas de impunidad del aborto más liberales del mundo, pues permitía su práctica, si bien excepcionalmente, en cualquier momento de la gestación.

El después aparece luego de un largo período de casi 100 años, mediante la reforma que se produce con la Ley 27.610, de 15 de enero de 2021, cuyas algunas características más relevantes intentaremos analizar seguidamente.

Sin perjuicio de esto, hoy en Argentina ya no se puede abordar toda la problemática del aborto desde el derecho penal exclusivamente, sino que tenemos que realizar un análisis contextual, en forma sistemática, del orden jurídico en general, puesto que la nueva ley, si bien regula un régimen administrativo y un régimen penal, en cualquier caso hay que contextualizarlos —en un marco normativo general—, con la ley 26.743 de identidad de género, con el Código civil y comercial de la nación, con la ley 26.742, sobre Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado (reformadora de la ley 26.529), con la ley 26.485 de violencia contra la mujer, con la ley 26.061 de Derechos de los niños, niñas y adolescentes y con los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22 CN)¹.

La nueva normativa establece el derecho a la interrupción del embarazo a dos universos de personas: las mujeres y las personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, vale decir, a personas que biológicamente son mujeres y a mujeres que normativamente son hombres. En cualquier caso, puede ser sujeto pasivo de aborto la mujer que a adquirido otra identidad autopercebida por motivos de género, pero manteniendo su capacidad de gestar.

Ahora bien y más allá de las finalidades perseguidas por el legislador para incorporar a personas que se encuentran amparadas por la ley 26.743 de Identidad de género, nos preguntamos: ¿era necesaria la incorporación de este colectivo de personas?; seguramente la respuesta será afirmativa, por cuanto, si bien se trata de mujeres que han realizado un cambio registral del sexo, compatible con su identidad de género autopercebida —lo cual implica una modificación normativa del género—, no es menos cierto que, biológicamente, estas personas siguen siendo mujeres, con capacidad de gestar, condición que pareciera estar demás, por cuanto las únicas personas que tiene capacidad de gestar —al menos hasta este momento de la ciencia, si no estamos desactualizados—, son las mujeres, de manera que, de no estar, igualmente estas personas hubieran quedado comprendidas en los contornos de la ley.

¹ Véase BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Breves reflexiones sobre algunos aspectos de la Ley 27.610 de Interrupción voluntaria del embarazo”, *revistapensamientopenal.com*, sec. doctrina, 30/04/2021.

Sin perjuicio de la necesidad de concurrencia de una persona “con capacidad de gestar”, pareciera que se trata de un requisito de recorte que no era necesario incorporarlo en la normativa, puesto que si la persona no se encuentra en condiciones de “quedar embarazada”, entonces tampoco puede ser sujeto susceptible de aborto, sea que se trate de una mujer o de una persona con otra identidad de género. En cualquier caso, se trata de una formalidad que debe ser comprobada científicamente para habilitar la práctica del aborto.

En resumen, aquí lo que importa es que la ley posibilita que una mujer que ha rectificado su sexo, puede someterse a un aborto en las mismas condiciones que una mujer que no está comprendida en dicha ley, siempre que tenga, como dijimos, capacidad de gestar, circunstancia que deberá acreditarse mediante un examen médico para determinar con certeza dicha situación, pues no se trata de una cuestión normativa sino médica.

La ley habla de persona gestante —o, lo que es lo mismo, una persona con capacidad de quedar embarazada—, condición que plantea el problema de determinar el momento exacto del embarazo, por cuanto es a partir de esta condición que se debe comenzar a contar el plazo de 14 semanas del proceso gestacional, en días corridos.

Entonces, la gran pregunta es ¿cuándo existe embarazo?. Para quienes adherimos a la teoría de la anidación, existe embarazo cuando el óvulo fecundado se adhiere en el útero de la madre, momento en el que queda marcado el instante preciso de la concepción.

Dicho esto, es de destacar que la ley de IVE tiene un punto que es central y que termina con las viejas discusiones, aun cuando no haya satisfecho ni haya sido del agrado de algunos sectores de opinión: la **desincriminación del delito de aborto** —cuya punición estaba prevista en el inciso 2 del artículo 85 del Código penal en su texto anterior—, siempre que concurren ciertas y determinadas condiciones.

El art. 4 establece:

Interrupción voluntaria del embarazo.

“Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional.

Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:

a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida;

b) Si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante.

Como se establece claramente en este artículo, el aborto ha dejado de ser delito siempre y cuando sea practicado en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, *dentro del plazo de 14 semanas del proceso gestacional* y de 10 días corridos desde que se ha efectuado el requerimiento para la práctica, cuyo plazo comienza a correr desde que la paciente presta el consentimiento informado por escrito en una declaración jurada, que debe formar parte de la historia clínica respectiva en el centro de salud.

Un problema podría presentarse en aquellos casos en los que la práctica del aborto se realiza en un centro de salud particular o en un consultorio privado, por un precio determinado, habida cuenta que la ley establece la gratuidad de la prestación “en todas las

formas que la OMS recomienda” (art. 12). Creemos que en estos casos, el servicio oneroso del médico particular en nada cambia la situación legal del mismo, en cuanto a si la práctica es lícita o no. La persona que desea realizarse un aborto en un centro de salud privado, lo puede llevar a cabo sin que su conducta quede atrapada por el derecho penal, pues el nuevo artículo 85 del Código penal sólo tipifica el aborto si se lo realiza sin el consentimiento de la persona gestante o si se lo causare fuera del plazo legal de 14 semanas de gestación y no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86 (art. 15).

La determinación del plazo en 14 semanas —diferente al tradicional de 12 semanas fijado en numerosas legislaciones de otros países— está orientado a dar a la gestante un término adecuado y razonable para que pueda contar con el tiempo suficiente para adoptar un decisión definitiva sobre interrumpir o no su embarazo.

La IVE *fuera del plazo de 14 semanas*, sólo es posible realizarlo sin infracción de la ley, si ha tenido su causa en una violación sexual o ha puesto en peligro la salud o la vida de la gestante. Dadas estas condiciones, la norma exige que la persona que aduce haber sido violada, debe suscribir una declaración jurada, en la que se ponga de manifiesto esta situación y la voluntad de someterse a una práctica abortiva (“requerimiento”, dice la norma, o sea que debe manifestarse un pedido, claro, concreto y explícito, de que se requiere un aborto).

Pero, en el caso de menores de 13 años, esta declaración jurada no es necesaria. ¿Por qué? Porque se presume que, en estos casos, la menor fue abusada sexualmente (recordemos que el consentimiento —ciertamente discutible— no tiene validez en los casos de menores de 13 años, según el art. 119 CP) y, exigir una declaración jurada de que fue violada, implicaría una contradicción con la propia presunción que se supone contiene implícitamente la norma, porque siempre se entenderá que hubo violación².

Respecto de esta cuestión y habiendo desaparecido la figura del aborto profesional punible que estaba regulada en el primer párrafo del art. 86 del Código penal, luego de la reforma de la Ley 27.610 el nuevo precepto resulta concordante con el art. 4 de la misma, en cuanto dispone que

“(…) fuera del plazo establecido en el párrafo anterior (14 semanas), no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante: 1) si el embarazo fuere producto de una violación y 2) si estuviera en riesgo la vida o la salud de la persona gestante” (art. 16).

En conclusión, en Argentina *el aborto sigue siendo un delito* cuando no están dadas las condiciones establecidas por la ley para su destipificación. Vale decir, que cuando hablamos de aborto (punible), en definitiva, nos estamos refiriendo a las dos modalidades típicas previstas en el Código penal en el art. 85: a) al *aborto sin consentimiento* de la mujer o de la persona con otra identidad de género con capacidad para gestar, en cualquiera de sus modalidades y b) al *aborto con consentimiento*, pero practicado con posterioridad a las catorce (14) semanas de la gestación, y siempre que no mediaren las circunstancias previstas en el artículo 86 CP.

² Confr. nuestra postura sobre el consentimiento en caso de menores de edad, en BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho penal, parte especial*, 3ra. edición, T.1, págs.393 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009; *Derecho Penal, parte especial*, 3ra. edición, págs. 196 y sig., Editorial ConTexto, Resistencia, Chaco, 2021.

A su vez, en el artículo 86 en su versión actual, se establece, en el primer párrafo — repitiendo el mismo texto que describe el artículo 4 de la Ley 27.610—, la *desincriminación del aborto*, en los términos y condiciones que allí se establecen, presentándose una clara diferencia entre el aborto legal y el aborto impune.

El *aborto legal* es el que se realiza, con el consentimiento de la persona gestante, “dentro” de las catorce (14) semanas, inclusive, del proceso gestacional. El *aborto impune*, en cambio, es el que se realiza, con el consentimiento de la persona gestante, “después” de las catorce (14) semanas del proceso gestacional, siempre que el embarazo haya sido el fruto del delito de violación o hubiere peligro para la vida o la salud de la persona gestante.

Para que la interrupción del embarazo (IVE) no sea delictiva —conforme con la Ley 27.610—, deben concurrir las siguientes condiciones:

1) Una mujer o persona con otra identidad de género con capacidad de gestar, esto es, que pueda, naturalmente o por métodos artificiales, quedar embarazada

2) Que el aborto sea requerido por la paciente en un centro de salud, dentro de las catorce (14) semanas, inclusive, de la gestación.

3) Prestación del consentimiento informado, por escrito, de la paciente, de conformidad con lo establecido en la ley 26.742 (reformadora de la ley 26.529) y en el artículo 59 del CCyCN.

4) Si la persona gestante es mayor de dieciséis (16) años, puede prestar su consentimiento y decidir por sí misma la IVE; si, en cambio es menor de esa edad, puede prestar su consentimiento a través de sus representantes legales (art. 26 CCyCN). Si se tratare de una persona gestante con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con los derechos que otorga esta ley, podrá prestar el consentimiento y decidir la IVE por sí misma; si no pudiere prestar el consentimiento válidamente, deberá hacerlo a través de sus representantes legales (art. 59 CCyCN).

5) Una mujer o persona autopercebida (o con otra identidad de género), embarazada, y que el feto, al momento de ejecutarse la práctica, esté con vida y, como consecuencia de las maniobras abortivas, se produzca su muerte.

II. Responsabilidad funcional en abortos legalmente autorizados

La ley 27.610, como anticipamos, incorporó un nuevo artículo al Código penal, el 85 bis, cuyo texto establece lo siguiente:

Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

Se trata de una figura sin precedentes en nuestro historial legislativo, inclusive en el derecho comparado aunque, con ciertas matizaciones, observamos que algunas legislaciones castigan situaciones similares (por ejemplo, el art. 145 bis del CP español, incorporado por la LO 2/2010³).

³ Para un análisis de la nueva legislación en España, confr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, 23 edición, págs. 87 y sig., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal, parte especial* (Coord. J.L. González Cussac), 5ta. edición, págs. 83 y sig., Tirant lo Blanch

El funcionario público, el profesional, efector o el personal de la salud tienen, en principio, el deber de prestar la asistencia a la paciente a quien se le haya autorizado la interrupción voluntaria del embarazo. Es una obligación principal, cuyo incumplimiento puede irrogarle a estas personas responsabilidades disciplinarias, civiles, administrativas y penales.

Pero —de conformidad con la nueva legislación— pueden también ser *objeto*res de *conciencia*, que les permite oponerse al cumplimiento del deber jurídico que implica la práctica del aborto (art.10), vale decir, oponerse a la prestación invocando una objeción de conciencia fundada en razones religiosas, morales, éticas, filosóficas, ideológicas e, inclusive, políticas⁴.

La objeción de conciencia es un derecho del profesional y personal de la salud que deben actuar en la dilemática instancia que plantea el aborto, y tiene su fundamento normativo en la “libertad de conciencia o de religión” (libertad ideológica) reconocida en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 75.22 CN).

El artículo 10 de la Ley 27.610 establece que, quien ejerza la objeción de conciencia, deberá someterse a las siguientes condiciones:

- 1) Mantener la decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerzan su profesión.
- 2) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones.
- 3) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.

La misma normativa impide al personal de la salud negarse a la realización del aborto en casos en los que la vida o la salud de la persona gestante esté en peligro y se requiera atención médica inmediata e impostergable, como así a invocar la objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria posaborto.

La norma no es muy clara y puede generar confusiones a la hora en que deba tomarse una decisión sobre la realización de la práctica en estas situaciones, por cuanto establece la prohibición, al personal de la salud, de negarse a la IVE en una paciente cuando su vida o su salud “estén en peligro “y” requiera atención médica inmediata e impostergable”, vale decir, no sólo cuando concurren estas dos condiciones, sino también que la específica atención médica sea “inmediata e impostergable” —que son dos situaciones distintas e intercambiables—, algo que podría no suceder en ciertas circunstancias, por ejemplo, que la gestante presente un cuadro que pone en riesgo su vida o su salud, pero que no requiere atención médica inmediata e impostergable, entorno que permitiría al personal de la salud negarse a la prestación sanitaria invocando la objeción de conciencia, lo que no podría evitarse si se diera la total situación clínica en el estado de salud de la paciente.

Ahora bien, nos preguntamos ¿por qué se hace esa distinción de la prohibición de negar la objeción de conciencia “después” del aborto y no antes? Porque la prohibición en los casos de atención sanitaria posaborto es razonable, en la medida que la situación no implica la interrupción del embarazo, sino una prestación médica a una paciente a quien

Manuales, Valencia, 2016; FELIP I SABORIT, David, *Lecciones de derecho penal, parte especial* (Dir. Jesús-María Silva Sánchez), 7m. edición, págs. 60 y sig., Atelier, Madrid 2021; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Sistema de derecho penal, parte especial*, 4ta. edición, págs. 55 y sig., DIKYNSON, S.L., Madrid, 2021.

⁴ Conf. CIAURIZ, María José, “El aborto en el derecho español. Consideraciones doctrinales y legislativas”, disponible en www.boe.es

“ya se le practicó” el aborto, de manera que ya no tendría ningún sentido formular la objeción de conciencia frente a un aborto ya llevado a término.

El delito que estamos analizando sanciona a quien *dilatate injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.*

Sujetos activos son el *funcionario público o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud.*

La norma tiene “dos curiosidades” dignas de mención, que son únicas e irrepetibles (esto último, en rigor, es difícil saberlo entre nuestros congresistas) en la historia legislativa de nuestro Código penal:

- 1) por un lado, empieza el tenor del artículo diciendo: *Será reprimido o reprimida*
- 2) y, por otro lado, menciona a “el” funcionario público y a “la” funcionaria pública, como posibles agentes del delito.

Desde nuestro punto de vista, estas referencias “con perspectiva de género binaria” —una suerte de lenguaje penal inclusivo—, son innecesarias, pues está a la vista que el legislador siempre ha utilizado el pronombre personal “*El que...*”, para referirse al autor del delito, y nunca se ha puesto en discusión en la doctrina ni en la jurisprudencia (inclusive mundial) que, con tal referencia, no esté abarcada la mujer. Y, cuando tuvo la intención de distinguir entre el hombre y la mujer, lo hizo, tanto en las figuras básicas como en las agravadas, por ej. en el delito de femicidio, respecto del cual se decidió que sólo es femicidio la muerte de una mujer causada por un hombre y no al revés; o en la privación de la libertad agravada (secuestro), en su versión anterior, cuando se aplicaba la mayor penalidad en aquellos casos en los que la víctima era una mujer (hoy, por cuestionamientos que no vienen al caso desarrollar, se agregó el término “embarazada”); o agravando el secuestro, cuando el delito fuera cometido por un funcionario o empleado público pertenecientes a una fuerza de seguridad, sin hacer una distinción entre hombres y mujeres, etc.

Si así no fuera entendido, entonces habría que, no sólo reconsiderar toda la dogmática respecto del autor del delito en todas las infracciones previstas en el Código penal, incluyendo en el segmento relativo al sujeto activo una “perspectiva de género binario” (hombre/mujer), sino también habría que entender que, cuando el código no hace esta diferencia entre hombre y mujer, sólo debería ser autor la persona cuyo género gramatical está mencionado en el tipo de injusto, circunstancia que nos conduciría a sustentar la tesis, “insostenible”, por un lado, de que casi todos los delitos tipificados en el CP sólo pueden ser cometidos por hombres, no por mujeres, porque los tipos han sido redactados con pronombres masculinos determinados “*El que...*” (singular), “*Los que...*” (plural), etc. y, por otro lado, los delitos previstos en el Título XI —Delitos contra la Administración pública— sólo podrían ser cometidos por “funcionarios públicos masculinos”, por cuanto en ningún supuesto se ha hecho la diferencia entre funcionarios hombres y funcionarias mujeres. Por ejemplo —por citar solo algunos— en la malversación de caudales públicos, se hace referencia a “el funcionario...”, que hiciera tal o cual cosa; en el prevaricato se hace referencia a “el Juez” que hiciera tal o cual cosa, etc.

Sin perjuicio de estas “rarezas” de nuestro lúcido, imaginativo y siempre tan esmerado legislador⁵, lo que queda sin saberse es si están comprendidas las personas autopercebidas con otra identidad de género, puesto que, en el tipo penal, no se habla de “funcionario” (con el subfijo “e”), que sería —según esta moda— la denominación correcta para

⁵ Véanse las acertadas críticas de VILLADA, Jorge L. a este nuevo delito en “Ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo”, ebooks, Thomson Reuters, 2021.

estas personas, si se pretende incluir referencias gramaticales no binarias.

Se trata, sin dudas —por ser misericordioso con la crítica— de un exceso, una sobreactuación en términos de política criminal, que tiene más un color o interés político que imponer una nueva “moda” o técnica legislativa que, evitando la redacción tradicional en la confección de los tipos de injusto (por lo general, masculino en referencia al sujeto activo), incluya la otra pata de género, lo femenino.

Si de dislate legislativo se trata, peor hubiera sido, ciertamente, que el tipo penal diga “funcionario”, “funcionaria” y “funcionarie”, como cuando se dice “buenas tardes a todos, todas y todes”, lo cual demuestra una vez más, los sinsentidos del legislador argentino, siempre viviendo de contramano al mundo (ahora, a la lengua castellana) y llevando a cabo las cosas más absurdas que se pueda uno imaginar, en todos los ámbitos.

Por lo tanto, y más allá de este furcio legislativo y avanzando en el análisis de esta infracción, se trata de un delito especial de autor cualificado, el cual no puede ser cometido por cualquier persona, como se dijo muy ligeramente en la Comisión del Senado en oportunidad de discutirse el proyecto, sino sólo por quien reúne la condición establecida en la ley.

Si bien se ha eliminado la mención del médico que estaba regulada en la normativa anterior, específicamente en el art. 86, lo cierto es que ello no quiere significar que cualquiera puede practicar este tipo de aborto regulado en la Ley 27.610, menos aun en un establecimiento público de salud. El texto del artículo 85 bis, pese a sus notorias extravagancias, es bastante plausible en este sentido. Pero, aun así, conviene aclarar que, cuando dice “*el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud...que...*”, quisiéramos creer que está haciendo referencia a un “funcionario de la salud”, o sea, a un médico que a su vez es funcionario público, y no a “todos” quienes pueden ser considerados con tales condiciones —prestadores de la salud que ocupan un cargo público—, entre los que habría que incluir a farmacéuticos, odontólogos, psicólogos, bioquímicos, quinesiólogos, fisioterapeutas, etc. A esta dificultad, habría que sumar que la conjunción disyuntiva utilizada en el precepto ayuda muy poco en la interpretación, pues —si hacemos un análisis descontextualizado de su tenor— da toda la sensación de que está haciendo referencia a un “funcionario público” con funciones específicas en el centro asistencial, por ejemplo Director, gerente, etc. del hospital, el cual podría o no tener el título de médico, circunstancia que impediría —si no fuera un profesional de la salud acreditado— realizar la práctica del aborto, aun cuando pudiere tener otros niveles de responsabilidad administrativa y/o penal.

El artículo tipifica un delito especial, de autores cualificados, distinto a los abortos comunes previstos en los arts. 85 y sig. Código penal, los que pueden ser practicados por cualquier persona (el sujeto activo es indiferenciado); por lo tanto, nos parece que la referencia a prestadores de la salud en general o a “personal de la salud”, frase con que se colorea el final del precepto, comprende únicamente a los médicos y no a todos aquellos que pueden integrar ese colectivo de personas, por ej., enfermeros.

La norma no formula ninguna distinción respecto de la situación de los prestadores de la salud, de manera que quedan igualmente comprendidos quienes son objetores de conciencia y quienes no, pero, en el primer caso, nos parece que sólo podrán ser autores aquellos que realizaren las conductas típicas en el proceso de prestación sanitaria posaborto o en aquellos casos en los que pelagra la vida o la salud de la persona gestante, mientras que los que no son objetores de conciencia, podrán cometer el delito en cualquier circunstancia, si no concurrieren las condiciones legales exigidas para la práctica del aborto.

Desde luego que estos sujetos —según la situación de que se trate— pueden ser autores o partícipes en las acciones tendientes a la práctica del aborto, pero debería analizarse caso por caso, puesto que la autoridad del establecimiento (por ejemplo, el director del hospital), podría dilatar u obstaculizar la realización del aborto, pero no podría ser autor de “negarse a hacerlo” si no se tratare de la persona que directamente debe intervenir en su realización.

Si se tratare de un objetor de conciencia, por ejemplo, que no hiciera la derivación de la paciente a otro profesional en tiempo oportuno, incurriría en una dilación injustificada; también, si se negara a prestar la asistencia a una paciente cuya vida o salud corren peligro y debe ser atendida de inmediato y en forma impostergable, cometería igualmente el delito que estamos analizando (ver arts. 10 y 11 de la Ley 27.610).

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que, para evitar una criminalización indiscriminada de los profesionales de la salud —pues la norma no traduce ningún límite al describir las acciones típicas—, deberán manifestar previamente su objeción de conciencia negándose a la realización del aborto, pues de otro modo quedarían desamparados frente a la ley, debido a que cualquier dilación, por mínima que sea, podría ser entendida como una negación u obstaculización de la práctica y hacerlos incurrir en el delito.

Con respecto al sujeto pasivo, no se advierten problemas: es la mujer o persona con otra identidad de género con capacidad para gestar, que ha requerido la interrupción voluntaria del embarazo.

Como vimos, las acciones punibles consisten en *dilatar injustificadamente, obstaculizar o negarse*, a la práctica del aborto.

Si bien la norma —creemos que por un error de técnica legislativa— sólo se refiere a la acción de “dilatar” como que debe tratarse de una conducta “injustificada”, en realidad “todas” las acciones previstas en el tipo penal deben estar injustificadas, porque, de lo contrario, no se trataría de comportamientos antijurídicos; de allí que el mismo precepto aclare que las conductas se deben realizar “en contravención de la normativa vigente”, vale decir, de las disposiciones de la Ley 27.610.

Si así no se entendiera el precepto, se correría el riesgo de que cualquier acción u omisión que implique un obstáculo para la práctica del aborto, por mínimo o ínfimo que sea, o el médico, efector o personal de la salud, etc., se negaran a su práctica, por ejemplo, por falta de insumos médicos o por presentar la paciente un problema de salud que desaconseje el aborto, pudiere involucrarlos en una persecución penal por este delito.

La acción de “dilatar injustificadamente” puede generar serios problemas a la hora en que deba analizarse un caso concreto, puesto que -tratándose de una expresión muy abierta e indeterminada- se torna sumamente difícil establecer “cuándo” se está frente a una dilación, o “cuánto” sería el tiempo exacto para determinar si hubo o no hubo dilación (demora, retraso, retardo, etc.) en la atención sanitaria, es decir, en la práctica del aborto. En suma, el artículo presenta un déficit de redacción que dificulta determinar cuál es el “tiempo oportuno”.

Se trata, como se ve, de una *circunstancia temporal* que debe ser analizada caso por caso, puesto que se presenta como muy difícil establecer el baremo de tiempo adecuado para integrar el tipo de injusto. Más aun, cuando es la propia ley la que establece que la persona gestante tiene derecho a la IVE *en un plazo máximo de 10 días corridos desde su requerimiento* y en las condiciones que se establecen en la propia ley y en las leyes 26.485, 26.529, etc. (art. 5), circunstancia temporal que obliga al profesional de la salud a realizar la práctica del aborto dentro del mencionado plazo legal, puesto que, de no hacerlo, le po-

dría acarrear una conducta dilatoria, salvo que esté justificada por algún factor dirimente, el que deberá ser invocado por el prestador de la salud. Dicho de otro modo, éste plazo de 10 días corridos es oponible sólo al prestador de la salud, no a la persona gestante.

Claro que un problema podría presentarse en la determinación del momento *a-quo* del plazo, por cuanto debe tratarse de un tiempo a contarse en días corridos desde que la persona gestante ha requerido la IVE al sistema público de salud.

Una solución para evitar inconvenientes en la gestión administrativa de esta condición, podría ser asentar por escrito fecha y hora del requerimiento de la práctica del aborto, vale decir, documentar la situación en una historia clínica de la paciente, y a partir de allí comenzaría a correr el plazo legal de diez días.

El término *ad-quem* culmina en el preciso momento en que comienza la práctica del aborto, esto es, a las 24 hs. del día en que se lleva a cabo el aborto, siempre que no supere el día 10 desde el requerimiento.

Además, no sólo debe tratarse de una conducta dilatoria (de retardo) sino que además debe estar “injustificada”, de manera que deben darse las dos circunstancias por tratarse de una acción múltiple. Si una de estas características faltare, entonces no estaríamos frente a una acción típica.

Este tipo de conductas que se aprecian en el tipo penal, ya habían sido advertidas por nuestro máximo tribunal de justicia en el fallo F.A.L. s/medida autosatisfactiva, de 13 de marzo de 2012, en el que se dijo:

“Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. *Rápida*, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. *Accesible y segura* pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama” (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999)” CSJN, F. 259, XLVI, 2012, disponible en saij.gob.ar).

El delito es doloso, de dolo directo, sin que se requiera un elemento subjetivo especial distinto del dolo. La comisión imprudente no está prevista. Tratándose de un delito de pura actividad, se consume con la sola realización de las acciones típicas, sin que sea necesario que se frustre la práctica del aborto. La tentativa, por su parte, no parece admisible en ninguna de las modalidades previstas en el artículo.

III. Conclusión

Como pudimos observar en las páginas precedentes, la normativa en Argentina establece ciertas y determinadas condiciones para la interrupción voluntaria y legal del embarazo, en la que el consentimiento informado y la autonomía de la voluntad de la paciente juegan un rol preponderante y decisivo. Pero, como el aborto sin consentimiento o fuera de los plazos legales no mediando circunstancias específicas fijadas por la ley, sigue siendo delito, mantienen pleno vigor todas las cuestiones que se han planteado históricamente en torno de

este fenómeno, y que seguirán vigentes en tanto existan movimientos sociales, pensamientos y opiniones contrarias o a favor a su desincriminación.

Por consiguiente, el aborto sigue siendo un tema de debate y continuará la polémica sobre cuestiones de gran relevancia que se discuten a su alrededor, como el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho de la madre a la interrupción del embarazo, el momento del comienzo de la vida y el comienzo de su protección jurídico penal, los sistemas legales de regulación del aborto en el mundo y, especialmente, los temas e interrogantes aún no resueltos que surgen de la nueva legislación, cuestiones todas que merecen y necesitan de un análisis reflexivo más extenso y más profundo que el que se puede ofrecer en esta breve comunicación.

Diversos interrogantes alrededor del aborto. Análisis sobre las decisiones condicionadas

*Various questions around abortion.
Analysis of conditioned decisions*

Por: OSCAR TOMÁS VERA BARROS*

RESUMEN: En el análisis de esta cuestión utilizaremos una aproximación a los instintos en sus diversas perspectivas y las posibles incidencias en las conductas humanas, la posible responsabilidad que puede resultar de los actos voluntarios en general, y en el derecho penal, los diversos condicionamientos y su incidencia en las decisiones de la persona, el significado de los castigos en la percepción de algún grupo social, y diversos enfoques alrededor de ciertas conductas y específicamente del aborto.

PALABRAS CLAVE: Condicionamientos de la conducta, El instinto, Acto voluntario, Necesidad de castigo, Decisión de abortar.

ABSTRACT: *In the analysis of this question we will use an approach to instincts in their multiple perspectives and the possible incidences in human behaviors, the possible responsibility that may result from voluntary acts in general, and in criminal law, the various conditionings and their impact on the decisions of the person, the meaning of punishments in the perception of some social group, and various approaches around certain behaviors, specifically abortion.*

KEY WORDS: *Behavioral Conditioning, Instinct, Voluntary Act, Need for Punishment, Decision to Abort.*

Advertencia

Es necesario resaltar que lo que expongo tiene la particularidad de ser polémico y seguramente merecerá razonables críticas, con mayor razón por la circunstancia de que la legislación penal sobre el aborto es todavía nueva, ya que data de enero de 2021. También es atinado destacar que lo que pienso está relacionado al contexto social de nuestro país o de cualquier otro lugar en el que las percepciones sociales y contexto cultural sean semejantes.

Expongo mi pensamiento, con pocas citas, pues más que conclusiones, dejo planteados algunos interrogantes e intento dar algunas respuestas; eludiendo *ex profeso* la búsqueda exhaustiva del pensamiento de penalistas y demás referentes de alto nivel en la filosofía, psicología, biología y demás ciencias; pues, como dije, pretendo traer mis propios interrogantes con sus conclusiones.

No se debe dejar de lado, que si bien la ley 27610 estableció que no es delito el aborto bajos ciertas condiciones, hay conductas delictivas y excusas absolutorias.

Introducción

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, docente por concurso en Derecho Penal I y Derecho Penal II - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, Profesor consulto y ex profesor de Derecho Civil II Universidad Blas Pascal, Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Ex concejal de la Ciudad de Córdoba en dos períodos consecutivos.

No he preparado para esto una monografía con exhaustivo análisis de los conocidos pensamientos en pro o en contra de la penalización y no penalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

Lo cierto es que, intentaré filosofar sobre más de una cuestión; y, finalmente lo haré sobre lo que, al menos personalmente creo, es un problema y que tiene su lado trágico: el aborto como suceso voluntario en el mundo empírico pre-jurídico.

Para ello, en lugar de exponer conclusiones mías derivadas de otras ajenas, he preferido transitar el camino de las preguntas, de retornar a lo básico, tratando de ver qué es lo que ocurre en el mundo de la naturaleza, en una búsqueda de nuevas respuestas sobre el aborto voluntario, siempre en la idea de evitar todo reduccionismo.

Transcribo en esta introducción un pensamiento escueto y seco de SZTAJNSZRAJBER¹, pero disparador de un buen interrogante que nos invita a buscar respuestas.

Dice y se pregunta el filósofo:

“Está claro que toda reducción es opuesta al intento filosófico de abrir los conceptos y generar recorridos diversos, pero en ese sentido ¿no habrá también reduccionismo cuando en una clase se desiste del acontecimiento filosófico en pos de la repetición de nombres, citas, fechas, o de la destreza en hallar el comentario del comentario del comentario?”

También resalto la opinión de ZAFFARONI² citando a Feuerbach, reforzando la idea fundante de que cada persona *es* de acuerdo a las circunstancias y distinta en cada momento:

“La pretensión de que la imputación objetiva y subjetiva de la lesión jurídica podría completar el concepto de delito llegó a afirmar que el principio de igualdad obligaba a constatar solo las características del hecho, sin atención alguna a la personalidad del autor, debiéndose penar sin mirar a la persona sino solo atendiendo a la gravedad del delito. Bien entendido el principio de igualdad, el resultado es exactamente inverso: el injusto solo podría traducirse en una pena talional en una sociedad —por fortuna imposible— de seres humanos idénticos, pero también inmutables, es decir, no solo iguales entre sí sino también siempre iguales a sí mismos. Tal sería una sociedad no humana compuesta por seres no humanos, porque es tan inevitable que los seres humanos sean distintos entre sí como que cada uno de ellos sea un *ser siendo*, que no puede eludir su dinámica en cada constelación situacional en que realiza una acción”.

Luego de esta introducción base de nuestras reflexiones, exponemos el necesario marco conceptual que define el presente trabajo:

1. El mandato de la especie. ¿Será un instinto?

La especie humana, al igual que otras formas de vida, desde sus orígenes ha respondido a la necesidad de sostenerse en el sentido de sustentarse y defenderse mediante el número de individuos. Así, cuanto más individuos pertenezcan a un grupo social, mejores serán las

¹ SZTAJNSZRAJBER, DARÍO. 2019. *Filosofía en 11 frases*, pág. 9. Buenos Aires, Paidós.

² ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; ZLOKAR, ALEJANDRO. 2002. *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, pág. 650. Buenos Aires, Ediar.

perspectivas de perdurar como especie. Es decir, parece ser que el humano como otros seres vivos necesita que se produzcan nacimientos, o sea, reproducirse.

Posiblemente se trate de una cuestión puramente natural, impresa directamente en la propia genética que gobierna la tendencia a procrear.

Desde el amanecer de la especie humana y por muchos siglos, el grupo requería *mano de obra*, la cual era satisfecha con numerosos nacimientos. Cuantos más, mejor.

Tal vez sea por ello que, desde tiempo inmemorial pero ya en el acontecer social del humano, la pérdida de una preñez sea una frustración de expectativas, tanto individuales como grupales.

Con el paso del tiempo resultaría lógico, que el aborto causado voluntariamente resulte una conducta receptora de serios cuestionamientos.

Ello, posiblemente porque introduce una fuerte tensión entre el mandato natural e innato de la procreación como sostén de la especie humana, y la decisión de eliminar un futuro integrante del grupo. Es decir, tensión entre el instinto y la negación del instinto.

Debemos acotar en este punto que, como definición lexicográfica, el *instinto* es un conjunto de pautas de reacción que, en los animales, contribuyen a la conservación de la vida del individuo y de la especie.

Sigmund Freud decía que las pulsiones, impulsos o instintos son motivadores de la conducta humana. Agregando que, desde el punto de vista biológico, los instintos son pautas de comportamiento que tienen como característica ser hereditarias y comunes a toda la especie, señalándose como instintos básicos: el instinto de supervivencia, el instinto de reproducción y el instinto religioso.

2. El mandato modificado o superado. El corrimiento del instinto

Es posible que algunos mandatos como carga genética, ya no tengan plena presencia o si se quiere, hayan quedado debilitados y ocultos por el desarrollo cultural, reemplazados por la inducción de otras motivaciones desde la más temprana edad. En lo que hace al aborto voluntario, su rechazo ya no será instintivo sino producto del marco cultural en el cual nos desarrollamos.

Cuando hablamos de inducciones, hacemos referencia a la introducción de ideas, entre las cuales podemos hablar de internalización de valores y rechazo a disvalores.

Respecto a reacciones inducidas por las cuales se rechazan disvalores, sin duda que, por definición, son la impronta del contexto cultural en que el individuo se ha desarrollado. En ello se refleja en buena medida, lo que en el derecho penal denominamos *frenos inhibitorios*, que pueden ser más o menos intensos, dependiendo del individuo, de su realidad socio-cultural y de la mayor o menor intensidad con que se le haya inducido tales rechazos.

Pensemos, dentro de nuestro contexto social, en los tiempos nada lejanos en que se reprimía a la homosexualidad con ataques de toda índole, cuestión aún no totalmente superada, pero al parecer, en vías de superación. En esto, bien se puede pensar que la homofobia es un prejuicio inducido desde lo cultural y no una reacción instintiva propia de un mandato desde lo genético.

Tampoco parece provenir desde lo genético la antigua tacha de brujería, castigada con la muerte y curada con el fuego. Juana de Arco fue a la hoguera por *herejía* y *travestismo*. Más tarde Napoleón la declaró símbolo de Francia y luego la misma iglesia que la condenó, la canonizó.

Entonces parece ser que, el reproche del aborto, la homosexualidad y la herejía puestos como ejemplo, en el marco de cualquier grupo social organizado, han tenido —o

tienen— ciertas motivaciones de carácter fuertemente cultural que derivaron a acciones tales como el dictado de leyes para institucionalizar su represión. Tales reproches se fundan en enfoques o perspectivas éticas, morales, religiosas, jurídicas, sociológicas, etc.

Por cierto, que si nos preguntamos: ¿cuál es la ética correcta, o cuál es la moral correcta? Cabe una sola respuesta: la ética o la moral correcta es la que la generalidad de los individuos de un grupo social acepta en algún momento de su historia. Parece ser que no cabría otra conclusión que estamos ante comportamientos o costumbres delineados culturalmente.

Luego del marco conceptual expuesto, abordaremos algunas reflexiones:

a) El acto voluntario como factor de responsabilidad

La voluntad que nos interesa en la ciencia penal, no es solo la de obrar en el aspecto meramente material en que la persona decide realizar movimientos corporales, con la que solo se causarían resultados; sino la voluntad que procura introducir un riesgo no tolerado, o directamente, con dolo, realizar el tipo objetivo de algún delito, es decir, una voluntad con propósito de lograr un resultado.

Para ello resulta útil considerar la definición de acto voluntario expresada en la ley civil, que establece con fuerza de estipulación legal en el artículo 260 del Código Civil y Comercial, lo siguiente:

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

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

Podemos decir entonces en nuestro contexto, que el *discernimiento* es una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo justo de lo injusto. Se trata de estados de consciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones.

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

En cuanto a la *libertad*, es la posibilidad en el caso concreto de elegir entre distintas alternativas espontáneamente, o sea, sin coacciones, sin condicionamientos de ninguna índole.

Por ello, la fuerza, el temor, la intimidación, situaciones de condicionamiento social, presión psicológica, etc., eliminan o afectan de alguna forma la libertad. A los efectos penales, una libertad viciada es un impedimento para atribuir responsabilidad, porque está eliminada o disminuida la culpabilidad por inexistencia de autodeterminación.

Ello así, porque en materia jurídica solo generan responsabilidad los actos voluntarios con plena libertad; es decir sin condicionamientos.

b) ¿Qué es un condicionamiento?

Planteamos que el condicionamiento en este cuadro de situación, es una limitación o restricción a la libertad de actuar o de no actuar, es decir, afecta la autodeterminación. Tal

afectación puede venir de terceros o de cualquier otra circunstancia, incidiendo en el ánimo cuando se tiene que decidir la realización de alguna acción.

De algún modo, al condicionamiento lo relacionamos a presiones o imposiciones que, como lo hemos dicho, pueden provenir de terceros o de ciertas circunstancias. Entendemos que cualquier presión o imposición implica un mandato de hacer, no hacer o tolerar algo, y por ello, como mandato, le puede ser inherente alguna sanción; como, por ejemplo, la reprobación del grupo al que pertenece, ya sea grupo social, familiar, de amigos, jerarquías, etc.

Si esa presión o imposición viene de terceros, aun en el caso en que la amenaza de sanción esté velada o implícita, bien podemos asimilarla a la coacción.

En este sentido, el condicionamiento como factor debilitante de la libertad, y por ello indicador de una voluntad viciada, debe incidir en la culpabilidad. Como correctamente DE LA RÚA y TARDITI han dicho que el sujeto:

“No obrará culpablemente porque se encuentra reducido el ámbito de autodeterminación ya que no se ha decidido con libertad por el injusto”³.

De acuerdo a este punto, el condicionamiento tiene como resultado que el acto ha sido realizado con voluntad viciada, por haber estado restringida o anulada la libertad como base del acto voluntario, en el sentido de restricción de la autodeterminación.

Por ello, resulta atinada la cita de ZAFFARONI⁴:

“Cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y, con ella el concepto mismo de persona y, por consiguiente, el de ciudadano. En síntesis: responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables”.

Desde antiguo, la libertad fue un objeto de la filosofía. Aristóteles reconocía en la persona la capacidad para decidir *libremente* y de manera racional frente a diversas opciones. Tomás Moro hablaba de la libertad de la persona como un “poder listo para obrar”, refiriéndose a la capacidad de elección y a la libertad de ejercer su voluntad sin coacción alguna.

Lo que planteamos es que, posiblemente, debemos adaptarnos a los cambios culturales, al desarrollo de la ciencia, y en particular ciencias empíricas como la biología, la psicología, la neurociencia y la sociología como fuentes de conocimiento al abordar cuestiones prácticas del derecho penal. Con ello, pensamos que no debe dejarse de lado el hecho de que, frecuentemente existen condicionamientos que eliminan la autodeterminación y con ello muy posiblemente queda eliminada la responsabilidad por los propios hechos.

c) Algunos condicionamientos en particular

En la psiquiatría se define a la voluntad como la facultad que permite al ser humano gobernar sus actos, en el sentido de *decidir con libertad* y optar por un tipo de conducta determinado. Agregando que todo acto voluntario requiere de dos supuestos: 1) Tener conciencia de una situación en la que hay, al menos, dos alternativas distintas de elección; y 2) La

³ DE LA RÚA, JORGE – TARDITI, AÍDA. 2015. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 2, pág. 228. Buenos Aires, Hammurabi.

⁴ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; ZLOKAR, ALEJANDRO. 2002. *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, pág. 672 citando a Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires, Ediar.

elección tiene lugar tras haber reflexionado y tomado en cuenta los beneficios y perjuicios de cada elección.

Hemos resaltado la frase *decidir con libertad* como requisito del acto voluntario, porque entendemos que hay casos en los que esa libertad de decidir entre las alternativas posibles, está condicionada, es decir, restringida o anulada; de modo tal que se hace muy dudoso que se pueda reflexionar y decidir con total libertad cuando las alternativas posibles son todas desfavorables. No hay libertad plena cuando toda alternativa es perjudicial en algún sentido.

c.1) El consumismo como factor condicionante

En el modo de vida actual, la generalidad de los individuos está fuertemente motivada por los medios de difusión masiva; principalmente por la televisión y redes sociales, en los que se induce a consumir generando, muchas veces, falsas necesidades.

Ello, utilizando la técnica denominada *marketing*; lo que lleva a generar por medio de la inducción —como conocimiento no vivenciado—, el deseo de tener ciertos objetos.

Lo que resulta importante es que se induce para el consumo innecesario de bienes y productos. No por satisfacer una necesidad, sino para aparentar o encajar en un grupo social, como la necesidad de tener vestimenta *de marca*, etc.

Pero esa inducción realizada por los medios masivos de comunicación no solamente se advierte en el consumo de bienes materiales, pues también tiene efectos en la adopción de modos de pensar, ideologías, mandatos éticos o morales, etc. Al respecto, en un análisis del Control Social, CAROLINA PRADO⁵ con excelentes argumentos nos ilustra con la siguiente conclusión:

“Puede observarse cómo, en las sociedades democráticas de masas, el control social tiende a descentralizarse y democratizarse, no resultando en consecuencia tan sencillo identificar hoy al Estado como el principal agente de control sobre la sociedad. Al presente, la forma preponderante de control social es administrada mayormente por quienes detentan la capacidad de producir significados en la sociedad, en particular, por los medios masivos de comunicación que, a través de la emisión de mensajes uniformes y estandarizados, contribuyen a homogeneizar el pensamiento y potenciar la idea de aldea global”.

Agregamos a ello, que esos “mensajes uniformes y estandarizados” no son una casualidad, ya que resultan ser el producto de una técnica altamente refinada, asentada en la psicología social, sociología, conductismo, etc. Es decir, una verdadera ingeniería puesta al servicio de la exacerbación del consumo, por medio de la inducción de conceptos, opiniones o juicios.

El consumismo y el sujeto marginado o invisible

Dentro de cualquier grupo social, los jóvenes necesitan y buscan relacionarse por mandato natural de la especie; lo que culturalmente tiene como vector, en el sentido de *acción proyectiva*, el esparcimiento y diversión; lo que se materializa principalmente en la concurren-

⁵ PRADO, CAROLINA. 2021. “Apuntes sobre control social y control punitivo estatal. Origen, evolución y significaciones actuales de ambos conceptos”, en *Cuadernos de Derecho Penal N° 7* – Academia de Derecho y Ciencias Penales de Córdoba, pág. 109, con cita a Melossi.

cia a lugares donde se comparte la diversión con música, se consume bebidas y se baila, integrando un grupo en el cual pocos se conocen.

Es lógico pensar en algún caso en que un varón joven pretende acercarse a una mujer joven y ser aceptado por ella; y como no se conocen previamente, el primer filtro que tiene esta joven para aceptarlo o no, es la clase de vestimenta que tiene el joven; luego de ello, su fisonomía, lo gestual, etc.

Pensemos en un escenario en que la luz es tenue, la música en general es “tecno” con intensidad en la percusión y de muy alto volumen, lo que hace que la conversación quede en segundo plano frente a lo emocional. O sea, el filtro para la aceptación es puramente visual, resultando así que la vestimenta, por ejemplo, no puede ser propia de una persona pobre o marginal. De ser así, es altamente probable que genere rechazo, o que directamente se lo ignore.

Entonces, un joven que pretende entablar alguna relación, aunque sea del momento, ha de estar con ropa y zapatillas de marca y, por cierto, mejor si es de alto precio. De otra manera, podemos decir que el joven de esta pequeña historia es *invisible*, y por ello y de esta manera no logrará su propósito.

En ello vemos un fuerte condicionamiento: si el joven no tiene ropa de marca de alto precio será rechazado, siempre y cuando en el ingreso al lugar, previamente no se le haya impedido la entrada; ya que, como es conocido por todos, en esos lugares de diversión nocturna se discrimina y se niega el ingreso basándose en parámetros de aspecto personal como su posible ubicación social, vestimenta, etc.

Este escenario nos permite plantear una hipótesis: un joven que puede ser menor o no, toma la determinación de robar unas zapatillas, una campera y un pantalón de alto precio y las roba.

Podemos pensar y no estaríamos concluyendo algo alejado de la lógica que nos plantea la realidad, que el joven de este cuento quiere ser *visible*, no solo a los ojos de una joven para entablar una relación, aunque sea circunstancial, sino también para presentarse a pedir trabajo en alguna empresa o negocio.

Fuerte condicionamiento

Entendemos que, posicionándonos en el contexto relatado, cualquier joven está intensamente motivado para relacionarse sentimentalmente con otros jóvenes del mismo o distinto sexo. Estamos hablando de una motivación que viene de los instintos mismos de la especie; de tal modo que es una prioridad urgente, pues en la adolescencia y juventud se vive el presente. Muchos de ellos sienten que ciertos logros son ahora o nunca. Tales prisas o apremios son notorias en la sociedad actual.

Si el joven de esta historia se apropió indebidamente [hurtó o robó] unas zapatillas en la vía pública y en horas del día con todos los riesgos que ello implica, es posible conjeturar en un primer momento, que tal acción ha sido voluntaria.

Pero, avanzando en el análisis, debemos tener en cuenta lo ya dicho: que para que una voluntad sea generadora de responsabilidad, ha de ser una voluntad sana, es decir, que la decisión que tomó el sujeto haya sido totalmente libre; o sea, una voluntad sin ninguna forma o modo de condicionamiento. En algo que todos podemos estar de acuerdo, es que un condicionamiento restringe y alguna vez puede anular la libertad de decisión.

Con mayor razón, cuando los condicionamientos vienen por fuera de lo racional, surgidos de sentimientos profundos, desde los instintos o inducciones implantadas.

A ese joven que ansiaba pertenecer o al menos ser aceptado en determinado grupo social, se le presentaban dos alternativas, ambas desafortunadas o no queridas: seguir siendo invisible y por ello excluido de una inserción social deseada; o robar para franquear el problema. Eligió la segunda de dos malas alternativas. Si no robaba, entendía que se condenaba a sí mismo a ser un marginado para siempre.

Conclusión para este caso, tenemos serias dudas de que se pueda tener a la conducta en cuestión como penalmente responsable, ya que en la hipótesis actuó sin libertad plena. Y sin libertad plena hay al menos, un obstáculo importante al momento de declarar su culpabilidad.

c.2) El caso del Juicio Abreviado y los factores condicionantes

Conocemos que en los ordenamientos procesales existe el denominado juicio abreviado, regulado en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba en el artículo 415.

De acuerdo a ello y antes de iniciado el debate, se establece que se puede llegar a un acuerdo entre el imputado con su defensor y el fiscal, respecto a la pena que solicitará, bajo la condición de que, el imputado reconozca circunstanciada y llanamente su participación y culpabilidad en el hecho que se le enrostra.

Este tipo de enjuiciamiento trae aparejada la ventaja para el imputado, de que el tribunal no podrá imponer una pena más grave que la pedida por el fiscal, e incluso disminuirla. Por su parte, la Administración de Justicia se beneficia con un debate breve en una única audiencia.

¿Cuál es el trasfondo de la cuestión en algunos casos particulares?

En la práctica de la defensa penal, los que dedicamos nuestros esfuerzos a ella, nos encontramos ante muchos casos en que se imputan delitos tales como causación dolosa de aborto o contra la integridad sexual.

En procesos de esta clase, ante la carencia de toda prueba directa, la denuncia de la supuesta víctima solo es apoyada por indicios que, de acuerdo a la ley deben ser cuanto menos vehementes.

Ante ello, y haciendo referencia a casos en que el injusto no se cometió; nos encontramos con un verdadero galimatías; pues en los hechos, resulta imposible acordar con fiscales y jueces si determinados indicios son realmente vehementes; y si resultan o no contrarrestados por otros indicios que señalarían lo contrario, o los debilitan; con lo cual habría una duda a favor del imputado. Es decir que nos encontramos en verdaderas disputas verbales, ya que, el concepto de vehemencia es tomado por muchos de nuestros fiscales con excesiva amplitud, si se nos permite esta apreciación.

En los tiempos que corren, debemos sumarle a esta cuestión un dato ampliamente difundido: la poca confianza de los justiciables en nuestros jueces.

Es decir que, aunque el caso esté en manos de un fiscal y de un juez estudiosos y serios, el imputado que está generalmente en prisión preventiva teme que, en juicio común, el alegato de su abogado no tendrá el resultado esperado de acuerdo a las garantías constitucionales, ya que la valoración del fiscal y del tribunal respecto a los mentados indicios, se inclinará por otorgarles vehemencia, y así concluir en una condena que puede ser grave.

Ello así, porque se desconfía en que recaería una absolución, pues la hipótesis es que el delito no se cometió. La desconfianza aludida está corroborada por todas las estadísticas respecto a la valoración de la gente respecto al Poder Judicial. Para ello, tenemos una reciente estadística publicada por la *Editorial Perfil* en edición digital el 9 de julio de

2021⁶ según la cual, en el orden de confianza de la gente, aparece en el penúltimo lugar la Justicia, seguida de la Política.

Hemos destacado el hecho de que el imputado esté en prisión preventiva, pues ello resulta un factor de fuerte intensidad, en cuanto que los demás internos opinan lo siguiente: no solo habrá condena, sino que ésta, de acuerdo a experiencias carcelarias, estará muy cerca del máximo. Estos mismos internos inducen en el imputado la idea de que el riesgo será menor aceptando las condiciones del juicio abreviado, al extremo tal, que admitirá su responsabilidad, aunque el hecho sea inexistente.

La razón de su decisión está contaminada por el pánico, ya no solo de ser condenado siendo inocente, sino de recibir una condena muy grave. En otras palabras: cuando el imputado en su fuero íntimo pone en un plato de la balanza la garantía de la duda basada en la debilidad de los indicios, y en el otro plato el criterio amplio respecto a la vehemencia de esos indicios, imagina inmediatamente que no debe “cruzar el Rubicón” yendo a un debate amplio, pues ello, piensa, sellará la peor de sus suertes.

Es entonces que le pide a su defensor que trate de llegar a un juicio abreviado.

Finalmente, en este abreviado el juez se dirige al acusado a fin de saber si su consentimiento ha sido manifestado en forma libre y voluntaria.

En este punto encontramos la crítica al sistema, pues si bien es cierto que nadie lo forzó a que acepte un juicio abreviado, su decisión es voluntaria en apariencia, pues se puede decir sin dudar que esa decisión no fue libre.

Ello así, puesto que, aunque no haya habido coacción de otra persona, sufrió un intenso condicionamiento que lo llevó a elegir de entre dos alternativas malas: la menos mala, al menos por conocida de antemano. Ello es lógico, pues en casos como el expuesto, ni el imputado ni su defensor pueden estar seguros de una absolución, aun considerándola procedente.

En favor de los fiscales y jueces debemos decir, que no saben lo que el imputado sí sabe: que el hecho no ocurrió, pero quedó presumido⁷. Y decimos que quedó presumido por al menos cuatro cuestiones:

- 1) falta de prueba directa,
- 2) la denuncia de la víctima como parte interesada y fuertemente afectada en su imparcialidad, y
- 3) por indicios híper valorados.
- 4) en delitos contra una mujer tiene mucho peso la exigencia de considerar la perspectiva de género.

c.3) El infanticidio y los factores condicionantes

Es interesante el caso de una mujer de 35 años de edad, que fue condenada por el tribunal de juicio como autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo (homicidio de su hija recién nacida) y se le impuso ocho años de prisión⁸ porque mediaron circunstancias extraordinarias de atenuación.

⁶ Publicación del diario Perfil del 07 de julio de 2021: “Entre las opciones, con respuesta única, 32,7% de los consultados eligió a la Iglesia y al Papa Francisco como la institución que les genera mayor confianza. Luego aparece el periodismo con 20,2%, las Fuerzas Armadas con 14,4%, la Policía con 7,9% y los empresarios con 7,2%. Mientras que últimos están el Poder Judicial con 7% y la política con apenas 5,2%”.

⁷ De acuerdo a la Real Academia, presumir es suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen.

⁸ Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Causa N° 103.123 “R. ROSALÍA E. S/ RECURSO DE CASACIÓN”. 16/07/2021. Fuente: Actualidad Jurídica, Edición digital del 16/07/2021.

El tribunal de casación resolvió con un análisis de la historia de vida de la imputada, que creció y se desarrolló en un contexto de vulnerabilidad que se mantuvo como una constante, marcada por las necesidades económicas, el acceso limitado a la educación y las relaciones afectivas signadas por la violencia, el abandono y la desprotección, teniendo en cuenta su contexto de vulnerabilidad al que se suma su condición de madre soltera, en una zona rural de la Provincia de Buenos Aires donde se sintió avergonzada de mostrar un nuevo embarazo sin padre; todo ello marcando una base socio cultural impregnada en todos los aspectos que deben considerarse al juzgar el caso.

El Superior se apoyó también en las pericias psicológicas a la imputada que indicaban sintéticamente, que es muy posible que no haya podido apreciar adecuadamente la situación que vivenciaba y sus consecuencias. Aclaró la pericia, que apreciar no es comprender en abstracto, sino reconocer afectiva y cognitivamente lo vivido y la trascendencia que tiene para sí misma. No se relaciona con lo razonable o no de la opción que toma la examinada, sino con darse cuenta realmente de su situación y valorar riesgos y beneficios, para poder tomar una decisión.

En Casación fue absuelta.

Decimos en consecuencia que este es un ejemplo que nos muestra la falta de responsabilidad penal de una persona capaz, pero fuertemente condicionada por circunstancias que le aniquilaron o al menos disminuyeron en gran medida su autodeterminación.

c.4) El aborto y las decisiones condicionadas

En este punto ingresaremos a lo expuesto en el título de esta exposición, previo el análisis de algunos elementos necesarios para emitir finalmente una conclusión.

El término “penalizar”

Para lo que sigue, entendemos que el término *penalizar* es de uso corriente y más que normal en la ciencia penal. En los últimos tiempos se ha escrito mucho sobre la penalización del aborto y también sobre su despenalización. Si bien es cierto que se trata de una discusión jurídica, periodística y parlamentaria; también ha sido y es planteada en diversos grupos sociales, políticos, religiosos, etc., introduciendo argumentos de todo tipo tales como lo ético, lo moral, lo legal, lo constitucional, etc.

Pero hay algo que no debe pasarse por alto, y consideramos que debe abordarse sin atajos.

Nos referimos a que, cuando se habla de penalizar el aborto, en el caso particular de la gestante, no de un tercero, penalizarla es lisa y llanamente enjaularla; sin un análisis respecto a que, si el ingreso de esa mujer en la jaula que es la cárcel, es la mejor solución, merecida y necesaria.

En este punto en particular debemos entonces entender que el término penalización, tan técnico y tan neutral, en los hechos no es para nada neutral, pues es lisa y llanamente un encierro, un enjaulamiento; lo cual, por su extrema gravedad, merece analizarse con la mayor de las objetividades.

Hablemos de la concepción

Es importante reflexionar sobre la concepción o fecundación. Nos preguntamos si este inicio de la vida humana es algo que se produce en el instante mismo en que se forma o nace el cigoto a partir de la unión de los gametos, o pasa algún tiempo desde que los gametos se unen hasta que el cigoto está perfecto y en condiciones de iniciar un nuevo proceso

biológico. Según la ciencia, la concepción no es un instante sino un proceso que dura alrededor de doce horas. Desde el momento en que comenzó este proceso, el cigoto comienza a fijarse en el útero en un proceso que dura 14 días, y es ahí cuando ya es viable; y este es un dato importante, pues cualquier interrupción del proceso de formación del cigoto, o de su fijación no debería tener reflejo alguno en lo jurídico.

¿Qué es ser persona? ¿Un grupo pequeño de células lo es?

Nuestro Sistema Jurídico ya ha respondido a esta cuestión, con lo cual, en ese contexto todos sabemos y jurídicamente así resulta, que la persona comienza en la concepción.

Si bien es cierto que todavía se puede discutir si ya es persona en lo jurídico una concepción recién iniciada, o lo será con el proceso de concepción concluido, que, según la ciencia es a los 14 días.

Pero no es ese el interrogante planteado aquí. Preguntamos simplemente desde lo biológico si un pequeño grupo de células que son la consecuencia inmediata del proceso de desarrollo del cigoto, ya es una persona humana; o en su caso habrá que decidir cuál es el estadio del proceso en el que ya encontramos una persona en desarrollo, pero persona al fin.

Este interrogante nos plantea necesariamente otro: ¿será la existencia de cerebro lo que nos impone concluir que estamos ante un ser humano? Y respecto a ello, ¿será suficiente con que haya al menos una célula cerebral? Nos resulta importante esta cuestión definitoria, pues seguramente la mayoría pensará que la existencia de células interactuando, reproduciéndose y generando nuevas formas, crearán a partir de sí mismas un cuerpo que terminará siendo una persona humana. La cuestión es cuándo, o sea, en qué momento de la gestación ocurre esto último.

Por cierto, que con lo expuesto, resulta una tensión entre lo dicho por el derecho y lo que puede decirse desde la ciencia.

Es que, aceptamos que el derecho penal en particular no crea el hecho empírico, sino que solo lo valora; y con mayor razón le vedamos al derecho decirnos algo respecto a un proceso biológico.

En cuanto a lo dispuesto por la legislación desde hace ya largo tiempo, en el sentido de que la vida (humana) ha de preservarse desde la concepción; nos preguntamos si es buena la idea de que tal concepto jurídico continúe como dogma inmutable sin mirar más nada, o deberíamos asumir la tarea de adecuar el concepto a lo que nos enseñe la ciencia causal explicativa, no como un inicio de vida simplemente, sino tratar de conocer cuál es el momento en que un grupo de células ya es una persona.

Una opinión fundada que consideramos razonable expresa que

“(...) la importancia genética de la definitiva fijación del preembrión en las paredes del útero, a los catorce días de producida la fecundación (...) es de grado superlativo, al punto que recién en ese entonces puede diagnosticarse clínicamente el embarazo. (...) En función de estas circunstancias, se promociona el momento de la culminación de la anidación como el inicio de la vida humana tutelada por el ordenamiento jurídico”⁹.

El aborto, ¿es un conflicto?

⁹ AROCENA, GUSTAVO A. 2022. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, pág. 135. Córdoba, Lerner.

La pregunta en realidad es si existe tal conflicto y si lo podemos asumir como un problema, y en su caso, en qué contexto es problemático.

Respondemos de inmediato que el aborto siempre ha sido un problema. Como ya lo dijimos, comenzó siendo una fuerte tensión con los mismos instintos: por un lado, la necesidad de nacimientos y, por otro lado, la evitación de un hecho de la naturaleza misma.

Pero actualmente ya no existe o quedó larvada la necesidad de nacimientos como sustento instintivo, genético, de la especie; en cuyo contexto toda preñez es plausible.

Ahora bien, por fuera de lo que puede ocurrir en aldeas primitivas, y dejando de lado el delito sexual; en la sociedad actual ocurre un embarazo simplemente porque se quiere tener un hijo, aunque también hay embarazos que se producen sin quererlo. En esta segunda hipótesis surgen dos únicas alternativas: a) se acepta el hijo por venir, o b), se aborta.

En nuestros tiempos es cuando más intensa resulta la discusión. Dejando de lado abordajes muy importantes como el legal, el ético, el moral, el religioso, etc., que han sido suficientemente tratados, incluso en el ámbito de este Instituto de Ciencias Penales; pensamos que existe otra perspectiva por fuera de lo que establece nuestra ley penal, es decir, enfocar solamente a la persona gestante que decide abortar, pero como suceso empírico; ya que con el dictado de la ley 27610 no se acallaron las opiniones que insisten en la denominada “penalización” del aborto.

Tan es así, que vastos sectores de nuestra sociedad critican esa ley tachándola de inconstitucional o por el motivo que fuere, pues en realidad insisten en que el aborto es y debe seguir siendo delito, es decir: suceso punible; con la salvedad no generalizada, de los casos de violación o de la protección de la vida o salud integral de la gestante.

Hicimos referencia a dos enfoques en relación a la penalización del aborto: uno es el análisis de lo que establece la ley antes de la modificación de la 27610, y el otro enfoque es la conducta de la gestante.

Enfoque legal

La gestante que se somete voluntariamente a la interrupción de su embarazo en algunas hipótesis es punible, y deberá ser encerrada; digámoslo así: enjaulada en una cárcel. En este enfoque la discusión no existe, porque la ley manda a castigar y no hay otra solución posible.

Enfoque del suceso empírico

Esta perspectiva que es diferente a la anterior, consiste en pensar en alguna mujer con un embarazo no deseado a pesar de haber creído que sus cuidados eran suficientes, en dos circunstancias distintas:

a) En un grado de pobreza con varios hijos a la que se le presentan dos alternativas y tiene que tomar una decisión: la primera es llevar adelante el embarazo y parir, con lo cual incrementará su pobreza y la de los suyos; y la otra alternativa es abortar. Para ella, cualquiera de las alternativas es indeseable. Esta mujer decide abortar contrariando fuertemente sus propias convicciones éticas y religiosas. Más aún, tratará de ocultar el aborto pues se encontraría con un fuerte rechazo social; y

b) Mujer joven, digamos de 18 años de edad, que bien podemos decir “una chica” perteneciente a una familia y entorno social conservador, tradicional, y respetuoso de sus creencias religiosas. Ella está estudiando en la universidad y es sostenida en lo espiritual y económico por sus padres que residen en otra provincia.

Fruto de sus relaciones sexuales con quien considera su pareja, quedó embarazada a pesar de los cuidados que tuvo. Con ello se le presentan también dos alternativas y tiene que tomar una decisión al igual que en el caso anterior: la primera es llevar adelante el embarazo no querido, trastocando su plan de vida y chocando fuertemente con las convicciones familiares; y la otra alternativa es abortar.

Para ella cualquiera de las alternativas es indeseable. Esta chica decide abortar contrariando fuertemente sus propias convicciones éticas y religiosas; y ocultará el aborto como ocultó su embarazo, pues se encontraría con un fuerte rechazo familiar y social.

En este análisis del suceso empírico, podemos afirmar que el aborto es un problema social grave.

En los ejemplos expuestos podemos advertir que la decisión de abortar no es para nada una decisión libre, pues los condicionamientos económicos, psicológicos, familiares y sociales son de tal intensidad, que nos permiten afirmar que: salvo algún caso aislado, el aborto es una verdadera tragedia para cualquier mujer; y que cuando una mujer toma la decisión de abortar está ante un pesado dilema, pues debe elegir entre dos opciones que, en el caso, ambas son desafortunadas.

El acto de abortar entonces, como lo expusimos al comienzo al plantear la incidencia de los condicionamientos, no es un acto totalmente voluntario; y en algunos casos, para nada voluntario; porque no puede haber acción voluntaria sin libertad.

Ahora, ante este suceso del mundo natural; desde el derecho penal debemos valorar decidir lo siguiente:

- ¿debe haber merecimiento de castigo?
- ¿podemos pensar seriamente que el castigo es el encierro en una cárcel?
- ¿podemos pensar que el encierro o cualquier otro castigo es realmente útil?
- ¿podemos decir que la acción es dolosa desde la ciencia penal, afirmado que su decisión fue producto de una reflexión libre?

Colofón

Después de tantos interrogantes que nos acosan, pensamos que merecemos un giro copernicano.

Reflexionamos en que si es posible y suficiente comprender y explicar un tipo penal desde su texto mismo, o si es necesario enfocar los hechos de la naturaleza que dieron origen al tipo penal, es decir: el suceso empírico es la causa y la ley su efecto. No a la inversa.

Entonces, parece necesario enfocar ese mecanismo —tal vez perfecto— que es el hecho natural, para aprehender y valorar sus circunstancias tanto presentes como previas.

Parfraseando a Ortega y Gasset: cada persona toma decisiones gobernada por sus circunstancias.

Agregamos que tales circunstancias pueden ser genéticas, y fundamentalmente culturales.

Por eso es bueno sintetizar lo que hemos expuesto:

- Del intento filosófico de abrir los conceptos;
- De que cada persona es un “ser siendo”, no debiendo eludirse su dinámica en cada constelación situacional en que realiza una acción;
- De que las pulsiones, impulsos o instintos son motivadores de la conducta humana;
- De la falta de libertad como negación de responsabilidad;

- De la negación de culpabilidad cuando se encuentra reducido el ámbito de autodeterminación;
- De la inseparabilidad de responsabilidad y autodeterminación;
- De que la libertad de la persona es la capacidad de elección sin coacción alguna;
- De la homogeneización del pensamiento inducido por los medios masivos;
- Y en fin... de lo pernicioso que resulta quedar obligado, coaccionado digamos, a elegir entre dos malas alternativas.

Para finalizar, creemos que el concepto de acción voluntaria generadora de responsabilidad, merece siempre un serio análisis del grado o nivel de libertad que tuvo el sujeto al momento de realizar un hecho típico.

En el caso del aborto en particular; lejos de cualquier preconcepción, dudamos seriamente que, como sociedad, debamos llegar a la conclusión de que resulta necesario castigar a esa gestante que optó sin libertad o sin la necesaria reflexión, la alternativa trágica de interrumpir voluntariamente su embarazo. Es que, cuando no está presente la necesaria libertad y reflexión para actuar, debemos negar el dolo.

El aborto y la dignidad de la vida humana: análisis de las propuestas despersonalizadoras y despenalizadoras

Abortion and the dignity of human life: analysis of depersonalizing and decriminalizing proposals

Por: **ÁLVARO E. CRESPO****

RESUMEN: El presente trabajo indaga sobre la penalización del aborto. Y lo hace a partir del bien jurídico protegido por la figura penal, esto es, la vida humana. Analiza distintas posiciones éticas o de filosofía moral que, por un lado, niegan el carácter de persona al ser humano concebido, y, por el otro, ponen el acento en la dignidad de la mujer, en los daños que produce la penalización y en la ineficacia de ésta. Tras ello señala las consecuencias necesarias de tales posturas: la despersonalización de la vida humana en los primeros meses del embarazo o hasta el nacimiento y la absolutización de la autonomía de la mujer. Se propone, frente a ello, un enfoque ético objetivista que reconozca la dignidad de la vida humana en gestación, sin menoscabo de la dignidad de la mujer, y que evite la despersonalización a la que llevan los sostenedores de una ética subjetivista. De ese modo, se concluirá que la penalización del aborto está moralmente justificada.

PALABRAS CLAVE: aborto, penalización, vida humana, persona, dignidad

ABSTRACT: *This paper investigates the criminalization of abortion. And it does so from the legal right protected by the criminal figure, that is, human life. Analyzes different ethical positions or moral philosophy that, on the one hand, deny the character of a person to the conceived human being, and, on the other, emphasize the dignity of women, the damage caused by criminalization and the ineffectiveness of it. After that, he points out the necessary consequences of such positions: the depersonalization of human life in the first months of pregnancy or until birth and the absolutization of women's autonomy. Against this, an objectivist ethical approach is proposed that recognizes the dignity of human life in gestation, without undermining the dignity of women, and that avoids the depersonalization to which the supporters of a subjectivist ethics lead. In this way, it will be concluded that the criminalization of abortion is morally justified.*

KEYWORDS: *abortion, penalization, human life, person, dignity*

Índice

1. Introducción. 2. La tutela de la autodeterminación de la maternidad (Ferrajoli). 3. La concepción meta-ética del objetivismo mínimo (Rodolfo Vázquez). 4. La viabilidad y la capacidad de sentir como determinantes de la personalidad: el valor del no nacido como bien potencial, gradual y no absoluto (Alfonso Ruiz Miguel). 5. La sacralidad e inviolabilidad de una vida humana impersonal y el derecho moral a la autonomía procreativa (Dworkin). 6. Los principios de la razón práctica: del subjetivismo al objetivismo ético (John Finnis). 7. Recapitulación. 8. Conclusiones.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo será analizar el bien jurídico protegido por el delito de aborto, esto es, la *vida humana*.

Fundamentalmente, se examinará si la dignidad de la vida humana es compatible con una protección jurídica gradual e incremental que, como tal, niega la entidad de *persona* en la primera etapa de la gestación e incluso hasta el mismo nacimiento (las posiciones más extremas se llega a justificar el infanticidio).

Ese análisis, de carácter jurídico, se hará, empero, desde una perspectiva prejurídica, esto es, desde el punto de vista de la *filosofía moral* (“tesis moral” o “discusión ética”) y de la *filosofía del derecho* (“tesis filosófico-jurídica” o “discusión ético-política”).

En términos de Massini-Correa¹, se indagará sobre el estatuto entitativo del embrión y la solución ética a la cuestión de la legitimación del aborto provocado. De lo cual se derivará necesariamente la solución jurídica.

En particular, serán objeto de estudio diversas posiciones filosóficas o éticas que, según sus sostenedores, procuran ubicarse en una posición intermedia entre aquellas que absolutizan la vida del ser humano en gestación (a las que se atribuye un indebido fundamento religioso e incurrir en la llamada “falacia naturalista”), y aquellas que absolutizan la autonomía de la madre (las que se erigen en defensoras de una moral y de un Estado laicos y se consideran asépticas de todo resquicio religioso).

La cuestión fundamental, desde el punto de vista ético y jurídico, es la relevancia de esa vida humana en desarrollo frente a otros bienes jurídicos en juego, como la vida o la salud psicofísica o —en lo que aquí nos interesa— la autonomía de la mujer. Se argumenta, en ese sentido, que la dignidad de la mujer exige que *no pueda ser tomada como instrumento o medio para un fin*, y que por ello no puede ser obligada a llevar adelante un embarazo no querido². Ello en el marco de la posición, cada vez más aceptada pero no por ello indiscutida, de que la vida humana debe protegerse de manera gradual³.

Sin embargo, el reconocimiento de la dignidad de la mujer lleva a preguntarnos qué reconocimiento o protección jurídica debe tener el *nasciturus*⁴. O con otras palabras: si debe también reconocerse su dignidad como ser humano, de modo que *tampoco pueda ser tomado como instrumento o medio para un fin*. Ello resulta particularmente relevante cuando se produce la colisión entre su vida y la autonomía de la madre, o más precisamen-

** Citado por MASSINI-CORREAS, “Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural”, en FINNIS, John, *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p. XXVIII.

¹ MASSINI CORREAS, Carlos I., “Sobre el embrión humano y la cuestión de la personalidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión”, en *Prudentia Iuris*, N° 76, 2013, pp. 105/115. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/sobre-embrión-humano-cuestión.pdf> [Fecha de consulta: 20/8/2020]

² La ley denominada “de acceso a la interrupción legal del embarazo”, sancionada recientemente en nuestro país (ley 27.610, B.O. 15/1/2021), erige la autonomía de la mujer como el principio fundamental que guía la regulación.

³ Criterio receptado, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e invocado recurrentemente por quienes impulsan la despenalización del aborto y consideran inmoral su penalización.

⁴ Cuestión que ni el fallo “F., A.L.” de la CSJN (13/3/2012), ni el fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica” de la Corte IDH (28/11/2012), aclaran debidamente para discernir su verdadero alcance. De este último se extrae la idea de que “no existe un deber de protección absoluta e incondicional de la vida prenatal... sino simplemente un deber de protección gradual e incremental según el grado de desarrollo físico del niño no nacido”. La Corte IDH precisó el contenido protegido por el artículo 4.1 de la Convención. En primer término, sostuvo que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida. Para efectos de la Convención Americana, el feto no puede ser considerado sujeto de derechos. Adicionalmente, afirmó la gradualidad de protección de la vida de que está por nacer. De todos modos, debe aclararse que en el caso referido la Corte IDH se expidió acerca del problema de la fecundación *in vitro* y no sobre el aborto.

te, entre el derecho a la vida del ser humano concebido y el derecho a la autonomía procreativa de la mujer⁵.

En esa línea de pensamiento, aquí se analizarán las posturas de filósofos del derecho como Luigi Ferrajoli⁶, Rodolfo Vázquez⁷, Alfonso Ruiz Miguel⁸ y Ronald Dworkin⁹, que justifican la despenalización del aborto desde un punto de vista ético. Si bien la posición más radical es la del primero, todas llegan a la misma conclusión: la autonomía de la mujer debe prevalecer sobre la vida del embrión o feto. Y ello, según argumentan, en razón de que no es persona sino hasta que es querido como tal por la madre (voluntarismo de Ferrajoli), o hasta que desarrolla ciertos procesos psíquicos (objetivismo mínimo de Vázquez), o hasta la viabilidad y la capacidad de sentir como determinantes de la personalidad (Ruiz Miguel). Asimismo, se argumenta que la discusión moral del aborto debe partir del reconocimiento de la inviolabilidad de la vida humana pero no del embrión como persona, a diferencia de la madre que sí lo es y que goza de un derecho a la autonomía procreativa como derecho moral básico (Dworkin).

El punto de partida de todas esas posturas, como se verá, es la idea de una ética liberal y de un Estado laico en el que prevalece la autonomía de las personas y que impide la imposición de determinadas posiciones morales de origen religioso. Con esa base indagan sobre si el embrión o el feto, en cuanto ser humano (cuestión que no discuten¹⁰), es *persona*, esto es, sujeto de derechos, principalmente en los primeros meses de gestación, y si por ello tiene un derecho a la vida que deba ser protegido, incluso penalmente, frente a la autonomía de la mujer¹¹.

Finalizaremos con la exposición de una postura de filosofía moral y jurídica basada en los principios de la razón práctica, a partir de un enfoque iusnaturalista adoptado por diversos filósofos del derecho contemporáneos entre los que sobresale John Finnis.

La cuestión, en definitiva, es si la ya referida *despersonalización* del ser humano no nacido —eje central de las posturas ético-jurídicas que acá se analizan y que tienen la consecuencia jurídica ya señalada— es compatible con el reconocimiento de la dignidad de toda vida humana, o si para ello es necesaria una perspectiva diferente, que sea independiente de toda visión religiosa (sin desconocer el valor de esta última¹²) y que supere la

⁵ Otorgan preponderancia al derecho a la autonomía procreativa de la mujer Dworkin y la Corte de los EEUU en el fallo "Roe vs. Wade".

⁶ Jurista italiano, discípulo de Norberto Bobbio, es uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal. Profesor de Filosofía del derecho y Teoría general del derecho.

⁷ Filósofo y jurista mexicano. Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Profesor de Teoría, Metodología y Filosofía del Derecho. Fundador y miembro del consejo editorial de la revista *Isonomía* (de Teoría y Filosofía del Derecho).

⁸ Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

⁹ Filósofo del Derecho y catedrático de Derecho constitucional. Profesor de Teoría del derecho y de Filosofía del derecho en la Universidad de Yale, en la Universidad de Oxford, en el University College London, y en la Universidad de Nueva York.

¹⁰ Dworkin, por caso, pone de resalto la inviolabilidad de la vida humana del concebido aunque la separa del concepto de persona y, por ello, privilegia la autonomía de la mujer.

¹¹ En los fallos "F. A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (13/3/2012) y "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" de la Corte IDH (28/11/2012), se relativiza el derecho a la vida del ser humano no nacido y se privilegia autonomía personal de la madre.

¹² La religión es un bien humano básico, porque el hombre tiene esencialmente una visión religiosa. Cf. MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 96.

objección de la “falacia naturalista”, objeciones, estas dos, que se formulan desde las posturas despenalizadores.

La respuesta resultará esencial para tomar posición racional en la discusión ética y jurídica acerca de la despenalización del aborto.

2. La tutela de la autodeterminación de la maternidad (Ferrajoli)

Este célebre jurista italiano, defensor de lo que denomina *garantismo penal*, destaca dos concepciones filosóficas relacionadas con la moral, es decir, éticas: la máxima de la ética *kantiana* según la cual ninguna persona puede ser tratada como medio para fines ajenos, y el postulado de la ética *liberal* expresado mediante la máxima según la cual cada uno es soberano de su propio cuerpo y de su propia mente (John Stuart Mill)¹³.

Con base en ellas construye la posición moral que deriva en la despenalización del aborto: a) es verdad que el embrión —término biológico— es una potencialidad de persona; b) no obstante, “persona” es un término del lenguaje moral que no designa simplemente una entidad vital sino el ser nacido; c) únicamente es inviolable y merecedor de tutela como “sujeto jurídico” el embrión destinado por la madre a nacer porque ha sido concebido por ella como “persona”. Tales afirmaciones son desarrolladas por el autor en calidad de *tesis morales*. Es decir, su argumentación discurre, en primer término, en el *plano moral*.

A su vez, completa el cuadro anterior con lo que considera una tesis específicamente *filosófico-jurídica*: la punición del aborto —sostiene— resulta lesiva de la dignidad de la mujer.

Por estas razones, considera moralmente ilegítima la punición del aborto.

Finalmente, agrega que la punición es completamente ineficaz para la propia tutela de los fetos. La denomina tesis *ético-política*, que equivale al principio de que una auténtica moral no precisa del apoyo del derecho (principio propio de toda metaética laica)¹⁴.

i. Plano moral

Desde esa distinción, afirma que el embrión es una entidad vital que consiste en una potencialidad de ser humano (lenguaje biológico), y que ello es un juicio de hecho del cual se puede predicar verdad o falsedad. Pero niega que de ello pueda derivarse que el embrión sea persona, porque este es un juicio de valor, y por tal, ni verdadero ni falso, sometido a la valoración moral y libertad de conciencia de cada uno. De modo que afirmar que el embrión es persona es una falacia naturalista (*non sequitur*): del ser se deriva el deber ser; de un juicio de hecho, un juicio de valor; de una aserción, una prescripción¹⁵.

Lo único que considera indiscutido, en su concepción, es que una persona, jurídica y moralmente, existe sólo en el momento del nacimiento, lo que requiere la gestación y el parto de una mujer¹⁶.

¹³ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia, 1. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2013, p. 334.

¹⁴ FERRAJOLI, obra citada, pp. 337/338.

¹⁵ La falacia naturalista es también conocida como “ley de Hume”, según la cual no es posible derivar conclusiones morales o valorativas de premisas no morales o no valorativas. El término “falacia naturalista” ha sido usado por George Edward Moore en su libro *Principia Ethica*, publicado en 1903, y constituye un fuerte ataque al naturalismo ético. Ha sido adoptado por todos quienes procuran refutar las concepciones objetivistas de la ética.

¹⁶ FERRAJOLI, obra citada, p. 333.

Y aquí reside entonces la *tesis moral* que propone: la mujer es quien decide la naturaleza de futura persona del embrión, esto es, se trata de una decisión que depende de su autonomía moral. Con otras palabras, la madre lo concibe como persona, en un acto de naturaleza moral y no sólo biológica. Por ello no considera moralmente aceptable que la madre, que es indudablemente persona, sea obligada a una gestación y un parto no queridos (maternidad impuesta e involuntaria). Es lo que deriva de las máximas de la ética kantiana y de la ética liberal arriba referidas: nadie puede ser tratado como medio para fines ajenos, y cada uno es soberano de su propio cuerpo y de su propia mente¹⁷.

Por ello afirma que el embrión es “inviolable” en cuanto pensado y querido como futura persona por la madre; por el contrario, si la mujer decide no concebir y, por tanto, no hacer nacer a ninguna persona, no es inviolable lo que es simplemente un embrión no destinado a nacer como persona. De modo que en su criterio tanto el concepto de persona como el de procreación son conceptos morales: designan un fenómeno biológico pero también un *acto moral de voluntad*¹⁸.

ii. Plano jurídico

Ahora bien, acepta Ferrajoli que se trata de una concepción moral que no todos comparten, pero afirma que es tan legítima como la que ve en el embrión a una persona, sin que de ninguna de las dos pueda predicarse verdad o falsedad (aunque aclara que considera más razonable la que él postula). Al tratarse de dos posiciones morales incompatibles, afirma que sólo resta la recíproca tolerancia, lo que significa reconocer que ambas son posiciones morales legítimas, sin que pueda calificarse como inmoral a quien no comparta una de ellas. Pero quienes pretenden la penalización —denuncia— pretenden imponer su moral y obligar a las mujeres a sufrir sus consecuencias¹⁹.

Y este es, precisamente, el punto en el que pasa al *plano jurídico*. Éste consiste, según surge de sus palabras, en la inaceptable pretensión de imponer la postura moral (el embrión es persona) a través de la prohibición jurídico penal (aborto).

En efecto, Ferrajoli plantea la siguiente *cuestión jurídica o de filosofía del derecho*: si está o no justificado que el derecho confiera al embrión como tal el estatus de persona e imponga respetar dicho estatus con la sanción penal²⁰. Es decir, si está o no justificada la penalización del aborto.

Y a su modo de ver, la única finalidad de la penalización es afirmar una concreta moral, esto es, consagrar jurídicamente el principio moral de que el feto es persona y que eliminarlo es un ilícito moral, lo que se da de bruces —dice— con la *libertad individual* que fundamenta la cultura jurídica moderna, y con la *autonomía de la conciencia* en que se basa la moral laica²¹.

iii. Plano ético-jurídico

Y a ello agrega otras razones complementarias: la despenalización de la “interrupción voluntaria del embarazo” produce una drástica caída del número de abortos (ejemplifica con el caso de Italia y la ley del año 1978), esto es, la penalización carece de eficacia disuasoria. De modo que considera moralmente inaceptable que el principio moral perseguido por

¹⁷ FERRAJOLI, obra citada, p. 334.

¹⁸ FERRAJOLI, obra citada, p. 335.

¹⁹ FERRAJOLI, obra citada, p. 335.

²⁰ FERRAJOLI, obra citada, p. 336.

²¹ FERRAJOLI, obra citada, p. 336.

la penalización (intangibilidad de los embriones) *prevalezca* sobre toda otra consideración de orden práctico o moral: la carencia de eficacia disuasoria, por un lado, y la vulneración de la dignidad de la mujer, por el otro, ya que pone en peligro la vida de millones de mujeres, además de los trastornos existenciales y las humillaciones²².

Entiende el derecho al aborto no sólo como una libertad *positiva* (derecho a abortar) sino como una libertad *negativa* (derecho de la mujer a no convertirse en madre contra su voluntad). De modo que la prohibición penal impone a la mujer una multiplicidad de obligaciones de hacer (llevar adelante un embarazo, parir con dolor, criar y mantener un hijo) y renunciar a su proyecto de vida (medio para fines ajenos).

Pero señala que un derecho penal liberal no debe constreñir a un hacer ni imponer opciones de vida ni concepciones morales; sólo puede tutelar los embriones a través de una convención que respete el pluralismo moral y la posibilidad de que cada uno ejerza sus opciones morales, sin lesiones los derechos fundamentales de la persona de la mujer y su integridad, dignidad y libertad, y que fije el momento a partir del cual la tutela del embrión deja de ser una cuestión solamente de moral. A esos fines descarta las razones biológicas y propone que sea el tiempo necesario y suficiente para que la mujer pueda tomar una decisión consciente y responsable, de modo que se garantice su libertad de conciencia (autodeterminación moral) y su dignidad como persona; es decir, decidir su maternidad, concebir o no el embrión o el feto como su hijo²³.

Y con esa base adopta la posición moral de la despenalización del aborto en los primeros tres meses desde la concepción, tiempo que considera suficiente para permitir a la madre tomar una decisión consciente y responsable.

Objeciones

Hasta aquí la postura de Ferrajoli. Una interesante crítica es la realizada por Massini-Correas, para quien la argumentación del autor italiano tiene como consecuencia una deriva anti-humanista del pensamiento contemporáneo y la pérdida de toda racionalidad lógica²⁴. Destaca que su posición en favor de la eticidad del aborto sugiere constantemente que la posición contraria tiene raíces meramente dogmáticas y no racionales²⁵. A continuación resumimos, muy apretadamente, sus distintas observaciones.

Señala, en primer término, que las referencias de Ferrajoli a la denominada “falacia naturalista” desconocen todo el debate a su respecto desarrollado en las últimas décadas, incluso en el ámbito de las doctrinas iuspositivistas. Y que lo mismo sucede con sus afirmaciones acerca de la separación radical entre derecho y moral y sobre el carácter enteramente a-valorativo de las realidades y del discurso jurídico. Con respecto a esto último, expresa que las afirmaciones acerca del carácter completamente a-valorativo del derecho se contradicen con numerosos textos del mismo autor, en los que afirma la presencia de instancias valorativas en el discurso y la praxis jurídica.

²² FERRAJOLI, obra citada, p. 336.

²³ FERRAJOLI, obra citada, P. 337. Ejemplifica con el plazo de tres meses desde la concepción estipulado por la ley italiana, lo que no tiene ningún significado en lo biológico —dice— sino que permite a la mujer ejercer su libertad de conciencia.

²⁴ MASSINI-CORREAS, Carlos I., “Sobre el embrión humano y la cuestión de la personalidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión”, en *Prudentia Iuris*, N° 76, 2013, pp. 105/115. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/sobre-embriion-humano-cuestion.pdf> [Fecha de consulta: 20/8/2020]

²⁵ En este punto cita a John Finnis y su obra “Natural law theories”.

En segundo término, critica que Ferrajoli adhiera al no cognitivismo ético más radical, negando los valores de verdad o falsedad para las proposiciones prácticas, pero al mismo tiempo considere que su postura es *incompatible* con la que ve al embrión como persona independientemente de la voluntad de su madre. Esto es, que considere incompatibles dos proposiciones no susceptibles de verdad o falsedad. Ello implica, dice Massini-Correas, toda una revolución en la ciencia lógica, la cual supone que las proposiciones que se oponen y pueden llegar a excluirse son solo aquellas que revisten los valores de verdad y falsedad. Y se trata del eterno problema de los defensores del no-cognoscitivismo ético, que tras negar la categoría de verdad a las proposiciones éticas se dedican a defender sus propias proposiciones morales, en razón de que el escepticismo absoluto es auto-refutatorio²⁶.

En tercer lugar, sostiene que la expresión “todo ser humano es persona” es una proposición de carácter *descriptivo* o asertórico y no moral (ni valorativo, ni normativo, ni imperativo), sin perjuicio de que tenga una connotación moral al ser incluida en un razonamiento moral; más aún, todo razonamiento moral debe incluir alguna proposición descriptiva, so pena de caer en la llamada “falacia normativista”. Una proposición descriptiva puede integrar un razonamiento moral, y debe integrarlo si quiere concluir con imperativos concretos, y continuar siendo descriptiva, no propiamente práctico-moral. De modo que la expresión arriba señalada es susceptible de verdad o falsedad.

En cuarto lugar, reprocha la pretensión de reducir el carácter de persona a una cualidad derivada de la mera *voluntad* de la madre gestante²⁷. Esa posición desconoce la distinción entre las cualidades constitutivas de los sujetos existentes y sus atributos accidentales. El carácter *constitutivo* del ser humano, lo que lo determina como tal, se ha denominado, al menos desde el siglo VI por Boecio, persona o personeidad. Y esa personeidad, propiedad de todo sujeto individual de índole racional y libre, debe distinguirse de las determinaciones *accidentales* como edad, sexo o las diferentes relaciones que mantiene con otros sujetos. La postura de Ferrajoli, en definitiva, desconoce esta distinción fundamental al equiparar el carácter personal-humano del embrión con una determinación de carácter adventicio, lo que resulta contraintuitivo y desconcertante.

Por último, Massini-Correas destaca las consecuencias necesarias de la postura de Ferrajoli: a) la madre tiene el *poder* de otorgar la personeidad al embrión-feto que está gestando, y es persona *per se*, sin que el autor italiano explique quién ha otorgado o atribuido la personeidad a aquella (la madre)²⁸; b) el carácter atributivo de la personeidad tiene como consecuencia la difuminación y la eliminación de la noción de *derechos humanos*, los cuales dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder, y deben reconocerse para todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural sin otros criterios adicionales; c) la postura implica un criterio *discriminatorio* indudable, pues significa un poder absoluto, una tiranía sin límites, de los adultos mayores, capaces y sanos, sobre los

²⁶ MASSINI-CORREAS, cit.

²⁷ Aclara Massini-Correas que ese argumento no es original de Ferrajoli sino que tiene varios antecedentes, entre otros un trabajo de Geiselher Rüpke del año 1974, que sostiene que el carácter de titular del derecho a la vida no se refiere a la vida humana en el sentido de las ciencias naturales, sino que se adquiere solo en virtud de expectativas y estimaciones sociales de valor respecto del no nacido, especialmente de las que provienen de su madre.

²⁸ Señala Massini-Correas (ob. cit.) que Rüpke otorga esa facultad a la sociedad como un todo (postura totalitaria), mientras que Ferrajoli “guarda un silencio ominoso” al respecto.

que aún no han llegado a ese estado, en particular los que se encuentran en las primeras etapas del proceso de maduración vital humana.

Como puede advertirse, el autor italiano incurre en una falacia que podría denominarse del “voluntarismo constitutivo”, consistente en derivar de la proposición “la madre *quiere* que el embrión sea persona” la proposición “el embrión *es* persona”.

En definitiva, la concepción ética de Ferrajoli sobre el aborto, que podemos llamar voluntarista y utilitarista, y que constituye uno de los argumentos centrales de los sostenedores de la despenalización del aborto, carece de *racionalidad*. Y ello porque el concepto de persona y su dignidad debe derivar de algo más que la mera voluntad de la madre, ya que de lo contrario se incurre en una *petición de principio*. Además, porque el fundamento de la penalización o despenalización del aborto debe residir en algo diferente a la mera eficacia o ineficacia de la prohibición (si el fundamento fuese solo utilitarista, otras figuras delictivas deberían ser derogadas por ineficaces²⁹).

El mismo Ferrajoli destaca la siguiente objeción desarrollada por Rodolfo Vázquez: tal voluntarismo performativo o constitutivo equivaldría a concebir al feto como un ser carente de valor, y conduciría a determinar el valor moral de la persona de manera arbitraria, en cualquier momento de la gestación e incluso después del nacimiento³⁰.

La respuesta que da el italiano a la crítica de Vázquez es que la tutela de la autodeterminación de la maternidad solamente exige que se prevea un tiempo mínimo, por ejemplo, tres meses, para decidir el eventual aborto, puramente convencional, transcurrido el cual el feto tiene valor, obviamente no revocable, de una futura persona³¹.

Sin embargo, la fortaleza de la objeción señalada merece que la desarrollemos a continuación, sin perjuicio de lo cual —según ya adelantamos— las conclusiones de ambos autores será similar: negar el carácter de persona al embrión durante los primeros meses del embarazo, sobre cuya vida prevalece la autonomía de la madre.

3. La concepción meta-ética del objetivismo mínimo (Rodolfo Vázquez)

Rodolfo Vázquez, como hemos adelantado, califica la postura del autor italiano como un voluntarismo performativo o constitutivo, y la tacha de radical. Adopta, en cambio, una postura que considera intermedia entre dos extremos. Tres planos de argumentación plantea al respecto: moral, jurídico y político.

i. Plano moral

En efecto, en las relaciones entre el derecho y la moral, cuestión fundamental de la filosofía del derecho, distingue dos posibilidades: la tesis *de la vinculación* y la tesis *de la separación*.

Explica, citando a Ferrajoli, que la primera (de la vinculación) es propia de la religión católica: si es *pecado* debe ser tratado como delito (en lo que respecta al tema aquí tratado, si la supresión del embrión es inmoral, entonces debe ser configurada como ilícito por el derecho). Y la segunda (de la separación) es una de las premisas básicas de un Estado liberal, que debe ser *neutral* con respecto a la vida moral de las personas, y se relaciona

²⁹ De manera paradigmática podríamos mencionar a los delitos relacionados con la corrupción de los funcionarios públicos: la penalización ha demostrado ser ineficaz.

³⁰ FERRAJOLI, obra citada, p. 383, nota 24, en la que cita a Rodolfo VÁZQUEZ, “Comentarios a las propuestas bioético-jurídicas de Luigi Ferrajoli”, en M. Carbonell y P. Salazar -eds.-, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 500-501.

³¹ FERRAJOLI, obra citada, p. 382, nota 24.

con una visión positivista del derecho (Estado constitucional de derecho) y una visión laica del Estado; en síntesis, laicidad y pluralismo, y el principio utilitarista de lesividad como criterio de justificación de lo punible³².

Vázquez refiere que, desde el punto de vista meta-ético, la primera se basa en un *absolutismo moral*, y la segunda en una *concepción subjetivista o voluntarista*. Y tras afirmar que comparte el rechazo de Ferrajoli al absolutismo moral (fanatismo, dogmatismo, arbitrariedad e irracionalidad, que hacen depender el discurso de premisas de fe o de dogmas no sujetos a criterios empíricos o racionales), sostiene que ello no importa adoptar necesariamente una meta-ética subjetivista, no cognoscitivista o voluntarista. Y propone un *objetivismo mínimo*, ajeno al dogmatismo, anclado en premisas empírico-racionales, de raíz liberal hobbesiana-kantiana³³.

Desde la tradición hobbesiana considera posible explicar las normas morales y jurídicas a partir de la existencia de ciertas circunstancias de la vida del hombre en sociedad: necesidades primarias (biológicas o psicológicas), contenido mínimo de derecho natural, bienes básicos, convenciones profundas, o como se lo denomine. Y en este punto menciona la suposición, empíricamente verificable, de que la no satisfacción de las necesidades básicas afecta a intereses vitales de los hombres.

Y desde la tradición kantiana destaca los rasgos formales y principios sustantivos que garantizan el punto de vista moral o la imparcialidad en todo discurso deliberativo: la racionalidad, generalidad y objetividad entre los primeros; la autonomía moral principalmente entre los segundos³⁴.

Como se advierte, Vázquez asume los mismos postulados: la propuesta de una ética liberal y la defensa de un Estado laico³⁵. Pero objeta el posible exceso al que lleva la concepción voluntarista de Ferrajoli, según la cual no hay persona sin el acto de autodeterminación de la maternidad. La considera una versión exagerada de la posición laica liberal, según la cual (i) se descarta que la vida del feto tenga valor por propiedades distintivas que lo hagan sobresalir de los animales con sensibilidad desarrollada; (ii) se concibe al aborto como cualquier otro medio de control natal que, desde una perspectiva utilitarista, se justificaría por el grave problema de la población; (iii) se desestima toda diferencia entre el feto y el recién nacido en cuanto autonomía y autoconciencia, por lo que se justificaría en ciertas circunstancias el infanticidio³⁶.

Comparte no obstante con Ferrajoli que del hecho de que exista una vida humana (juicio de hecho) es imposible derivar la tesis moral de la calidad de persona (juicio de valor); es decir, que no se puede avanzar en la consideración de la persona moral apelando exclusivamente a sus propiedades biológicas (noción biológica de persona)³⁷.

Y adopta lo que considera una posición moderada³⁸ según la cual la moralidad del aborto depende de la etapa del embarazo y las circunstancias en las que se realiza. Menciona así dos opciones para determinar si el feto tiene un valor moral intrínseco que lleve a

³² VÁZQUEZ, Rodolfo, “Comentarios a las propuestas bioético-jurídicas de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2005, p. 494.

³³ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, pp. 494/495.

³⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 495.

³⁵ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 496.

³⁶ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 501.

³⁷ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 498.

³⁸ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 501. Cita en este punto a Manuel Atienza, “Investigación con embriones y clonación: la ética de la razonabilidad”, *Revista Mexicana de Bioética*.

respetar su vida, y a reconocerle derechos que estén por encima del derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y sobre su vida personal: la *noción potencial* de persona, y la *noción metafísica descriptivista*.

En cuanto a la primera (noción potencial de persona), niega que las *propiedades potenciales del feto*, por sí mismas, tengan valor moral; sólo en una etapa posterior, más desarrollado, puede adquirir propiedades, además de las biológicas, de las que pueda derivarse un valor moral. En definitiva, las propiedades potenciales del feto son insuficientes para determinar su valor moral.

En cuanto a la segunda (noción metafísica descriptiva)³⁹, menciona que las personas tienen tanto propiedades corpóreas como estados de conciencia, procesos mentales, propiedades psicológicas⁴⁰, que *no existen* en los primeros meses de gestación, al no tener desarrollo del sistema neurológico necesario para desarrollar una psique. Por lo cual el feto o embrión carece de valor como individuo en esos primeros meses. Con otras palabras, no tiene propiedades psicológicas que impongan exigencias morales específicas, de tal modo que pueda hablarse de una persona moral⁴¹.

Y es aquí donde la postura central de ambos autores coincide, pues concluye Vázquez, citando a Nino, que la *autonomía* de la persona lleva a que no deba necesariamente protegerse al embrión o feto en los primeros meses de vida.⁴²

En definitiva, reprocha a Ferrajoli la carencia de un criterio objetivo o centro de imputación, y la petición de principio en la que incurre: si la voluntad de la madre hace del embrión o feto un ser con autonomía moral, qué hace que la madre sea un ser con autonomía moral. Por el contrario, sostiene que son las *necesidades y capacidades psicológicas* las que definen objetivamente el carácter moral de la persona, y no premisas religiosas ni una metafísica abstracta ni la idea de un ser potencial. Una metafísica descriptiva a partir de las capacidades psicológicas del sujeto: capacidad de elección, deseos e intereses, presencia de placer y dolor⁴³.

De modo que intenta posicionarse entre la posición religiosa cristiana que apela a la santidad de la vida humana para prohibir moralmente el aborto, y la postura laica liberal basada en la autonomía y la autoconciencia, que deriva en la posibilidad de despenalizar el aborto en cualquier supuesto, sin que haya posibilidad de conflicto de derechos entre la madre y el feto en cualquier momento de la gestación. Posición radical, esta última, en la que ubica a Ferrajoli y su voluntarismo performativo⁴⁴.

ii. Plano jurídico

Pero de manera similar al jurista italiano, sostiene que el aborto es un asunto controvertido y objeto de juicios morales y religiosos divergentes, y un Estado liberal no debe adoptar una posición por una concepción determinada. La penalización del aborto significa adoptar una de las posiciones morales-religiosas, y significa la intromisión del Estado en la esfera

³⁹ En este punto se basa en: Strawson, Peter, *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*, Methuen and Co., London, 1959, cap. 3.

⁴⁰ En este punto efectúa la siguiente cita: “si algo es capaz de tener deseos, de hacer planes para su futuro, de tener intereses, esa capacidad no permite verlo (...) como moralmente digno de consideración y respeto” (Valdés, Margarita, “El problema del aborto. Tres enfoques”, en R. VÁZQUEZ [comp.], *Bioética y derecho*, FCE-ITAM, México, 1999, p. 133)

⁴¹ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 499.

⁴² VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 499.

⁴³ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 500.

⁴⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 500-501.

de autonomía de las mujeres⁴⁵. Más aún, considera que la penalización del aborto significa violencia contra los derechos de la mujer: el derecho a la *privacidad* (decisión sobre su propio cuerpo), el derecho a la *autonomía* (decisión de un plan de vida propio y realización), el derecho a la *dignidad* (preservación de la salud, de la integridad física mental), el derecho a la *igualdad* (evitar la discriminación sexual)⁴⁶.

iii. Plano político

Y como argumento complementario⁴⁷ menciona y analiza, al igual que Ferrajoli, el criterio de la *eficacia* de la protección penal: la prohibición penal sólo se justifica si es estrictamente imprescindible para garantizar un derecho o un bien, y no se justifica si resulta inútil o innecesaria para ese fin⁴⁸.

Como surge claramente del desarrollo de la postura de ambos autores (Ferrajoli y Vázquez) a partir de fundamentos últimos idénticos (ética liberal y Estado laico, separación entre derecho y moral) se llega a idéntica conclusión: *la autonomía moral de la mujer prevalece por sobre la vida humana en los primeros meses de la gestación*. La discrepancia que hemos anotado no tiene consecuencias relevantes en la postura de uno y otro: la prioridad de la autonomía de la voluntad de la mujer durante esos primeros meses se justifica, en un caso, en que debe transcurrir el tiempo necesario y suficiente para que la mujer pueda tomar la decisión consciente y responsable (el voluntarismo performativo de Ferrajoli), y en el otro, en que la vida humana no ha desarrollado suficientemente los procesos mentales o propiedades psicológicas que lleven a considerar al embrión o feto como una persona moral y, por ello, digno de consideración y respeto (objetivismo mínimo de Vázquez).

Los fundamentos son los mismos e idéntica es la consecuencia última: el derecho no debe necesariamente proteger al feto o al embrión en los primeros meses de desarrollo. Y ambos comparten el fundamento complementario de la no eficacia de la prohibición penal (utilitarismo). De ambas posturas puede derivarse lo que se denomina protección gradual o incremental según la etapa del desarrollo, que Ferrajoli toma de la ley italiana (sin fundamentar las razones de ello) y Vázquez de la decisión de la Corte estadounidense en el fallo “Roe vs. Wade”.

4. La viabilidad y la capacidad de sentir como determinantes de la personalidad: el valor del no nacido como bien potencial, gradual y no absoluto (Alfonso Ruiz Miguel)

Análisis similar realiza el filósofo del derecho Alfonso Ruiz Miguel, quien refiere dos ámbitos de tratamiento de la cuestión: a) la *discusión ética* sobre el derecho a la vida del no nacido, en la que opta por la posición intermedia similar a la de Vázquez, en razón de dife-

⁴⁵ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 502.

⁴⁶ VÁZQUEZ, Rodolfo, obra citada, p. 503. Con cita de Villoro, L, “¿Debe despenalizarse el aborto?, en M. Valdés (comp.), Controversias sobre el aborto, UNAM-FCE, México, 2001, p. 253). En este punto, Vázquez toma los criterios temporales de la Corte de los Estados Unidos sentados en el fallo Roe v. Wade: 1) durante el primer trimestre del embarazo el Estado no puede reglamentar el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo; durante el segundo, puede regular razonablemente los procedimientos abortivos en defensa de la salud de la madre (derechos de la persona actual prevalecen sobre los posibles derechos de una persona potencial); durante el tercero, el Estado puede regular o prohibir el aborto, salvo peligro para la vida de la mujer (p. 502/503).

⁴⁷ “Pero si aun la vía por los derechos resultara insuficiente o poco convincente, se puede intentar por la vía de la eficacia” (VÁZQUEZ, obra citada, p. 503).

⁴⁸ Transcribe cita de RUIZ MIGUEL, Alfonso, “El aborto, entre la ética y el derecho”.

rencias relevantes en el estatus del no nacido en su relación con el derecho a la autonomía de la mujer; b) la *discusión ético-política* sobre conveniencia de la despenalización del aborto consentido por la mujer (principio de intervención mínima en materia penal y criterios relativos a la evitación de daños derivados de la prohibición)⁴⁹. De manera similar a los autores anteriores, distinguiremos los planos moral y jurídico-político.

i. Plano moral

Al analizar la primera (discusión ética, o sobre la moralidad del aborto), cuyos fundamentos principales toma de Dworkin⁵⁰, intenta también colocarse en una posición intermedia de lo que denomina “choque de absolutos”: por un lado, la creencia en el derecho absoluto a la vida del no nacido; por otro lado, la creencia en el derecho absoluto o ilimitado de la mujer a su propio cuerpo (aborto como éticamente aporoblemático)⁵¹.

Y brinda tres motivos para rechazar el primer absoluto: i) la no personalidad actual del embrión y del feto hasta su viabilidad (no es persona propiamente dicha sino potencial); ii) la creencia religiosa en la animación (insuflación del alma en el cuerpo al momento de la concepción; iii) la falsedad de la tesis pseudo científica, de sabor naturalista, de la aparición de un nuevo y distinto código genético, de lo que se deriva la personalidad o humanidad (tener código genético humano no obliga a atribuir la personalidad moral, y sí son relevantes la capacidad de consciencia o la capacidad de sentir)⁵².

Para este autor no existe un criterio científico que determine objetivamente la personalidad moral de los seres humanos (rechaza que sea el mero código genético)⁵³, es decir, cuándo y por qué los seres humanos merecen respeto por su dignidad. Se trata de un criterio que exige valoraciones que no dependen sólo de hechos objetivos.

Con relación al segundo absoluto (autonomía total o sin restricciones de la mujer), menciona tres críticas: 1) tanto los abortos tempranos como tardíos serían moralmente equivalentes, pero su viabilidad y la capacidad de sentir que aparecen alrededor de sexto mes de gestación demuestran que hay intereses moralmente concurrentes; 2) no habría motivo para reprochar moralmente a la mujer por las conductas imprudentes durante el embarazo que ponen en riesgo la salud del futuro niño; 3) los abortos por motivos triviales o con fines de comercialización de tejidos fetales serían moralmente tan justificables como los de una adolescente, una mujer violada, una mujer sola con varios hijos⁵⁴.

En consecuencia, en este primer plano ético adopta lo que considera una propuesta intermedia o conciliadora entre las comentadas precedentemente, a las que estima inaceptables por ser absolutas y por las consecuencias referidas. Esa propuesta consiste en que es “perfectamente aceptable” la idea de que la vida de los no nacidos es valiosa moralmente, pero al mismo tiempo afirma que el valor de la vida humana *potencial* es variable según el

⁴⁹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “El aborto, entre la ética y el derecho”, en Telos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, 2002, XI/2, pp. 105/124.

⁵⁰ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p. 111, nota 6, y p. 118, nota 13. Menciona que su postura proviene de la expuesta por DWORKIN en su libro *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994.

⁵¹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p. 111.

⁵² RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, pp. 111/113.

⁵³ Aquí menciona la diferencia personal entre los gemelos monocigóticos, y el caso de la combinación de dos óvulos fecundados gemelos en uno solo que da lugar a un solo individuo. Por lo que descarta que la identidad personal esté predeterminada en el cigoto por el código genético.

⁵⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada p. 116. Esto es, considera moralmente justificable el aborto de una adolescente, de una mujer violada y de una madre con muchos hijos.

grado de proximidad a la personalidad⁵⁵. De modo que su concepto central es el de vida humana potencial y el de la gradualidad.

Desde esa perspectiva señala los siguientes grados: 1) el más alejado es el de los no nacidos meramente posibles o futuros, es decir, los no concebidos ni siquiera mentalmente, las generaciones futuras, que tienen un valor globalizado, por el que es inaceptable el desgaste de las energías no renovables y el deterioro de medio ambiente, y justifica políticas de fomento y de limitación de la natalidad; 2) un grado más próximo a la personalidad es el de los no nacidos existentes, que merecen protección incluso penal⁵⁶.

Tal protección penal será alta frente a los abortos no consentidos por la mujer, y gradual en los consentidos de acuerdo al criterio —que considera más útil y plausible— de los tres trimestres. En los dos primeros trimestres de la gestación el valor que debe reconocerse al no nacido es el de una vida humana potencial: en el primero prevalece el derecho a la intimidad y a la autonomía de la mujer, y se asimila a la libertad de anticoncepción, mientras que en el segundo se admiten regulaciones más o menos protectoras porque a su término se produce la viabilidad y la capacidad cerebral de sentir. Y en el tercer trimestre merece una protección equivalente a la de las personas propiamente dichas, porque el feto es viable y adquirió la capacidad referida, por lo que el aborto equivale al infanticidio⁵⁷.

De modo que en los primeros seis meses de gestación no hay una protección que derive de un derecho a la vida fuerte (de un interés que sea justo o injusto desplazar), en el que rija un criterio universal y categórico de justicia o corrección. La protección deriva, en cambio, de su valor como ser humano potencial, respecto del cual rige un criterio de bondad o bien que es gradual y puede tolerar su sacrificio en caso de conflicto con otros bienes o derechos (campo de valoración de algo como bueno o malo donde opera el argumento del mal menor)⁵⁸.

Y esos otros derechos son los de las mujeres en conflicto con bienes todavía no personalizados. Por ello concluye que es éticamente intolerable obligar a las mujeres a tener hijos no deseados bajo sanción penal, esto es, obligarla a parir y llevar la responsabilidad de su cuidado y educación u optar por darlo en adopción. Esto atenta contra la dignidad de las mujeres por desconsiderar su autonomía personal (maquinas reproductoras sin capacidad de decidir sobre su propia vida) y por discriminarlas frente a los varones (embarazo y parto las afectan sólo a ellas, y las cargas familiares son predominantemente su responsabilidad)⁵⁹.

En el tercer trimestre, en cambio, la viabilidad y la capacidad de sentir del no nacido lo hacen merecedor de protección similar a la de las personas propiamente dichas. El conflicto con el derecho a la vida de la mujer será tratado como un caso de estado de necesidad.

ii. Plano jurídico-político

Fijada así su postura en el plano ético pasa a la discusión ético-política (plano ético-jurídico), que reside en la necesidad, conveniencia o justificación de la penalización del aborto. Señala dos razones para dar una respuesta negativa: el principio de *intervención*

⁵⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p 117.

⁵⁶ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p. 117.

⁵⁷ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p 117/118, 119.

⁵⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p.118. Acá remite a la posición de DWORKIN.

⁵⁹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, 118.

mínima del Derecho penal y la necesidad de *proporción* entre los daños del delito y de las penas⁶⁰.

El principio de *intervención mínima* requiere que la sanción penal sea *imprescindible* para garantizar un derecho o un bien, de manera que no estará justificada cuando resulte inútil o innecesaria para esos fines. Y el autor indica tres razones por las que resulta inútil el castigo penal del aborto: 1) la pena es ineficaz por los altos índices de abortos voluntarios efectivamente provocados independientemente de la regulación legal más o menos prohibitiva o permisiva de que se trate; 2) en España no es perseguible ningún delito cometido en el extranjero si la conducta no es también delictiva en el país de que se trate⁶¹; 3) el castigo penal sería imposible de generalizar por tratarse de una práctica muy extendida (calcula que el castigo de los médicos, las mujeres, los cómplices y encubridores, derivaría en una cifra de condenados superior a la población carcelaria actual⁶²).

Y en lo que concierne a la *proporción entre el daño y la pena*, menciona tres tipos de daños derivados de la prohibición rígida del aborto: 1) daño en los hijos no deseados, pues no serán necesariamente aceptados en el seno familiar (aumento de familias desarticuladas y del abandono de los hijos, causa de violencia y de vidas desgraciadas); 2) riesgos para la salud de las mujeres, pues la prohibición provoca una cifra importante de muertes y graves enfermedades en mujeres que realizan abortos en condiciones sanitarias inadecuadas (lo que, además, torna inconveniente alguna propuesta de castigar sólo a los médicos que practican los abortos); 3) doble desigualdad pues, por un lado, la obligación penal a parir resulta discriminatoria respecto de los hombres por desconsideración hacia la dignidad y la autonomía de la mujer, y por otro lado, resulta discriminatoria por producir efectos negativos en las mujeres con menos medios culturales y económicos para procurarse abortos seguros y legales⁶³.

Concluye que las razones éticas y las de política criminal abonan la despenalización de los abortos socialmente típicos, que son los provocados por embarazos no deseados por motivos que comprometen seriamente el conjunto de la vida de la mujer. Destaca que el aborto nunca es trivial para la mujer y que puede recurrirse a muchas acciones para aliviar los problemas que subyacen al aborto y pueden ayudar a disminuir su número⁶⁴, pero el uso de la ley penal sólo deja dos alternativas ante el aborto no deseado: excluir la pena y permitir la realización de abortos en condiciones sanitarias apropiadas, o exigir con amenaza penal la llegada a término del embarazo, lo que no asegura que disminuya el número de abortos sino que impide solamente que se realicen en condiciones sanitarias adecuadas⁶⁵.

5. La sacralidad e inviolabilidad de una vida humana impersonal, y el derecho moral a la autonomía procreativa (Dworkin)

Dworkin, en su obra *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, desarrolla sus argumentos a partir de un plano moral y con esa base construye sus argumentos en el plano jurídico-político.

⁶⁰ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p. 119.

⁶¹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p. 120. Cita Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁶² RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p. 120.

⁶³ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, p. 122/123.

⁶⁴ Creación de centros de planificación familiar, campañas de información sobre anticonceptivos, facilitación de medios e intervenciones médicas que garanticen la anticoncepción, ayudas sociales para madres solas, etcétera.

⁶⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso, obra citada, pp. 123/124.

i. Plano moral

Desde un plano moral, intenta establecer postulados que reconciliarían las intuiciones morales básicas de la posición conservadora y la postura liberal. El punto partida común es la sacralidad o inviolabilidad de la vida humana: el embrión, en cuanto vida humana, es algo valioso, pero no es persona, esto es, no es sujeto de derechos. Se resume en la expresión *valor impersonal de la vida humana*⁶⁶.

Ese valor impersonal de la vida humana significa que, constitucionalmente, no tiene derechos ni intereses que invocar ni oponer frente al ejercicio de los derechos por parte de la mujer. Esto es, frente al llamado “derecho a la autonomía procreativa” del fallo *Roe vs. Wade*, del cual se sigue el derecho al aborto⁶⁷.

Ese reconocimiento del valor impersonal de la vida humana lo atribuye tanto a las religiones, en especial a la católica (o a lo que debería, a su entender, ser una posición religiosa coherente), como también, en un extremo opuesto, al movimiento feminista⁶⁸.

Acá no indagaremos sobre su interpretación de lo que debe ser una posición religiosa coherente ni la de los movimientos feministas, aunque el análisis que realiza es sumamente interesante para el que desea indagar sobre ambos puntos, se acepten o no sus conclusiones⁶⁹.

Lo que resulta relevante es, en definitiva, su idea de que el postulado de la santidad e inviolabilidad de la vida humana es compartido por los extremos conservador y liberal.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994, p. 55: “para la mayoría de las personas la controversia del aborto no versa sobre si el feto es una persona con derecho a la vida, sino sobre la santidad de la vida entendida de un modo más impersonal”; p. 204: “la creencia de que el valor humano de la vida trasciende el valor que tiene para la criatura que la vive —esto es, que la vida humana es impersonal y objetivamente valiosa— es una creencia religiosa, incluso cuando es sostenida por individuos que no creen en Dios”.

⁶⁷ DWORKIN, obra citada, pp. 194 y ss. Señala a ese respecto: “He distinguido dos preguntas; por una parte, si la mujer tiene derecho a una autonomía procreativa y, por otra, si los estados tienen un interés imperativo en proteger la vida humana. Nuestra discusión las ha reunido como dos aspectos de una misma cuestión. ¿Hay algo especial acerca de la procreación y del aborto, de tal manera que, aunque los gobiernos puedan, para proteger valores intrínsecos, regular el comportamiento de las personas, las mujeres embarazadas tengan derecho a que el Gobierno no les prohíba terminar con su embarazo?” (p. 196).

⁶⁸ DWORKIN, obra citada, pp. 55-69 y 69-82, respectivamente. Desde el punto de vista religioso sostiene: “la opinión doctrinal religiosa acerca del aborto puede entenderse mejor si se la concibe como una opinión basada en el presupuesto de carácter autónomo de que la vida humana tiene valor intrínseco, en lugar de en la idea de carácter derivado de que el feto es una persona con sus propios intereses y derechos (p. 69). Desde el punto de vista del feminismo explica: “Abortar supone desperdiciar el valor intrínseco —la santidad, la inviolabilidad— de una vida humana y es por lo tanto una grave infracción moral, excepto cuando el valor intrínseco de otras vidas humanas se desperdiciara de adoptarse una decisión contraria al aborto. Cada una de las mujeres del estudio de Gilligan estaba asumiendo ese terrible conflicto y reaccionando ante él. Cada una intentaba, por encima de todo, calibrar su responsabilidad de respetar el valor intrínseco de su propia vida, situar en ese contexto la tremenda decisión que habría de tomar y considerar las decisiones acerca de si interrumpir o no una nueva vida en el marco de la exigencia más general de mostrar respeto por cualquier vida, empezando por la propia y con la responsabilidad inherente. Decidir sobre el aborto no es un problema aislado, desconectado del resto de decisiones vitales, sino más bien un ejemplo dramático y muy ilustrativo del tipo de decisiones que las personas deben tomar a lo largo de sus vidas, todas ellas reveladoras de sus convicciones acerca del valor de la vida y el significado de la muerte” (p. 82).

⁶⁹ Por caso, las distintas posturas que asumió la Iglesia Católica con relación al aborto se encuentran detalladamente descriptas en la obra referida, sin perjuicio de la posición que sobre ella finalmente adopta (ob cit., p. 55 a 69).

Es decir, su noción del valor intrínseco de la vida humana como principio básico compartido por todos. Y ese principio básico, a su entender, debe ser el núcleo del debate sobre el aborto, y no la discusión sobre si el embrión es o no una persona.

ii. Plano jurídico-político

Desde ese punto de vista entiende que las posiciones sobre el aborto pueden sustentarse en razones de carácter autónomo y razones de carácter derivado. Las primeras referidas a la santidad e inviolabilidad de la vida humana, y las segundas, a los derechos individuales de las personas reconocidas constitucional y jurídicamente como tales.

Y toma la posición de que la cuestión de legitimidad del aborto es un asunto que afecta a convicciones referidas a valores intrínsecos y no a derechos. Es decir, a razones de carácter autónomo (inviolabilidad de la vida del embrión/feto) y no a razones de carácter derivado (embrión/feto como titular de derechos). Y por ese motivo el Estado no debe intervenir por tratarse de materia reservada a la conciencia de los individuos y, más concretamente, de la mujer⁷⁰.

Por ello propone “rechazar la explicación convencional –según la cual el debate del aborto versa sobre la cuestión de si el feto tiene derechos e intereses–, y reemplazarla por la que hemos propuesto”⁷¹.

iii. Objeciones

La objeción que puede hacerse a tal propuesta, siguiendo a Corral Talciani y Vigo Pacheco, es la siguiente: la existencia de derechos y garantías constitucionales y de la legislación que de ellos se deriva se justifica, únicamente, en que por medio de ellos el ordenamiento jurídico está protegiendo ciertos valores intrínsecos que el Estado y la sociedad, en su conjunto, consideran fundamentales. Es decir, las razones de carácter derivado se refieren, de modo mediato o inmediato, a razones de carácter autónomo⁷².

Sostienen que la apelación al vago principio del respeto a la santidad de la vida humana en general no resulta muy informativa a la hora de establecer criterios claros que limiten el ámbito dentro del cual la decisión por el aborto estará moralmente justificada. El único modo eficaz de distinguir claramente entre lo lícito y lo ilícito, lo tolerable y lo into-

⁷⁰ DWORKIN, ob. cit., pp. 22-24. Allí, por ejemplo, dice: “Los comentaristas se sorprenden a menudo por lo que interpretan como notables contradicciones en las opiniones sobre el aborto (...). Son desconcertantes, sin embargo, sólo si interpretamos las afirmaciones de los que opinan que el aborto es un asesinato, o tan malo —o casi tan malo— como un asesinato, o que la vida no nacida debe ser protegida, o que los niños no nacidos tienen «derecho» a la vida, como expresión de —como dijimos anteriormente— la concepción de carácter derivado, según la cual el feto tiene derechos e intereses propios. Nadie puede sostener coherentemente que el feto tiene derecho a que no le maten y al mismo tiempo sostener que es inmoral que el Gobierno proteja ese derecho a través de la ley penal. La principal responsabilidad del Gobierno, al fin y al cabo, es proteger los intereses de cada miembro de la comunidad, especialmente los intereses de quienes no pueden protegerse por sí mismos. Pero no existe incoherencia ninguna si suponemos que las personas que condenan el aborto por ser moralmente incorrecto se basan de hecho en lo que denominamos una explicación de carácter autónomo de por qué es inmoral —es decir, de si suponemos que comparten la profunda convicción de que es intrínsecamente inmoral poner fin deliberadamente a una vida humana—. Es perfectamente coherente sostener esta idea, incluso hasta el límite, y sin embargo creer que la decisión de poner fin o no a una vida humana durante la primera etapa del embarazo debería dejarse a la mujer embarazada, cuya conciencia está más directamente conectada con la decisión y que es titular de los intereses en juego más importantes”.

⁷¹ DWORKIN, ob. cit., p. 25

⁷² CORRAL TALCIANI, Hernan F. – VIGO PACHECO, Alejandro Gustavo, Revista chilena de derecho, Vol. 21, N° 2, 1994, pp. 431/440.

lerable, consiste precisamente en partir del reconocimiento expreso del carácter personal de toda forma individual de vida humana, no importa cuál sea su estado de desarrollo.

Compartimos con los autores citados la conclusión de que la controversia sobre la legitimidad del aborto no puede superarse por la simple referencia a la libertad individual en materias de conciencia. Antes bien, eso es precisamente lo que está en discusión: si el aborto es una cuestión en la que el Estado debe abstenerse de intervenir por quedar reservada a la libertad de conciencia de los individuos. No consideran tales autores, pues, que se trate de una posición superadora de posturas basadas en una confusión en torno al verdadero alcance de la discusión, como cree Dworkin, sino que “se trata más bien de una genuina discusión de principios, en la que, hoy por hoy, se expresan concepciones radicalmente diferentes y, en lo esencial, irreconciliables, acerca del tratamiento que una sociedad democrática y respetuosa ‘en serio’ de la vida y los derechos individuales ha de concederle a toda forma de vida humana”⁷³.

6. Los principios de la razón práctica: del subjetivismo al objetivismo ético (John Finnis)

Como surge de las concepciones morales hasta aquí descritas y de las críticas realizadas, el debate en el plano ético es el que principalmente, o en primer término, interesa al derecho penal y es necesario discernir correctamente. La discusión en los ámbitos filosófico-jurídico y ético-político sobre la conveniencia de penalizar el aborto dependerá, en gran medida, de la conclusión a la que se arribe en el primero.

En efecto, si se acepta que en la primera etapa de la gestación el ser humano no es persona, que para serlo depende de la voluntad de la madre, o que lo determinante es la viabilidad y el desarrollo de procesos mentales y de capacidad de sentir, de modo que solo a los seis meses pueda ser considerado equivalente a una persona propiamente dicha, entonces la autonomía de la mujer prevalecerá absolutamente, y en cualquier caso, hasta el nacimiento (la postura de Ferrajoli llevada al extremo) o al menos en los primeros meses del embarazo, y las consecuencias negativas de la penalización serán concluyentes para la despenalización.

En cambio, si en el plano ético se puede sostener, con argumentos plausibles, que el valor de la vida humana, esto es, la dignidad que la hace merecedora de la protección, se origina en algo diferente a la voluntad de la madre o a la viabilidad y desarrollo de facultades mentales, entonces los inconvenientes de la penalización no tendrán la relevancia que tales autores propugnan, *sin que ello implique desconocer la importancia de estos últimos y la necesidad de darles respuestas adecuadas*⁷⁴. Tampoco implicaría la imposición de una religión ni de una moral determinada a través de una prohibición legal, pues sería indudable –como en el caso del nacido– que se trata de una vida humana digna de protección.

En este punto, llama la atención cierta incoherencia en algunas concepciones morales y jurídicas actuales: el término “persona” es aplicado por cierta doctrina y jurisprudencia a algunos animales con el objeto de reconocerles ciertos derechos (se habla incluso de

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ En nuestro país, el proyecto de despenalización del aborto, tratado en el Congreso de la Nación, tuvo en paralelo otros proyectos no tratados dirigidos a evitar, precisamente, los daños derivados de la prohibición del aborto. Véase, por ejemplo, el Proyecto de ley de régimen de protección integral de los derechos humanos de la mujer embarazada y de los niños por nacer. Expediente Diputados: 0324-D-2018. Firmado por 33 diputados. Entre otros proyectos en ese sentido que pueden verse en: <https://maternidadvulnerable.com.ar/2018/09/10/proyectos-de-ley-para-cuidar-las-dos-vidas/>

personas no humanas)⁷⁵. De ese modo, se procura que una entidad vital “no humana” reciba la protección jurídica —reconocimiento de derechos— en calidad de persona. Y, en contraste, se discute la calidad de persona de la entidad vital ser humano.

En consecuencia, nos vemos impelidos racionalmente a buscar argumentos éticos dirigidos a reconocer el valor de la vida humana del *nasciturus* desde que es concebido, incluso frente a la autonomía de la mujer, pues la postura que niega tal dignidad con invocación de la “falacia naturalista”⁷⁶ deja sin protección jurídica la vida humana hasta el nacimiento, o termina aceptando, a la postre, una protección insuficiente por establecer plazos con criterios discutibles, subjetivos y relativos (a pesar del intento de un objetivismo mínimo por parte de autores como Vázquez).

Frente a tales consecuencias, la adopción de una posición moral o ética que reconozca adecuadamente la dignidad de la vida humana debe encaminarse a la defensa de esa vida desde su inicio, lo que justificará la penalización del aborto. Y esa posición moral o ética puede centrarse en los principios de la *razón práctica*, desde la perspectiva de un neiusnaturalismo como el sostenido por autores como Finnis.

Distingue este autor dos dimensiones del derecho: *i.* la institucional, autoritativa o fáctico-social (ordenamiento jurídico positivo); *ii.* la racional-valorativa, que determina el sentido ético-práctico y la razón de ser del derecho. Se trata de un puro hecho social, en el primer caso; de razones para la acción, en el segundo. Del carácter autoritativo del derecho positivo se deriva su obligatoriedad: el sujeto obligado debe cumplir con la norma no por su contenido adecuado sino porque proviene de la autoridad. Pero se trata de una obligatoriedad presuntiva, que desaparece cuando la norma atenta claramente contra un *bien humano básico*, esto es, contra un principio del derecho natural (bienes, principio o normas permanentes), caso en el cual la obligación resulta eliminada y resurge la obligación de obrar por buenas razones morales⁷⁷.

Desde este punto de vista, no puede desconocerse que el aborto produce, como consecuencia dañosa, la muerte de un ser humano concebido, de modo que esa eliminación *definitiva*, sin posibilidad alguna de reparación, de una vida humana, aparece como una conducta moralmente indebida y el castigo del aborto se encontrará justificado.

No otra consecuencia debería derivarse de la sacralidad de la vida humana que destaca Dworkin, aunque este autor llegue a conclusiones diferentes.

En términos de Michael Moore, tenemos *razones morales* para criminalizar las acciones dañosas porque, y en la medida en que, tenemos obligaciones morales de no producir esos daños; esas razones morales dan las razones para criminalizar⁷⁸. Y ello debe predi-

⁷⁵ Cf. AA.VV., *El Derecho de los animales*, Baltasar, Basilio (coordinador), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2015. Véase también SINGER, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, pp. 179/182: “una persona no es por definición un ser humano”.

⁷⁶ Debe señalarse que la llamada “falacia naturalista”, conocida como “ley de Hume”, y explicitada por George Edward Moore (*Principia Ethica*, traducción castellana de A. García Díaz, México, Unam, 1959), es discutida por algunos filósofos del derecho ubicados en una vertiente iusnaturalista: cf. MASSINI-CORREAS, Carlos I. “La falacia de la “falacia naturalista””. *Persona y Derecho*, 29 (1993), pp. 47-95.

⁷⁷ MASSINI-CORREAS, *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, pp. 32-43.

⁷⁸ MOORE, Michael, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, citado por FERRANTE, Marcelo, “Filosofía del Derecho Penal”, en *Manual del Teoría y Filosofía del Derecho*, vol III, Fabra Zamora, Jorge Luis Spector, Ezequiel Coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 2100/2101.

carse, sin dudas, cuando el daño contra el mayor bien es irreversible, como sucede con la eliminación de una vida humana.

Si esas razones morales derivan de un derecho natural es algo que aquí no vamos a analizar en profundidad porque excede los límites del presente estudio. Pero parece evidente que a causa del rechazo del derecho natural la moral queda reducida a un asunto meramente subjetivo de conciencia individual, y el derecho tiende a ser funcionalizado utilitariamente como puro instrumento de gestión técnica de las relaciones sociales. Con otras palabras, de ese rechazo deriva una moral subjetivista reducida a un asunto meramente individual, y un derecho positivista que se expresa en leyes interpretativas de la voluntad de la mayoría y legítimas conductas inseguras en lo moral⁷⁹.

Ese parece ser el gran defecto de las posturas morales analizadas⁸⁰: el principio de laicidad del derecho y de la moral llega al extremo inaceptable de justificar la eliminación deliberada de un ser humano inocente simplemente porque no es deseado por la madre, y mientras no adquiera las facultades de pensar o sentir prevalece la libertad de conciencia o la autonomía de aquella. De ese modo, la moral queda reducida a un asunto meramente subjetivo de conciencia individual.

Esos son los resultados inevitables de la objeción filosófica conocida como “falacia naturalista”, en tanto impide todo tipo de ética objetiva y niega la tesis central del derecho natural. Por esos motivos, esa “falacia” presenta resistencias en el ámbito de la filosofía moral⁸¹.

⁷⁹ En esos términos se pronuncia CASAS, Gustavo, *Antropología Filosófica. Orientaciones para un curso*, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 258/260. El autor, fallecido en el año 2014, fue un humilde y sabio sacerdote jesuita y profesor de Antropología Filosófica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina.

⁸⁰ En el mismo sentido, la argumentación del filósofo Gustavo ORTIZ MILLÁN, del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, en su libro *La moralidad del aborto*, Siglo XXI, México, 2009, intenta también brindar una visión superadora de las posturas de conservadores y liberales. En ese sentido, explica que para el conservador extremo, la premisa principal es que el cigoto es un ser humano completo desde el momento de la concepción y que tiene un "superderecho" a la vida que derrotaría a cualquier otro derecho con el que entrara en conflicto (p. 20), y sólo sería permisible el aborto (terapéutico) cuando está en riesgo la vida de la madre (p. 22), y en su versión moderada suele aceptar también el eugenésico (malformaciones congénitas) y por violación. Mientras que para la posición liberal extrema es central el mayor valor del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su plan de vida, y realizarlo. Este derecho se asocia con otros, tales como privacidad, integridad corporal, dignidad, igualdad, no discriminación por razón de género, libre desarrollo personal, sexualidad y de reproducción (p. 27). Tales derechos -según la posición liberal extrema- deben prevalecer porque son los derechos de una persona nacida y no de una persona potencial; por lo tanto, se niega que sea aceptable atribuir derechos al feto. Además, esta posición utiliza argumentos basados en las consecuencias que se siguen de considerar ilegal el aborto: por ejemplo, fuertes índices de morbi-mortalidad materna; por lo tanto, el aborto es también (o primordialmente) un problema de "salud pública", de derecho a la salud que debe garantizárseles a las mujeres (p. 29). Ante tales posturas, adopta una posición similar a la de los filósofos tratados en este trabajo: el embrión o feto no es persona al menos hasta los tres meses; la personalidad como centro de imputación de derechos no depende del código genético ni de que pertenezca al género homo sapiens, sino de predicados psicológicos básicos como la autopercepción de placer y dolor; el embrión o feto, durante ese primer tiempo, no es persona como sí es la madre; ergo, la penalización del aborto en el primer trimestre es inmoral porque viola derechos sobre la base de un concepto erróneo de persona y conlleva consecuencias negativas en términos de salud social. Puede verse una reseña de esa obra en *Diánoia* vol.55 no.64 México may. 2010, disponible en línea: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100011

⁸¹ Además del trabajo de MASSINI-CORREAS, ya referido en notas anteriores, existen otras posturas críticas hacia la “falacia naturalista” en cuanto negadora de toda concepción objetivista de la ética. Por caso, la de John Finnis, quien acepta que el paso del ser al deber ser es indebido, y que de la naturaleza humana no pueden derivarse principios básicos para la acción, pero postula la noción de bienes humanos básicos que se

Acaso el camino más acorde con el respeto de la dignidad de la vida humana pase por aceptar que existen *bienes humanos básicos autoevidentes* (o sea indemostrables) y *autónomos* (es decir, no hay bienes que sean instrumentos de otros), como lo es la vida. Y de esa manera reconocer —como postula Finnis— que a partir de ellos la inteligencia humana puede discernir lo que es bueno y debe ser perseguido, y ello es lo que permite fijar cursos de acción o tomar decisiones⁸².

Ese discernimiento, pues, de lo que es bueno y debe ser perseguido, a partir del bien humano básico que es la vida, impele a protegerla incluso en su estadio inicial, pues lo contrario supondría su instrumentalización para otros fines y desconocer, de ese modo, su dignidad. Dignidad que es el fundamento, precisamente, del reconocimiento de los derechos humanos.

El desarrollo de esta postura, que sin negar la ley de Hume —no se pueden derivar juicios de valor de juicios de hecho— reconoce la existencia de un derecho natural y una razonabilidad práctica, demanda un estudio más exhaustivo que excede los fines de este trabajo. No obstante, este principio de razonamiento práctico, en definitiva, parece ser un parámetro razonable para analizar moralmente la muerte deliberada del ser humano en gestación, desde una perspectiva de derecho natural y desde una postura ética objetivista que asegure debidamente el reconocimiento de la dignidad de toda vida humana, como fundamento primigenio de los derechos humanos.

7. Recapitulación

La complejidad de las posturas aquí tratadas (las de Dworkin y Finnis, quizás las más relevantes, quedaron apenas esbozadas y ameritan otro estudio como continuación del que aquí finaliza), hacen conveniente recapitular las ideas principales.

Muy sucintamente, se ha mencionado la que, desde un *subjetivismo moral extremo*, predicen filósofos utilitaristas como Peter Singer⁸³, quienes proponen una moral diferente a la que llaman tradicional y justifican moralmente el aborto, el infanticidio en algunos casos y la eutanasia. Resulta central para ello su concepto de persona: ser con conciencia de su propia existencia en el tiempo y con capacidad para tener necesidades y planes a futuro.

Por otro lado, la que, en el ámbito de la filosofía del derecho penal, y con base las nociones de pluralismo ético y laicidad del estado, parte de un *subjetivismo absoluto enfocado en la pura voluntad de la madre*, y que sólo por convención fija el límite de los tres meses para que la madre pueda ejercer conscientemente ese derecho (Ferrajoli y la autoterminación de la maternidad).

presentan de manera inmediata y autoevidente a la conciencia humana. De modo que lo moralmente correcto será lo moralmente razonable en orden a la consecución o preservación de un bien. Hay entonces bienes premorales, bienes humanos básicos, como son la vida, el conocimiento de la verdad, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica. Estos bienes son autoevidentes, autónomos y sin diferencias de jerarquía entre ellos. Y aquí aparece el principio de la razonabilidad práctica: la razón humana capta esos bienes básicos, y la moralidad aparece cuando el hombre persigue esos bienes en sus concretas decisiones y acciones. Pueden verse estos conceptos desarrollados en SALDAÑA SERRANO, Javier, “La falacia naturalista. Respuestas para una fundamentación del derecho natural. Los argumentos de J. FINNIS y M. BEUCHOT”, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, UNAM, 2007, pp. 419/447.

⁸² Puede verse: FINNIS, John, *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017. Un breve resumen de la postura de Finnis puede verse en: MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018

⁸³ Véase la introducción y la nota a pie de página número 1.

Asimismo, las que, también en sede de filosofía de derecho penal, y basada en la idea de un pluralismo ético y laicidad del estado, parten de un *subjetivismo limitado por un objetivismo mínimo* que estaría dado por cierto desarrollo del embrión: *i.* ciertas propiedades biológicas y psicológicas, como el desarrollo del sistema neurológico, que imponen — si las hay— exigencias morales específicas (Rodolfo Vázquez); *ii.* viabilidad y capacidad de sentir que se adquiere alrededor de los seis meses conforme “Roe vs. Wade”, aunque dentro de los tres primeros prevalece absolutamente la voluntad de la madre como libertad de anticoncepción (Alfonso Ruiz Miguel). Sólo en ese momento —alrededor de los seis meses— adquiriría un derecho a la vida (es persona), de modo que antes, sobre todo durante los primeros tres meses, prevalece la autonomía procreativa de la mujer (Dworkin).

Tanto Ferrajoli como Vázquez y Ruiz Miguel completan la argumentación puramente moral con razones de carácter jurídico y político: la inaceptable pretensión de imponer una postura moral mediante el derecho penal en vulneración de la dignidad de la mujer, y la inutilidad de la penalización (todo ello relacionado con la separación entre derecho y moral y con el principio de intervención mínima del derecho penal).

Se explicó, asimismo, que Dworkin habla de la *sacralidad de la vida humana* desde la concepción, pero postula que en el problema de la penalización del aborto *debe hablarse de persona y el embrión no lo es* (no es titular de derechos), y que la sacralidad de la vida humana no debe prevalecer sobre la autonomía procreativa de la mujer. El Estado no debe intervenir para asegurar esa sacralidad o inviolabilidad de la vida humana. Es un tema de derechos. Y prevalece el derecho a la autonomía procreativa.

En síntesis, se ha visto que todas esas concepciones éticas subjetivas, en cuanto priorizan la voluntad de la mujer, justifican la despenalización del aborto durante los primeros meses —entre tres y seis— para los embarazos no deseados, esto es, los que comprometen seriamente el conjunto de vida de la mujer.

Por último, se ha tratado la postura ética que propone partir de *los principios del razonamiento práctico* que, respetando la ley de Hume (del ser no se puede pasar lógicamente a la deber ser), no impidan sin embargo fijar principios básicos para la acción. El bien humano vida es captado por la razón, la que permite discernir lo que es bueno y debe ser perseguido. Lo moralmente correcto será lo moralmente razonable en orden a la consecución o preservación de un bien. Aplicado este concepto de Finnis al aborto, nos lleva a reconocer la *dignidad de la vida humana desde la concepción*, a pesar de la potencialidad y gradualidad de las facultades biológicas y psicológicas en las primeras semanas de vida, y a proponer su protección eficaz reconociéndole un verdadero derecho a la vida desde ese inicio. Sólo esa dignidad desde el inicio de la vida será compatible con el reconocimiento de los derechos humanos.

8. Conclusiones

Hemos intentado indagar acerca del bien jurídico protegido en la figura penal del aborto, o, más precisamente, si hay un bien jurídico que *deba* ser protegido por el derecho penal, sin perjuicio de la posible colisión con otros derechos, en particular la autonomía procreativa de la mujer

De lo desarrollado hasta aquí surge, según creemos, la importancia de la perspectiva ética o de filosofía moral para encarar la problemática jurídica de la penalización del aborto. Se trata de una cuestión esencial a discernir antes de analizar los aspectos jurídicos y políticos.

La inconsistencia de las posturas éticas subjetivistas, ya sea la puramente subjetivista de Ferrajoli, ya sea las que presentan algunos componentes objetivistas de carácter secundario, en cuanto llevan a despersonalizar la vida humana inicial y a desconocer su dignidad, nos llevan a reflexionar sobre la necesidad de proponer un bien jurídico que no quede vacío de su significado y trascendencia. Esto es, un bien jurídico fundamentado en el reconocimiento de la dignidad de la vida humana desde la concepción. Ello justificará moralmente la sanción penal de las acciones que atentan contra aquel⁸⁴.

Por el contrario, las premisas filosóficas utilizadas para justificar la despenalización del aborto llevan, en la práctica, a un debilitamiento del valor de la vida humana en general, lo que puede llevar a justificar otros ataques al carácter sagrado de ella como el infanticidio y la eutanasia⁸⁵.

El reconocimiento de la dignidad de la vida humana inicial, que la hace merecedora de protección incluso a través del derecho penal, no impide que los daños que ocasionan los embarazos no deseados⁸⁶ puedan ser contrarrestados con la promoción de medidas de acción positiva en favor de las madres, especialmente las de mayor vulnerabilidad, y de sus hijos por nacer⁸⁷. En este sentido, creemos que la idea de no instrumentalización de la mujer no ha de olvidar la idea de no instrumentalización del ser humano gestado, sin perjuicio de la dependencia biológica de este último al cuerpo de la madre.

No parece, en definitiva, que desde una concepción subjetivista de la ética pueda surgir una posición moral y una postura jurídico-política que reconozcan debidamente la

⁸⁴ De lo contrario, sin ese fundamento primigenio, pueden llegarse a soluciones jurídicas aberrantes, como considerar que el embrión no es un ser humano y, por ello, su eliminación es una autolesión no punible. Véase, en ese sentido, el voto en minoría del juez Magariños en el reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala 3, en la causa “C.P.C. s/violación según párrafo 4to art. 119 inc. b, etc”, 7/6/2019. Los jueces integrantes de la mayoría, Huarte Petite y Jantus, consideraron que en la sentencia se tuvo por probado de modo incorrecto que el embrión se encontrase con vida antes del ejercicio de la práctica dirigida a interrumpir el embarazo y, sobre esa base, entendieron que ese hecho constituía un supuesto de “tentativa inidónea por el objeto”, razón por la cual resultaba atípico. Pero el voto en minoría del juez Magariños, como ya referimos, afirma que la eliminación de un embrión sin viabilidad extrauterina –en el caso, de nueve semanas- no es aborto sino autolesión no punible (propio cuerpo de la madre), y su castigo vulneraría el art. 19 CN. Un voto muy fundamentado con doctrina jurídica y “científica-no jurídica”. Un tratado, podría decirse. Opta por una posición científica (la expuesta por Kornbliht en el marco de la discusión sobre el aborto, acerca de que el embrión no es un ser humano) y acomoda a ella toda su interpretación convencional, constitucional y penal. Ello es demostrativo de los extremos a los que puede llevar la discusión sobre los conceptos de vida humana y de persona, y las consecuencias que tendrá la adopción de una posición ética o, incluso, científica, en las consideraciones jurídicas que puedan realizarse sobre el aborto.

⁸⁵ Como el filósofo australiano Peter Singer, quien en su particular concepción de ser humano y persona justifica moralmente el aborto, el infanticidio y la eutanasia (ver cita a pie de página nro. 1).

⁸⁶ Tales daños han sido un argumento recurrente en las discusiones parlamentarias del año 2018. Por ejemplo, el entonces Ministro de Salud de la Nación, Adolfo Rubinstein, quien participó el 31 de mayo de 2018 en la decimoquinta jornada de debate por la legalización del Aborto en Argentina, en el 15° plenario de comisiones del Congreso de la Nación: “Es un problema de salud pública, porque el aborto produce muertes, morbilidad evitable en población joven y sana; es un problema de equidad de género, porque el aborto sólo afecta a las mujeres y adolescentes y sus complicaciones afectan sobre todo y fundamentalmente a las mujeres pobres; porque los países con marcos legales restrictivos no han reducido el número de abortos sino que han aumentado la proporción de abortos inseguros; y finalmente porque la evidencia es muy robusta, sólida, respecto a que la despenalización del aborto reduce la mortalidad materna, las complicaciones graves y el número de abortos totales”.

⁸⁷ Ya nos hemos referido más arriba, en nota a pie de página, a los distintos proyectos presentados en el Congreso de la Nación en ese sentido.

dignidad de la vida humana y resuelvan adecuadamente los problemas ocasionados a las mujeres por los embarazos “no deseados”.

Acaso ello sólo sea posible a partir de una postura ética objetivista y cognocitivist, que parta del reconocimiento de una ley moral natural y del principio de razonabilidad práctica, y que reconozca la dignidad de la vida humana desde la concepción, esto es, el valor de la vida como bien humano básico.

Bibliografía

- CASAS, Gustavo, *Antropología Filosófica. Orientaciones para un curso*, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2003.
- CORRAL TALCIANI, Hernán F. – VIGO PACHECO, Alejandro Gustavo, *Revista chilena de derecho*, Vol. 21, N° 2, 1994.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994.
- FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia, 1. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2013.
- FERRANTE, Marcelo, “Filosofía del Derecho Penal”, en *Manual del Teoría y Filosofía del Derecho*, vol III, Fabra Zamora, Jorge Luis Spector, Ezequiel Coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- FINNIS, John, *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- MASSINI-CORREAS, Carlos I. “Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural”, en FINNIS, John, *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- MASSINI-CORREAS, Carlos I. "La falacia de la ‘falacia naturalista’". *Persona y Derecho*, 29 (1993).
- MASSINI-CORREAS, Carlos I., “Sobre el embrión humano y la cuestión de la personalidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión”, en *Prudentia Iuris*, N° 76, 2013.
- MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018
- ORTIZ MILLÁN, Gustavo *La moralidad del aborto*, Siglo XXI, México, 2009
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “El aborto, entre la ética y el Derecho”, en *Telos*, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, 2002, XI/2.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, “La falacia naturalista. Respuestas para una fundamentación del derecho natural. Los argumentos de J. Finnis y M. Beuchot”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM, 2007
- SINGER, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Barcelona, 1997.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Comentarios a las propuestas bioético-jurídicas de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2005.

La reparación *privada* del daño y la necesidad *pública* de castigo. El problema de su integración*

*The private repair of damage and the public need for punishment.
The problem of its integration.*

Por: **Esteban Grand Grundy****

RESUMEN: este artículo constituye una síntesis del trabajo de investigación “La reparación *privada* del daño y la necesidad *pública* de castigo – el problema de su integración” del mismo autor, en el que se propone dilucidar la manera en la cual la reparación privada del daño incide en las necesidades públicas de castigo de cierta clase de delitos. Para ello se analiza los principios que determinan la actuación penal, los distintos tipos de conflictos que se suscitan ante la comisión de un hecho delictivo y los fundamentos del castigo.

PALABRAS CLAVE: reparación del daño, *alterum non laedere*, conflicto primario y secundario, disponibilidad de la acción penal.

ABSTRACT: *This article constitutes a synthesis of the research work "The private reparation of damage and the public need for punishment - the problem of its integration" by the same author, in which it is proposed to elucidate the way in which the private reparation of damage affects public need for punishment of certain kinds of crimes. For this, the principles that determine criminal action, the different types of conflicts that arise before the commission of a criminal act and the foundations of punishment are analyzed.*

KEYWORDS: *reparation of damage, alterum non laedere, primary and secondary conflict, availability of criminal action.*

1. Introducción

Históricamente se ha asociado al derecho penal con la imposición de la pena de prisión, con motivo de la persecución y juzgamiento por parte del Estado ante la comisión de un delito. De igual manera, se ha relacionado a la reparación con una de las ramas del derecho común, la responsabilidad civil. Los caminos de uno y otro sector del Derecho, público y

* Ensayo expuesto ante el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales el día 13 de abril de 2021. Resulta una síntesis del trabajo final de Maestría en Derecho y Argumentación titulado “La reparación *privada* del daño y la necesidad *pública* de castigo – el problema de su integración”, que fue defendido oralmente ante la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho (UNC) y el Tribunal evaluador el día 4 de marzo de 2021. Luego de tal instancia formal, expusimos ante el Instituto de Ciencias Penales “Jorge De la Rúa” los lineamientos y conclusiones de la investigación realizada, tanto con fines de divulgación científica como de enriquecimiento a través de las opiniones y críticas de los demás miembros del cuerpo académico.

** Abogado (UNC), Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), ex Profesor Adjunto de Metodología de la Investigación Jurídica (UCC); adscripto de Derecho Penal I (UNC); miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (Comisión Jóvenes Procesalistas) y del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; empleado del fuero penal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; correo electrónico: esteban_grand@hotmail.com y egrand@justiciacordoba.gob.ar.

privado, tan tajantemente separados desde Binding¹, han tenido ciertos entrecruzamientos en su evolución, lo que determinó la influencia de uno sobre otro en diversas ocasiones.

En la evolución del derecho de responsabilidad civil al derecho de daños, y de la teoría de los fines de la pena se produjo un punto de contacto relevante, que determinó un serio estudio de las proyecciones de una rama del derecho en la otra y viceversa: la víctima. La víctima pasó de un sujeto pasivo del derecho de daños, acreedor de una reparación ante el perjuicio sufrido, a un sujeto activo capaz de prevenir el daño o su agravamiento.

En el ámbito criminal, por su parte, la victimología influyó para la inclusión del sujeto pasivo del delito en el sistema penal no como una mera fuente de información, sino como un actor relevante con capacidad de iniciar, continuar o desistir la persecución penal; de igual manera, resultó determinante para la consideración del delito como conflicto –en abordaje multidimensional– y abandonar la idea del binomio infracción/retribución.

El año 2015 fue signado por importantes cambios legislativos: en primer lugar, comenzó a regir el Código Civil y Comercial (ley 26.994) que condensó la proyección que doctrina y jurisprudencia habían erigido en torno al derecho de daños y a la cláusula *alterum non laedere*. En segundo lugar, la ley 27.147 modificó algunos artículos del Código Penal, de forma tal que se incorporaron nuevas causales de extinción de la acción penal, profundizando así el camino de la disponibilidad de la acción iniciado con la suspensión del juicio a prueba y la oblación voluntaria de la multa.

La función preventiva que legislación y doctrina le asignan al derecho de daños, y la posibilidad de finalizar un proceso penal por reparación del perjuicio constituyó a la vez un nuevo punto de encuentro entre derecho penal y civil. Ahora bien, este encuentro no está exento de conflictos de interpretación, fundamentación y delimitaciones de intereses de los particulares afectados y del Estado en tanto titular de la acción penal pública. ¿Cómo han de congeniarse, pues, el derecho particular del damnificado a recibir una reparación por el daño ocasionado por el delito, y el derecho-deber del Estado de cumplir con los fines inherentes al derecho penal y propios (y necesarios) de un Estado de Derecho?

El trabajo original fue estructurado en tres etapas, que se intentan sintetizar conservando su esencia: el primer eslabón de análisis contiene la descripción de los fundamentos y fines propios de la pena y de la reparación en el derecho común. Se centra en la llamada “lucha de escuelas”, a manera de síntesis de años de evolución doctrinal, y culmina con las posturas que nos van a servir de sostén e hilo conductor: las teorías dialécticas de Silva Sánchez, principalmente, y Claus Roxin. Luego rescatamos la visión actual del derecho de daños en su faz preventiva, a través de la descripción de los fundamentos históricos y modernos, pero nos detenemos sobre todo en la inclusión del principio *alterum non laedere* en la doctrina y jurisprudencia.

Lo que en la primera parte del trabajo presentamos de manera tan tajantemente separada, empieza a correlacionarse mediante el estudio de los lineamientos de la llamada Justicia Restaurativa y la reparación como Tercera Vía. Ambas configuran formas de resolver conflictos de una manera alternativa a la respuesta punitiva por excelencia.

Finalmente, en el tercer bloque, asumimos el problema complejo de dilucidar la manera en la cual la reparación privada del daño incide en las necesidades públicas de castigo de cierta clase de delitos. Para ello analizamos los principios que determinan la actua-

¹ ROXIN, C. (1992). La reparación en el sistema de los fines de la pena. EN ESER, A.; HIRSCH, H.; ROXIN, C.; CHRISTIE, N.; MAIER, J. B. J.; BERTONI, E.; BOVINO, A. & LARRAURI, E. *De los delitos y de las víctimas* (pp. 129/156). Buenos Aires: Ad Hoc, p. 135.

ción penal, los distintos tipos de conflictos que se suscitan ante la comisión de un hecho delictivo y los fundamentos del castigo.

2. Algunas precisiones conceptuales sobre fundamento y fin de las penas

La cuestión de las teorías de la pena han sido abordadas en distintas ocasiones en el seno del Instituto, por lo que no se pretende ser reiterativo y menos aún enlentecer la lectura cuyo fin no es precisamente la discusión sobre dichas teorías.

La teoría que sirvió de basamento para la realización del trabajo fue principalmente la de Silva Sánchez, con algunas aportaciones de las ideas de Roxin, es decir, con un claro abordaje dialéctico de las teorías de la pena.

Recordamos que Silva Sánchez sostiene que el fin legitimante del derecho penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la lógica utilitarista y garantista². Plantea que el derecho penal resulta una necesidad de la vida en sociedad, ya que, si bien implica el uso de violencia estatal, se utiliza para repeler la violencia propia del delito, y la violencia total que resultaría de no tomar medidas adecuadas para controlar la transgresión de las normas penales.

El derecho penal genera violencia, superior a la de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico. Tiene como función producir paz social, lo que implica eliminar situaciones de venganza privada y, en coincidencia con Nozick, aquellas situaciones que producen “lesiones personales” y “miedo general”³. Solo si la violencia que conlleva el derecho penal resulta socialmente más tolerable que la que se produciría si se renunciara a éste, cabría sostener su legitimación. De tal manera, sólo debería actuar ante delitos en sentido material, aquellas conductas cuya exclusión del ámbito del derecho penal produciría más violencia social total que la que resulta de la intervención del derecho penal⁴.

La pena es un mal, ontológicamente es un castigo, la materialización más demostrativa del poder represivo estatal. Así es percibida tanto por aquél a quien se impone, como por la sociedad. Al igual que Jakobs, Silva Sánchez resalta que la pena tiene un valor comunicativo, que es el de reafirmar en términos formales el orden conmovido por la violencia social encarnada en el delito: la pena es un proceso de comunicación y, por lo tanto, el concepto de pena significa la permanencia de la realidad de la sociedad sin modificaciones, en cuanto permanencia de la realidad normativa sin alteraciones.

Para el cumplimiento de tales fines preventivos, es decir, la estabilización de la norma, bastaría con la declaración judicial de culpabilidad. Sin embargo, en algunas ocasiones se hace necesario aplicar una cuota de “dolor” (en tanto aflicción causada con violencia estatal) al culpable —la aplicación de una pena—, cuando la prevención no se agote con la simple declaración de vigencia de la norma. En estos casos, se hace necesaria una fundamentación preventiva específica: la imposición del “dolor penal” tiene como fin producir confianza real en que algunos se abstendrán de delinquir. Para que esta confianza fáctica se genere en las víctimas potenciales, es preciso que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales⁵ (lo que la doctrina aborda habitualmente como “prevención general negativa”).

² SILVA SÁNCHEZ, J. (2010). *Aproximación al derecho penal contemporáneo, ampliada y actualizada*. Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, p. 211.

³ NOZICK, R. & TAMAYO, R. (1988) *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. (2015) *En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 61 y 67.

⁵ *Ibidem*, pp. 78/80.

Se evidencia que Silva Sánchez, considera a la prevención general negativa de cierta manera contenida en la positiva, aunque simultáneamente es limitada por ésta de modo estricto a la reparación del daño culpablemente producido. Es decir, no puede imponerse una pena que, aun siendo necesaria para intimidar a otros, se manifieste como excesiva a la vista del daño producido por el autor que la sufre. Por tal motivo, a la hora de hacer efectivo el cumplimiento de una condena, ha de hacerse un cuidadoso juicio político-criminal de legitimación, ya que, conforme lo mencionado, *non sequitur* que toda pena impuesta deba ser, asimismo, ejecutada⁶.

Tanto Silva Sánchez como Roxin consideran que la pena debe hacerse efectiva sólo cuando sea estrictamente necesario y de la manera menos aflictiva para su destinatario. En efecto, del desarrollo realizado surge que a nivel comunicativo ya la sentencia solventa el fin preventivo general de reafirmación del orden jurídico, por lo que la aplicación de una pena aflictiva sólo corresponderá en casos de estricta necesidad.

3. La reparación en el Derecho Civil: *alterum non laedere*

La reparación ha sido uno de los institutos de mayor estudio y crecimiento doctrinario en las últimas décadas en el ámbito del derecho civil. Ello se debe, principalmente, a la ampliación en número y complejidad de las formas de infligir daño a las personas, producto del avance científico, industrial, de redes sociales, nuevas formas de delincuencia y terrorismo, actividad del Estado —tanto por hechos lícitos como ilícitos—, etc.⁷ Se han ampliado las funciones del derecho de daños, ya que no se prevé solamente la reparación una vez causado, sino su evitación mediante distintas formas de previsión⁸.

Corresponde que nos preguntemos cuál es el fundamento de la reparación, es decir qué le da origen y justifica su existencia. Contestar estos interrogantes es clave, ya que para justificar la procedencia de una indemnización, es decir, el traslado de los efectos del daño sufrido por una persona o grupo de personas al dañador, debe haber una razón suficiente.

En la actualidad, y según surge del Código Civil y Comercial, los factores subjetivos (culpa y dolo) y objetivos (riesgo, equidad, etc.) comparten la escena de la responsabilidad. No obstante, la preeminencia de la culpa se observa en razón de la limitación normativa de las causales objetivas. Así, de acuerdo al artículo 1721 del C.C. y C., “la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”⁹.

Si bien los factores de atribución presentan una función fundamental a los fines de determinar el sujeto responsable de la reparación, en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia consideran que *el fundamento de la reparación es la violación al deber de no dañar*. Con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994), no existía en el ordenamiento jurídico una *norma explícita* que tradujera específicamente la obligación de no dañar a otro. Por tal motivo, la doctrina y la jurisprudencia tuvieron que echar mano a argumentos filosóficos, la lógica y la interpretación para entronizar el deber de no dañar como fundamento de la reparación.

⁶ *Ibíd.*, p. 80.

⁷ ANDORNO, R. (2002) “El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica”, *La Ley*, 2002-D-1326.

⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999) *Resarcimiento de daños. T. IV. Presupuestos y funciones del derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 37.

⁹ ALTERINI, Atilio A. (1995) *Temas de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, p. 16.

Un intento de colocar al *alterum non laedere* como justificación de la reparación está dado por la tesis de María del Carmen Cerutti¹⁰, según la cual, la regla de *alterum non laedere* no sólo configura un principio implícito en el ordenamiento jurídico, sino que el mecanismo de derivación permite concluir la existencia del principio como una obligación que forma parte del derecho vigente. Esta obligación no está contenida expresamente en una norma promulgada por el legislador, pero su negación, dada la estructura conceptual empleada por los juristas, haría que el sistema se torne incoherente. Deriva lógicamente el *alterum non laedere* del mismo sistema jurídico y le atribuye consecuencias como una sanción. No se vislumbra como analíticamente posible que el sistema jurídico impute una sanción a una conducta sin que la conducta contraria constituya un deber.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹, por su parte, no ubicó tal principio como una norma implícita del sistema, sino que lo extrajo directamente de la interpretación *a contrario sensu* del art. 19 de la C.N. En efecto, sostuvo en “Gunther” y “Luján” que:

“Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civ. consagran el principio general establecido en el art. 19 de la Const. Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.

La producción científica de los juristas argentinos en relación al *alterum non laedere* llevó a condensarlo en el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1716). Ante la violación de tal precepto, la consecuencia jurídica prevista en la norma es la obligación de reparar.

Si entendemos como fundamento de la reparación tal violación al deber de no dañar a otro, de manera consecuente el fin del derecho de daños es la evitación del daño o, en caso de su ocurrencia, su reparación. Actualmente hay acuerdo en la doctrina mayoritaria respecto a que una de las funciones del derecho de daños, tal vez la primordial, es la prevención (Zavala de González, Kemelmajer de Carlucci). Este deber no es vacuo, sino que implica una obligación positiva de actuar, de hacer, de tomar las medidas razonables tendientes a la evitación del daño o a su mitigación¹².

Cabe mencionar la transversalidad del principio *alterum non laedere* como norma base del sistema jurídico, en tanto justifica la implementación de herramientas de distinta intensidad tendientes a la evitación del daño en primer lugar, o su reparación en caso de que no haya podido evitarse. La doctrina sostiene que la función preventiva de la responsabilidad civil ayuda a mantener la paz social, la armonía y la solidaridad, en atención a que la reparación (aunque sea su intención) nunca es tan justa y equitativa que vuelva las cosas al estado anterior¹³. En coincidencia con lo anterior, podemos citar que “la preven-

¹⁰ CERUTTI, MARÍA DEL CARMEN (2011) *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

¹¹ Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos (Fallos, 308:1160), “Gunther” (Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional, Fallos 308: 1118), “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, 21/09/2004, en RCyS 2004, p. 542, etc.

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2016) “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación” en PEYRANO, J.W. (Dir.) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 379/380.

¹³ MOSSET ITURRASPE, J. (2008) “Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación”. En *Revista de Derecho de Daños. Prevención del daño*, año 2008 – 2 –. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 10.

ción del daño no es una tarea que resulte extraña al derecho en general ni al derecho civil en particular. El sistema jurídico debe indudablemente mantener una función preventiva y disuasiva”¹⁴. En virtud de ello, que otras ramas del derecho tengan por función la prevención del daño no quiere decir que el derecho de la responsabilidad civil no sirva como instrumento preventivo o, lo que es peor, que no deba aspirar a serlo¹⁵.

4. Justicia Restaurativa y Tercera Vía

Una primera aproximación plantea que la Justicia Restaurativa es una variedad de prácticas que buscan responder al fenómeno criminológico de un modo más constructivo que las respuestas tradicionales dadas por el sistema punitivo:

“El delito, además de la violación a una regla legal de conducta, es una violación o ataque de una persona a otra persona. No interesa tanto el derecho abstractamente violado sino el hecho concreto de que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de otra y es ese daño el que debe ser reparado”¹⁶.

Nos interesa distinguir dos conceptos que diferencian los defensores de la Justicia Restaurativa: conflicto primario y conflicto secundario. El primero es el que involucra a las partes, es decir, víctima y autor de un delito que a su vez provocó un daño a aquella. El segundo gira en torno a la infracción a una norma de orden público y por lo tanto el interés del Estado de aplicar la sanción prevista en el ordenamiento jurídico. Comprender el delito desde el conflicto primario implica asumir que lo central es atender a la reparación de la víctima, y para ello potenciar los intereses de las partes en la solución del conflicto; por el contrario, priorizar el conflicto secundario implica desplazar a la víctima del rol central y hacer jugar intereses sociales (prevención, rehabilitación, seguridad jurídica, etc.) que determinen en definitiva un monólogo estatal con el foco puesto en el delito y su autor.

Rompiendo el único binomio Estado-delincuente, pretende incorporar tanto a la víctima como a la comunidad en un concepto de reparación basado en la responsabilidad. Este modelo nos lleva a una nueva concepción de la justicia penal con un cambio de paradigma que no es fácil de insertar en una sociedad que pide sanciones más severas con penas de prisión¹⁷.

La Justicia Restaurativa se muestra no como una alternativa *para* el derecho penal, sino una alternativa más *dentro* del derecho penal, pues abre oportunidades para distintas respuestas sociales al delito, creando mayor reparación a la víctima, más paz y seguridad social para la comunidad, y más oportunidades de reinserción para el ofensor¹⁸.

Asimismo, Binder considera que:

“Al tratarse de un enfoque, una dirección, un paradigma o una brújula, le ha dado marco de actuación a muchos programas que se han ido desarrollando de un modo más creativo; más que un desarrollo conceptual han sido esos programas

¹⁴ HIGHTON, E. I. (1993) “Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?”. En *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Editorial La Rocca, p. 833.

¹⁵ LÓPEZ HERRERA, E. (2006) *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 45.

¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2004) *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 112/113.

¹⁷ CORTÉS, ANA MARÍA (2017) “La justicia restaurativa y el fin de prevención especial de la pena”, en *AA.VV. “Cuadernos de Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 65.

¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pp. 166/168.

prácticos los que han ido moldeando las características del movimiento de justicia restaurativa¹⁹.

Por su parte, se denomina “Tercera Vía” a la concepción doctrinal según la cual la reparación, aunque no una pena propiamente dicha, se inserta en el sistema penal junto a las penas (primera vía) y medidas de seguridad (segunda vía). Uno de sus principales promotores fue el profesor alemán Claus Roxin. Éste asegura que la reparación puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general (positivo) y especial (positivo). La consideración de la reparación en el sistema de sanciones no significa reprivatización del derecho penal; tampoco constituir a la reparación como una clase nueva de pena, ni como un fin nuevo de la pena. La reparación es una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena mencionados, y que también podría sustituir a la pena en algunos casos o ser computada para atenuarla²⁰.

Podemos afirmar que los legisladores y la jurisprudencia han ido introduciendo en los últimos años consideraciones de justicia restaurativa y reparación como medida alternativa en el sistema penal. No obstante ello, no se advierte una debida conciliación o fundamentación entre esas tendencias a la reparación y la necesidad del Estado de aplicar una pena.

Mediante la relajación del principio de legalidad de actuación, se han ido incorporando soluciones alternativas a la persecución penal como consecuencia inevitable ante la producción de un delito, como la mediación, la composición del conflicto en sede penal juvenil, la creación de nuevas formas de participación de la víctima y reconocimiento de sus intereses en sede penal, el ingreso de la reparación como atenuante de la pena, como condición o directamente como causal de cierre del proceso cuando hay acuerdo con la víctima.

Una de las principales bondades de las corrientes analizadas es la de favorecer el cambio de concepción del delito como infracción, que implicaba una relación vertical entre el delincuente y el Estado como creador y protector del universo normativo, hacia una intelección del delito como conflicto, que repercute en intereses individuales y en intereses comunitarios. De tal forma, la idea de solución de conflicto se incorpora como un objetivo formal de la justicia penal, y no como uno alternativo, y ello no tiene que ser visto como un simple mecanismo de descongestión de los tribunales, sino como un nuevo paradigma en la comprensión del problema penal²¹. Ello también permite analizar que hay veces que uno de los intereses deberá prevalecer sobre el otro, y, como veremos en los sucesivos capítulos, no siempre el Estado deberá avanzar con su maquinaria de violencia penal –poder punitivo– para imponer una pena.

5. Fundamentos de los institutos penales que receptan la reparación

Desde una óptica unidimensional o un abordaje estrictamente normativo, la afirmación de que una conducta sea señalada como delito implica necesariamente la aplicación de un castigo —mirada propia de las teorías absolutas—. Sin embargo, a diario observamos cómo la mayor parte de las acciones típicas, antijurídicas y culpables quedan impunes, en

¹⁹ BINDER, A., (2018) *Derecho procesal penal: Teoría del proceso composicional. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*. Buenos Aires: Ad-Hoc., pp. 518/519.

²⁰ ROXIN, C., op. cit., p.155.

²¹ BINDER, A., op. cit., pp. 545/546.

tanto que un ínfimo número de aquellas recibe la consecuencia jurídica propia del contenido admonitorio de la norma.

Ello no puede explicarse sino desde una perspectiva multidimensional, que contemple consideraciones sobre las finalidades y funciones de la pena —y del derecho penal— en una determinada sociedad²². En tal sentido, el derecho —en sus dos dimensiones, como derecho positivo y como conjunto de principios ético-jurídicos— es sólo uno de los “componentes fundamentales de la red de relaciones complejas que configuran el *mundo jurídico*, junto a los conceptos de persona, sociedad y cultura”²³.

Como veremos a continuación, el derecho penal tiene su razón de ser en tanto herramienta útil para cumplir determinadas funciones en una sociedad y cultura determinadas, tomando en consideración los principios y valores que rescatan los derechos fundamentales de la persona destinataria del sistema penal. En base a ello, expondremos ciertos lineamientos sobre los principios que nutren al sistema penal y al mismo tiempo ponen límite al poder aflictivo propio del ejercicio del *ius puniendi*.

Tales principios, denominados genéricamente como de *mínima intervención*, servirán de guía para concretar, por un lado, la idea de delito como conflicto con repercusiones sociales e individuales; por otro, con qué fin y en qué casos es válido —e ineludible— llegar a punir, mientras que en otros puede preverse un mecanismo menos violento para la solución del conflicto y cumplimiento de los fines de la pena.

5.1. El delito en el marco de la mínima intervención

Una primera aproximación al principio de lesividad, de sustrato constitucional (arts. 19 y 75 inc. 22 C.N.), establece que no es válido prohibir o castigar una acción humana, si ésta no perjudica o de algún modo ofende los derechos individuales o sociales²⁴. Dicho de otro modo, no puede haber delito ni pena si no hay una conducta que afecte bienes jurídicos²⁵. Si bien todo delito es una acción que ofende de algún modo derechos individuales o sociales, no toda ofensa a esos derechos constituye un delito, sino que es menester aún atravesar otros tamices constitucionales, además del principio de legalidad: lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad.

En palabras de Cancio Meliá, no basta con que se observen los requisitos formales del principio de legalidad para que un comportamiento pueda ser considerado legítimamente una infracción criminal²⁶. Los principios mencionados son parte de la definición del concepto material de delito, que sólo puede hallarse en el concepto de *daño social*²⁷. Por tal motivo, adelantamos que para la existencia de delito será necesaria la ocurrencia del daño social —lesividad social— de un bien jurídico, que no es otra cosa que una realidad social relevante²⁸.

²² BUTELER, E. (2017) *Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba – Inserción de la reforma al Código Procesal Penal de Córdoba (ley n° 10.457, BO 16/6/2017), en la reforma al Código Penal de la Nación (ley n° 27.147, BO 18/6/2015)*. Córdoba: Mediterránea, p. 41.

²³ LASCANO, C. J. (2005) “Conceptos fundamentales del derecho penal”, en LASCANO, C. (Ed.) *Derecho Penal – Parte General*. Córdoba: Advocatus, p. 23.

²⁴ BONETTO, L.M. (2005) “Derecho Penal y Constitución”, en LASCANO, C. (Ed.) *Derecho Penal – Parte General*. Córdoba: Advocatus, pp. 117/118.

²⁵ ZAFFARONI, E. R. (1998) *Tratado de Derecho Penal. Parte General – Tomo I*. Buenos Aires: Ediar, p.40.

²⁶ CANCIO MELIÁ, M. (2012) “Lesividad social del delito y estado actual de la política criminal”. En *Delitos contra el patrimonio – II – Revista de Derecho Penal*, pp. 607/650. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 607/608.

²⁷ *Ibidem*, p. 608.

²⁸ *Ibidem*, pp. 613/615.

Ferrajoli, a su vez, considera que factible articular el principio de lesividad en dos subprincipios: *el de lesividad en abstracto*, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional” (como mandato dirigido al legislador); y *el de lesividad en concreto*, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, algún daño o peligro” (como mandato dirigido al juez penal). En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *conditio sine qua non* de la intervención penal²⁹.

Ahora bien, el requisito de lesividad social es complementado con una determinación de la *intensidad* que debe alcanzar el hecho lesivo del bien jurídico. En tal sentido:

“Se habla de la *doble fragmentariedad* del Derecho Penal: éste debe reaccionar sólo frente a las agresiones más graves producidas contra los bienes jurídicos más importantes. Esta exigencia de doble limitación de la intervención penal deriva, desde la perspectiva del ordenamiento en su conjunto, del principio de subsidiariedad, es decir, de la consideración de que el Estado sólo debe acudir a las sanciones – más graves – del Derecho Penal cuando otras instancias (autorregulación, Derecho Civil, Derecho Administrativo) fracasan en la regulación de la materia: el Derecho Penal se constituye en *ultima ratio* del ordenamiento jurídico”³⁰.

Por su parte, el *principio de proporcionalidad* establece el límite al castigo penal, en tanto que *debe existir una relación de justa proporción entre la gravedad del delito y la especie y medida de la pena a aplicar*³¹, donde también se deben tener en consideración los fines de la pena³². La manifestación más concreta de este principio en el derecho penal se verifica en que los marcos penales deben ser acordes a la gravedad del hecho conminado, siendo, por ende, contrario a este principio que hechos que según la sistemática general son menos graves que otros, tengan una reacción penal más rigurosa³³. En refuerzo a ello, Balcarce considera que “el principio de proporcionalidad exige que la determinación de la sanción no supere —desde el punto de vista racional—, al momento de su imposición, el contenido de injusto del comportamiento castigado”³⁴.

Guillermo Yacobucci, por su parte, entroniza al principio de proporcionalidad como primera materialización de la confluencia de exigencias comunitarias e intereses particulares, y hace derivar de él los principios de *ultima ratio*. Refiere que:

“El principio de proporcionalidad requiere de criterios de subsidiariedad y de *ultima ratio* para poder influir realmente en la formulación de la política criminal, pues de lo contrario sería la proporcionalidad un simple criterio formal de relación entre medio y fin”³⁵.

²⁹ FERRAJOLI, L. (2012) “El principio de lesividad como garantía penal”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año II, Número 8, Septiembre de 2002, pp.3/11. Buenos Aires: La Ley, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, p. 628.

³¹ BONETTO, L.M., op. cit., pp. 116/117.

³² SANCINETTI, M. (1986) *Casos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 95/96

³³ *Ibidem*, p. 96.

³⁴ BALCARCE, F.I. (2014) *Dogmática penal y principios constitucionales*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, p. 201.

³⁵ YACOBUCCI, G.J. (2002) *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 334.

Por último, Binder hace referencia a los principios del derecho penal como *ultima ratio* como:

“Los grandes reguladores de una política criminal de base democrática y constituye un segundo orden de límites vinculado a la idea de eficacia de la política criminal, tan importante como el primer orden, que se funda en las ideas limitativas del Estado de derecho o la dignidad humana, fundadoras de todos los límites externos al poder punitivo³⁶...es un concepto regulativo *relacional*, en el sentido de que se refiere a la primacía de otros instrumentos de intervención. De tal manera, no existe *ultima ratio* sino en referencia a otros instrumentos que deben ser utilizados *antes* que la intervención violenta. No se trata de *poca violencia* sino de otro instrumento de gestión del conflicto siempre y antes del instrumento violento³⁷”.

Los principios reseñados, como anticipamos, sirven como indicadores o criterios racionales de selección de casos que pueden quedar sin pena. De tal manera, en base a principios como el de proporcionalidad y lesividad podemos agrupar en abstracto o precisar en el caso concreto aquellos delitos comparativamente menos graves que otros, o aquellos en los que una alternativa a la pena se presenta como una mejor opción para llevar a cabo el ideal de derecho penal como *ultima ratio*.

5.2. Los fines del derecho penal y la necesidad de una pena aflictiva

Resaltamos en su oportunidad que atribuimos a la pena, en tanto mal que debe ser soportado por el autor de un delito, un valor comunicativo. Silva Sánchez no sólo asigna sentido comunicativo a la imposición de una pena, sino también, *en menor medida al ingreso de un ciudadano al sistema penal, que ya es visto y sentido como un mal*.

El proceso provoca al imputado un padecimiento, limitaciones (restricciones patrimoniales, impedimento de salir de la ciudad o del país, prohibición de tomar contacto con determinadas personas o realizar determinadas acciones, etc.), necesidad de recurrir a una defensa y, por más que rija el estado de inocencia, la sindicación en calidad de imputado es ya en sí misma punitiva a nivel de la mirada social³⁸.

La ejecución efectiva o no de la pena, es decir, la aplicación del “dolor penal”, va a depender del caso, ya que el análisis político-criminal debe cuidar que la inejecución no obste a los objetivos de la prevención general negativa, es decir, que los potenciales infractores no puedan contar —al realizar el análisis abstracto de costo-beneficio— con la inejecución³⁹. Cumplida ya la finalidad preventiva general positiva mediante la declaración de culpabilidad, resta al juzgador realizar el análisis político-criminal sobre la conveniencia o no de aplicar ese *plus* que constituye el mal o aflicción a través de la ejecución efectiva de la pena.

De igual manera, el profesor Silva Sánchez concluye su análisis de necesidad de las penas diciendo que:

“Las formas de ejecución más aflictivas deben sustituirse por otras menos aflictivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan.

³⁶ BINDER, A. (2009). “Los principios de ultima ratio como condiciones de eficacia de la política criminal”. En *La cultura penal: Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler* (pp. 123-135). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 123.

³⁷ *Ibidem*, p. 126.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. (2015), op. cit., pp. 75/76.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., (2015), op. cit., p. 80.

Por ello, he propuesto la vigencia de un principio que debería definirse como de restricción máxima de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como de afluencia mínima de aquellas que deban ser finalmente ejecutadas⁴⁰.

5.3. El delito como conflicto primario y conflicto secundario

Al momento de adentrarnos en los postulados de la justicia restaurativa destacamos el cambio de apreciación sobre lo que es el delito y sus consecuencias: de la lógica infracción-castigo se avanzó hacia una intelección relacional del fenómeno criminal en tanto conflicto que provoca ciertas consecuencias sociales.

En el mismo acápite, hicimos referencia a los conceptos de conflicto primario y de conflicto secundario. Siguiendo a Silva Sánchez, podemos profundizar el contenido de los distintos tipos de conflictos mencionados en base al daño provocado por el autor del delito:

“La doctrina dominante contempla el delito ante todo como la conducta causante de un daño, de la lesión de un bien. Desde luego, en buen número de delitos puede apreciarse un *daño personal material*, sufrido por la víctima: una lesión corporal, un perjuicio en el patrimonio, etc. En muchos de estos casos, es común que, además, la víctima sufra un *daño personal inmaterial*: la humillación, la culpabilización y otros similares. Ahora bien, hay delitos en los que el daño material y concreto no se aprecia: así, hay delitos de peligro que no producen lesión alguna; hay tentativas en las que el autor no alcanza su propósito lesivo. No obstante, también en éstos puede advertirse seguramente el daño inmaterial al que se ha hecho referencia. En los casos en que produce un daño material e inmaterial a la víctima, o incluso sólo inmaterial, puede advertirse, además, un daño social. Éste tiene, por un lado, una dimensión más fáctica: la inseguridad, la desorientación en cuanto a cómo organizar la vida futura, el condicionamiento de los planes de vida de las víctimas potenciales o, en general, del conjunto de los ciudadanos. A este daño psicológico-social que causan, incluso, los delitos que no producen daños materiales en las concretas víctimas, ciertos autores lo denominan *daño intelectual*. Con todo, parece preferible reservar esta expresión de *daño intelectual* para aludir al *daño ideal o simbólico* que el delito produce sobre el Derecho (expresión de una racionalidad y una voluntad general) al negarlo mediante la conducta del delincuente (expresión de voluntad particular) (...) En los delitos sin víctima concreta (*victimless crimes*) puede faltar el daño personal material y el inmaterial; sin embargo, concurre desde luego el daño ideal y, muy frecuentemente, también el daño psicológico-social. Así, una visión realista del problema debe conducir a afirmar que los delitos producen siempre un daño ideal; casi siempre —esto es, en la medida en que sean conocidos— un daño psicológico-social; y muy frecuentemente, asimismo, un daño material⁴¹.

En virtud de ello, evidenciamos que, de acuerdo al daño provocado, “conflicto primario” es aquél en el cual hay un daño material o inmaterial provocado por un autor a una víctima determinada; y “conflicto secundario” es aquél donde hay un daño ideal (al Derecho) y/o un daño social (a la generalidad en tanto víctimas potenciales). La persecución de estos últimos tipos de daño es realizada por el Estado:

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2015), op. cit., p. 82

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2009) *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF., pp. 30/31.

“No tiene *derecho* a incriminar ni a penar, sino que tiene el *deber* de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, la propia razón de su existencia. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques”⁴².

Luego de precisados los tipos de daño posible, Silva Sánchez sostiene que los conflictos se articulan en dos planos: uno vertical, conformado por la lesión al derecho en su vigencia especial y como ley general, sumada a la lesión de la víctima como sujeto jurídico autónomo; y otro horizontal, que se da en las relaciones interpersonales y sociales del “mundo de la vida”. En el plano horizontal de relación interpersonal y social concreta el delito constituye una agresión, un acto de guerra que supone la ruptura de la relación de reconocimiento recíproco como seres humanos, por lo que, aun en los delitos menos graves, se niega el ser personal de la víctima: “ésta deviene cosificada, incluso existencialmente destruida, convertida en un medio para la consecución de los fines propios del autor”⁴³.

El enjuiciamiento, la condena y la eventual pena expresan el éxito del derecho penal estatal, y restablecen esa relación de plano vertical aludida, en tanto resuelven el conflicto jurídico-público. Sin embargo, no puede decirse igualmente que restauren la dimensión horizontal afectada ya que “con la sola intervención del derecho penal estatal tampoco se alcanza la solución del conflicto. El delito, como acto de guerra en el plano horizontal (...) solo se supera realmente mediante la consecución de la paz interpersonal”⁴⁴.

Este reconocimiento de que el acto estatal de juzgamiento y eventual castigo no resuelve el conflicto horizontal, aunque restablezca el conflicto en el plano vertical, se debe a que, como ya adelantamos, la cuestión atinente a la reparación y restauración de la víctima no integra los fines propios de la pena (ni del derecho penal). No obstante ello, se debe hacer lo posible para restablecer el Derecho sin impedir la superación existencial del conflicto; por el contrario, un Estado social de derecho debe promover tal superación existencial en cuanto sea posible⁴⁵.

En otras palabras, aun resolviéndose el conflicto secundario en tal plano vertical, el conflicto primario no se ve superado en el plano horizontal (“más aun, no es infrecuente que la ejecución de la pena agrave el conflicto interpersonal entre autor y víctima”⁴⁶). Ante ello, *correspondería preguntarnos qué ocurriría a la inversa, en caso de superación del conflicto primario, con el conflicto secundario.*

De conformidad a lo expresado, el plano vertical está conformado por dos componentes: la violación al Derecho y la afectación a la víctima (con repercusiones sociales) o, en palabras de Silva Sánchez, “la negación de la norma y, asociada a ésta, la lesión de la condición de la víctima como persona en Derecho”⁴⁷. *La solución del conflicto primario o aplacamiento del conflicto a nivel horizontal, podría influir en el último elemento de esta*

⁴² ZAFFARONI, E. R. (1998) *Tratado de Derecho Penal – Tomo I*. Buenos Aires: Ediar, p. 33.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2017) “Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito”. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*. Recuperado el día 30/06/2019 de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/8051/7437>, p. 496/497

⁴⁴ *Ibidem*, p. 497.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 498.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 500.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 498.

conformación del conflicto de plano vertical, de manera tal que decrezca el conflicto secundario en su intensidad.

5.4. Conflictos y necesidad de pena

Cuando hablamos de imposición y ejecución de una pena, consideramos la resolución del conflicto en el plano vertical⁴⁸. Dijimos que la pena se impone por necesidad preventiva general, de modo tal que, si no se impusiera, generaría mayor violencia social total que la que resulta de su imposición. Esto lleva a suponer que la pena se impone en virtud de la mayor consideración del conflicto secundario o la necesidad de solución del conflicto en el plano vertical, con prescindencia de la resolución del conflicto en el plano horizontal; dicho de otro modo, se impone por el deber del Estado de cumplir con los fines que justifican su existencia —en referencia a Zaffaroni— o para disminuir la violencia total de la sociedad —al decir de Silva Sánchez—.

Resulta evidente que la diferenciación de los delitos en base a una escala de pena da cuenta de su mayor o menor gravedad en consideración a los fines sociales y necesidades preventivas: no se castiga con igual rigurosidad una puesta en peligro de un bien que la aniquilación del mismo o una lesión ínfima que una lesión grave. Ello se relaciona con lo que Roxin considera como la prevención en la etapa de conminación de la norma, en consideración a la formulación de prevención general negativa de Feuerbach.

Si bien la mayoría de los delitos se encuentran penados con pena única o alternativa de prisión, parafraseando a Foucault como una misma medicina para distintas enfermedades, varía el *quantum* de la pena establecida para cada delito, permitiendo delinear aquellos más graves, aquellos de gravedad media y los de escasa gravedad. El mismo Código Penal distingue los tipos de pena y los ordena según su gravedad en su art. 5. En tal sentido, el principio de proporcionalidad establece la necesidad de diferenciación de las penas de acuerdo a la gravedad de los hechos conminados en abstracto. Luego, también al momento del juzgamiento el principio de proporcionalidad tendrá relevancia, pero para realizar el análisis político criminal de necesidad de imposición de pena.

Correlativamente con lo expuesto, podemos afirmar que la mayor cuantía de pena prevista en abstracto devela un gran interés social por proteger el bien jurídico, y, por lo tanto, la mayor necesidad de imposición de pena, lo que se identifica con los delitos más graves y socialmente nocivos. En cambio, en otros supuestos donde la pena conminada en abstracto es de menor cuantía, se determina *prima facie* la menor necesidad de pena⁴⁹.

Dejamos planteada en el título anterior la cuestión de la influencia de la resolución del conflicto en el plano horizontal en la definición del conflicto en el plano vertical. En este punto nos preguntábamos: ¿tiene igual solución el conflicto en plano vertical cuando en el plano horizontal ha habido reconciliación o cuando no la ha habido? En el acto, **la respuesta intuitiva por la negación se impone**. De acuerdo a la consideración que realizamos del principio de proporcionalidad, se violaría la idea de *justa proporción* si se resolviera en idéntica forma un supuesto u otro. A su vez, juega aquí un rol importante el principio de fragmentariedad, es decir, la intensidad con que se ha dañado el bien jurídico protegido, lo que en definitiva, va a influir en la mayor o menor necesidad de pena.

⁴⁸ Ibidem, p. 497.

⁴⁹ BUTELER, E. (2017) “Nuevos criterios reglados de disponibilidad de la acción penal (ley 27147) Naturaleza jurídica y competencia legislativa nacional”. En *Cuadernos de Derecho Penal*, revista digital del Instituto de Derecho Penal “Jorge De La Rúa” de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, n° 3. Córdoba, mayo 2017, pp. 157-174 (<http://www.acaderc.org.ar/ediciones>).

El argumento intuitivo mencionado se fundamenta en el principio de fragmentariedad: la reparación del daño a la víctima disminuye la intensidad de la lesión al bien jurídico protegido. Si bien no hay una equivalencia directa entre el componente “lesión de la condición de la víctima como persona en Derecho” del conflicto en plano vertical y el conflicto en plano horizontal, adquiere especial relevancia aquí la consideración de Roxin respecto a que la víctima es un elemento representativo de la generalidad y la reconciliación con ella genera la sensación de pacificación, elemento de la prevención general positiva. *De tal manera, la solución del conflicto en el plano horizontal puede determinar una disminución de la intensidad del conflicto en el plano vertical, por recomposición del elemento “lesión a la víctima”, y con ello una menor necesidad comparativa de imposición de pena.*

5.5 Sobre el carácter preventivo de las normas civiles

La prevención que se realiza mediante la norma penal aparece como la más intensa y grave, pero al mismo tiempo *subsidiaria* del resto del sistema preventivo del Derecho. En el proceso de formación del derecho de daños adquirió relevancia el reconocimiento de la norma *alterum non laedere* como sustrato del sistema, y a partir de allí se tejieron fundamentos y fines tendientes a la prevención en el derecho civil. Se pasó de un derecho a la reparación ante el daño causado injustamente, a un derecho a no ser dañado⁵⁰.

La norma que prohíbe dañar a otro, según la misma Corte Suprema, no se arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica⁵¹. Algunos autores consideran que los preceptos de esta rama del derecho se han proyectado comunicativamente al punto de adquirir ciertos caracteres preventivos. Entre nosotros, Binder sostiene que:

“No solo nuestra legislación civil acentúa el carácter preventivo de la responsabilidad civil (CCyCN arts. 1710 y ss.) sino que ello es expresión del desarrollo de la legislación, jurisprudencia y doctrina a nivel internacional (...) *La responsabilidad civil o la respuesta a los daños producidos sí tiene efecto disuasivo, incluso superior a las penas de encierro*, aunque debemos reconocer que esto deberá ser el objeto de investigaciones empíricas particularizadas. Pero no se trata solo del efecto “disuasivo”. Las modernas doctrinas sobre la responsabilidad civil le reconocen también un efecto sobre la vigencia de las normas”⁵².

Esta caracterización preventiva de la norma civil encuentra su asidero, pues, en la transversalidad del principio *alterum non laedere* que le asigna la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que regula cualquier disciplina jurídica; pero sobre todo, se emparenta con la manifestación de los principios de mínima intervención y proporcionalidad del derecho penal.

Asimismo, Silva Sánchez afirma que “la innegable contribución de la reparación del daño al aseguramiento de la confianza en el Derecho y el propio principio de subsidiariedad abonan la prioridad del Derecho civil en el (mal) denominado “control social”⁵³

⁵⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., op. cit.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BINDER, A. (2018) *Derecho procesal penal: Teoría del proceso compositivo. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*. Buenos Aires: Ad-Hoc., p. 40/43.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, J. (2015) *En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, p. 66.

Las citas realizadas resultan entusiastas, en el sentido de asignar carácter preventivo a las normas de derecho de daños. Sin embargo, precisamos que no presentan el alcance preventivo de las normas penales, de lo contrario, no serían éstas necesarias. El mismo Roxin señala que la reparación tiene un efecto menos intimidatorio que la pena, por lo que, no tiene mayor sentido de coacción psicológica⁵⁴.

En orden a los planos de conflicto analizados, podemos inferir que la evitación de un daño mediante los estímulos propios del derecho de daños, o la propia reparación, generan la desaprobación del comportamiento dañoso y, de tal forma, la reafirmación de la norma *alterum non laedere*: se transmite el mensaje de que la norma se encuentra vigente y forma parte del sistema, y se genera el efecto pacificador y de confianza en el derecho, aunque el efecto comunicativo se produzca a menor escala que la imposición de una pena.

6. La reparación en el juego de los conflictos

El uso de las causales extintivas de la pena previstas en el Código Penal (oblación voluntaria de la multa, suspensión del proceso a prueba, etc.) se encuentra supeditado a ciertos delitos o a ciertos grados de participación, no a todo el catálogo previsto en las leyes penales, y no en todos los casos por igual. ¿Por qué no? Consideramos que se relaciona con lo explicitado en cuanto a la *necesidad* de ejecutar ciertas penas, aquellas derivadas de los hechos que comparativamente presentan mayor dañosidad y violencia social, ya que resulta necesario reforzar el mensaje preventivo-general mediante la aplicación de una pena aflictiva. En otros casos, en atención a fines preventivo-especiales, se debería evitar la pena de encierro e intentar formas alternativas que tengan que ver con reglas de conducta, reparación, trabajo comunitario, etc.

En su momento, hicimos referencia a que mediante la advertencia de pena conminada en abstracto se podía distinguir *prima facie* la mayor o menor necesidad de pena. Resulta de interés para nuestro análisis la disquisición que realiza Silva Sánchez sobre el rol de las normas primarias y las normas secundarias —de conformidad a la conocida distinción hartiana⁵⁵—, a la hora de articular una prevención orientada a la reducción de la violencia: la distinción tiene un sentido político-criminal, en la medida en que la separación entre ambas permite que la adopción de eventuales *medidas de tolerancia* en el ámbito de las segundas no coarte de modo relevante el alcance preventivo de las primeras. Dicho de otro modo: “permite mantener el nivel de prevención (afirmando qué es lo injusto, lo contrario a las normas de conducta), al tiempo que disminuye el nivel de sufrimiento (mediante el amplio reconocimiento de excusas o de causas de exclusión de la punibilidad)”⁵⁶.

De tal manera, la declaración de culpabilidad de una persona ante la comisión de un delito, genera la estabilización de la norma primaria, aquella que imperativamente prohíbe la conducta delictiva (estafar, robar, matar, etc.); por su parte, la norma secundaria, dirigida al magistrado que aplica la norma primaria, lo habilita a ejecutar o no ejecutar la pena dispuesta para el delito de que se trate, o incluso a utilizar alguno de los institutos alternativos a la pena ya mencionados. Todo ello es realizado por el juez no sólo en consideración de los fines penales, sino también de sus principios limitantes.

Ya hicimos referencia a nuestro argumento sobre la conexión entre la magnitud del conflicto primario y secundario, y la relación con los principios constitucionales. De acuerdo con ello, en aquellos delitos en los que la norma primaria no presenta un *quantum*

⁵⁴ ROXIN, C. (2008) *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

⁵⁵ HART, H. L. A. (1961) *El concepto de derecho*. Ed. Trad. 1992. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. (2015), op. cit., pp. 71/72.

de sanción elevado, de modo tal que revela *prima facie* una menor necesidad de aplicación de una pena, el juez se encuentra facultado por una norma secundaria a realizar un análisis político criminal en concreto que determine la no-aplicación de una pena aflictiva o de un instituto alternativo que pueda incluir o no a la reparación. Ello se verifica con mayor claridad, por ejemplo, en los procesos de justicia juvenil (donde el juez está facultado para considerar la pena aplicable para la tentativa aunque el hecho haya sido consumado) o en los casos de menor participación (partícipe secundario) o menor peligrosidad en concreto al bien jurídico (tentativa inidónea).

Ahora bien, la norma *alterum non laedere* es una norma primaria del sistema, dispuesta principalmente para la evitación del daño, o que determina la obligación de reparar. *Su articulación en un proceso penal de manera tal que elimine completa o parcialmente el conflicto en el plano horizontal y reduzca correlativamente el elemento individual del conflicto en plano vertical, puede confluir en un argumento del análisis de política criminal a realizar por el juzgador (o actor público, dependiendo el caso) que determine la no-necesidad de continuar con el trámite judicial, o se imponga una medida alternativa a una pena aflictiva.*

Por otro lado, analiza Roxin que la reparación también puede tener efectos positivos desde el punto de vista preventivo especial, en cuanto “el autor se enfrenta con los daños causados y con la persona a la que los causó, de manera que puede internalizar el padecimiento ajeno, distinto a cuando la víctima permanece abstracta y anónima (...) Paralelamente, si la reconciliación entre autor y víctima, en tanto prevención integrativa, es valorada positivamente por la comunidad, se disminuye el efecto desocializador y de menosprecio que provoca la pena de prisión, favoreciendo de tal manera la reinserción social del delincuente⁵⁷”.

Asimismo, la satisfacción de los fines preventivos mencionados y la disminución de la aflicción al autor del delito, permiten cumplir con los ideales planteados por Silva Sánchez y Roxin y los principios penales de origen constitucional. En ese orden de ideas, Arocena y Balcarce consideran que:

“Si el derecho penal pretende a través de la pena reducir la violencia que surgiría de la venganza de la víctima o de la sociedad por el entuerto o promover la readaptación del victimario, contradictorio sería imponer la violencia estatal a un conflicto en que ninguno de los dos primeros protagonistas ha sido defraudado en sus expectativas: ora, por la reparación del daño, ora por nulo *strepitus fori*, sumado al arrepentimiento activo demostrado por el autor del entuerto”⁵⁸.

Dejamos a salvo, a fin de evitar confusiones conceptuales, que no se pretende equiparar la reparación a la pena, consideración propia de las teorías abolicionistas. Si bien atribuimos cierto carácter comunicativo y preventivo a la reparación, reafirmamos que no reviste la fuerza intimidatoria en abstracto que presenta la pena de prisión —aunque en casos de delitos de contenido patrimonial, como señala Binder, tenga un mayor impacto para algunos individuos—. En efecto, coincidimos con Hirsch en cuanto a que la reparación no podría ser considerada una pena por su esencia, aunque sea vista como un mal por el obligado al resarcimiento “dado que la prevención general y el sufrimiento del mal se

⁵⁷ ROXIN, C., op. cit.

⁵⁸ AROCENA, G. & BALCARCE, F. I. (2004) *Análisis penal-procesal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 247/278.

dan en todas las consecuencias jurídicas perjudiciales, que afectan al individuo como efecto legal de su comportamiento⁵⁹.

En tal sentido, la circunstancia de que la reparación haya tenido ingreso al sistema penal como un elemento más de análisis de política criminal al momento de determinar el cierre de un proceso o la disminución de una pena aflictiva, no se basa en argumentos abolicionistas, sino, por el contrario, en consideraciones de los principios que imbuyen al sistema penal como *ultima ratio*. La reparación no equivale a la pena ni presenta una misma ontología, sino que en base al principio de subsidiariedad, como señala Binder, se debe recurrir a institutos que revistan la menor aflictividad posible para la solución de los conflictos sociales.

Podemos agregar que los efectos que los juristas citados asignan a la reparación se ven aumentados cuando ésta ocurre en el ámbito de un proceso penal (y no como arreglo extrajudicial o en otro ámbito judicial), en razón de lo que manifiesta Silva Sánchez sobre el valor comunicativo que presenta el proceso penal *per se*, aunque no se llegue a una sentencia. En tal sentido, *se suman los efectos preventivos generales y especiales emanados de la participación del autor del hecho en un proceso penal, con las consecuencias que resaltamos de la reparación*. La víctima, en ese caso, no sólo recibe el mensaje de que su actuar fue correcto y que tiene ciertos derechos, sino que también percibe mediante la reparación una finalización a su favor del proceso. El autor, por su parte, recibe el mensaje del reproche de su accionar delictivo, asume su responsabilidad y obra en consecuencia, de modo tal que se genera la solución del conflicto en el plano horizontal.

La incorporación de criterios de disponibilidad puede ampliar el número de causas a ser resueltas por el sistema de justicia, y, agregamos nosotros que, al contener especiales consideraciones sobre la reparación y la víctima, se brindaría solución a mayor número de casos, con reducción o eliminación del conflicto primario y su consecuente efecto sobre el conflicto secundario (menor necesidad comparativa de pena). Todo ello implicaría como resultado un aumento significativo en la pacificación social como efecto de la prevención general positiva, al encontrarse solución al conflicto en plano horizontal y la reducción de la intensidad del conflicto en plano vertical.

Claramente los criterios de disponibilidad que incluyen a la reparación no pueden ser aplicados a todos los procesos. Hemos hecho la salvedad de que en aquellos casos graves, comparativamente más necesitados de pena, no queda más remedio que oponer violencia penal a la conmoción causada por el delito, para salvaguardar los fines preventivos del derecho penal y, de tal manera, cumplir con el fin del Estado. No obstante, en otro universo de casos será posible la aplicación de una medida alternativa, en virtud de la menor cuantía de la escala penal fijada por el legislador y la menor necesidad de pena que resulte del análisis político-criminal en concreto.

La menor cuantía de los delitos a los que *prima facie* resulta aplicable alguno de los institutos de disponibilidad, sumado a la menor necesidad preventiva de pena en virtud de la dilución del conflicto primario con motivo de la reparación, permite que se pueda prescindir de la aplicación “dolor penal”, y aun que pueda omitirse la realización de una investigación completa o una etapa de juicio, sin que por ello ocurra un menoscabo a los fines de la pena ni a los del Estado.

⁵⁹ HIRSCH, H. (1992). “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y Procesal Penal”. En ESER, A.; HIRSCH, H.; ROXIN, C.; CHRISTIE, N.; MAIER, J. B. J.; BERTONI, E.; BOVINO, A. & LARRAURI, E. *De los delitos y de las víctimas* (pp. 91/128). Buenos Aires: Ad Hoc.

Asimismo, corresponde evaluar que la reparación no se articula de la misma forma en todos los casos: en algunos, se presenta como un atenuante (v. gr. en casos de aplicación de pena efectiva o de pena condicional), en otros como una condición (v. gr. en la suspensión del proceso a prueba o la oblación voluntaria de la multa), y finalmente en otros casos como una forma extintiva dentro de un acuerdo conciliatorio (v. gr. el instituto previsto en el art. 13 inc. 5 del C.P.P. de Córdoba en referencia al art. 59 inc. 6° C.P.). Como factor común evidenciamos la relación entre la reparación y los conflictos primario y secundario a la que hicimos referencia, con las características propias de cada instituto.

En algunos supuestos, se hace necesaria la condena, por más que la reparación incida en mensuración (v. gr. supuestos de violencia familiar, donde Argentina ha asumido un compromiso internacional de enjuiciamiento); en otros, se considera necesario a la par de la reparación, el cumplimiento de normas de conducta (en tanto criterios preventivo-especial); por último, en aquellos casos donde el conflicto revista escaso daño social, puede mediante la reparación sanar el conflicto primario y, en tal sentido, hacer innecesaria la prosecución del proceso penal por haberse tornado insignificante el conflicto secundario.

7. Conclusión

El recorrido realizado nos ha permitido describir ciertas relaciones relevantes entre delito, daño, reparación, fundamento y fin de las penas, no sólo para discernir aquellos casos menos necesitados de castigo, sino también para racionalizar de alguna manera la selectividad propia del sistema penal.

En primer lugar, establecimos que la moderna doctrina del derecho de daños asigna a la norma *alterum non laedere* una función preventiva, transversal a todo el sistema del Derecho, y reforzada por estímulos negativos económicos (mediante la reparación e incluso mediante sanciones punitivas), o penales (en caso de que, a la par del daño, se presente también la comisión de un delito).

Luego destacamos la subsidiariedad del derecho penal para hacer frente a los conflictos individuales y sociales, en la medida en que aquél constituye una solución violenta, sólo justificada ante eventos que generen una violencia social total mayor que la que surgiría de su no intervención. Así, desde una perspectiva multidimensional, recalcamos la idea del delito como conflicto que genera daños sociales e individuales en distintos planos, que requiere soluciones distintas en un variado universo de casos.

Es menester aplicar criterios que tornen razonable y controlable la selección de casos, tanto los más necesitados de castigo, como aquellos que son susceptibles de recibir un tratamiento alternativo o más indulgente que la aplicación del “dolor penal”. Estas consideraciones de política criminal son factibles de ser realizadas en base a principios constitucionales y a normas secundarias que autorizan a los funcionarios judiciales a la valoración del caso concreto y a la determinación de la necesidad o no de aplicación de la pena conminada en abstracto en la norma primaria.

En ese contexto de derecho penal como último recurso del sistema normativo, y en consideración de los fines de la pena, es posible determinar distintos grupos de delitos en función de la gravedad (en tanto lesividad/fragmentariedad) y en proporción a la mayor o menor necesidad comparativa de pena. El análisis político criminal en abstracto y en concreto permite identificar ilícitos menos necesitados de una pena aflictiva (como aquellos conminados con pena de multa o de prisión de escasa magnitud), de manera que se otorgue a ellos un tratamiento alternativo; y delitos más necesitados de pena, que requieren una

mayor concentración de energía y recursos del Estado para lograr el cumplimiento de sus fines preventivos (a través de la sentencia y la imposición de la pena aflictiva).

Luego de un análisis de los distintos planos que conforman al delito, concluimos que el plano horizontal (o privado) presenta incidencia en el plano vertical (o público), de manera tal que la solución del primero incide en la disminución de la necesidad preventiva de castigo. Cuando tal situación ocurre en un delito de los identificados como menos necesitado de pena, resulta tolerable para la sociedad (y deseable desde el punto de vista del derecho penal mínimo) la no-punición.

La reparación adquiere especial relevancia porque se presenta como un criterio más de política criminal, que ayuda a determinar la mayor o menor necesidad de perseguir y juzgar un delito, e imponer una pena. Advertimos cómo aun en los casos en que aquella se presente como necesaria desde el punto de vista preventivo (por la magnitud del conflicto en plano vertical), la reparación puede tener incidencia como elemento atenuante en atención a las pautas de mensuración de pena del art. 41 C.P. (como conducta del delincuente posterior al hecho), así como considerada de manera positiva para la concesión de la ejecución condicional de la pena.

La reparación se presenta, *de lege lata*, como elemento a tener en cuenta para la concesión de la suspensión del proceso a prueba y de la oblación voluntaria de multa; pero su mayor incidencia se materializa —en tanto restablecimiento de la norma *alterum non laedere*— en el instituto previsto por el art. 59 inc. 6° C.P. y regulado en el orden local en el art. 13 *bis* inc. 5° C.P.P. dentro de un acuerdo conciliatorio de contenido patrimonial.

Consideramos que, *de lege ferenda*, en atención a la relación estudiada de los distintos planos del conflicto, se debería dotar a la reparación de regulación procesal autónoma (separada de la conciliación), sin llegar a estipularla como pena en sí misma (como la *compensatio order* en el sistema anglosajón), pero sí como causal de extinción por disponibilidad en caso de delitos patrimoniales no violentos (v. gr. estafas y defraudaciones, hurtos, etc.). Ya que no se puede brindar una solución a todos los delitos puestos en consideración de las autoridades, la reparación en esa clase de delitos —que presentan mayor entidad en el conflicto a nivel horizontal que vertical— sería la consecuencia más deseable, sin perder de vista que, al ocurrir la solución dentro de un proceso penal, se cumplirían en parte, como afirma Silva Sánchez, ciertos fines preventivo generales y, como sostiene Roxin, también fines preventivo especiales positivos.

La propuesta no resulta irrazonable, considerando que el legislador penal ya ha dispuesto que algunos delitos “de acción privada”, tengan un trámite diferenciado en función, justamente, de la menor entidad del conflicto en el plano vertical, pero con mayor relevancia en el plano horizontal. Como dijimos, este número —en principio finito de casos de acción privada—, se puede ampliar en base a las causas donde (por aplicación de un criterio de disponibilidad), la víctima decida transformar la acción pública en privada.

Antecedentes, fundamentos y ventajas del trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*

Historical background, fundamentals and advantages of the community service work as a criminal sanction

POR: CAROLINA PRADO**

RESUMEN: Este trabajo enfoca la cuestión del trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal alternativa, para lo cual revisa previamente la histórica relación entre el trabajo y la penalidad, así como la aparición de las medidas alternativas a la prisión, en sus respectivos contextos económico-políticos. Posteriormente, se analizan los fundamentos político-criminales del instituto, sus características, así como sus regulaciones y ventajas.

PALABRAS CLAVE: Trabajo en beneficio de la comunidad. Penas alternativas. Trabajo y prisión.

ABSTRACT: *This paper focuses on the issue of the community service work as an alternative criminal sanction, for which it previously reviews the historical relationship between work and penalty, as well as the appearance of alternative measures to prison, in their respective economic-political contexts. Subsequently, the political-criminal fundamentals of this institute, its characteristics, as well as its regulations and advantages are analyzed here.*

KEYWORDS: *Community service work. Work and Prison. Alternatives to imprisonment.*

1. Introducción

El trabajo en beneficio de la comunidad se sitúa, conceptualmente, entre los denominados sustitutos penales o alternativas a la prisión. Estos instrumentos constituyen un conjunto heterogéneo de medidas o penas que, desde el punto de vista de su finalidad, tienden a evitar (o bien, reducir) la pena de prisión, con todos los componentes aflictivos que ella conlleva. Por lo general, y considerado desde su ámbito de aplicación, todos ellos son aplicables únicamente respecto de las penas de corta duración.¹

Ahora bien, la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad ocupa un lugar meramente secundario en el catálogo de penas de nuestro sistema jurídico: no estando establecida como pena originaria —principal o accesoria— para ningún delito, en tanto funciona exclusivamente como sanción subsidiaria, en caso de impago de multa.²

* Exposición efectuada el día miércoles 9 de marzo de 2022 en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

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

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L.: “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992”, en AAVV: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje al Profesor Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 322.

² A la vez, en cuanto medida, se halla prevista como regla de conducta a imponer en institutos como la condena condicional y la libertad condicional.

De manera preliminar, el presente estudio aborda la cuestión del vínculo histórico entre el trabajo y el castigo, para dimensionar así la amplia parábola que ambos han descrito, desde el concepto puro de trabajo como castigo, hasta el concepto de trabajo como pena sustitutiva de la prisión. Luego, el análisis de sus fundamentos político-criminales conducirá a ponderar las dificultades y beneficios de su aplicación como herramienta de punición “atenuada”.

2. El trabajo y el castigo: una relación secular

2.1. De los trabajos forzados a la prisión como pena por excelencia

Para circunscribir el marco teórico desde el cual sustentar una aproximación dogmática a la cuestión, resulta útil revisar las circunstancias históricas que incidieron en el surgimiento y proliferación de los trabajos en beneficio de la comunidad como sanción penal.

El trabajo, hay que decir en primer lugar, siempre ha estado presente en la conformación de la pena: una revisión panorámica del tema permite observar que la realización de trabajos públicos como contenido de sanción penal se remonta a los primeros ordenamientos criminales formalizados. En la Roma imperial, el derecho contemplaba penas de trabajos forzados, temporales o a perpetuidad, cuya modalidad más grave fue la del trabajo en las minas, cuya aplicación iba dirigida a individuos no libres o pertenecientes a las clases inferiores.³ Asimismo, la obligación de trabajar fue un elemento constitutivo de determinadas penas durante la Edad Media, tal como sucedía con la reducción al estado servil o el abandono del condenado al libre arbitrio de la parte lesionada.

Posteriormente, la pena de trabajos forzados reapareció en la Modernidad, ante la creciente necesidad de mano de obra tanto en el ámbito comercial como en el militar, a saber: la conocida pena de galeras, la de prestación de trabajos en minas reales, fortificaciones o presidios, al igual que en obras públicas, modalidades punitivas que se caracterizaron por su especial dureza.⁴ Entre las grandes potencias coloniales —en especial, Inglaterra— se puso en práctica también la pena de deportación, consistente en el envío de convictos a territorios conquistados, con la obligación de trabajar, usualmente a disposición de empresarios privados, en zonas carentes de mano de obra.⁵

A partir del siglo XVI comenzó a desarrollarse en distintos países de Europa, con cierto paralelismo, el modelo de las casas de corrección (*houses of correction*), instituciones laicas de detención, sin fines de custodia, que fueron convirtiéndose gradualmente en establecimientos en los que la mano de obra de sus internos contribuía al proceso de producción y acumulación. Al afianzarse el sistema de producción capitalista, este modelo proporcionó parámetros de encierro que resultaron funcionales al modelo productivo fabril.⁶

Las primeras instituciones de este tipo aparecieron en Inglaterra, inspiradas en el modelo de Bridewell, Londres, un antiguo palacio real cedido en 1555 por el monarca al comité de la ciudad, para la corrección de pobres que se rehusaban a trabajar.⁷ Las casas de

³ En tanto que una mayor benignidad revestía la pena de trabajos públicos aplicable a sujetos libres.

⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki: *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, M. J. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 48-49.

⁵ RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto: *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984 [1939], pp. 67 y 135.

⁶ MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI Editores, México, 1987 [1977], p. 35.

⁷ Esto tuvo lugar a petición de sectores del clero inglés, alarmados por las grandes proporciones de mendicidad en Londres. En la institución que comenzó a funcionar en ese castillo se recogía a vagabundos, mendigos

corrección se extendieron en poco tiempo a ciudades como Oxford, Salisbury, Gloucester y Norwich, obteniendo así una amplia difusión en ese país.⁸

Con el objeto de dar trabajo a desocupados u obligar a trabajar a sectores sociales renuentes, las casas de corrección se asentaron en el contexto de la sustitución del orden económico fundamentalmente agrícola por el industrial, frente a una escasez de mano de obra durante la segunda mitad del siglo dieciséis y de resistencia del nuevo proletariado a ingresar al mundo de la producción —el de la manufactura—, cuyos esquemas y mecanismos le eran desconocidos. Estas instituciones de segregación contribuyeron, en definitiva, a sanear urgencias del sistema, al regular el precio del trabajo libre y, al mismo tiempo, al formar y disciplinar nueva mano de obra.

Su objetivo principal había sido inicialmente el control del creciente número de “gentuza”, ese excedente poblacional que expulsaba el campo en transformación y que representaba un peligro y una molestia para los ciudadanos.⁹ Las casas de corrección intentaban reformar o corregir a las personas internadas en ellas, para convertir —en términos de Rusche y Kirchheimer— la “mano de obra díscola en una socialmente útil”.¹⁰

En principio, tales instituciones no funcionaron tanto como un lugar de producción, sino como un lugar en el que, más propiamente, se aprendía la disciplina de la producción. No era prioritario el objetivo económico de sacar provecho de la mano de obra utilizada casi gratuitamente, como tampoco el de afligir al individuo a través de la imposición del trabajo, como si lo fueron, luego, en las “casas de trabajo”.¹¹

Sin embargo, aunque más no fuese en un segundo plano, las casas de corrección explotaban la fuerza laboral. A través del trabajo, conseguían la integración de sus internos al sistema de producción que emergía en aquella época, al momento de su salida de la institución, y tras haber moldeado en la disciplina laboral la heterogénea población habitual que confinaban: mendigos aptos para el trabajo, vagabundos, prostitutas, personas condenadas por delitos menores, así como indigentes en general.

El propósito de corrección, o de reforma, alentado en aquellas instituciones imponía un régimen en el que el trabajo desempeñaba una función central —labores arduas y monótonas por las que se pagaba un salario muy bajo—, complementado por otros dos elementos claves: por un lado, una disciplina estricta y severa, sustentada en la vigilancia continua, el control riguroso de los horarios y un régimen perfectamente establecido de prohibiciones y obligaciones; por otro, las enseñanzas morales y religiosas, mayormente instituidas a través de lecturas espirituales.¹²

Diversas modalidades de utilización de la fuerza de trabajo fueron entonces empleadas: en unas instituciones, las autoridades se ocupaban directamente de dirigir el traba-

y autores de delitos menores, a quienes se procuraba reformar por medio del trabajo (en general, textil) y la disciplina (MELOSSI y PAVARINI; ídem, p. 32).

⁸ A partir de órdenes emanadas de la reina Isabel y expresadas en ley del año 1576 (*Poor Law*), por la que se disponía la creación de instituciones semejantes en cada condado (DE LA CUESTA ARZAMENDI, José, L.: *El trabajo penitenciario resocializador: teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, pp. 81-82).

⁹ BARNES, Harry E., y TEETERS, Negley K.: *New Horizons in Criminology*, Prentice Hall, Nueva Jersey, 1950 [1943].

¹⁰ RUSCHE y KIRCHHEIMER: ob. cit., p. 48.

¹¹ Precisamente, la finalidad procurada por las casas de corrección —donde lo principal era alcanzar el sometimiento de los internados a la disciplina del nuevo sistema producción— es lo que marca la diferencia entre las casas de corrección y las penas de trabajo forzado, cuyo objeto es la explotación de la fuerza de trabajo (RUSCHE y KIRCHHEIMER: íbidem).

¹² FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo veintiuno, Madrid, 2000, p. 125.

jo y la producción; en otras, los internos se hallaban bajo la dirección de empleadores privados, lo cual anticipó lo que más tarde se ensayaría con las cárceles emergentes en el siglo diecinueve. El trabajo admitía, así, ambas formas de dirección: la conducción de la propia administración o la de empresarios privados, a quienes los internados eran entregados en alquiler, o también bajo la fórmula de alquiler del establecimiento completo por parte de un contratista.¹³

El modelo de las casas de corrección se extendió desde Inglaterra a gran parte del continente europeo, entre los siglos diecisiete y dieciocho, siguiendo por lo general el auge del modelo de las casas de trabajo holandesas (*Tuchthuisen*) durante la primera mitad del siglo diecisiete en Ámsterdam: *Rasphuis* (Casa del Raspado) y *Spinhuis* (Casa del Hilado), abiertas por los mercaderes de esa ciudad en 1596 y 1597, respectivamente. En cuanto a funciones y estructura de esos establecimientos, su modelo productivo fue el de la manufactura, por entonces dominante. El trabajo, obligatorio, era llevado a cabo en común por los detenidos, en las celdas o en el patio central, con la contraprestación de un magro salario. Las casas holandesas adoptaron una estructura celular y se sostuvieron con el propio trabajo de los internados.

La economía de estos establecimientos se sustentaba, precisamente, en el pago de bajos salarios a los trabajadores no calificados que eran allí convenientemente adiestrados, con lo cual se aseguraba el máximo beneficio en base a una inversión mínima de capital. Por otra parte, el tipo de labor repetitiva y elemental se adaptaba perfectamente a la escasa preparación o nula experiencia en operaciones de manufactura de la población recluida en esas instituciones, siendo que estaba compuesta, en su gran mayoría, por dos sectores que habían sido arruinados por el desarrollo del capitalismo: ex artesanos y ex campesinos.¹⁴

Estas modalidades de encierro institucional con objeto de corrección y trabajo se extendió a toda Europa: en Francia, con los *Hôpitaux généraux*, en Italia con la *Casa de Lavoro* y el *Ospedale* (como el Hospicio de San Felipe Neri de Florencia, 1667, o la Casa de Corrección para jóvenes del Hospicio de San Miguel de Roma, 1704), en Bélgica con las *Maisons de forcé*, y en Alemania con las *Zuchtäusern*.¹⁵

La posterior decadencia de las casas de corrección estuvo dada por una nueva situación del mercado y del desarrollo capitalista, al tiempo también en que el pensamiento ilustrado y el reformismo liberal promovieron la privación de la libertad como pena característica de los nuevos tiempos.¹⁶ No obstante, hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX los primeros prototipos carcelarios supieron abreviar de aquellos antecedentes mercantilistas, y aprovecharon las ventajas económicas del encierro, tanto en la forma de mecanismo regulador del mercado de trabajo y del precio de la mano de obra, como de mecanismo disciplinario para el requerimiento fabril.

2.2. Las medidas alternativas y el trabajo en beneficio de la comunidad

Al asumir la prisión la función propiamente de pena y adquirir preeminencia como modelo de castigo, el trabajo pasa a constituir —junto a las variables del diseño espacial y la organización del tiempo— un vector central en su legitimación como sanción penal y uno de

¹³ SHICHOR, David: *The meaning and nature of punishment*, Waveland Press, Long Grove-Illinois, 2006, p. 90.

¹⁴ RUSCHE y KIRCHHEIMER: ob. cit., p. 58.

¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI: *El trabajo penitenciario resocializador...*, cit., p. 47.

¹⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

los ejes de organización de la prisión.¹⁷ Sus diversas funciones fueron acomodándose a los sucesivos sistemas carcelarios: tempranamente, como instrumento de reforma de los penados y de mantenimiento de la disciplina intramuros en el modelo correccional; más tarde, como criterio determinante de la progresividad o regresión en el modelo progresivo.¹⁸

Una vez consolidada la cárcel como modelo de castigo por excelencia, con el correr del tiempo aparecen iniciativas político-criminales en la línea de la instauración de modelos alternativos. Estas propuestas surgieron en el marco de las tesis que recomendaban la puesta en marcha de penas no privativas de libertad para sustituir a las penas de prisión de corta duración.

Aunque sus pretéritos antecedentes deben situarse a finales del siglo XIX, lo cierto es que los sustitutos penales recién tomaron verdadero impulso hace medio siglo, hacia la década de 1970, en el ámbito del continente europeo. Ello guardó relación con tres movimientos de reforma penal: la despenalización, la desinstitucionalización, y un sistema sancionador diferenciado.¹⁹

Desde una perspectiva crítica, estas iniciativas han sido vistas y explicadas de diversas maneras:

1. Que la historia de la cárcel es, en esencia, según la expresión de Michel Foucault²⁰, “la historia de sus reformas”;

2. Que las reformas planteadas o implementadas históricamente no representan otra cosa que la constatación del fracaso de la institución de la pena privativa de la libertad, ya sea como medio de disuasión, de ejemplarización, de reforma o de rehabilitación de los condenados;

3. Que la crisis del secular modelo progresivo de “rehabilitación” (que informa también nuestra legislación nacional) condujo a diversas corrientes críticas a la formulación del “*nothing works*” en los años setenta, esto es, la crítica radical de un modelo marcado por la arbitrariedad, resultante de la intervención de un excesivo cuerpo interdisciplinario de profesionales en el manejo de la progresividad penitenciaria²¹, y también la crisis presupuestaria, todo lo cual constituyó el detonante para el regreso a la pena determinada en los Estados Unidos de América, así como para una gradual incorporación de medidas alternativas en los sistemas penales europeos;

4) Que las dos perspectivas de análisis del castigo legal subyacen en las interpretaciones que, por lo general, se han formulado sobre la pena privativa de libertad y sus posibles sustituciones o alternativas: una perspectiva de carácter más “ideal” o “formal”, representada por su justificación filosófico-jurídica; la otra, de carácter “material”, o económico-política.

¹⁷ MATTHEWS, Roger: *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Bellaterra, Barcelona, 2003, p. 79.

¹⁸ PRADO, Carolina: *El trabajo penitenciario frente al cambio de paradigmas*, Advocatus, Córdoba, 2017, pp. 134-149.

¹⁹ ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge: *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutos penales*, Universidad Complutense de Madrid, vol. 71, EDERSA, Madrid, 1996, p.35.

²⁰ FOUCAULT: ob. cit., p. 236.

²¹ Por aquello de que las medidas de rehabilitación dejaban abierto el aparato de la justicia penal a otros campos (medicina, psiquiatría, psicología, arquitectura, criminología, etc.) y lo convertían en un ámbito de convergencia de múltiples saberes. Dicho conjunto de instituciones y estrategias de control del delito desarrollado en el marco del Estado de Bienestar recibió la denominación de *penal-welfare complex* (GARLAND, David: *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1987).

La primera remite a la reforma originaria, deudora de la Ilustración, que justificó una racionalidad penal impregnada del ideario humanista y liberal, y que concibió a la privación de la libertad (a través de una justa y proporcional medida de tiempo) como alternativa superadora de las modalidades de castigo características del Antiguo Régimen²², que se materializaban sobre “el cuerpo de los condenados” —al decir de Foucault—, en la forma de tormentos o pena de muerte.

La segunda perspectiva remite a una visión de tipo económico-política, que sitúa el origen de la prisión en las instituciones de encierro típicas del mercantilismo —las mencionadas casas de corrección y casas de trabajo—, caracterizadas ya entonces por la selectividad penal y la explotación de la mano de obra reclusa. La definición de esta verdadera “economía del castigo” —emblema penal de la era capitalista—, fue conceptualizada en el período de entre guerras del siglo pasado por los mencionados investigadores de la “Escuela de Frankfurt”, Georg Rusche y Otto Kirchheimer, especialmente en su obra fundamental ya citada.

En su análisis, los cambios penológicos justificados por el nuevo orden burgués y liberal no fueron simplemente el resultado de consideraciones humanitarias, sino de un desarrollo económico que revelaba el valor potencial de una masa de material humano a disposición del aparato administrativo. Y, en cuanto a las reformas de finales del siglo diecinueve, estos mismos autores señalaron que la mayor lenidad con que comenzó por entonces a enfocarse el castigo y la consecuente aparición de instrumentos alternativos a la pena privativa de la libertad puede leerse también en clave económico-política, en el sentido de que, en un período de crecimiento económico y de amplia demanda de mano de obra, se procuraba sustraer del mercado de trabajo la menor cantidad posible de potenciales trabajadores y, de paso, aligerar la pesada carga fiscal que las prisiones hacían recaer sobre las finanzas estatales.

Al mencionado cuadro de circunstancias que influyeron en la previsión de sanciones alternativas a la cárcel en los diversos ordenamientos jurídicos y, en particular, de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, hay que añadir también, en tiempos más recientes, el crecimiento desmesurado de la población penitenciaria durante las últimas décadas²³. Esta situación condujo a una mayor degradación de las condiciones de vida en prisión, y devaluó aún más las chances de alcanzar el ideal resocializador asignado a la pena. La superpoblación carcelaria se evidenció con más intensidad en las cárceles de Estados Unidos y Europa entre los años ‘70 del pasado siglo y la primera década del presente. Además de incidir en la revitalización de las penas alternativas, este fenómeno impulsó ingentes programas de construcción de establecimientos penitenciarios.

En cualquier caso y por fuera de las razones precedentes, en cuanto a lo que específicamente concierne a los trabajos comunitarios no puede soslayarse la idea de que la pena de trabajo obligatorio en libertad de carácter no aflictivo solo resultó posible una vez alcanzada una situación histórica de mínima dignificación de las condiciones de trabajo. A la vez, desde la perspectiva de la evolución del pensamiento penal, la aparición de esta modalidad de sanción difícilmente habría sido posible antes de la difusión de las ideas preventi-

²² Los pensadores de la Ilustración sostuvieron la superioridad de la pena privativa de la libertad respecto de otras penas, al considerar que satisfacía mejor los cuatro principios vinculados a la filosofía penal liberal: igualdad, humanidad, efectividad y proporcionalidad (PADOVANI, Tullio: *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 8-15).

²³ SIMON, Jonathan; *Juicio al encarcelamiento masivo*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019.

vo-especiales, que —en particular en su crítica a las penas privativas de la libertad de corta duración— vieron en el trabajo público de carácter ambulatorio un adecuado sustituto.²⁴

En consecuencia, solo a fines del siglo diecinueve y en forma más decidida a comienzos del veinte, la pena de trabajos comunitarios comenzó a ser planteada en diversos ordenamientos jurídicos europeos, básicamente con la función de sustituir a la pena privativa de libertad, en caso de impago de una sanción pecuniaria.²⁵ Sin embargo, es preciso recalcar nuevamente que, al margen de sus regulaciones incipientes (que pocas veces tuvieron incidencia práctica), la introducción y aplicación de una verdadera pena de trabajos comunitarios recién fue desarrollado en distintos ordenamientos continentales europeos durante los años setenta y ochenta del siglo veinte.

3. Fundamentos político-criminales, características y ventajas del instituto

El recorrido histórico que antecede deja ver que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad fue configurándose como una de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, a partir de las primeras propuestas de creación de la sanción. Mayormente, se le atribuye la función de reducir el protagonismo del encierro carcelario, sirviendo de alternativa sancionadora²⁶, en particular respecto de penas de prisión de corta duración.

En su planteo incidió la fuerte crítica hacia las penas privativas de la libertad de corta duración, por considerarse que eran ineficaces para desarrollar una intervención en la línea de la prevención especial positiva, a la vez que resultaban perturbadoras, o desocializadoras, para el condenado. Dicho sencillamente, con esta sanción se ha pretendido eludir los efectos negativos de la prisión, sin renunciar a la eficacia de su carácter intimidatorio.

Entre sus ventajas comparativas suele destacarse que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad resulta una sanción acorde con la creciente sensibilidad por los intereses de las víctimas. Así, resulta una sanción adecuada —analizada desde una óptica político-criminal—, en cuanto a que uno de sus fundamentos básicos es la reparación del daño. En este sentido, el trabajo comunitario puede convertirse, incluso, en una de las modalidades no pecuniarias de reparación directa a la víctima o, dependiendo de las circunstancias, puede beneficiar a víctimas secundarias o a la comunidad. A la vez, constituye una sanción idónea para poner en práctica un modelo reintegrativo de implicación comunitaria, en el que converjan el fomento de la responsabilidad personal del infractor y la exigencia de responsabilidad social en el logro del objetivo resocializador.

Por su parte, con prescindencia de la idea de humanización común a todas las medidas alternativas a la prisión, suele postularse también que la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad satisface de mejor grado las demandas contemporáneas de incremento del rigor punitivo, dada su mayor severidad o carga punitiva respecto de aquellas medidas

²⁴ BRANDÁRIZ GARCÍA, José A.: *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 21.

²⁵ Por caso, obran antecedentes del tipo en Italia, en el Código Penal de 1889 (que asimismo la contempló como pena autónoma para algunas infracciones menores); en Alemania, que la introdujo en su ordenamiento en 1921; y en Portugal, en el Código de Procedimiento Criminal de 1929.

²⁶ Idea propiciada incluso por organismos internacionales, como es el caso de la Resolución 76, de 9 de marzo de 1976, del Consejo de Europa, sobre medidas alternativas a la prisión, que reclama a los gobiernos de los Estados miembros la introducción de nuevas alternativas a la pena de prisión, entre otras, la sanción de trabajo comunitario. Por su parte, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de la ONU, punto 1.5) relacionan expresamente estas medidas alternativas con el objetivo de reducción de la aplicación de la pena de prisión.

que, simplemente, implican suspensión a prueba o renuncia a la imposición de la pena privativa de la libertad, o incluso respecto de la multa.²⁷

Este aspecto lleva a recordar que su introducción fue propiciada, no solo por el movimiento descarceratorio que preconizaba una contracción del uso de la pena de prisión, sino también por los partidarios de las tesis conocidas como “*just desert*”, que apuntaban al principio de proporcionalidad como fundamento de distribución de la sanción²⁸

3. 1. Regulación y sistematización del trabajo en beneficio de la comunidad

Un repaso general a la regulación de los países que incorporaron esta sanción penal deja ver que, por lo general, dentro del catálogo de medidas alternativas a la privación de la libertad²⁹, suele asignársele diversas funciones, que pueden sistematizarse del siguiente modo:

A. Trabajos en beneficio de la comunidad como pena directa o sanción principal autónoma.

B. Trabajos en beneficio de la comunidad como sanción penal alternativa a la pena privativa de libertad, con carácter de sustituto a ella.

C. Trabajos en beneficio de la comunidad como sanción subsidiaria por impago de multa.

D. Trabajos comunitarios como medida potestativa en la suspensión de la ejecución de la pena, fundamentalmente de la privativa de libertad.

En base a esta clasificación, hay que decir que el trabajo comunitario opera en el Derecho penal argentino como pena sustituta por impago de multa (artículo 21, Código Penal). Esta modalidad, que constituye la ubicación sistemática de mayor acogida en el derecho comparado, destaca por su salvaguarda al principio de inderogabilidad de las penas y vela por la igualdad de los condenados, al impedir que quienes no tienen recursos económicos acaben ingresando en prisión.³⁰

De igual modo, nuestro país contempla el trabajo comunitario como regla de conducta posible a imponer, al evitar —por decisión jurisdiccional— el efectivo cumplimiento de la pena de prisión. Así, su imposición está prevista en vinculación con la suspensión condicional de la ejecución de las penas de prisión (art. 27 bis, inciso 8, Código Penal), o bien, con carácter facultativo para la autoridad judicial, en supuestos de otorgamiento de libertad condicional (art. 13, Código Penal).³¹

Por su parte, si se sigue la clasificación de los sustitutos penales en general de acuerdo al *iter* procesal, en el derecho comparado pueden distinguirse tres grupos:

A. Fase anterior al juicio: conformidad del acusado, no persecución del delito, mediación, conciliación y reparación a la víctima, sobreseimientos condicionados o incondicionados, entre otros institutos.

²⁷ BRANDÁRIZ GARCÍA: ob. cit., pp. 60-61.

²⁸ La idea de que la severidad del castigo debe reflejar de manera estricta la pena merecida por el hecho cometido, según daño causado y culpabilidad del autor (VON HIRSCH, Andrew: *Doing Justice. The choice of Punishments*, Northeastern University Press, Boston, 1986 [1976]).

²⁹ Vale aclarar que tales funciones no resultan necesariamente excluyentes, sino que varias de ellas pueden, ciertamente, verificarse en un mismo ordenamiento.

³⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*, Comares, Granada, 2016.

³¹ No puede obviarse la mención de que, además, el trabajo comunitario puede ser establecido como medida en la suspensión de juicio a prueba o *probation* (como reparación del daño o como regla de conducta a cumplir por el imputado, art. 76 bis, Código Penal).

B. Fase de juicio y sentencia: suspensión condicional de la ejecución de la pena, sustitución de la pena de prisión por arresto de fin de semana, multa, trabajos en beneficio de la comunidad y expulsión del territorio nacional para imputados extranjeros, etc. Se trata de formas aplicables una vez pronunciado el veredicto de culpabilidad e impuesta la pena.

C. Fase de ejecución de la sentencia: permisos penitenciarios, régimen abierto, libertad condicional, etcétera.³²

Conforme a esta clasificación, los trabajos en beneficio de la comunidad hallan cabida en nuestro sistema jurídico en las diversas etapas del proceso, según operen como reparación del daño o regla de conducta a imponer en la suspensión de juicio a prueba o *probation* (fase anterior al juicio)³³; como regla de conducta a imponer en la condena de ejecución condicional (fase de juicio y sentencia); o, bien, en fase de ejecución de la sentencia, como sustituto por impago de la pena pecuniaria o posible regla de conducta en caso de libertad condicional.

Nota básica de esta sanción es la utilidad social de la actividad, según resulta de su propia denominación, siendo que el penado realizará su trabajo sin contraprestación económica alguna. La autonomía del trabajo en beneficio de la comunidad respecto de fines económico-lucrativos es condición clave que la orienta hacia la consecución de objetivos de resocialización del penado, por un lado, y por el otro, la dota de un perfil de reparación simbólica a la comunidad.

En procura de delimitar y dar contenido a un concepto tan amplio como el que representa el de “beneficio para la comunidad”, se han señalado dos clases de actividades posibles: las propiamente de beneficencia o asistencia social, dirigidas a atender las necesidades de los colectivos más desfavorecidos, y otras actividades heterogéneas de las que, en abstracto, se deriva un provecho para la comunidad, como pueden serlo labores en áreas científicas, educativas, culturales, de protección del medio ambiente, de conservación del patrimonio público, salud pública, deporte, etc.³⁴

Asimismo, como presupuestos para su aplicación, resultan recurrentes la previsión del consentimiento del penado y la ausencia de menoscabo de su dignidad, mediante la aplicabilidad de los derechos laborales.³⁵ Sobre este aspecto, y al margen de no contemplar esta sanción como pena directa o autónoma principal, el derecho penal de nuestro país no establece —de forma expresa— la necesidad de concurrencia de tales requisitos para su imposición como sustituto de la pena pecuniaria. No obstante, si se mira bien, esa exigencia deviene de un mandato constitucional.³⁶ En efecto, la voluntariedad del condenado es contrapartida de la prohibición de imposición de trabajos forzosos; en tanto que la ausencia de menoscabo de la dignidad del penado se deriva de la prohibición de imponer penas in-

³² SERRANO PASCUAL, Mariano: *Las formas substitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 52-53.

³³ Más allá de no estar contemplado de manera expresa, por su naturaleza, puede aplicarse en el instituto de reparación integral del perjuicio, art. 59 inciso 6, Código Penal.

³⁴ BRANDÁRIZ GARCÍA: ob. cit., pp. 238-239.

³⁵ PINA MASSACHS, Jordi, y NAVARRO MASSIP, Jorge: *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*, CIMS, Barcelona, 2000.

³⁶ Con base en los artículos 14 bis, 15 y 18, CN; así como en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV); Declaración Universal sobre Derechos Humanos (art. 1, 4 y 5); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 6 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, con jerarquía constitucional (art. 75, inciso, 22, CN).

humanas o degradantes, así como del postulado de protección de la dignidad humana que atañe a todo género de actividad laboral.

Según se observa, la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad tiene hoy un lugar de segundo orden en el catálogo de penas aplicables en nuestro país, al no estar contemplada normativamente como pena autónoma principal, sino solo como pena sustituta por impago de la multa; ello es así, sin perjuicio de su viabilidad —según lo mencionado— como regla de conducta en institutos que procuran morigerar la ejecución de la pena de prisión, o bien en institutos que extinguen la acción penal.

A la par de ello, la ley argentina ha sido escueta en su regulación, dejando en manos de la administración de justicia la decisión sobre su viabilidad, pertinencia y modalidad de cumplimiento, más allá de los límites constitucionales que delimitan su aplicación.³⁷ Vale mencionar, al respecto, que los diversos proyectos de reforma del Código Penal de los últimos años han procurado avanzar en la regulación de esta sanción. En particular, ello se evidencia en el Anteproyecto del año 2014, que propiciaba un amplio repertorio de medidas para la sustitución de la pena de prisión, entre ellas, la prestación de trabajos para la comunidad, con estipulación de muchos de sus aspectos involucrados: extensión de carga horaria del trabajo no remunerado; cumplimiento en instituciones, establecimientos u obras de bien público, bajo la supervisión de sus autoridades u otras que se designen; prohibición de que dicho control sea a cargo de organismos de seguridad; presentación de la documentación que acredite su cumplimiento a cargo del penado; adecuación del trabajo a la capacidad o habilidades del penado; no afectación de su dignidad, ni perjuicio a su actividad laboral ordinaria.³⁸

Conclusiones

Desde el momento en que la vida humana se halla por completo atravesada por la realidad del trabajo, con todas sus implicancias y en todas sus acepciones, es natural que este haya impregnado y acompañado la realidad del castigo a lo largo de los siglos y las culturas. En la amplia parábola que han descripto históricamente —imbricados el uno con el otro—, puede leerse también el desarrollo y la evolución de diversas concepciones antropológicas, sociológicas y también, más específicamente, penológicas.

En las sociedades occidentales, el sentido del trabajo ha estado marcado y dotado de hondas connotaciones morales que datan del origen de los tiempos y anclan en concepciones míticas del mundo, especialmente en la tradición judeo-cristiana del bíblico “ganarás el pan con el sudor de tu frente”. Ello admite muchos matices, por cierto, y distinciones, incluso semánticas, como las que revela contraponer simplemente términos como “trabajo” y

³⁷ La observación no es menor, dado que una verdadera condición de alternativa requiere de la previsión y regulación legal de una pena distinta y no de la mera posibilidad de su sustitución discrecional al momento de la ejecución penal (RIVERA BEIRAS, Iñaki: *Descarcelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 61).

³⁸ Conviene citar aquí el comentario que la cuestión mereció en la Exposición de Motivos: “Esta alternativa quizás sea una de las más promisorias de las proyectadas, dependiendo su éxito de la buena organización de que se la provea, para lo cual requiere una infraestructura bien montada y adecuado personal de control de su cumplimiento. En esas condiciones, resulta de las más productivas y, por eso mismo, mucho más barata que la prisión. No se trata de una simple molestia o incomodidad para el penado, lo que sólo sería válido como contra-motivación, pero nunca podría erigirse en una razón suficiente para su imposición. La incorporación a un equipo que haga algo productivo o útil para sus semejantes crea una conciencia de solidaridad que es menester fomentar en los penados, al tiempo que no lo margina ni estigmatiza y, menos aún, lo aísla de la vida social”, AA.VV.: *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 105.

“labor”, “trabajo” y “ocio” (en los sentidos antropológicos y filosóficos clásicos³⁹); distinciones socioeconómicas, como las que surgen de conceptos como “trabajo” y “empleo”, “trabajo” y “salario”, “trabajo” e “inclusión social”, etc.; y, en fin, distinciones político-económicas, en especial aquellas que introdujo en su momento el pensamiento marxiano, en términos de “explotación”, “plusvalía”, o “alienación”.

Por fuera de la complejidad teórica que plantea la cuestión del trabajo y el castigo en la vida social, lo cierto es que —hablando concretamente de herramientas jurídicas— una incorporación en nuestra normativa de los trabajos en beneficio de la comunidad, como pena originaria para casos de condenas de corta duración, representaría una opción valiosa a la hora de una decisión jurisdiccional alternativa a la prisión, habida cuenta de las ventajas anteriormente señaladas.

Por tanto, evitar los efectos negativos de la prisión en las penas de corta duración, armonizar con la actual sensibilidad hacia los intereses de las víctimas, adecuarse a los fundamentos dirigidos a la reparación del daño y, en fin, fomentar la responsabilidad e implicación del infractor frente al objetivo resocializador, se ofrecen como argumentos más que suficientes para auspiciar su incorporación como pena autónoma. Si históricamente el concepto de trabajo derivó en interpretaciones encontradas (como aflicción o como dignificación), una sanción penal como la analizada estaría, ciertamente, más cerca del segundo sentido.

³⁹ Arendt, Hanna: *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2008 [1958].

El uso policial de las armas de fuego en Córdoba (con motivo del legítimo ejercicio de su cargo)

The police use of firearms in Cordoba (with the purpose of the legal exercise of its charge)

Por: **ROBERTO V. VÁSQUEZ***

RESUMEN: En el sistema jurídico argentino, el ejercicio “legítimo” de un cargo obliga considerar las normas extrapenales que lo determinan. En materia de uso de armas de fuego emerge como necesario el estudio de las leyes policiales aplicables así como de los antecedentes que influyeron en sus zigzagueantes procesos parlamentarios: debates y convenciones europeas, tratados internacionales, recomendaciones de Naciones Unidas, leyes y proyectos originados en países con reconocida tradición jurídica, leyes nacionales o de otras jurisdicciones. Recorrido dicho laberinto, en el presente trabajo se identifica el marco legal hoy vigente en Córdoba.

PALABRAS CLAVES: Ejercicio legítimo de su cargo, policía, armas.

ABSTRACT: In the juridic system of Argentina, the “legal” exercise of a charge force to consider the extra-criminal rules that determine that charge. In this matter, it is necessary the study of police rules that apply, in addition to the precedents that had influenced in its zigzagging parliamentary processes: debates, European conventions, international treaties, United Nations recommendations, laws and projects originated in countries with recognized juridic tradition, national laws and of others jurisdictions. Going through that maze, in the present work it is identified the applicable legal framework in Cordoba.

KEY WORDS: Legal exercise of its charge, police, firearms.

I. Introducción

La acción policial pertenece al campo de la seguridad, estructura en la que la práctica del sujeto opera a partir de variados conocimientos e influjos. Las normas que la regulan, que decantaron con especificidad poco a poco recién a partir de mediados del Siglo XX, procuran fijar pautas que debe respetar en función de la tutela de derechos fundamentales. En dicho marco, la facultad de usar un arma de fuego tiene “doble filo”: atribuida para defender la vida mal ejercida puede transformar al funcionario en homicida.

El presente estudio parte de uno anterior que -antes de aparecer- quedó parcialmente desactualizado, y aborda el bisel normativo de aquella competencia, a fin de identificar sus antecedentes en el derecho comparado y contestar nuevos interrogantes que han surgido.

II. ¿Qué preguntas han quedado sin responder?

a) ¿Qué precedentes deben ser tenidos en cuenta, y cómo éstos informan las fórmulas que han florecido en la materia?

No abordaré aquí el encuadre jurídico que se le daba al uso policial de armas de fuego hasta mediados del siglo pasado. Quedará para otra ocasión. Sí enfrentaré el desafío de identificar hitos que, a partir de entonces, establecieron las directrices de su uso racional.

* Abogado (UNC). Profesor Adjunto de “Políticas y Sistemas de Seguridad Comparados” (Lic. de Seguridad, UNVM).

I. La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

El Tratado se originó en el seno del Consejo de Europa y fue aprobado en Roma el 4 de Noviembre de 1950. Los países miembros fueron adhiriendo con el paso del tiempo.

Su art. 2 establece:

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente...
2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:
 - a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
 - b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
 - c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

En los registros de los trabajos preparatorios todos los artículos de la Convención tienen la correspondiente transcripción de los debates, menos el Preámbulo, el art. 12 (derecho a casarse), y el art. 2 (derecho a la vida), donde se lee: “*non-existent*” (*Travaux Préparatoires*, 1975).

En el medio de las controversias características de la post-guerra, la doctrina ha señalado que los juristas intervinientes en su redacción buscaron, más que una mera declaración, la defensa efectiva de derechos, un estilo concreto y preciso, un compromiso entre lo pragmático (de vertiente anglosajona) y lo genérico propio de lo conceptual (de corte francés) (BONINO, 2016: 225).

El análisis de la estructura de la fórmula, que como regla general tutela la vida frente al ataque “intencional”, permite identificar tres supuestos de excepción en caso de “absoluta necesidad”¹. Por un lado, se establece que, frente a una “agresión ilegítima”, aquélla puede afectarse sólo en “defensa de una persona”, y no de otros bienes. Por el otro, en la hipótesis de una detención, somete la actuación al principio de legalidad de cada derecho interno, y con ello no dice nada que llame la atención. En cambio, si se trata de una “evasión”, comprendiendo al campo de la seguridad y al penitenciario, el criterio político-criminal expuesto es mucho más laxo². El inc. c) nos conduce a escenarios lejanos del delito tradicional, propio de ofensas contra el orden constitucional.

II. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos

Tenía razón quien me sugirió explorar el campo del sistema penitenciario en la búsqueda de puentes con el tema aquí tratado. En efecto, adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955), y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones N° 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y N° 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977, en virtud del art. 54 inc. 3) se recomienda que “Salvo en circunstancias especiales, los agentes que desempeñan un servi-

¹ La regla cuenta con antecedentes anglosajones, que algunos proyectan incluso hasta los Principios de Peel (1829), 6 y 4, vgr.: “Mayhall, P. D. (1985). *Police-community relations and the administration of justice* (3rd ed.). New York: John Wiley and Sons”. Sin embargo, en cuanto a lo último, debe advertirse que estudios históricos serios no han encontrado evidencia documental sobre la existencia real de los mismos (LENTZ, 2007).

² Más adelante se podrá observar como los “Principios Básicos” de 1990 procuraron equilibrarlo.

cio en contacto directo con los presos no estarán armados...”. No obstante ello, por vía del inc. 1) se prescribe que no deberán recurrir a la fuerza, “...salvo en caso de legítima defensa, de tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por inercia física una orden...”³.

III. Las fórmulas del derecho alemán

La doctrina otorga al tema un escueto tratamiento (ROXIN, I: 659; JAKOBS, 551; JESCHECK, 352). Sin embargo, a la luz del modelo jurídico argentino y *de lege ferenda*, debe destacarse la singular trascendencia de la “ley sobre compulsión (o coacción) directa en el ejercicio de la fuerza pública por empleados con tareas ejecutivas del Gobierno Federal”(UZwG), del 10 de marzo de 1961(reformada el 20-12-1984), que se refiere expresamente a los agentes de la policía federal, funcionarios públicos de guardia en la frontera y vigilancia aduanera, y a los encargados de la administración de aguas y navegación. Asimismo, del “Proyecto para una ley policial uniforme (o unificada)” (MEPolG), elaborado por la Conferencia de Ministros y Senadores del Interior (IMK), con el fin de servir de referencia a los diversos derechos de policía de los *Länder*, desde el año 1974 (la primera versión data de mayo de 1976, mientras que la definitiva de noviembre de 1977)⁴. Y en tercer lugar, del “Proyecto Alternativo de una ley uniforme de policía de la Federación y de los *Länder* (AE PolG, arts. 64 y 65), de 1979, generado por un “Grupo de trabajo sobre derecho policial” que “se concentró en la precisión y limitación de las competencias policiales” (FUENTES I GASÓ, 2020).

En la presente exposición usaré como fuente de compulsión el texto en italiano traducido por MARTIELLO (2019), de las dos fórmulas del MEPolG (también contenidas en la UZwG) que mayor proyección han tenido en el derecho comparado⁵, a saber:

#41”Presupposti generali per l’uso delle armi da fuoco

(1) L’uso delle armi da fuoco è permesso soltanto quando altre misure di coazione diretta sono applicate senza successo o non promettono all’ evidenza alcun risultato. Contro le persone il loro uso è permesso soltanto quando lo scopo non può essere conseguito con l’uso delle armi da fuoco contro le cose.

(2) L’uso delle armi da fuoco contro le persone è permesso soltanto per rendere taluno inabile all’agresione o alla fuga. Un colpo, che con sicura probabilità ha effetto mortale, è permesso soltanto quando esso costituisca l’unico mezzo per res-

³ En Córdoba, la Ley del Servicio Penitenciario N° 8231, sancionada el 19/11/1992, en el art. 12 inc. 5), sobre los deberes esenciales del personal, preceptúa: “A los fines del cumplimiento de la misión asignada a la institución, cuando corresponda, portar armamento, y hacer uso racional y adecuado del mismo con fines de prevención, y, en caso en que fuere indispensable para rechazar violencias, vencer resistencias, evitar evasiones o su tentativa, extender su uso a fines de defensa y disuasión, todo ello de conformidad a las previsiones que resulten de la presente y demás normas en vigencia”. En una hipotética aplicación analógica en aquellos años podría haberse considerado también que la LN de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, del año 1996, a la que adhirieron las leyes N° 8812 (art. 1), del año 1999, y 8878 (art. 5), del año 2000, de la Provincia de Córdoba, en su art. 205 establece que “Los planes y programas de enseñanza en los cursos de formación, actualización y perfeccionamiento, con contenido predominantemente criminológico, deberán incluir el estudio de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y el Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley...”.

⁴ Las líneas generales del Proyecto fueron adoptadas por los diferentes Lander en los años 80. Plenamente en Baviera (1978), Baja Sajonia (1981), Renania del Norte-Wesfalia (1980), Renania-Palatinado (1981), Bremen (1983), Berlín (1985) (Fuentes i Gasó 2020).

⁵ Dejaré su análisis para otra ocasión, inclusive de disposiciones que requieren un examen crítico y la importancia sistemática de otras, como la que contempla la reserva del derecho a la legítima defensa y al estado de necesidad (MEPolG, # 35.2).

pingere un pericolo attuale per la vita o un pericolo attuale di una grave lesione dell'incolumità fisica.

(3) Contro coloro che da una esteriore impressione non abbiano ancora 14 anni, le armi da fuoco non possono essere utilizzate. Ciò non vale quando l'uso delle armi da fuoco costituisca l'unico mezzo per respingere un attuale pericolo per la vita o l'incolumità.

(4) L'uso delle armi da fuoco non è permesso, quando per il poliziotto è conoscibile che il terzo estraneo con alta probabilità verrà esposto a pericolo. Ciò non vale, cuando l'uso delle armi da fuoco costituisce l'unico mezzo per respingere un pericolo attuale per la vita”.

Los cuatro incisos, relativos al uso general de las armas de fuego respecto de las cosas, menores y terceros, fueron incorporados de manera literal al derecho interno de la CABA (art. 98, Ley N° 5688), sin que exista cita alguna en el trámite parlamentario.

A reglón seguido el MEPolG refuerza el punto 2 del art. 41, introduciendo la exigencia del peligro para la vida o la integridad física en los supuestos contemplados en los inc. 1 y 2:

#42 “Uso delle armi da fuoco contro persone

(1) Le armi da fuoco possono essere utilizzate contro le persone soltanto:

1. per respingere un pericolo attuale per l'incolumità fisica o la vita.

2. per impedire la imminente commissione o prosecuzione di un delitto o di una contravvenzione mediante l'uso o il porto di armi da fuoco o mezzi esplosivi;

3. al fine di catturare una persona che tenta di evitare l'arresto o l'identificazione mediante la fuga, quando essa:

a) é gravemente sospettata di un delitto;

b) é gravemente sospettata di una contravvenzione e le circostanze di fatto giustifichino la supposizione che essa porti con sé armi da fuoco o mezzi esplosivi.

4. per frustrare la fuga o per catturare una persona, che è da tenere in pubblica custodia o ad essa è da condurre:

a) a causa di una decisione giudiziaria relativa a un delitto o a causa di un grave sospetto di delitto;

b) a causa di una decisione giudiziaria relativa ad una contravvenzione o a causa del grave sospetto di una contravvenzione, purché le circostanze di fatto giustifichino la supposizione che la persona porti con sé armi da fuoco o esplosivi.

5. per impedire la violenta liberazione di una persona dalla custodia pubblica.

(2) L'uso delle armi da fuoco ai sensi del comma 1, N° 4, non è consentito quando si tratta dell'esecuzione dell'arresto di un giovane, o di un militare o quando deve essere impedita la fuga dalla semilibertà”.

IV. Las “recomendaciones” de la ONU

1) El “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (también llamado de Ética) y sus comentarios

Fue aprobado por la ONU como Anexo de la resolución 34/169 de la sesión plenaria 106 del 17 de diciembre de 1979 de la Asamblea General (Código de Conducta 1980), con el fin de “transmitirlo a los gobiernos con la recomendación de que consideren favorablemente la posibilidad de utilizarlo en el marco de la legislación o la práctica nacionales como conjunto de principios que han de observar los funcionarios...”, “en consonancia con el

alto grado de responsabilidad exigido por su profesión” (art. 1) cuando “ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención”⁶.

Tiene ocho (8) artículos acompañados de una interpretación auténtica (llamada “comentarios”)⁷. Su fórmula central está constituida por el art. 3:

“...podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

No refiere expresamente al uso de armas de fuego (si a la fuerza que lo incluye) y en cuanto tal carece de especificidad. Se trata de una norma general que incorpora el principio de “estricta necesidad” (explicitado en el art. 2 de la Convención Europea de 1950 antes vista) y el de “gradualidad”.

En el inc. a) su comentario alude al principio de “excepcionalidad”, indicando el contexto dentro del cual (la fuerza) puede ejercerse: “según las circunstancias para la prevención del delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla”, y prohibiendo su uso excesivo.

El inc. b) reafirma el principio de “proporcionalidad”, señalando que “en ningún caso” el uso de un grado de la fuerza “puede ser desproporcionado al objetivo legítimo que se ha de lograr”.

El inc. c) del comentario, esboza influencias de los arts. 41 y 42 de la UZwG de 1961 y del MEPolG de 1976/7 alemanes, cuando refiere expresamente al uso de armas de fuego, al que considera “una medida extrema” para el funcionario que debe hacer todo lo posible por excluirla, “especialmente contra niños”. Para luego agregar: “En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas”.

El “Código de Conducta” fue receptado primigeniamente por la LN N° 24.059 (art. 22). En Córdoba lo hizo la ley de adhesión N° 8831.

2) El *Baden Report* y los Principios Básicos

Los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, fueron adoptados por el Octavo Congreso de la Organización de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (A/CONF.144/28, Cap. I, B, 2, págs. 117 y sgts.), y acogidos con satisfacción por la Asamblea General mediante la Res. 45/121 (cuyo Anexo los contiene) de la sesión plenaria 168 del 14/12/90.

⁶ No obstante ello a lo largo de su texto se mencionan normas propias del campo de la ejecución de la pena privativa de la libertad, que comprenden a los funcionarios del servicio penitenciario, tales como “la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes” y “las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, con cita del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: informe de la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: 1956, IV, 4), anexo I.A. En los fundamentos de los Principios Básicos, que se estudian a continuación, se ratifica que el Código de Conducta alcanza a los “funcionarios de establecimientos penitenciarios”.

⁷ En el mismo documento se anota que “Los comentarios proporcionan información para facilitar el uso del Código en el marco de la legislación o la práctica nacionales....”.

Las bases quedaron configuradas en el *Baden Report*⁸ del año 1987 (Guía para los debates, Puntos 106 y 109, 1988), que luego fueron revisadas y complementadas con intervención de juristas y expertos de todo el mundo.

En las reuniones preparatorias, por ejemplo, en Helsinki, los europeos insistieron en clarificar conceptos, incluida “la distinción entre el empleo de armas de fuego y el empleo de la fuerza” (Reunión Preparatoria, Punto 95 y pág. 30 y sgts., 1989). Los representantes de Latinoamérica y el Caribe, en Costa Rica, propusieron mejorar la redacción de las salvedades a la advertencia previa (Reunión Preparatoria, Punto 91, 1989). En Bangkok, los exponentes asiáticos y del Pacífico plantearon que debía tratarse de manera adecuada el derecho a la defensa propia y que los funcionarios podrían tener dificultad en determinar qué representaba “dar siempre una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego” (Informe de la Reunión Preparatoria, Punto 100, 1989).

Se caracterizan, sin dejar de tener el carácter de recomendación a los Estados miembros para que los “tengan en cuenta” “en el marco de su legislación y práctica nacional”, por expandir, precisar y mejorar la redacción con estilo normativo (ya no de comentarios) de las pautas del Código de Conducta de 1979.

Cuenta con capítulos de disposiciones generales (Puntos 1 a 8), disposiciones especiales (Puntos 9 a 11), reglas de actuación en caso de manifestaciones públicas (Puntos 12 a 14), reglas aplicables a la vigilancia de personas bajo custodia o detenidas (Puntos 15 a 17), reglas sobre calificaciones, capacitación y asesoramiento de recursos humanos (Puntos 18 a 21), y procedimientos de presentación de informes (Puntos 22 a 26).

Confirma el principio de estricta necesidad y gradualidad, particularmente en los Puntos 4 y 5 incs. a y b:

4. (...) utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable,...

a) Ejercerá moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

Incorpora previsiones sobre armas no letales (Punto 2) y prohíbe el uso de aquellas que puedan causar daños innecesarios (Punto 11 incs. b y c).

El Punto 9 sobresale al fijar las condiciones objetivas, supuestos fácticos, y/o el contexto que habilitan el uso de armas, reforzando que en cualquiera de ellos sólo el riesgo para la vida tiene dicha función:

“(...) no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en

⁸ Debo agradecer la remisión de su versión en inglés a Vienna Library de la ONU. En dicho documento quedaron formalizados los aportes de los expertos reunidos en la Ciudad de Baden (Austria) del 16 al 19 de Noviembre de 1987.

caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

Finalmente, se destaca por incorporar la exigencia de identificación del funcionario como tal y de la clara advertencia previa de su “intención” de emplear armas de fuego, con el tiempo suficiente para que se tome en cuenta, estableciendo salvedades (Punto 10).

Los “Principios Básicos” fueron incorporados al derecho interno de la CABA en virtud de las leyes N° 2894, 2895 y 5688. En Córdoba, aunque no han sido receptados formalmente, la doctrina reconoce su valor (DE LA RÚA/TARDITTI II: 113)⁹.

b) ¿Cuál es el régimen jurídico actualmente vigente para las policías de la Provincia de Córdoba?

I. Las leyes policiales como “normas extrapenales”

ROXIN (I:41) enseña que “Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad”.

La suma de tales preceptos, en principio, no comprende a las “normas extrapenales”¹⁰, cuyo universo, está constituido, sin descartar otras, por reglas que complementan los tipos penales en blanco, fijan deberes en delitos caracterizados por su infracción, definen supuestos de posición de garante en los delitos de comisión por omisión, determinan el riesgo permitido en múltiples situaciones con trascendencia penal, o establecen los supuestos de elementos de tipos permisivos.

En las últimas categorías, precisamente, es donde pueden ubicarse las normas que configuran los derechos y deberes esenciales del funcionario policial.

II. Ley vigente en el tiempo y benignidad

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15) instituyen con jerarquía constitucional el principio de la ley más benigna (CN, art. 75 inc. 22). En consonancia, el art. 2 del CP, prescribe que “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta...” siempre se aplicará.

El principio aplica, en “paralelo”, a las normas extrapenales con influencia penal que aquí interesa, en la medida que integran el tipo permisivo contenido en el art. 34 inc. 4° último supuesto del CP, cuyo alcance se modifica al variar las definiciones de aquellas que resultan aplicables en un territorio específico. En Córdoba, como se verá, se identificaron cambios sucesivos de leyes y normas especiales¹¹, que en un sentido u otro impactan en la citada causa de justificación.

⁹ El Poder Judicial, con intervención de la Oficina de Derechos Humanos y Justicia, a cargo en ese entonces de la Dra. Hilda Marchiori, los difundió (Documentos de Naciones Unidas 2000).

¹⁰ Las normas no penales con incidencia penal merecen una mayor sistematización dogmática en la Parte General que la dispensada hasta la actualidad, y claramente deben ser diferenciadas del resto de las integrantes del sistema jurídico que carecen de relevancia alguna, con las cuales muchas veces se las confunde.

¹¹ 1° etapa: adhesión de la ley N° 8831 a la LN N° 24059; 2ª etapa: vigencia concurrente de las leyes N° 8831, 9728 y 10227; 3ª etapa: vigencia concurrente de las leyes N° 8831, 9728 y 10227 y del protocolo aprobado por la Res. del Ministerio de Seguridad N° 389 de fecha 30/10/20; y 4ª etapa: entrada en vigencia de la Ley N° 10.731 (con fecha 28/12/2021) y mantenimiento del protocolo mencionado en la etapa anterior.

III. El esquema legal vigente con anterioridad a la Ley N° 10.731

Abordaré la cuestión sintéticamente en 10 puntos:

1) Rige en la materia lo expresamente estipulado por la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), art. 4.1 in fine, en función del art. 1.1., y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), art. 6.1 in fine, que prescriben: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

2) Los tipos objetivos de la legítima defensa y el estado de necesidad (CP, art. 34 incs. 6° y 3°, respectivamente) no pueden ser impuestos al intérprete frente al tipo permisivo que corresponde aplicar: el ejercicio legítimo de un cargo, en países como Argentina y España que lo contemplan.

3) El cumplimiento legítimo de un cargo carece de pautas propias que lo determinan. Hay que acudir a las normas extrapenales de cada jurisdicción sobre el uso de las armas de fuego, que inyectan sus previsiones al elemento normativo “legítimo” de dicho tipo permisivo (CP, art. 34 inc. 4° último supuesto).

4) Las normas extrapenales, que deben tener vigencia en el sistema jurídico, sea cual sea la materia especializada que las contenga, no se aplican directamente como tipos permisivos, sino que deben ser integradas a los previstos en el CP. V.gr.: la Ley N° 5688 de la “Policía de la Ciudad” (CABA), en su art. 83, dispone que “...el personal policial debe adecuar sus conductas y prácticas a... el Código de Conducta... y los Principios...”¹². En el capítulo “Uso de la fuerza directa” indica que “La regulación sobre el uso de las armas de fuego está sujeta a los Principios Básicos... y demás normativas internacionales y regionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia” (art. 95). Y en el art. 98 recepta valiosas reglas del derecho comparado.

5) Las premisas expuestas preservan la unidad de la antijuridicidad. La juridicidad de la conducta en el campo penal opera como en cualquier otro caso: se proyecta al resto del sistema. La conducta que supone el quebrantamiento de las reglas extrapenales sobre el uso de armas de fuego no puede ser considerado “legítima” a los fines penales (en el marco de la causa de justificación aplicable).

6) La descripción conceptual del tipo permisivo aplicable es la siguiente:

“no es punible el funcionario policial o miembro de una fuerza de seguridad nacional que realiza un tipo penal en cumplimiento de una obligación que emerge del cargo específicamente policial que ocupa mediante el uso jurídicamente autorizado de armas de fuego”.

7) La ley provincial N° 8831 (B.O. del 17/4/2000) al adherir a la LN de Seguridad Interior N° 24059, respecto de la temática que aquí interesa, incorporó a la jurisdicción mediterránea sus arts. 5, 21¹³ y 22¹⁴.

8) Luego Córdoba suma dos esquemas normativos. El de la Ley N° 9.728 aplicable a la Policía de la Provincia, y el de la Ley N° 10.227 aplicable al personal de la Fuerza Provincial Antinarcóticos, ninguno de los cuales recepta de un modo expreso los Principios

¹² Sendas recomendaciones de Naciones Unidas ya habían adquirido jerarquía legal en tiempos de la Policía Metropolitana (CABA), en el año 2008, por vía de las leyes N° 2894 (de Seguridad Pública), art. 27, inc. a), y 2895 (de creación del Instituto Superior de Seguridad Pública), art. 4.

¹³ Los miembros de las instituciones policiales “...ejercerán sus funciones estrictamente de acuerdo con las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes y a un principio de adecuación de los medios a emplear en cada caso, procurando fundamentalmente la preservación de la vida y la integridad física de las personas que deban constituir objeto de su accionar”.

¹⁴ Los cuerpos policiales “...deberán incorporar a sus reglamentos las recomendaciones del Código de Ética Profesional establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas”.

Básicos sobre Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley aprobada en el año 1990 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

9) La Policía de la Provincia, se debe aclarar, no tiene a sus miembros exentos de cumplir con las previsiones convencionales identificadas en el punto 1¹⁵, y en consecuencia cualquier regla que la regule debe interpretarse en función de la prohibición de privar la vida “arbitrariamente” y del bloque jurisprudencial que la CIDH ha derivado de aquéllas, dentro del cual se identifican referencias expresas al Código de Conducta (o de Ética) de 1979 y a los Principios Básicos de 1990. Ello sin perjuicio de la proyección de la Ley N° 8831. En dicho marco, la norma legal inferior (Ley 9728) impuso dos obligaciones: 1) el art. 15 inc. d) de la Ley N° 9728¹⁶, que expresa:” Defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, libertad y propiedad, adoptando en cualquier lugar y momento el procedimiento policial conveniente para prevenir o interrumpir la ejecución de un delito o contravención, aun cuando se encontrare franco de servicio”. Fórmula reglamentada por el decreto del PE N° 763/12, en los siguientes términos:”El personal policial está facultado para emplear la fuerza en la medida de lo necesario como último arbitrio para imponer su autoridad en los procedimientos o intervenciones lícitas, resistidos violentamente por los delincuentes o infractores”. 2) los arts. 15 inc. e) y 33 de la citada ley de personal cuando afirman que es un deber esencial “Portar armas de fuego conforme a las disposiciones vigentes en la materia y la reglamentación que se establezca”.

Como se observa son sólo dos obligaciones legales: la de defender la vida, libertad y propiedad “adoptando” “el procedimiento policial conveniente” y la de “portar” armas de fuego. Esta última, que resulta ser la única específica, tiene un carácter elemental (básico), que respecto del “uso” nada adiciona, y por ello no merece mayores comentarios salvo que, debe advertirse, su reglamentación no puede ir más allá de la letra que estrictamente aluda a la portación, es decir, no puede “alterar su espíritu” (CN, art. 28; Constitución de Córdoba, art. 144 inc. 2 in fine)¹⁷. La primera, en cambio, tiene como núcleo un elemento norma-

¹⁵ La preferencia por la derivación convencional es lógicamente más rigurosa y conduce a la uniformidad en las distintas jurisdicciones, frente a una hipotética aplicación analógica de la Ley N° 10.227 (en Córdoba) o de la LN N° 24.059 (art. 22).

¹⁶ La Ley N° 9728 (derogada parcialmente por la 10.731) data del 1 de Enero del 2010. Derogó a la llamada N° 6702 del 18 de Enero de 1982, que al respecto establecía exactamente lo mismo (art. 14 incs. d) y e)). La misma, a su vez, suprimió a la llamada N° 5302, del 27 de Septiembre de 1971, que establecía como obligación policial en su art. 30 “inc. a) Defender contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, la libertad y la propiedad” y en el “inc. b) Adoptar, en cualquier lugar y momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su ejecución”. Diez años antes la 5302 derogó todas las disposiciones anteriores que se le opusieran, en particular al decreto-ley N° 5391/61 A del 11 de Diciembre de 1961 (Orgánica de la Policía de la Capital de la Provincia de Córdoba, promovida por la intervención federal de la época, publicada en el B.O. del 19/XII/61 y también en el suplemento mensual de Comercio y Justicia, pág. 469 y sgts.), que en el art. 37 imponía como obligaciones del estado policial: “inc. g) Defender contra las vías de hecho, la propiedad, la libertad y la vida de las personas” y en el “h) Mantener el orden público, preservar la seguridad pública y reprimir toda sección delictiva”.

¹⁷ No es lo que precisamente ha hecho el PE, cuando dispuso que “El personal policial usará el arma en legítima defensa de su vida y derechos y de terceros” (art. 15, inc. E, según decreto 763/12, reglamentario de la Ley N° 9728) y “...a fin de hacer cesar la comisión de un ilícito o evitar que los mismos se concreten” (decreto 763/12, Punto 10.II de la reglamentación del art. 33 de la Ley N° 9728). La prohibición convencional de privar la vida arbitrariamente no puede ser alterada por normas de jerarquía inferior, menos al reglamentarse la ley de personal policial de una jurisdicción determinada. Se está en presencia de un exceso, y en consecuencia de previsiones inconstitucionales. También tendrá dicha afectación si incursiona en la materia una resolución del Jefe de Policía, tal como prevé el Punto 10.I in fine de la reglamentación del art. 33 de la

tivo abierto que no alude específicamente a las armas de fuego, que luce por su generalidad, y en consecuencia su determinación previa resulta imposible. Bajo el amparo convencional, teniendo presente la Ley N° 8831 y mientras rija la N° 9728, sólo podrá constituir un “procedimiento policial conveniente” aquel que respete los principios de “absoluta necesidad”, “excepcionalidad”, “racionalidad y proporcionalidad” y “legítima finalidad”.

10) La Fuerza Policial Antinarcoóticos (FPA), tuvo previsto en el art. 3 inc. h) de la Ley N° 10.227, del 15/10/2014, que el personal debe ejercer sus funciones ajustado al siguiente principio básico de actuación: “Recurrir al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa, propia o de terceros o situaciones de estado de necesidad en las que exista peligro grave, inminente y actual para la vida de las personas protegidas, o para evitar la comisión de un delito que entrañe ese mismo peligro, debiendo obrar de modo de reducir al mínimo los posibles daños y lesiones”; Por cuerda separada a la Ley N° 9728, y de un modo textual, la Ley N° 10.227 recibió el inc. h) del art. 28 de la Ley de Seguridad Pública N° 2894 (CABA), sancionada el 28/10/08, y de su precedente, el inc. 8 del art. 23 de la Ley Nacional N° 26.102, sancionada el 31/5/2006, de creación de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA).

IV. Los cambios introducidos por la Ley N° 10.731

A partir del homicidio del joven Blas Correa, ejecutado por un funcionario policial, se producen las siguientes reformas.

En primer lugar, manteniéndose la vigencia de las leyes N° 8.831, 9.728 y 10.227, se aprobó el “Protocolo de actuación policial para el uso legal y racional de la fuerza de la Provincia de Córdoba”, por Res. N° 389 del Ministerio de Seguridad, de fecha 27 de Octubre del 2020 (publicada en el BO del 30/10/20), cuyo art. 2 dispuso que “entrará en vigencia a partir del día 02 de Noviembre...” de dicho año.

Fija con esmero pautas sobre el uso de la fuerza, aplicables exclusivamente a la Policía de la Provincia (arts. 1 y 2), esto es, no impone su obligatoriedad al personal de la FPA.

Sin citas de reglas legales ni convencionales¹⁸, que se supone reglamenta, se destaca el art. 8 “Uso prohibido de la fuerza”, por identificar un conjunto de acciones que el personal policial no puede desplegar. Relativas a las armas de fuego, las que a continuación se transmiten:

Inc. c. Efectuar disparos hacia una multitud.

Inc. d. Efectuar disparos desde o hacia vehículos en movimiento. Se exceptúa esta regla en los casos en que se encuentre en riesgo inmediato, inminente y grave la vida del personal policial y/o la de terceras personas y no hubiere otra opción de abordaje de la situación.

Inc. e. Efectuar disparos hacia un objetivo que no se encuentre lo suficientemente definido a través de ventanas, puertas, paredes u otros obstáculos.

Inc. f. Efectuar disparos cuando éstos impliquen un riesgo inminente para terceros.

Ley N° 9728. Dichos órganos no pueden configurar ni derogar -mediante decretos o resoluciones- elementos de leyes penales (CN, art. 99 inc. 3), como los que contienen los tipos permisivos que comprenden hasta la posibilidad de matar a otro.

¹⁸ Aunque algunas se mencionan en el Anexo 3 bajo el título “Fuentes y antecedentes relevados”, Normativa y Documentos internacional (donde no se incluye al Código de Conducta de 1979) y Legislación y Documentación Argentina (donde no se incluye la 10.227 de la FPA, la 5.688 de la CABA, la 26.102 de la PSA, ni la 13.482 de la Pcia. de Buenos Aires, para dar algunos ejemplos).

Inc. g. Efectuar disparos para controlar a personas que solamente se encuentran causando daños a objetos materiales.

Inc. h. Efectuar disparos para detener a personas cuyas acciones solamente pueden producir lesiones a sí mismas.

Inc. i. Utilizar el arma de fuego directamente o como herramienta de disuasión frente a la huida de un control vehicular, la fuga de una persona legalmente aprehendida o perseguida para aprehender o la falta de cumplimiento de una orden verbal, salvo que se encuentre en riesgo inmediato, inminente y grave la vida del personal policial y/o la de terceras personas.

Inc. j. Desenfundar o manipular un arma de fuego a menos que su uso potencial en la situación sea adecuado al presente protocolo, o si las circunstancias claramente requieren el uso del arma para controlar una situación peligrosa para la vida.

Por el art. 12 fija “Directrices generales para la utilización del arma de fuego”:

Inc. a. El principio de “protección de la vida” exige que, en caso de duda, el personal policial no haga uso de sus armas de fuego.

Inc. b. Si las circunstancias lo permiten, el personal policial deberá, antes de su utilización, identificarse y anunciar que utilizará el arma de fuego.

Inc. c. La utilización del arma de fuego será justificada cuando, conforme a las exigencias del presente protocolo en cuanto al nivel de resistencia y el nivel de fuerza a aplicar, se determine que existe un peligro grave, inminente y actual para la vida del personal policial y/o de terceros.

En el art. 15 determina “Niveles del Uso de la Fuerza”, cuyo punto c) iv reza:

“Fuerza potencialmente letal: Consiste en la utilización de medios letales, por ejemplo armas de fuego, para proteger la vida o la integridad física del personal policial y la de terceros. Es el último nivel de fuerza que debe ejercerse sólo como respuesta a la resistencia potencialmente letal y en los casos en los que sea estrictamente necesario. Debe utilizarse dentro de los parámetros legalmente establecidos para la legítima defensa propia o de un tercero y cuando no sea posible controlar la situación a través de otro medio previsto en el presente protocolo”.

Así las cosas, por vía del inc. c del art. 12 y del punto c) iv del art. 15, se inserta expresamente la exigencia que habilita el uso policial de armas de fuego con un fin tutelar frente a la existencia de un peligro para la vida, parámetro dirimente en la materia a partir de los Principios Básicos de 1990.

Con posterioridad (la cuarta etapa), se sancionan las leyes N° 10.731 y 10.732, con fecha 23/12/20.

La que aquí interesa, sin quitarle mérito a la otra, es la primera (publicada en el BO del 21/1/2021), que crea las bases del sistema de “Control Disciplinario de las Fuerzas de Seguridad Públicas y Ciudadanas”.

Tiene origen en el Proyecto N° 31912 que el PE remite a la Unicameral el 2 de Diciembre del 2020. Pasó por las Comisiones de Asuntos Constitucionales, Justicia y Acuerdos. Fue tratado sobre tablas y sancionado veintiún días después, sin un análisis del tema que aquí interesa.

Su art. 88 enuncia que comenzará a regir a partir del 1 de Julio del 2021, fecha que será prorrogable por 180 días más por decreto del PE (que lo dicta bajo el N° 654 y publica

en el BO del 30/6/2021). Por decreto N° 1568 la ley 10.731 fue reglamentada y entró a regir el 28/12/21. El art. 4 establece que es aplicable a todo el personal de las Fuerzas de Seguridad Pública y Ciudadana de la Provincia, por lo que queda claro que comprende a la FPA y modifica parcialmente la 10.227, de un modo expreso los artículos mencionados en el art. 89; abroga, en cambio, a los restantes que se le oponen, y deroga expresamente el art. 15 inc. d) de la Ley 9728.

Por el art. 29 incorpora la legalidad, oportunidad, gradualidad y proporcionalidad, como principios de actuación.

El art. 30 con carácter de norma extrapenal, que configura el elemento “legítimo” del art. 34 inc. 4° último supuesto del CP, se destaca por establecer los deberes funcionales sobre el uso de armas de fuego que se leen a continuación:

- 1) inc. “i”): identificarse y anunciarse cuando las circunstancias lo permiten, antes de hacer uso de ellas (receptando la recomendación de los Principios Básicos de 1990);
- 2) inc. “j”): recurrir a ellas solo en caso de legítima defensa o en defensa de terceros o de estado de necesidad, procurando reducir eventuales daños y lesiones¹⁹.

La cuestión radica ahora en determinar cuál es el verdadero alcance de la última regla, advirtiendo que:

a) la lacónica fórmula excluye inconstitucionalmente el ejercicio legítimo de un cargo (CP, art. 34 inc. 4° último supuesto), como hipótesis aplicable a los fines de la justificación de la acción, y por esta vía altera las definiciones que corresponden al Poder Legislativo de la Nación (CN, 75 inc. 12), y

b) ha suprimido el eslabón más importante, claro y preciso, que tanto le ha costado a la política pública fraguar, a saber: “en las que exista peligro grave, inminente y actual para la vida de las personas protegidas, o para evitar la comisión de un delito que entrañe ese mismo peligro,..”²⁰

Es cierto que (a pesar de que fue eliminado del texto legal) puede postularse la vigencia de sus términos en base al Protocolo aprobado por Res. 389 del Ministerio de Seguridad (art. 12 con sus tres directrices, especialmente la incluida en el inc. c), que expresamente la contempla²¹. También puede argumentarse, a favor del mantenimiento de la exigencia a pesar de la desaparición del texto expreso que lo indicaba, que el art. 30 de la Ley 10731, impone, mediante reglas generales que no aluden expresamente a las armas de fuego, la obligación de “utilizar la fuerza como último recurso” (inc. i) y “anteponer la preser-

¹⁹ Estas dos obligaciones han sido significativamente acotadas al “horario de servicio ordinario o complementario” del personal policial (Ley N° 10731, art. 32, párrafo primero). Cuando se encuentre fuera de servicio y tome conocimiento de situaciones que requieran una intervención directa “debe dar aviso al personal de la Fuerza en servicio” (Ley N° 10731, art. 32, párrafo segundo). Si se encuentra fuera de servicio no está obligado a identificarse ni a intervenir, pero si decide hacerlo lo hará “en calidad de funcionario público” y “se regirá según las facultades y obligaciones que como miembro de las Fuerzas de Seguridad Pública y Ciudadana le corresponden” (Ley N° 10731, art. 32, párrafo tercero).

²⁰ La condición se encontraba expresamente incluida en el inc. h) del art. 3 de la Ley 10227, de la FPA. Debe advertirse que, en base a ello, en lugar de ser suprimida, podría haberse extendido como tal para todas las Policías de la Provincia.

²¹ Pero no puede olvidarse que se trata de un esquema de inferior jerarquía normativa emanado del PE con anterioridad a la sanción de la N° 10.731, por lo que, razonablemente puede entenderse que en este punto ha sido abrogado parcialmente por una ley posterior. El carácter complementario del protocolo reafirmando la fórmula original, debe ser convalidado por un nuevo acto jurídico para que pueda sostenerse que el enunciado suprimido (ver punto b) sigue teniendo validez, aunque más no sea por dicha vía.

vación de la vida y la integridad física de las personas al eventual éxito de la actuación” (inc. k).

A pesar de tales esfuerzos interpretativos, todo indica un retroceso. Lejos de constituir una omisión insignificante del legislador, la ausencia de la condición legal tiene un sentido expansivo de la facultad de matar, y en consecuencia la nueva fórmula deja libre las manos del que porta un arma cuando no concurre el mentado peligro, contraviniendo la prescripción convencional (que impone proteger la vida) y los “Principios Básicos” de 1990, Punto 9 (que autoriza el uso de armas de fuego sólo para salvar una).

De la disyuntiva se sale, una vez más y como antes de la sanción de la nueva norma legal, acudiendo a la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), art. 4.1 in fine, en función del art. 1.1., y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), art. 6.1 in fine, así como a la doctrina judicial desarrollada por la CIDH (Vásquez 2021), para que ningún funcionario policial mate a otro arbitrariamente, que era lo que la reforma precisamente pretendía evitar.

Lecturas indispensables:

AR POLG, Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes and der Länder, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied und Darmstadt, Vorgelegt vom “Arbeitskreis Polizeirecht”, Erhard Denninger, Marlis Dürkop, Wolfgang Hoffmann-Riem, Ulrich Klug, Adalbert Podlech, Helmut Rittstieg, Hans-Peter Schneider, Manfred Seebode, Germany, 1979.

BADEN REPORT, International Expert Meeting on United Nations and Law Enforcement, The role of Criminal Justice and Law Enforcement Agencies in the maintenance of Public Safety and Social Peace, Baden (Austria), 1987.

BONINO, Paulin, *La France face à la Convention européenne des droits de l’Homme (1949-1981)*, Thèse de doctorat en Histoire, consultado el 21/2/22 en <http://www.theses.fr/2016CERG0826>.

CÓDIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE CUMPLIR LA LEY, Anexo de la Res. 34/169, Sesión Plenaria 106 del 17 de diciembre de 1979, Asamblea General, consultado el 3 de Marzo 2022 en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/34/169>.

CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS, 1950, Her Majesty’s Stationery Office, London, 1953, consultada el 3 de Marzo de 2022 en <https://treaties.fcdo.gov.uk/data/Library2/pdf/1953-TS0071.pdf>.

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

DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE PROTECCIÓN DE PERSONAS DETENIDAS O EN PRISIÓN, Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2000, consultado el 3 de Marzo 2022 en <https://jurisadmin.justicia.cordoba.gob.ar/deposito/Libros%20digitales/CE01520.pdf>

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón, *El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico*, Revista Aragonesa de Administración Pública, 26 núm. 49-50, Zaragoza, 2017, consultado el 3 de Marzo de 2022 en <https://dialnet.unirioja.es>.

FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- GUÍA para los debates de las reuniones preparatorias regionales e interregionales para el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, A/CONF.144/PM.1 del 20 de Enero de 1988, ONU.
- INFORME DE LA REUNIÓN PREPARATORIA REGIONAL DE ASIA Y EL PACÍFICO PARA EL OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, A/CONF.144/PM.1 del 16 de Mayo de 1989, consultado el 3 de Marzo del 2022 en https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/8th_Congress_1990/031_ACONF.144.RPM.1_Asia_and_Pacific_Regional_Report_S.pdf.
- JAKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición completamente corregida y ampliada, Editorial Comares, Granada, 1993.
- LASCANO, Carlos J. (h), et. al., Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.
- LENTZ, Susan A., CHAIRES, Robert H., *The invention of Peel's principles: A study of policing 'textbook' history*, Journal of Criminal Justice 35, 2007.
- MARTIELLO, Gianfranco, *L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale esperienza giuridica tedesca*, Criminalia, Anuario di Scienze Penalistiche, Edizioni ETS, Pisa, 2015, consultado el 26 de Abril de 2020 en <http://www.edizioniets.com/criminalia/2014/pdf/10-4-Martiello.pdf>.
- MARTIELLO, Gianfranco, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, Jura, Temi e problema del diritto, Studi, discipline penalistiche Criminalia, Edizioni ETS, 2019.
- NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, T I a V, Buenos Aires, 1961/7; Lerner Ediciones, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.
- PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR PARTE DE OFICIALES ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, ANEXO, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, Publicaciones de Naciones Unidas, ps. 117-124, Nueva York, 1991.
- REUNIÓN PREPARATORIA Regional Europea para el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, A/CONF.144/PM.2 del 14 de Junio de 1989, consultado el 3 de Marzo del 2022 en https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/8th_Congress_1990/034_ACONF.144.RPM.2_European_Regional_Report_S.pdf.
- REUNIÓN PREPARATORIA Regional de América Latina y el Caribe para el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, A/CONF.144/PM.3 del 25 de Agosto de 1989, consultado el 3 de Marzo de 2022 en https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/8th_Congress_1990/036_ACONF.144.RPM.3_Latin_American_and_Caribbean_Regional_Report_S.pdf.
- TRAVAUX PRÉPARATOIRES TO THE CONVENTION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, European Court of Human Rights, 1975-1985, consultado el 3 de Marzo de 2022, en https://www.echr.coe.int/documents/library_travPrep_table_eng.pdf

- ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, T 1, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, (1994) 1997.
- VÁSQUEZ, Roberto V., El uso policial de las armas de fuego, Cuadernos de Derecho Penal N° 7, Instituto de Ciencias Penales, Córdoba, 2021, consultado el 3 de Marzo del 2022 en <https://www.acaderc.org.ar/2021/05/21/cuadernos-de-derecho-penal-no-7/>
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLÓKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As., 2000.

El delito de administración fraudulenta. Un análisis del sujeto activo desde la teoría de los delitos de infracción de deber*

Por: **NICOLÁS D. RAMÍREZ****

RESUMEN: El delito de administración desleal es un tipo penal clave dentro de los delitos que conforman la criminalidad económica. Más allá de que existe cierta similitud en la estructura de este delito en las diferentes legislaciones, existe un elemento fundamental del tipo penal que excede la redacción particular de cada sistema ya que es un elemento inherente a la naturaleza de la conducta criminal: el sujeto activo. Este elemento resulta fundamental para comprender la naturaleza del injusto. Para ello resulta necesario analizar a la conducta en cuestión desde la óptica de los delitos de infracción de un deber y resolver si se puede incluir o no a la figura dentro de esta clase de delitos. Definir si estamos en presencia de un delito de infracción de un deber o uno de dominio tendrá consecuencias dogmáticas y prácticas importantes para la aplicación de la norma.

PALABRAS CLAVE: Administración fraudulenta, delitos contra la propiedad, delitos de infracción de deber.

1. Introducción

El delito de administración fraudulenta tiene un rol fundamental dentro de la criminalidad económica. Sin perjuicio de las diferentes redacciones que puede tener este tipo penal en las distintas legislaciones, existen ciertos rasgos característicos de la conducta que son reflejo de la naturaleza misma del injusto.

Dentro de estas características esenciales el rol del sujeto activo del delito es fundamental para comprender el contenido del injusto. Por ello, más allá de la descripción que pueda hacer cada ordenamiento de este elemento del tipo, entiendo fundamental para la correcta interpretación de analizar la conducta desde la teoría de los delitos de infracción de deber.

Por ello en el presente trabajo, luego de realizar una breve reseña a esta clase de delitos, se clasificará a la figura penal dentro de teoría y se tratarán de explicar las consecuencias prácticas de dicha clasificación.

2. Delitos de infracción de un deber

La teoría de los delitos de infracción de un deber es una de las posturas utilizadas para fundamentar los delitos especiales. Sin embargo, la trascendencia que ha tenido esta clasificación ha excedido ampliamente el marco de los delitos especiales para tener consecuencias en los aspectos más relevantes de la teoría del delito.

Si bien la categoría de *Pflichtdelikte* ha sido creada por ROXIN como criterio de distinción en la autoría, merece estudiarse el desarrollo que ha tenido en los distintos autores

* Este artículo es un desprendimiento de mi tesis doctoral defendida en el año 2020 en la Universidad Austral y posteriormente publicada en Nicolás D. Ramírez, *El sujeto activo en el delito de administración fraudulenta*, BdeF, Bs. As., 2021.

** Abogado. Doctor en Derecho (Univ. Austral). Magíster y Especialista en Derecho Penal (Univ. Austral). Profesor de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad Austral. Profesor de posgrado en UCES y UMSA. Socio del Estudio Ramírez & David.

para comprender la verdadera trascendencia de esta clasificación. En los puntos siguientes se analizará este desarrollo para luego estudiar la relación que han hecho los distintos autores entre esta teoría y la administración fraudulenta.

2.a. Delitos de infracción de un deber, según ROXIN

La categoría de delitos de infracción de un deber fue creada por ROXIN desde una perspectiva que trasciende la mera clasificación de los tipos de injusto. Su función en verdad es identificar al autor en los supuestos típicos donde el dominio del hecho no exprese ni explique la atribución del suceso. Por eso, la infracción de un deber, junto al dominio del hecho, constituyen los dos criterios determinantes para atribuir la autoría.

Al analizar los delitos de los funcionarios públicos, ROXIN señala que existen ciertos tipos penales donde la autoría no reside en el dominio del hecho, sino en “el deber específico —que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica— de los imputados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría”¹.

Los delitos de infracción de un deber tienen un fundamento de la autoría distinto al de los delitos de dominio del hecho. Serán autores aquellos titulares del deber jurídico que vulneran sus obligaciones, sin importar que aquel que empíricamente ejecute la acción —*el extraneus*— muestre un efectivo dominio sobre el acontecer. Este último, a pesar del aparente dominio de la situación, solamente responderá como partícipe o inductor si no existió error o coacción en el origen de su conducta. Para determinar la coautoría en estos delitos ya no será necesario discernir los aportes de cada sujeto al hecho en la fase ejecutiva, sino que la misma se configura a través del quebrantamiento mancomunado de un deber común que produce un resultado².

Es importante entender, a partir de estos presupuestos, la distinción propuesta por ROXIN en razón de las consecuencias que advierte en caso de querer reducir la autoría a la exclusiva explicación por el dominio del hecho. Precisamente, ROXIN entiende que, en caso de utilizarse la estructura de los delitos de dominio del hecho al ejemplo citado, debería concluirse la falta de responsabilidad penal tanto del administrador como del que retira los fondos³.

Los delitos de infracción de un deber tienen implicancias importantes en la diferenciación habitual entre comisión y omisión. ROXIN entiende, en este sentido, que al ser la lesión de un deber específico el fundamento material de la atribución de autoría y no el dominio del hecho, la distinción entre omisión y acción pierde la relevancia que adquiere en los delitos comunes⁴.

Existen ciertos delitos donde la simple lesión del deber específico que le corresponde al autor será típica sin importar si la conducta es comisiva u omisiva. En el caso del funcionario público que prolonga indebidamente la detención de una persona —art. 143 inc. 2º del CPA— poco importa si lo hace de manera comisiva u omisiva, ya que, como afirma SÁNCHEZ-VERA, son delitos de infracción de deber *positivados*⁵.

¹ Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2000, 386.

² Cfr. Ídem, 391.

³ Ibídem.

⁴ Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de un deber y participación delictiva*, MARCIAL PONS, MADRID, 200232.

⁵ Ídem, 50.

Por otro lado, junto a estos delitos de infracción de deber positivados existen otros tipos penales donde la descripción de la conducta típica es tan precisa que, en principio, deben encuadrarse como delitos de dominio. Ahora bien, más allá de la descripción típica, no quedan dudas de que el tipo penal podrá configurarse tanto de manera comisiva como omisiva⁶. ROXIN afirma que tanto en el caso del guardavías, que sitúa las agujas de forma incorrecta, como en aquel que no las sitúa y provoca un choque de trenes, la imputación remite al mismo esquema de un delito de dominio ordinario. Sin dudas, continúa ROXIN, aun cuando nos encontremos ante tipos penales que pueden ser cometidos de manera omisiva, estaremos en presencia de delitos de dominio⁷.

El sistema de ROXIN, respecto de la omisión parecería estar constituido por dos proposiciones de carácter irreconciliable: por un lado, la aparente existencia de delitos de dominio del hecho que podrían ser cometidos por omisión y, por el otro, la circunstancia que mediante la omisión no se puede propiamente dominar el hecho. Por ello, ROXIN concluye que, si bien los delitos de dominio pueden cometerse también a través de una omisión, en estos casos el criterio de autoría y participación no es el del dominio del hecho. Mientras que en los delitos comisivos de dominio la lesión al bien jurídico se concreta porque el autor realiza lo descrito en el tipo penal, cuando la misma lesión se produce como consecuencia de una omisión, se convierten en delitos de infracción de deber. Es decir, que el criterio determinante para la participación va a depender de si estamos en presencia de una comisión o una omisión.

2.b. Delitos de infracción de un deber, según JAKOBS

JAKOBS, si bien asume el término *Plifchtdelikten*, no lo limita a un mero criterio de autoría, sino que lo utiliza para fundamentar de manera general la imputación penal.

El concepto de infracción de un deber es una derivación del concepto de creación de un riesgo traído por el funcionalismo. Cuando una persona viola una normativa de tránsito o una *lex artis* realiza un riesgo jurídicamente desaprobado, lo que implica que está realizando una infracción de un deber. Justamente cuando se habla de conceptos como *competencia, rol o incumbencia*, se está hablando de deberes de evitar ciertos riesgos, o también, de evitar ciertas infracciones a un deber⁸.

JAKOBS ha reformulado el concepto de delitos de infracción de un deber, y los utiliza como uno de los dos pilares de su sistema jurídico. Al igual que ROXIN, al establecer una categoría bifronte a los de *delitos de dominio*, JAKOBS identifica a unos como *delitos de organización* y a otros como *delitos de infracción de deber*.

Con relación a los delitos de organización, JAKOBS explica que el ejercicio de los derechos se da a través de la organización de actividades —delitos de organización—, las cuales pueden darse tanto a través de comisiones como omisiones. Es más, desde la postura del maestro alemán los delitos omisivos tendrían una trascendencia que incluso, en algunos casos, superaría a la de los comisivos. Por ejemplo, dentro del esquema de organización existen numerosas conductas que se encuentran automatizadas, circunstancia que mientras más se dé mayores serán los momentos omisivos de esta⁹.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. Claus ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. por Francisco MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1972, 45-6.

⁸ Cfr. Fernando CÓRDOBA, “Delitos de infracción de un deber”, en *En letra. Derecho Penal*, año I, n° 1, 2015, 100/101.

⁹ Cfr. Günther JAKOBS, *Las competencias por organización en el delito comisivo*, trad. por Enrique PEÑARANDA RAMOS, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1994, 12 ss.

Esta organización que genera conductas comisivas y omisivas es un desprendimiento del sinalagma de libertad, del que obviamente se desprende el deber de no dañar a terceros¹⁰.

Por otro lado, JAKOBS define a los delitos de infracción de un deber como aquellos tipos penales en los que determinadas personas no responden por los defectos de organización que puedan afectar un bien, sino por la existencia misma de este. Completa el alemán que:

“(…) en estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierda, pues, su sentido”¹¹.

La diferencia radica en que mientras en los delitos de organización existe una responsabilidad en virtud de la propia organización, en los delitos de infracción de deber se trata de una responsabilidad de carácter institucional. A diferencia de los delitos de dominio, la competencia del autor en los delitos de infracción de un deber se origina en el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica. Es decir, para JAKOBS la infracción de un deber tiene como requisito un deber originado en una institución¹².

Por ello, el concepto de institución es esencial para entender la noción de infracción de un deber. En primer lugar, es necesario entender la idea de institución como un modo de relacionarse en una sociedad que tiene reconocimiento jurídico y sobre el cual los individuos no tienen poder de disposición. Una persona puede decidir si contraer matrimonio o no, pero una vez llevado a cabo el acto, existen ciertos deberes que no pueden ser dejados de lado por la simple decisión del marido¹³. Es decir, la obligación de no dañar proviene directamente de la relación sinalagmática libertad de organizar/responsabilidad de lo que se organice.

Este último punto es la diferencia sustancial entre la postura de JAKOBS y la de ROXIN. Si bien el primero mantiene la idea de ROXIN respecto de la participación en este tipo de delitos, señala que el criterio de lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, sobre todo, la esencia de la imputación jurídico penal¹⁴. Justamente el fundamento de la imputación se da en la institución que vincula a las personas —relación matrimonial, paterno-filial, confianza especial— y la infracción de estas competencias institucionales¹⁵, ya que a través de la punibilidad de las conductas se fortalecen las instituciones.

Al ser la central el concepto de institución en el sistema de JAKOBS, el grado de intervención del sujeto pierde relevancia. El autor se encuentra obligado a cuidar del bien que se encuentra a su cargo institucionalmente, ya que existe cierta garantía de expectativa

¹⁰ Cfr. Günther JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, en Günther JAKOBS/Manuel CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2000, 168.

¹¹ Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, 791.

¹² Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción...*, 38.

¹³ Cfr. CÓRDOBA, 102/3.

¹⁴ Ídem, 39.

¹⁵ Cfr. Percy GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima, 2003, 68-69.

referida al bien jurídico. El sujeto no podrá nunca ayudar a conservar o destruir el bien, sino que será el responsable directo de su mantenimiento, ya que debe ocuparse de este como si fuera propio¹⁶.

2.c. Críticas a la teoría de infracción de un deber

Si bien la configuración de los delitos de infracción de un deber supone un aporte significativo al análisis científico de la identificación de la autoría en casos donde se imponga la investidura y caracterización del agente de acuerdo con ciertos deberes o instituciones por sobre el dominio del acontecimiento, su aceptación no es pacífica. De hecho, la doctrina ha señalado críticas de variada naturaleza que cabe mencionar a los fines de esta tesis.

Dentro de las observaciones que ha recibido la teoría, y al solo efecto de los planteos que luego se harán sobre el tema en estudio parece razonable marcar, en primer lugar, la postura del autor en habla hispana que más ha profundizado el análisis crítico de esta teoría, ROBLES PLANAS, para luego analizar la opinión de otros autores.

En primer lugar, ROBLES PLANAS rechaza el fundamento de los delitos de infracción de un deber ya que entiende que no resulta claro definir la existencia de un deber positivo o negativo desde el punto de vista de la institución social. Este concepto, agrega el autor, además de no ser esclarecedor, atentaría contra el principio de libertad individual. Por ello, entiende el español que sería más aceptable trabajar un modelo de asunción, el cual sería más claro y también protegería de mejor manera la libertad individual¹⁷.

En segundo lugar, respecto de la afectación a la libertad individual, critica la moralización del Derecho que realiza SÁNCHEZ-VERA, cuando no puede legitimarse la limitación de la libertad individual a través del sinalagma libertad/responsabilidad¹⁸. Según ROBLES PLANAS esta argumentación resulta *peligrosa* ya que:

“(…) si la moralización del Derecho debe producirse forzosamente como consecuencia de la necesidad de garantizar la institución negativa mediante el establecimiento de instituciones positivas que la protejan, y si por esa necesidad de protección ya se legitiman las instituciones positivas, entonces cualquier cosa es legítima”¹⁹.

Desde la óptica de la autoría y la participación, ROBLES PLANAS ataca dicha teoría por ser un sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma. Esta circunstancia lleva a que se castiguen conductas que no han exteriorizado aún nada lesivo, por el simple hecho de que el obligado especial ha infringido su deber. Esta circunstancia, si deja de operar la accesoriedad como afirma JAKOBS²⁰, llevaría al extremo de castigar a un *in-*

¹⁶ Cfr. Günther JAKOBS, “Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikte”, en *Hogakn, The Journal of Law and Political Science*, vol. LVII, n° 3, 1993, 295 y ss. Versión original en japonés citado de texto manuscrito por SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción...*, 41; para entender la postura de JAKOBS también cfr. Javier Camilo SESSANO GOENAGA, “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incompañencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación”, RECPC, 08-03 (2006).

¹⁷ Cfr. Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003, 229.

¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción...*, 143 y ss.

¹⁹ ROBLES PLANAS, *La participación...*, 231.

²⁰ JAKOBS afirma que “El grupo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado conceptualmente por ROXIN. Más exacta que la denominación ‘delitos de infracción de deber’ sería la de ‘delitos con deber que elude la accesoriedad’” (JAKOBS, *PG*, 792).

traneus que ha favorecido a otro *intraneus* que todavía ni siquiera ha empezado a ejecutar el delito²¹.

En segundo lugar, ROBLES PLANAS entiende que la premisa mediante la cual se establece que hay instituciones sociales donde el sujeto, por el simple hecho de ostentar determinado *status*, debe responder por todo lo que ocurre, resulta criticable. El autor utiliza el caso del funcionario público para fundamentar que este no puede responder por todo lo que ocurra como consecuencia de una infracción a su deber, más aún, cuando dichos efectos se produzcan en esferas ajenas a su competencia. En este caso, debe determinarse quién fue la persona que creó el riesgo, ya que no puede equipararse el funcionario que violó sus deberes con aquel que organizó el daño²².

En tercer lugar, el mismo autor encuentra criticable la solución que le da la teoría de infracción de un deber a la situación del *extraneus* que participa de un delito especial propio. En este caso, según la teoría de infracción de un deber, el *extraneus* no debería responder por su organización, sino por poner en tela de juicio la institución²³. El español

²¹ SÁNCHEZ-VERA acepta esta consecuencia al afirmar que «a la madre que pretenda ayudar al asesinato de su hijo, por ejemplo, facilitando a este ejecutor el arma homicida, habrá que castigarla como autora de tentativa de homicidio aun cuando el hecho principal no haya entrado en la fase de comienzo de ejecución, por ejemplo, porque el asesino es descubierto por la policía cuando se encuentra todavía en fase de preparación o porque el mismo desiste de sus intenciones. En efecto, la infracción del deber de la madre ya se ha producido en toda su plenitud cuando facilitó el arma, con independencia de que el autor principal no se halle todavía en fase de ejecución, por lo que este adelantamiento de las barreras defensivas del Derecho Penal no significa un afán autoritario ni represivo, sino que se encuentra perfectamente justificado» (SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción...*, 192).

²² Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación...*, 233-4.

²³ JAKOBS explica que “No es la prohibición de realizar el tipo, tal como está descrito en la Parte Especial, lo que infringe el partícipe, sino solo la prohibición ampliada por medio de las regulaciones de la participación. De aquí se ha deducido que también la participación en los delitos especiales en sentido estricto no se deriva más que de esta ampliación¹⁵. En tal conclusión es correcto que se trata, desde luego, de una ampliación de la punibilidad. Pero esta ampliación tiene en los delitos especiales un contenido distinto que en los delitos comisibles por cualquiera. En los delitos especiales, el hecho principal conecta al partícipe con una institución que por lo demás a él no le concierne —no tiene estatus alguno—; si al autor principal se le sustituye por una máquina, decae el tipo de delito. En los delitos comisibles por cualquiera, no hace falta estatus alguno; si se imagina el hecho principal realizado por una máquina, el partícipe se convierte en autor que comete por sí mismo. Dicho de otro modo, la participación en los delitos especiales conduce a la imputación a pesar de la separación de papeles; la participación en los delitos comisibles por cualquiera, por el contrario, conduce a la imputación a pesar de la división del trabajo. En los delitos especiales, las reglas de la participación no amplían solo el ámbito del comportamiento contrario a la norma, sino también el ámbito de destinatarios, desde limitarse al titular de un determinado estatus hasta abarcar a cualquiera. En los delitos especiales, pues, a la significación, desde las exigencias del Estado de Derecho, del requisito de hecho principal, se añade una significación material: Sin el injusto de un hecho principal, el partícipe que no ostenta por sí las cualificaciones de autor específicas del delito no puede cometer injusto en concepto de autor. Solo a través de una persona cualificada, la aportación del no cualificado llega a constituir defraudación de expectativas. Por eso únicamente en los delitos especiales la medida de injusto de un partícipe *extraneus* es como mucho tan alta como el injusto que realiza el *intraneus*. Ejemplo: En una sentencia incorrecta, lo que era inevitable para el juez, en el comportamiento del autor no se pone de manifiesto que este se haya decidido por la prevaricación; con ello falta una infracción de la norma con la que el *extraneus* pudiera convenir mediante participación en el delito especial. Su postura, existente, sobre el tratamiento propio de los asuntos del Derecho es irrelevante para el tipo del § 336 StGB” (JAKOBS, PG, 797); SÁNCHEZ-VERA, en este sentido, afirma que “el tipo, tal y como ha sido descrito en la parte especial, no es ejecutado por el partícipe sino por el autor, pues el partícipe quebranta un tipo que ha sido ampliado por las reglas de la intervención delictiva de la Parte General del Código Penal. En los delitos de infracción de deber las reglas de la participación vinculan a un hecho principal con un partícipe al que, si no fuera por ellas, no incumbiría la institución positiva de que se trate. Estamos ante una acce-

objeta, en primer lugar, el hecho de que una persona pueda poner en tela de juicio una institución a la que no se encuentra obligado. En este caso, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad y la prohibición de regreso ya que justamente “aquella relación de pertenencia propia de todos los intervinientes presupone la existencia del deber vinculante con la institución”²⁴. En segundo lugar, ROBLES PLANAS critica el hecho de que, si el *extraneus* afecta también la institución, debería ser considerado autor. Por último, encuentra lo que él llama una *contradicción insalvable*, ya que, si se afirma que el partícipe también lesiona a la institución, en el caso de los delitos especiales impropios, también debería castigarse a aquel, solución rechazada por la doctrina y la jurisprudencia, que solamente imputan al partícipe el delito común²⁵.

Por todo ello, ROBLES PLANAS concluye que los problemas que trae la punibilidad del *extraneus* no residen en evitar, como lo hace la teoría de infracción de un deber, la accesoriidad en bloque, sino en encontrar un tratamiento más preciso y distintivo que se aparte de aspectos formales y se centre en un criterio material.

GÓMEZ MARTÍN, por su parte, entiende que la teoría de ROXIN no puede ser considerada como una teoría general, ya que no conduce a un concepto de autor aplicable a toda clase de delitos, sino que lo hace a dos diferentes, uno vinculado a la idea de dominio del hecho y el otro a la infracción de un deber. El defecto de la teoría de los *Pflichtdelikte*, según el autor español, es que se emplea un método deductivo para clasificar los delitos que parte del delito en particular y no de un principio general. Además, el criterio de ROXIN de distinción entre los tipos penales que revelan de manera clara los deberes jurídicos extrapenales, aquellos que lo hacen de manera menos evidente y en los que no sucede ni una cosa ni la otra, si bien tiene gran utilidad al no utilizar categorías abstractas supralegales, exige un análisis inductivo sobre cada tipo penal, cuya aplicación puede resultar un ejercicio intuitivo y de poca seguridad jurídica²⁶.

En segundo lugar, el autor español entiende que la simple existencia de deberes especiales no es suficiente para justificar un nuevo concepto de autor, sino que debe existir una justificación adicional que ROXIN no explica. Este defecto, expone el español, se ve claramente en el delito de alzamiento de bienes. ROXIN reconoce que en este caso el hecho de que el delito pueda ser cometido únicamente por un deudor, quien no tiene un deber jurídico especial, no implica un mayor grado de injusto que la conducta cometida por un *extraneus*. Por ello, el autor alemán justifica el injusto en que el bien jurídico se encontraría especialmente expuesto al riesgo de ser puesto en peligro o lesionado por parte de un círculo de sujetos perteneciente a cierto ámbito social. Según GÓMEZ MARTÍN, si bien este razonamiento es correcto, no explica de modo suficiente la diferencia entre estos delitos y los delitos de infracción de un deber.

Asimismo, GÓMEZ MARTÍN critica el argumento de ROXIN respecto de que en algunos delitos especiales la importancia no es la concreta entidad de la aportación al hecho, sino la infracción del deber especial, al equiparar conductas de autoría con otras de cooperación. El español realiza tres críticas a este planteo. En primer lugar, entiende que la equi-

soriedad en el sentido del antiguo término latino *accederé*: el *extraneus* participa del delito de infracción de un deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena” (SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción...*, 221).

²⁴ ROBLES PLANAS, *La participación...*, 235-6.

²⁵ Ídem, 236; SÁNCHEZ-VERA tiene en consideración este problema y entiende que en estos casos no debe romperse el título de imputación y el *extraneus* debe responder por una participación del delito especial impropio. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción...*, 243 y ss.

²⁶ Cfr. Víctor GÓMEZ MARTÍN, “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”, RECPC, 2012, 14.

paración entre autoría y participación realizada por Roxin no se aplicaría a todos los delitos especiales. En segundo lugar, esta equiparación también se da en algunos delitos comunes. Por último, en los delitos especiales no todos los *intraanei* tendrían que ser autores, sino que también podrían ser partícipes²⁷.

Además de los autores españoles citados, otros han realizado críticas a la teoría de infracción de un deber de ROXIN. SCHÜNEMANN criticó la equiparación de delitos especiales con delitos de infracción de un deber, al afirmar que la idea del deber extrapenal sostenida por su maestro, en muchos delitos especiales no estaría presente ya que la teoría de ROXIN al nacer, fundamentalmente, de una categoría de delitos cometidos por funcionarios y militares lleva una esencia estrechamente vinculada al concepto de desobediencia. Esta situación no siempre se da en los delitos especiales²⁸.

DEICHMANN, crítico de la teoría de ROXIN, entendió que si el deber especial que diferencia a los delitos de infracción de un deber se da a través de una norma extrapenal, entonces tanto el *intraaneus* como el *extraneus* violarían el mismo deber penal por lo que tendrían el mismo grado de injusto. Por ello, para este autor la distinción entre delitos especiales y comunes no se daría en una infracción a un deber extrapenal, sino penal. En este caso, trae como ejemplo el delito de administración desleal el cual, si bien hace referencia a un deber extrapenal —el contrato civil—, el contenido del injusto se fundamenta en el deber penal derivado de la relación de confianza²⁹.

Por último, se ha criticado el argumento respecto de que el infractor del deber debe responder como autor directo, aun en supuestos como los del *instrumento doloso no cualificado*. Diversos autores han entendido que, en realidad, la solución correcta debería ser de autoría mediata y no de autoría directa³⁰, aunque como afirma GÓMEZ MARTÍN, es una crítica que no tiene trascendencia al momento de aceptar o no la teoría de los *Plifchtdelikte*.

Respecto de la teoría de Jakobs, más allá de que las críticas más asertivas respecto de la teoría de JAKOBS han sido las desarrolladas por ROBLES PLANAS, también otros autores han atacado este sistema. SUÁREZ GONZÁLEZ, por su parte, entendió que el concepto de institución, tanto negativa como positiva, no puede ser definida ontológicamente, por lo que no es posible precisar si la acción desaprobada posee o no un referente institucional³¹.

²⁷ Cfr. Víctor GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, BdeF, Madrid, 2005, 143-4.

²⁸ Cfr. Bernd SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantes Straf - und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, 92-3; en idéntico sentido, en la doctrina española, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, “Autoría y delitos especiales”, en Luis A. ARROYO ZAPATERO e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, I, 1015.

²⁹ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos...*, 161.

³⁰ Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado ‘delito de propia mano’. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004, 154.; también Teresa PIZARRO BELEZA, “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?”, en Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, Bernd SCHÜNEMANN y José de FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, 344; FERRÉ OLIVÉ, 1022, nota 32.

³¹ Esta crítica es compartida por SUÁREZ GONZÁLEZ quien afirma que “el concepto de ‘institución’ no se encuentra ontológicamente determinado y que, por tanto, no constituye ningún referente sólido para determinar si la acción desaprobada tiene como referente un deber institucional. El propio JAKOBS es consciente de esta limitación cuando después de haber considerado el matrimonio una institución, ha dejado recientemente de hacerlo. La falta de un criterio material en torno a cuáles son los contextos regulados preformados, y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que se propone” (Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, «Los

Más allá de que como analizaré más adelante esta teoría tiene cierta conveniencia, la teoría de JAKOBS podría atender contra el principio de legalidad ya que, al centrarse únicamente en la infracción de un deber no existiría diferencia entre el *intraneus* que realiza una acción positiva y el que la omite al tener ambos el mismo grado de injusto.

Más allá de los aspectos puntuales que han sido precisados por ROBLES PLANAS, el mayor problema que tiene la teoría de la infracción de un deber se da porque busca construir un sistema penal sin términos medios, en el cual se obliga al intérprete a encasillar en uno u otro lado al tipo penal. Las virtudes de esta teoría son innegables, pero el problema es que parecería ser construida para ciertos delitos en los que la institución positiva se ve de manera clara —ej.: funcionarios públicos, patria potestad, etc.—. Sin embargo, existen otros delitos que, si bien tienen claros elementos de infracción de un deber, en los que las conclusiones de esta teoría son plenamente aplicables, requieren de ciertos aspectos organizativos. En estos delitos, llamados de infracción de un deber con elementos de dominio, la teoría en cuestión no solo es aplicable, sino que también es positiva para su análisis, siempre y cuando no se busque una posición extrema al momento de clasificar a los delitos en uno u otro sentido.

3. La administración fraudulenta como delito de infracción de deber

3.a. La administración fraudulenta desde la óptica de la teoría de los delitos de infracción de un deber

Analizada la teoría de los delitos de infracción de deber, se debe pasar a la clasificación que genera las mayores dudas y no ha sido resuelta de manera uniforme por la doctrina: definir si la administración fraudulenta debe ser tratada como un delito de infracción de un deber. Esta solución tiene implicancias fundamentales dogmáticas y prácticas. El hecho de entender al tipo penal en estudio como una infracción de un deber no solamente tendrá las ya analizadas consecuencias en el plano de la autoría, sino que definirá el resto del injusto. El deber infringido dará forma tanto a las características del sujeto activo como a la conducta típica. Es decir, si entendemos que estamos en presencia de una infracción de un deber, la institución vulnerada será la que completará al tipo penal definiendo todo su contorno.

Si bien es cierto que la caracterización del tipo penal puede depender de particularidades de cada legislación se analizarán las distintas posturas de la doctrina, para luego, realizar la primera de las conclusiones de este trabajo. En este sentido, se examinarán las diferentes soluciones dadas por la doctrina.

La gran mayoría de los autores han analizado a la administración desleal desde la teoría de los delitos de infracción de un deber. Por ello, en primer lugar, se estudiarán las diferentes posturas conforme esta teoría, las cuales han llegado a resultados disímiles. Algunos han catalogado a la administración infiel como un delito de infracción de un deber, otros como delito de dominio y, una tercera corriente, como delito de infracción de un deber con elementos de dominio. Por otro lado, ciertos autores, a los que haremos referencia más adelante, también analizaron la naturaleza jurídica de la administración infiel, pero se alejaron de la teoría desarrollada por ROXIN.

delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios», en Jesús María SILVA SÁNCHEZ y Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Griljey, Lima, 2001, 160.

A) Administración fraudulenta como delito de infracción de un deber

Según ROXIN el núcleo de la autoría, en el caso de la administración fraudulenta, no se obtiene por la mera condición de administrador del sujeto activo, sino que es el deber específico que alcanza al agente de comportarse de una manera determinada lo que brinda el fundamento del injusto. En este sentido, el dominio del hecho es desplazado por la infracción al deber. En la administración fraudulenta, entonces, la cualidad del autor no es un elemento más del tipo, sino que allí reside el núcleo de su antijuridicidad. Son justamente los deberes que tiene el sujeto activo los que caracterizan a la norma penal, ya que la conducta no se define a través de la estructura de dominio del hecho, sino a través de la violación de ciertos deberes que tiene a su cargo el agente. Por ello, en estos casos la clasificación como delito especial propio resultaría insuficiente y reclama una referencia clara a la infracción de un deber, ya que la cualidad requerida en estos tipos penales consiste en una posición de deber extrapenal. Tanto en los delitos de funcionarios públicos, en la violación de secreto o en la administración desleal solo puede ser autor quien infrinja su deber especial derivado de su posición³².

Esta es la postura tomada por el BGH. En un caso de abuso de confianza señaló que:

“(…) el precepto penal del §81 a GMBHG se singulariza porque el autor pertenece a determinado círculo de personas a las que está confiado el patrimonio societario. Esta configuración del tipo tiene por consecuencia que el *extraneus* no puede ser autor en el sentido del precepto especial, sino solo inductor o cómplice. Sin embargo, por otra parte, de la singularidad del tipo se deduce que los miembros de ese círculo de personas, siempre que concurren los demás elementos del tipo, por lo general responden como autores, ya que —aun cuando se limiten a permitir o favorecer que otro perjudique directamente a la corporación mediante su conducta— quebrantan un deber de velar por un patrimonio que se les impone personalmente a ellos”³³.

JAKOBS entiende que la administración fraudulenta debe ser encuadrada dentro de los delitos de infracción de un deber, ya que presenta la particularidad de tener su origen en una obligación contractual. La libre voluntad de las partes crea una fuente de deberes que configura una infracción de deber. El maestro alemán analiza este aspecto al afirmar que:

“(…) resulta útil tener presente la constitución de la persona como tenedor de derechos y obligaciones. La persona es el destinatario de los derechos y deberes, por lo que aquí, en lo que hace a los derechos de las víctimas, debe especificarse de qué derechos se trata. La constitución puede producirse a través del derecho al contenido de una prestación debida, y ello de tal forma que el obligado lesiona a la persona, en su constitución actual, cuando no efectúa la prestación”³⁴.

³² Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, 387 y ss.

³³ BghsT, 9, 203-222 (217-218) citado por ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, 386-90.

³⁴ Günther JAKOBS, “Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal”, trad. por Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ en *La administración desleal en los órganos societarios*, Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ (coord.), Atelier, Barcelona, 2008, 108-110.

Toda persona que tiene el deber de fidelidad, y que por lo tanto debe cumplir con el mismo, debe ser considerada como autor idóneo, sin importar el lugar de donde surja dicho deber.

Esta fue la postura seguida por ROXIN y JAKOBS fue la adoptada por la gran mayoría de la doctrina española, al calificar al delito de administración desleal, antes y después de la reforma de 2015, como un delito de infracción de un deber.

Con la vigencia del antiguo art. 295 del CPE, BACIGALUPO afirmó que el delito de administración desleal era un delito de infracción de un deber que se caracteriza por la vulneración de los deberes propios del administrador societario³⁵. Esta postura fue seguida por autores como SÁNCHEZ-VERA³⁶, CASTRO MORENO³⁷, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS³⁸, MUÑOZ CONDE³⁹ y QUINTERO OLIVARES y OLIVARES PRATS⁴⁰.

ROJAS A. entiende que es un delito de infracción de un deber, pero únicamente bajo el desarrollo realizado por JAKOBS, ya que al diferenciarse estos de los delitos de organización existe en aquella categoría:

“(…) una relación del autor respecto del bien, independiente del hecho, la que se define no solo negativamente en orden a no-lesionar, sino positivamente mediante un status del autor en relación al bien [...] La administración fraudulenta es un delito de infracción de deber en este sentido, es decir, consiste en una acción que lesiona un deber especial, cuyo fundamento es el status del autor en relación al patrimonio. Este deber especial se denomina deber de tutela del patrimonio”⁴¹.

La postura mayoritaria⁴² se mantuvo vigente con la reforma del 2015. Más allá de que el art. 252 agrega al tipo penal las fuentes externas, lo que facilita cierta distinción con los delitos de dominio, se mantuvieron los mismos argumentos para calificar a la administración como delito infracción de un deber. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien luego fue seguido por GONZÁLEZ CUSSAC⁴³, entiende que existe un reenvío de la norma al deber de

³⁵ Cfr. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007, 234.

³⁶ Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y José M. ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 1211.

³⁷ Cfr. Abraham CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal -art. 295 CP-*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998,196.

³⁸ Cfr. Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal”, RDPC, 2º época, nº 9 (2002), 270.

³⁹ Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE, “Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal”, en Luis A. ARROYO ZAPATERO e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, II, 360.

⁴⁰ Cfr. Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Fermín MORALES PRATS, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4º ed., Thomson, Navarra, 2004, 905.

⁴¹ Luis ROJAS A., “El tipo de administración fraudulenta en el Derecho penal alemán”, *Revista Penal* Nº 23, Enero 2009, 142.

⁴² Existe una posición minoritaria, seguida por Silvina BACIGALUPO quien, si bien calificaba al delito como un típico delito de infracción de un deber, dividía a la norma legal en dos partes, el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Mientras que el tipo de abuso, obligar abusivamente, podía considerarse un delito de dominio, el tipo de infidelidad, disponer fraudulentamente de bienes sociales, era un delito de infracción de un deber. Cfr. Silvina BACIGALUPO, “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, RDPC, 2º época, nº Extraordinario 1º, 2000, 353-363.

⁴³ Cfr. José L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, 6º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, 428 y ss.

cuidar del patrimonio ajeno que implica considerar al delito como una infracción de un deber⁴⁴.

VERA RIVERA con detalle analizó la cuestión para llegar también a la conclusión de que se trata de un delito de infracción de un deber, al considerar que el núcleo del injusto es la infracción al deber de custodia patrimonial. Si bien existe una desnaturalización de las autorizaciones recibidas, continúa la autora, la esencia del injusto es la infracción al deber.

B) Administración fraudulenta como infracción de un deber, pero con ciertas limitaciones

GARCÍA CAVERO, al seguir un esquema similar al de JAKOBS, considera erróneo tener que calificar a la administración fraudulenta como un delito de organización o de infracción de un deber, ya que los delitos especiales pueden configurarse de tal modo que el fundamento de la imputación sea por competencia, organización o institucional. En este sentido, el peruano considera que la competencia será institucional u organizativa en función del patrimonio tutelado.

La competencia será institucional si el delito de administración fraudulenta circunscribe su protección al patrimonio administrado, ya que el administrador se encontraría vinculado por la institución específica de la confianza especial con el patrimonio ajeno. GARCÍA CAVERO, a su vez, recoge la crítica hecha a esta postura al decir que el hecho de que la asunción por parte del sujeto activo sea voluntaria no es argumento válido para considerar una competencia por organización ya que en el caso del funcionario público la asunción también se realiza voluntariamente. Cuando una persona confía en el otro la administración de su patrimonio surge una vinculación institucional que es independiente de estar ante una modalidad de abuso o de infracción al deber de fidelidad. Por ello, concluye el autor que necesariamente el sujeto activo debe ser un administrador nombrado formalmente.

Por el contrario, si el delito de administración fraudulenta protege también el patrimonio de terceros, la competencia penal del administrador será por organización. En este caso, aquellos que fácticamente administran un patrimonio ajeno tienen el deber negativo de no afectar a los demás en el ejercicio de esas funciones⁴⁵.

C) La administración fraudulenta como delito de dominio

Existe una serie de autores que, de manera minoritaria, entienden a la administración fraudulenta como un delito de dominio. Esta postura tiene origen en la interpretación que realiza SCHÜNEMANN del § 266 StGB. El maestro alemán deja de lado la discusión entre las teorías dualista y monista al entender que ambas conductas —*Missbrauchtatbestand* y *Treubruchtatbestand*— tienen la misma estructura básica, pero se diferencian en el modo de dominio. En ambas conductas existe un ejercicio de posición de dominio, pero mientras que en el abuso hay un negocio jurídico de por medio, en el tipo de deslealtad no⁴⁶.

Esta fue la postura que tomó también CHOCLÁN MONTALVO desde el análisis del delito fiscal, aunque sus conclusiones son trasladables a la administración desleal. Explica

⁴⁴ Cfr. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 80. En este trabajo el autor cambió su postura, ya que con anterioridad a la reforma consideraba que se trataba de un delito de dominio.

⁴⁵ Percy GARCÍA CAVERO, “Problemas dogmáticos del delito de administración fraudulenta”, texto manuscrito pendiente de publicación.

⁴⁶ Cfr. Bernd SCHÜNEMANN, § 266 en *Laufhütte et al (eds.), Leipziger Kommentar: Straftgesetzbuch, 12º ed., Berlín, 2011*, Nm. 18 y ss.

que hay delitos que, si bien contienen elementos objetivos de autoría, pueden ser realizados por *extraneus* en lugar del primeramente obligado cuando ha asumido una posición idéntica a la que este tenía en relación con el bien jurídico. La autoría, en estos casos, debe definirse por criterios materiales de dominio sobre el bien jurídico⁴⁷.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, con la anterior redacción del art. 295 del CPE⁴⁸, también consideraba a la administración fraudulenta como un delito de dominio. En este camino, entiende el autor que la expresión “con abuso de las funciones propias de su cargo” implicaba un *específico disvalor de acción* similar al contenido en la *Untreue*. Esta también parecería haber sido la postura de NIETO MARTÍN. Para este autor, la limitación de los posibles autores del tipo se daba por un criterio material, al poder ser sujeto activo solamente aquel que tenga un acceso efectivo al patrimonio ajeno⁴⁹.

3.b. La administración fraudulenta vista desde fuera de la teoría de infracción de un deber

Como hemos visto, la teoría de infracción de un deber no ha tenido una aplicación unánime de la doctrina. Esta discusión, desde ya, no fue ajena al momento de analizar la naturaleza jurídica de la administración desleal. Diversos autores han buscado definir al tipo penal desde una óptica distinta a esta teoría.

PASTOR MUÑOZ y COCA, por su parte, si bien siguen un análisis del tipo conforme los criterios de deberes negativos y positivos como fuente del deber, no buscan llegar a una calificación categórica del tipo penal como delito de dominio o de infracción de un deber⁵⁰.

PASTOR MUÑOZ y COCA entienden que el fundamento del deber del autor en el delito de administración desleal se da a través de la posición de garantía que posee el administrador por el acto de asunción de una competencia por la protección del patrimonio ajeno. Los autores, respecto a la fuente de la posición de garantía dividen los supuestos en dos tipos de casos. En primer lugar, los casos más comunes, que se dan cuando el administrador asume una posición de garantía como consecuencia de un acto personal autónomo que obliga a este a impedir cualquier tipo de acto que ponga en peligro al bien jurídico. La fuente de la posición en este tipo de casos es de carácter organizativo, al tener el sujeto la obligación negativa de evitar cualquier tipo de daño al patrimonio. Por el contrario, existe otro tipo de casos, menos usuales, donde la posición de garantía del sujeto es de corte institucional positivo. Son aquellos casos donde hay administradores *ex lege* —padres, tutores— o ciertos administradores de, por ejemplo, fondos públicos que actúan como consecuencia de un mandato que lo obliga casi como si fuera un funcionario público, al existir, incluso, una obligación de mejorar el patrimonio administrado⁵¹.

RUEDA MARTÍN, al hablar de delitos especiales de dominio social o de abuso de la posición, afirma que si bien tienen un fuerte componente de dominio del hecho -

⁴⁷ Cfr. José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, Bosch, Barcelona, 2003, 172; en idéntico sentido el mismo autor en “Sobre la autoría del ‘extraneus’ en el delito fiscal”, *Actualidad Aranzadi*, año XIII, nº 580, 2-3.

⁴⁸ Al estudiar el nuevo art. 252 del CPE, entiende que es un delito de infracción de un deber.

⁴⁹ Cfr. Adán NIETO MARTÍN, *El delito de administración desleal*, Praxis, Barcelona, 1996, 266-7.

⁵⁰ VERA RIVERA afirma que los autores concluyen que la administración fraudulenta es un delito de infracción de un deber, pero esta es una conclusión que no comparto. Cfr. María del Carmen VERA RIVERA, *El delito de administración desleal. Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Aranzadi, Pamplona, 2017, 218.

⁵¹ Cfr. Nuria PASTOR MUÑOZ E Ivó COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, 82.

característica que comparten con los delitos comunes-, este no resulta suficiente para realizar una imputación, ya que deben tenerse en cuenta también exigencias normativas adicionales. Esta circunstancia resulta fundamental para dividir los autores de los partícipes y, obviamente, para establecer el merecimiento de pena⁵². El sujeto activo, en el caso de la administración desleal, asume una posición de garante sobre el patrimonio gestionado al que debe proteger. El concepto de *dominio social* utilizado por la española determina el ámbito de protección de la norma del tipo especial⁵³.

MAYO CALDERÓN, en un sentido similar, entiende que, si bien en los delitos especiales la infracción de un deber puede ser un elemento del tipo, esta no revela la esencia de estos, ya que la lesión al deber extrapenal, a lo sumo, puede ser un indicio de la tipicidad del injusto. Para esta autora resulta una tautología definir la naturaleza de los delitos especiales en la infracción de un deber ya que, si bien la infracción al deber se observa de manera obvia al cometer la conducta típica, cuando un administrador infringe el deber con acciones de menor gravedad que no alcanzan el rango penal, dicho deber solamente se va a infringir cuando se perjudica a la sociedad con la intención de perseguir el propio beneficio.

Según MAYO CALDERÓN nos encontramos, entonces, ante un *delito de dominio social* en el que el abuso del cargo describe la posición de dominio que tiene el administrador sobre el patrimonio manejado. El dominio social de los administradores se define como la posibilidad normativa de ejercicio de dominio del hecho. El administrador por la posición que ocupa puede perjudicar directamente al patrimonio ajeno y, de este modo, a todos los intereses que confluyen alrededor de este. El administrador, a través del cargo que ocupa, tiene un dominio social de especiales características que le da el poder de vulnerar al bien jurídico.

4. Importancia de calificar a la administración desleal como delito de dominio o de infracción de un deber. Su relación con los delitos especiales

Como se ha explicado, la calificación de la administración fraudulenta como delito de dominio o de infracción de un deber ha sido una cuestión sumamente debatida por la doctrina. Esta discusión excede el ámbito dogmático al tener consecuencias prácticas fundamentales para interpretar el tipo en cuestión. La conducta del administrador de hecho o el mero incumplimiento de ciertas facultades por parte del administrador serán cuestiones que se resolverán de una manera u otra dependiendo de la clasificación que le demos al delito en cuestión.

En primer lugar, debe aclararse que definir a la administración desleal como un delito especial tendría solamente efectos didácticos si no pusiéramos esta clasificación en relación con la caracterización de los delitos de infracción de un deber. El simple hecho de calificar a un delito como especial, sea propio o impropio, no implica que exista también *per se*, una infracción a un deber.

Al atender al elenco de cuestiones analizadas sobre estos aspectos, una primera advertencia conclusiva que se impone es que, aun definiendo a la administración fraudulenta

⁵² Cfr. María Ángeles RUEDA MARTÍN, “La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal”, en Ricardo Robles Planas (dir.), *La responsabilidad en los delitos especiales*, BdeF, Barcelona, 2014, 257.

⁵³ Cfr. María Ángeles RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”, RDPC, 2ª Época, Nº 8 (2001), 147.

como delito especial propio, no resulta claro entender al tipo en cuestión como un delito de dominio, de infracción de un deber o, incluso, donde concurren elementos de ambos.

La decisión tendrá importantes consecuencias respecto del *extraneus*. Por ejemplo, si entendemos que se trata de un delito de dominio, el *extraneus* respondería como partícipe sin que le quepa disminución de pena alguna. Ahora bien, si consideramos que se trata de un delito de infracción de deber, entraremos en la discusión de si el *extraneus* tiene o no responsabilidad penal. Todo ello si se respeta a rajatabla la distinción binaria de la teoría de infracción de un deber, ya que existe también la posibilidad, que adelanto es la postura tomada por este trabajo, de realizar una calificación intermedia de delito de infracción de un deber con elementos de dominio que llevaría a una atenuación en la pena precisamente fundada en el distinto nivel de exigibilidad a partir de los deberes e incumbencia en juego. La conclusión también tendrá consecuencias en la actuación de aquellos sujetos sin vinculación formal con el patrimonio administrado o con ciertas falencias en la designación.

Aun de modo más terminante en las conclusiones clasificatorias, GARCÍA CAVERO advierte que los delitos especiales pueden ser delitos de dominio o de infracción de un deber, ya que mientras la distinción entre delitos comunes y especiales es estrictamente formal, la distinción entre delitos de dominio o de infracción de un deber es material. En los primeros la imputación se fundamenta en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado realizado a través de un rol general de cuidado, en los segundos el fundamento se encuentra en los roles especiales que justifican un deber específico⁵⁴.

El simple hecho de considerar al tipo penal un delito especial no será suficiente para su calificación como delito de infracción de un deber. Más allá de la estrecha relación de los deberes con los delitos especiales, pudiendo ser incluso precursores estos de aquellos⁵⁵, no resulta de recibo, a mi entender, que se los considere como sinónimos desde la perspectiva científica.

En esa línea de análisis, GONZÁLEZ GUERRA explica que:

“(…) los delitos especiales por expresa mención en el tipo solo pueden ser cometidos por un círculo limitado de personas que poseen una ‘... posición particularizada del rol general de ciudadano’, sin embargo, ello no significa que dichos sujetos sean portadores de un rol especial. Es justamente ese rol especial surgido de determinadas instituciones sociales el que genera deberes que si son defraudados configuran un delito de infracción de un deber. Es decir que, existen por ejemplo delitos de dominio o de competencia por organización que pueden ser a su vez delitos especiales y ello porque surgen de la defraudación del rol general de ciudadano —delitos de dominio— de determinados sujetos en situación de proximidad frente al objeto penal protegido —delitos especiales—⁵⁶.”

Es decir, que una primera conclusión nos lleva a afirmar que el solo hecho de categorizar a la administración fraudulenta como delito especial propio será insuficiente para definir de manera plena al sujeto activo. Por eso, esta aproximación al problema ya deja

⁵⁴ Cfr. Percy GARCÍA CAVERO, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Bosch, Barcelona, 1999, 164 y ss.; el mismo autor también en “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, RDPC, 2º época, n° 9, 2002, 130 y ss.

⁵⁵ Cfr. Silvina BACIGALUPO *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber — Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007, 35.

⁵⁶ Carlos GONZÁLEZ GUERRA, *Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz de un ejemplo del Derecho penal económico*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, 10.

ver que no cabe rechazar que, dentro de una consideración de delito especial, pueda haber una ponderación acerca de la determinación de los deberes del sujeto activo que se inclina más hacia el dominio del hecho o, por el contrario, a obligaciones especiales surgidas de ciertas fuentes jurídicas.

5. ¿Es aceptable la teoría de los delitos de infracción de un deber?

Definir a la administración fraudulenta como delitos de infracción de un deber obliga a resolver dos cuestiones. En primer lugar, determinar si resulta aceptable la teoría de infracción de un deber, y luego definir si el delito aquí estudiado puede considerarse dentro de esta categoría.

Más allá de las críticas recibidas por los delitos de infracción de un deber entiendo, con buena parte de la doctrina, que cumplen una función científica, de técnica legislativa y político criminal que no puede ser desconocida. Sobre todo, si se consideran las consecuencias prácticas a las que cabe atender cuando se cualifica un tipo de injusto con esas características⁵⁷.

FALCONE afirma que:

“(…) si se advierte que el ordenamiento jurídico-penal no aporta un concepto de delito especial y que la información contenida exclusivamente en los tipos penales no permite trazar criterios delimitadores sistemáticamente sólidos entre el delito común y el espacial, entonces se vuelve menester recurrir a los límites aportados por la teoría de las competencias, que ya fueron expuestos. En estos términos, el delito de infracción de un deber especial significa la superación de la categoría dogmática clásica del delito especial a partir del contenido y desarrollo de las instituciones”⁵⁸.

Existe una estirpe de delitos que sin duda tienen una estructura distinta al resto de los tipos penales ya que el centro del injusto no se centra en el dominio de la lesividad, sino en la infracción de ciertos deberes establecidos. Si bien es cierto, por otro lado, que algunas de las críticas vertidas contra esta teoría son correctas, para una correcta comprensión de los tipos penales considero acertado tomar la clasificación creada por ROXIN, aunque tomando situaciones intermedias.

En esa línea, GONZÁLEZ GUERRA señala que los delitos de infracción de un deber:

“(…) no vienen a proteger un bien jurídico como objeto determinado, sino que, por el contrario, vienen a mantener las condiciones necesarias para la existencia de un bien jurídico o ‘la contribución a la conformación del mismo’. Los portadores de roles especiales deben velar por la preservación de determinados bienes jurídicos a los que se hayan estrechamente ligados por competencias institucionales”⁵⁹.

Esta consideración muestra una característica que parece inferirse, en principio, del tipo penal aquí estudiado.

⁵⁷ Cfr. Enrique PEÑARANDA RAMOS, “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución crítica de la teoría de los delitos de infracción de un deber”, en Carlos GARCÍA VALDÉS, Antonio CUERDO RIEZU, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, Rafael ALCÁCER GUIRAO y Margarita VALLE MARISCAL (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, II, 1425-6.

⁵⁸ Andrés FALCONE, “¿Delitos especiales? Reducción del ‘círculo de autores’ en delitos de infracción de un deber de fomento”, *InDret*, 1.2020, 242.

⁵⁹ GONZÁLEZ GUERRA, 10.

La teoría de los delitos de infracción de un deber ha sufrido importantes críticas, muchas de las cuales son compartibles. Ahora bien, es indudable afirmar que esta teoría tiene aspectos sumamente positivos ya que permite, con mayor facilidad dogmática, diferenciar a tipos penales de naturaleza diversa. Más allá de que no es objeto del trabajo discutir acerca de la teoría de los delitos de infracción de un deber, entiendo que existen tipos penales que poseen un fundamento distinto respecto de otros. Estos tipos penales se dan cuando una persona, por circunstancias o cualidades particulares, se encuentra frente al bien jurídico y debe comportarse de una manera distinta a otra persona.

Existen ciertos delitos en los cuales se puede apreciar con claridad la esencia de esta teoría. En los delitos de funcionarios públicos, donde se ve con claridad el rol institucional que lleva adelante el sujeto activo, la teoría de infracción de un deber explica con suficiencia la naturaleza del injusto, distinta a la de otros delitos. En estos casos, y en todos aquellos donde el rol institucional resulta claro, entiendo que la teoría de la infracción es un claro avance para entender estos tipos penales.

Ahora bien, más allá de compartir esta clasificación, lo cierto es que cualquier clasificación dogmática, al momento de darle aplicación práctica, no necesariamente debe basarse en casilleros estancos en los que los tipos penales deben entrar sí o sí en una u otra. La teoría de infracción de un deber, sin dudas, tiene aspectos positivos, pero en ciertos casos, como se verá, debe flexibilizarse para llegar a resultados aceptables. Los delitos especiales no deben ser necesariamente de dominio o de infracción de un deber, sino que existen numerosos tipos penales que además de la infracción al deber exigen un elemento de dominio u organización que trasciende la pura vinculación institucional del sujeto⁶⁰.

En conclusión, entiendo que para una correcta interpretación del tipo penal en cuestión se debe aceptar la teoría de infracción de un deber, aunque la exégesis debe realizarse sin la necesidad de calificar a la administración desleal indefectiblemente como infracción de un deber o dominio. Existe la posibilidad de que haya situaciones intermedias que, a pesar de traer consigo las consecuencias de la infracción de un deber, pueden exigir ciertos elementos de dominio. Este es el caso de la administración desleal.

6. La administración fraudulenta desde la teoría de la infracción de un deber ¿Por qué no es un delito de dominio?

El siguiente paso será analizar a la administración fraudulenta conforme la teoría de infracción de un deber. Si entendemos que el delito en cuestión es un delito de dominio la configuración del tipo penal se fundamentará en la no evitación de ciertos riesgos no permitidos derivado de la esfera de organización en la cual se encuentre el patrimonio ajeno. Por otro lado, si entendemos que se trata de un delito de infracción de deber, será el deber específico extrapenal que vincula las esferas de organización su fundamento⁶¹.

Algunos autores, como hemos visto, entendieron que nos encontramos ante un delito de dominio. Tanto SCHÜNEMANN como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ entienden que la esencia del tipo se centra en el dominio que tiene el sujeto sobre el patrimonio ajeno y no en la infracción de deber del administrador. Para estos autores, si bien existe cierto grado de confianza del sujeto pasivo depositado en el activo, el núcleo del injusto se da a partir del

⁶⁰ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, "Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal", en Juan C. CARBONELL MATEU, Bernardo DEL ROSAL BLASCO, Lorenzo MORILLA CUEVA, Enrique ORTS BERENGUER y Manuel QUINTANAR DIEZ (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, 909.

⁶¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Responsabilidad penal...*, 245.

momento en que el autor se pone en cabeza del patrimonio ajeno y genera el perjuicio. La distinción, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ al analizar el 295 del CPE era de carácter material, ya que partía del momento en que el sujeto tenía dominio sobre el patrimonio de un tercero.

La consecuencia más importante para esta teoría es la solución de aquellos casos en los que el supuesto autor no tiene una vinculación formal con el patrimonio ajeno. Los casos del administrador de hecho o el socio de una sociedad son de fácil solución para esta teoría, ya que no se requeriría un vínculo jurídico entre las partes para satisfacer el injusto, sino simplemente una situación de dominio del bien jurídico. Es decir, tanto el administrador de hecho como el socio configurarían sin ningún problema los elementos del tipo en cuestión⁶².

Asimismo, según esta teoría, no habrá problemas al momento de analizar los simples incumplimientos formales por parte del administrador. Estos supuestos serán catalogados como atípicos.

No hay dudas de que existe cierta razón en los argumentos aquí desarrollados, ya que el delito en estudio contiene ciertos elementos de dominio. Ahora bien, esta postura parece dejar de lado que el fundamento central de la conducta es haber infringido el deber de custodia patrimonial. El núcleo de la conducta será la infracción al deber del manejo del patrimonio ajeno y será este el que determine el contenido del injusto. El dominio que debe tener el sujeto sobre el patrimonio es un elemento que debe existir, pero ello no lo convierte en un delito de dominio. La infracción al deber del administrador es el centro de la conducta. Si no existe ese deber infringido, no importe el dominio que tenga el sujeto sobre la situación, la conducta no podrá considerarse típica.

Sin embargo, esta conclusión no implica que exista cierta razón en los planteos de estos autores. En la administración fraudulenta, a diferencia de otros delitos de infracción de un deber, existe efectivamente cierto grado de dominio del sujeto activo sobre el bien ajeno.

Por ello, como primera conclusión, debe afirmarse que a pesar de que no se trata de un delito de dominio, la estructura contiene ciertos elementos de este tenor que claramente la alejan de una figura de infracción pura de un deber.

La administración fraudulenta como delito de infracción de un deber con elementos de dominio

Descartada la calificación del tipo penal en cuestión como delito de dominio, de manera esquemática podría señalarse, como se adelantó, que la administración fraudulenta está volcada en la estructura tradicional de un tipo penal especial propio, en la medida que su atribución recae solo sobre aquellos sujetos que aparecen señalados en el enunciado típico, y limita entonces el círculo de posibles autores. Sin lugar a duda, este círculo de autores ha sido construido sobre ciertos deberes especiales que nacen de la posición que ocupa el sujeto frente al patrimonio administrado. Es decir, la administración desleal posee elementos que la vinculan a los delitos de infracción de un deber.

El injusto de la administración fraudulenta se fundamenta en la violación de deberes del sujeto cuyo manejo responde a una confianza que reposa sobre ciertos institutos de

⁶² Esta es la postura lógica a la que llega MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ luego de definir a la administración fraudulenta como delito de dominio. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 66-7, mismo libro ya citado, pero edición 2001.

relevancia normativa. Por ello, como primera conclusión, debe afirmarse que la administración fraudulenta debe ser analizada, *ab initio*, como un delito de infracción de un deber.

Sin embargo, debe decirse que existen ciertos aspectos del tipo penal que no se condicen con los delitos puros de infracción de un deber. En este aspecto, entiendo que el componente institucional no resulta tan claro como en los casos de, por ejemplo, los delitos de funcionario público.

La diferencia entre los delitos puros de infracción de un deber y la administración desleal se da en el grado de institucionalización de la fuente originante del deber. Es cierto que en algunos casos el deber positivo de raigambre institucional es claro, como podría ser el caso del ejercicio de la patria potestad o el manejo de ciertos fondos públicos, pero estos casos son minoritarios en comparación con los más comunes cuyo origen del deber nace de un contrato entre privados.

Si bien el deber de fidelidad del administrador es suficiente para darle al sujeto ciertas obligaciones especiales, no tiene el mismo grado de relevancia, normativa y social, que los deberes de los funcionarios públicos. Existe, sin lugar a duda, una diferencia sustancial entre el rol que vincula al funcionario público con el bien jurídico, con aquel que le pertenece al administrador. Mientras que en los primeros existe un claro rol institucional, en los segundos, el deber de fidelidad no es suficiente para poder ser considerado como una institución originadora de un deber *per sé*. Sin embargo, tampoco se puede afirmar que el administrador solamente tiene un deber negativo con respecto al patrimonio encomendado. Es decir, estaríamos en presencia de una *cuasi-institución positiva*.

No hay dudas de que tanto el deber de lealtad del administrador comercial como el principio de buena fe son institutos de relevancia dentro de nuestro sistema jurídico, pero ello no implica que deban ser consideradas como instituciones propiamente dichas. Tal como señala ROBLES PLANAS “no cualquier institución social, solo por el hecho de ser una forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, genera deberes positivos que hayan de ser relevantes para la imputación penal”⁶³. Aunque, por otro lado, ello tampoco impide que surjan de ellas ciertos deberes especiales.

Ahora bien, el hecho de que no exista una clara fuente institucional no impide que el administrador se encuentre en una posición privilegiada en relación con el bien jurídico, la cual incluso genera ciertos deberes especiales. Pero, por otro lado, esta posición no tiene el mismo grado de institucionalización que la del funcionario público⁶⁴.

La diferencia se ve clara cuando analizamos la tipicidad de simples incumplimientos. Mientras que en los delitos de funcionarios públicos el mero incumplimiento formal del cargo puede ser considerado típico, no sería posible concluir lo mismo en el delito de administración fraudulenta. Mientras que el funcionario público que omite ciertos pasos en un proceso de licitación cometerá el delito de incumplimiento de deberes de funcionario público, sin importar el resultado del proceso, un mandatario que no sigue las instrucciones de su mandante, pero que no le genera ningún perjuicio, no cometerá delito alguno, sino que simplemente podrá ser pasible de acciones civiles o comerciales⁶⁵.

⁶³ Ricardo ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, InDret 4/2013, 8.

⁶⁴ BOLEA BARDÓN explica la diferencia entre los deberes positivos que tiene un funcionario público y la diferencia con el deber de lealtad del administrador Cfr. Carolina BOLEA BARDÓN, “Deberes del administrador y prácticas de Kick-Back”, RECPC, 17-17 (2015), 11.

⁶⁵ Si bien no lo hace desde la óptica de la teoría de infracción de un deber resulta interesante la clasificación que realiza SÁNCHEZ-OSTIZ para cometer delitos. Para el español, si bien hay dos grandes categorías para definir a los delitos conforme su comisión, por error o por violencia, también entiende que existe una tercera clasificación en los que no se da ni error ni violencia, estos son los delitos de desobediencia. El autor debe

Y aquí es donde disiento con aquellos autores que justifican la calificación de infracción de un deber únicamente en el deber de lealtad. Este deber, si bien es fundamental en la construcción del injusto, no alcanza la trascendencia social que tienen otros institutos. Esta falta de trascendencia se ve reflejada en la imposibilidad de penar el mero incumplimiento. Es claro que el deber de lealtad comercial, o los principios de buena fe o buen hombre de negocios, le dan al sujeto un vínculo especial con el bien jurídico, pero no son suficientes para que se considere al delito como un delito de infracción pura.

Si bien la administración fraudulenta tiene un claro componente de infracción de un deber, su naturaleza exige un elemento adicional para alcanzar el injusto. Además de los elementos de infracción de un deber, deben existir elementos de dominio para poder justificar la punibilidad. Por ello, el tipo penal al mismo tiempo guarda relación con características asumidas en los delitos de dominio, pero abordados con el componente de un posicionamiento que adjetiva esa capacidad lesiva. Más precisamente, lo que hay de dominio surge de la posibilidad vinculada a un rol determinado de lesionar de modo específico —no estereotipado o común para cualquier ciudadano— el patrimonio ajeno. Es decir, el tipo penal exige un comportamiento lesivo, pero solamente derivado de ciertos autores⁶⁶.

A una conclusión similar ha llegado SILVA SÁNCHEZ respecto del delito de evasión fiscal. El maestro español entiende que la evasión fiscal es un delito especial que no se configura únicamente por la conjunción de la infracción de deberes del obligado fiscal, sino que además debe existir un perjuicio que es consecuencia de una dimensión organizativa⁶⁷. Si se fundara el injusto únicamente en la infracción de un deber, cualquier infracción tributaria devendría en una conducta típica, con el consecuente peligroso acercamiento a la prisión por deudas.

La concurrencia de elementos de infracción de deber, a la par de aquellos característicos del dominio, sin perjuicio de la habitual clasificación binaria entre delitos de dominio y de infracción de deber, ha permitido en la práctica mostrar que existen numerosos delitos calificados como de infracción de un deber que además requieren una consideración desde el dominio.

La administración fraudulenta tiene una naturaleza similar al no tratarse de un delito de infracción de deber puro, sino que contiene una figura que remite a aquellas personas que tienen un ámbito de disponibilidad sobre el manejo de recursos ajenos, pero como consecuencia de la posición que ocupan. El sujeto activo tiene un cargo o posición que tiene la competencia de proteger ciertos bienes jurídicos. Por ello, concurren aspectos propios de un deber con los aspectos propios de naturaleza empírica que hacen a la noción de dominio del hecho⁶⁸.

haber desobedecido un mandato para que su conducta sea típica. Ahora bien, la simple desobediencia civil no es suficiente para justificar el injusto, ya que, de lo contrario, se podría estar en presencia de una prisión por deudas. Por ello, además de la desobediencia, debe existir un daño. Cfr. Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, BdeF-Reus, Madrid-Buenos Aires, 2018.

⁶⁶ Para clarificar esta situación se podría utilizar como ejemplo el caso del gerente de una empresa que se encuentra a cargo del marketing de la empresa, pero aprovecha que tiene acceso a la oficina del que se encuentra a cargo del pago de proveedores e introduce en la carpeta de facturas aprobadas la de un amigo. No encuadrará su conducta en el tipo penal del art. 173.7 del CP, ya que si bien ha realizado un comportamiento lesivo no posee un rol especial en relación con el aspecto patrimonial perjudicado.

⁶⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Determinación de la pena...”, 911.

⁶⁸ En este sentido, cfr. el voto de Yacobucci en CFCP, Sala II, *Padellaro, Sandra Raquel y otro s/recurso de casación*, Causa n° 9619, 6/10/09.

Ese abordaje plural o complejo del tipo de injusto en cuestión, encuentra un campo de prueba en su significación práctica a la hora de ponderar la imputación a quienes no aparecen revestidos por esos especiales deberes. Ahora bien, a diferencia del delito fiscal, donde la situación del obligado fiscal tiene ribetes institucionales más fuertes —el carácter de obligado fiscal—, la fuente de deber de la administración resulta más débil en ese sentido. El deber de fidelidad, la buena fe o cualquiera de los actos jurídicos que operan como fuente interna del delito poseen una naturaleza que no resulta suficiente para satisfacer de manera plena el concepto de institución. A pesar de ellos, sí son aptos para crear ciertos deberes especiales en cabeza del sujeto, pero que, como se dijera, no alcanzan para determinar una infracción pura de un deber.

Por ello, en el caso de la administración fraudulenta, si bien no estamos en presencia de un delito de infracción pura en virtud de la fuente de deberes especiales, estas *cuasi instituciones* generadoras de los deberes del administrador son suficientes para identificar al delito con ciertas características propias de la infracción de un deber. Ahora bien, las *cuasi instituciones* obligan al tipo penal a poseer un elemento adicional al simple incumplimiento de los deberes positivos, ya que, de lo contrario, podría caerse en el absurdo de criminalizar simples incumplimientos contractuales o que cualquier rendición de cuentas de carácter civil se confunda con el tipo penal en cuestión. Esta diferencia obligará a que el elemento de dominio tenga una mayor presencia en la administración fraudulenta que en el delito fiscal.

Más allá de estas posturas, la conclusión aquí tendrá numerosas consecuencias ya que, si bien se exige un elemento de dominio, implica adoptar para el delito de administración fraudulenta la teoría de la infracción de un deber. Fundamentalmente, deberá hacerse un análisis más detenido de dos aspectos relevantes: la tipicidad y la autoría.

Esta conclusión tendrá aspectos prácticos fundamentales. En primer lugar, desde la óptica de la tipicidad, para acreditarse la conducta no solo deberán configurarse ambos aspectos, sino que la lesión al bien jurídico debe ser consecuencia de la violación del deber especial. Ello es una exigencia que se deriva del tipo penal, ya que como profundizaré en el siguiente capítulo, el art. 173.7 del CP demanda una fuente interna —*ley, autoridad o acto jurídico*— y otra externa —*cuidado, manejo o administración*— para la configuración del tipo. Además de esta exigencia, ambas fuentes deben encontrarse relacionadas. Es decir, la fuente interna es la que pone al sujeto de frente al patrimonio ajeno y le otorga ciertos deberes sobre este; y es, justamente, la fuente externa derivada de la interna la que provoca el resultado lesivo.

En segundo lugar, no será suficiente una asunción fáctica del sujeto sobre el patrimonio para satisfacer las exigencias del tipo. El administrador de hecho o aquel con nombramiento viciado, al no tener ni siquiera esta *cuasi institución* que justifique su posición, no podrá ser considerado *intraneus*.

Por el contrario, las conductas omisivas realizadas por el sujeto activo serán más fácilmente subsumidas dentro del tipo. Como se ha desarrollado, en los delitos de infracción de un deber la diferencia entre omisión y comisión pierde relevancia, característica que se traslada a delitos como la administración desleal.

Por eso, una conclusión clave de la comprensión precedentemente desenvuelta, es que la mera infracción de este deber no resulta suficiente ni explicativa del tipo de injusto analizado. Es más, sería contradictoria con la expresión de sentido normativo volcado en su enunciado. Un indicador de esto surge de la mera praxis. Si entendiéramos que la administración fraudulenta se configurase solamente por la conjunción de la infracción de debe-

res formales del sujeto activo, conforme la relación que tenga con el patrimonio y la mera producción de perjuicio, no se podría distinguir entre una simple falta de rendición de cuentas y la comisión del delito⁶⁹. Al mismo tiempo, y si se atendiera a un puro elemento de dominio, tampoco resulta aceptable referir que la administración fraudulenta se caracteriza por la mera producción de un perjuicio en el patrimonio ajeno.

7. Conclusión

En virtud de todo lo expuesto entiendo que se puede concluir fundadamente que la administración fraudulenta, además de ser un delito especial propio, requiere, por un lado, actos concretos que generen un determinado perjuicio —expresión de dominio y posición—⁷⁰, pero también, por el otro, que a esto se llega en virtud de la infracción al deber del administrador. Dicho de otro modo, el tipo de injusto, según mi comprensión es un delito que si bien tiene un claro componente de infracción de un deber también requiere elementos de dominio o posición.

En este caso, el tipo penal exige algo más que una *capacidad efectiva*, que sería la fuente externa, para configurar el tipo penal. Y allí es donde parecería existir cierta posición institucional que busca proteger el legislador a través de la norma.

⁶⁹ Cfr. Mario H. LAPORTA. “Los partícipes pueden desaparecer”, en *Derecho penal tributario*, II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, 207 y ss.

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ habla de delito de organización que genere un perjuicio. Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atellier, Barcelona, 2005, 70.

editado por:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Mayo 2022