

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
"JORGE DE LA RÚA"

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

MAYO 2023

9

TEMAS Y ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL
Coerción penal y desigualdad social / Comisión de delito durante cese de prisión / Elección de pena alternativa: prisión o reclusión / Omisión funcional abusiva del art. 248 tercer supuesto del C.P. / Delito de suministro de información falsa o inexacta / Derecho penal y delito en el pensamiento de Max Weber /
DOS PRESENTACIONES EN LA ACADEMIA

ISSN 2469-2085

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

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
"JORGE DE LA RÚA"

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 9

ESTUDIOS SOBRE ACTUALIDAD
DEL DERECHO PENAL

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
MAYO 2023

**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 (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en:
www.acaderc.org.ar

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Autoridades

CARLOS JULIO LASCANO
Director

JOSÉ DANIEL CESANO
Vicedirector

CAROLINA PRADO
Secretaria

ANA MARÍA CORTÉS
Directora del Cuaderno

Comité Editorial

JUAN CARLOS PALMERO
CARLOS JULIO LASCANO
ANA MARÍA CORTÉS

Comité Evaluador Externo

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

Gustavo A. Arocena / Osvaldo Baccino / Maria C. Barberá / Enrique N. Baronetto /
Enrique R. Buteler / Pedro J. Caballero / Horacio A. Carranza Tagle / José D. Cesano /
Ana M. Cortés / Álvaro E. Crespo / Sofía Díaz Pucheta / Débora Ferrari / Pablo R.
Fresneda / Sebastian García Amuchástegui / Julieta García Gómez / Eduardo F. Gómez
Caminos / José H. González del Solar / Gerard Gramática Bosch / Esteban Grand
Grundy / Darío Illanes / Sofía B. Juárez / Carlos J. Lascano / Ezequiel López Messio /
Natalia Luna Jabase / Manuel G. Manzanel / José Pazos Crocitto / José M. Peralta /
Carolina Prado / Juan C. Reynaga / Lucas Ríos / Aldo Riso / Ignacio Ruiz Moreno /
Alejandro Sánchez Freytes / Elba C. Saucedo Quintana / Aída Tarditti / Martín Torés /
Roberto V. Vásquez / Oscar T. Vera Barros / Maximiliano Videla



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

NOTA PRELIMINAR

El presente Número 9 de los Cuadernos de Derecho Penal abre su contenido con dos disertaciones realizadas por nuestro director, Prof. Dr. Carlos Julio Lascano (h.), en el ámbito de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. La primera tuvo por objeto presentar a la Dra. Aída Tarditti como *Académico de Número* de la prestigiosa institución, de la cual el Instituto de Ciencias Penales forma parte. Tras enumerar su extensa labor como docente universitaria de grado y posgrado, su capacidad como investigadora y jurista especializada en materia penal y procesal que se manifiesta en una valiosa producción científica, su destacada carrera judicial que ha culminado con el cargo de Vocal del Tribunal Superior de Justicia, entre muchas otras contribuciones al campo del Derecho y de sus diversas instituciones, aspectos todos estos que hablan de su personalidad y justifican ampliamente el merecido reconocimiento, el Dr. Lascano se explayó en las cualidades de los cuatro grandes maestros —a quienes define como verdaderos “puntos cardinales”— que orientaron la formación de la Dra. Tarditti en los principios fundamentales del Derecho Penal liberal: Ricardo C. Nuñez, Jorge de la Rúa, Hilda Marchiori y José Ignacio Cafferata Nores.

En una segunda presentación, el Dr. Lascano tomó la palabra para referir a la trayectoria del Dr. Gabriel Pérez Barberá, en ocasión de haber sido designado *Académico Correspondiente* en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Dr. Lascano resaltó su prolífica actividad universitaria en diversas casas de altos estudios del país, su intensa actividad como investigador tanto en Argentina como en el extranjero, los importantes roles que ha ocupado como funcionario público de alto rango en la administración local y nacional y en el ámbito judicial, para concluir con la potente e inspiradora influencia que representó Julio Maier en la formación del Dr. Pérez Barberá, y con quien estuvo ligado también por una profunda amistad.

A continuación, como contenido habitual de estos Cuadernos de Ciencias Penales, se incluyen algunos de los trabajos de investigación sobre diversa temática que, a lo largo del año 2022, los miembros del Instituto de Ciencias Penales elaboraron, debatieron y prepararon especialmente para su publicación en este número.

Por último, no pueden cerrarse estas palabras preliminares sin dar cuenta de la triste noticia del fallecimiento del Dr. Luis María Bonetto, el pasado 5 de abril. Uno de nuestros respetados y queridos colegas, de larga participación en el Instituto de Ciencias Penales, así como en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, fue motivo central en la apertura de nuestra primera sesión anual, con intervenciones a cargo del Dr. Carlos Lascano y las Dras. Ana María Cortés y María Cristina Barberá, que estuvieron atravesadas por la emoción de su partida, pero animadas por el recuerdo de una persona de firmes valores humanos, apasionada por el Derecho y dueña de un entusiasmo, generosidad y sentido del humor que mucho echaremos de menos.

Córdoba, Argentina
Mayo de 2023

ÍNDICE

DISERTACIONES EN EL ÁMBITO DE LA ACADEMIA:

CARLOS JULIO LASCANO

Los cuatro “puntos cardinales” orientadores de los principios de un Derecho Penal liberal (Presentación de la Dra. Aída Tarditti como Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba). 13

CARLOS JULIO LASCANO

La influencia de Julio Maier en un jurista notable (Presentación del Dr. Gabriel Pérez Barberá como Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba). 19

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

JOSÉ H. GONZÁLEZ DEL SOLAR

La coerción penal en contextos de injusta desigualdad: una lectura crítica 23

HORACIO A. CARRANZA TAGLE

Comisión de un delito durante un cese de prisión. Problemas y solución 37

ESTEBAN GRAND GRUNDY

Elección de penas alternativas entre prisión y reclusión: reflexiones a partir del fallo Barattini. 49

ROBERTO V. VÁSQUEZ

La omisión funcional abusiva del art. 248 tercer supuesto del CP (o el abuso de autoridad en el universo de las omisiones). 63

MARTÍN TORÉS

El delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta 79

CAROLINA PRADO

Derecho Penal y delito en el pensamiento de Max Weber. 87

Los cuatro “puntos cardinales” orientadores de los principios de un Derecho Penal liberal*

The four guiding “cardinal points” of the principles of a liberal Criminal Law

Por: CARLOS JULIO LASCANO**

RESUMEN: Los cuatro “puntos cardinales” que, con decisiva importancia, orientaron a Aída Tarditti en su vida académica y profesional fueron los Dres. Ricardo C. Nuñez, Jorge de la Rúa, Hilda Marchiori y José Ignacio Cafferata Nores, quienes le transmitieron los principios que hicieron de ella una cultora permanente de un Derecho Penal estrictamente liberal.

PALABRAS CLAVES: Derecho Penal liberal. Nuñez. De la Rúa. Marchiori. Cafferata Nores.

ABSTRACT: *The four “cardinal points” that decisively guided Aída Tarditti in her academic and professional life were Drs. Ricardo C. Nuñez, Jorge de la Rúa, Hilda Marchiori and José Ignacio Cafferata Nores. All of them transmitted to her the principles that made her a permanent cultivator of a strictly liberal Criminal Law.*

KEYWORDS: *Liberal Criminal Law. Nuñez. De la Rúa. Marchiori. Cafferata Nores.*

Es para mí un alto honor y a la vez una honda satisfacción presentar a la Profesora Dra. Aída Tarditti, quien ha sido designada Académica de Número de nuestra institución.

Aída Tarditti se graduó como abogada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en el año 1979 logrando el Premio Universidad (Mención Especial) de la Promoción. Obtuvo su título de Doctora en Derecho y Ciencias Sociales en la misma Casa de Altos Estudios el 15 de abril de 2009, con su tesis intitulada “*Antijuridicidad y justificación: conflictos y consensos sobre cuestiones generales*”, la cual fue calificada con 10 (diez) puntos, sobresaliente, con recomendación de publicación, por el tribunal integrado por los Profesores Dres. Eugenio Raúl Zaffaroni, Víctor Félix Reinaldi y Ricardo Caracciolo.

Su carrera docente de grado se ha realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en las Cátedras de Derecho Penal, Parte General y Parte Especial, habiendo cumplido su adscripción a esta última asignatura en el año 1980, cuando estaba encargado de esa cátedra mi padre el Dr. Carlos Lascano luego de la renuncia del Dr. Ricardo C. Nuñez. Entre junio de 1985 y marzo de 1988 fue Ayudante de primera en la Cátedra “A” de Derecho Penal I (Parte General). Luego accedió por concurso público a los cargos de Jefe de Trabajos Prácticos —ejercido entre abril de 1991 y marzo de 1995— y Profesora Adjunta de esa misma cátedra por resoluciones del H.C. Directivo 69/1998 y 396/2014. Debido a la renuncia del Profesor Titular, Dr. Gabriel Pérez Barberá, por Resolución Decanal del 8 de junio de 2021 se desempeña como Profesora Titular Interina de la

* Disertación de presentación de la Dra. Aída Tarditti como Académica de Número de la Academia Nacional de Córdoba, en el acto celebrado en la sede de la Academia el martes 7 de junio de 2022.

** 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.

Cátedra “A” de Derecho Penal I, donde participa en la capacitación y aplicación de métodos innovadores en la enseñanza y evaluación junto con los profesores y adscriptos de dicha cátedra. Durante el corriente año está dirigiendo la segunda edición del Seminario de “Género y Derecho Penal en las discusiones actuales de la Parte General”.

La Dra. Aída Tarditti también imparte docencia universitaria de postgrado en la Facultad de Derecho de la U.N.C. y en otras casas de estudios. Desde marzo de 2017 hasta la actualidad es Profesora contratada de la Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal que se dicta en nuestra Facultad conjuntamente con la Universidad Nacional del Litoral, integrando su Comité Académico desde 2014. Es Directora Académica de la “Diplomatura judicial en género”, que entre septiembre de 2021 y la actualidad organiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es miembro titular del Instituto de Ciencias Penales de esta Academia. Interviene en investigaciones aplicadas en temas jurídicos con trascendencia social y orienta su producción científica al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal.

Ha publicado importantes libros y artículos sobre temas de ambas ramas del Derecho. Entre los primeros, se destacan dos obras que se han convertido en verdaderos clásicos: Cafferata Nores, José I. — Tarditti, Aída, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado”, Mediterránea, Córdoba, 2009. De la Rúa, Jorge — Tarditti, Aída, “Derecho Penal-Parte General”, Vol. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014; Vol. 2, Hammurabi, 2015. Entre sus numerosos artículos menciono los siguientes: "La valoración del relato de los niños víctimas de delitos sexuales en las sentencias", Revista de Derecho Penal y Criminología, (2012), pp. 103-111. "La fundamentación de la sentencia en la individualización de la pena y el recurso de casación en la jurisprudencia de Córdoba", Revista de Derecho Penal y Criminología, num.3 (2011), pp. 79-87.

Fue coordinadora del "Programa de Reforma Integral al Poder Judicial", en el Ministerio de Gobierno de la Provincia, entre el 1-6-88 y 18-8-89, período en el cual se elevaron los proyectos de las leyes sobre Jurado de Enjuiciamiento; Comisión Asesora para la Designación de Magistrados y Funcionarios; Asistencia Jurídica Gratuita; Mapa Judicial; Ley Orgánica del Ministerio Público; Ley Orgánica del Poder Judicial y Código Procesal Laboral. Fue Integrante de la Comisión redactora del proyecto de reforma al Código Procesal Penal actualmente vigente. Integró la Comisión para la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal en 1995.

En 1975 ingresó como empleada en el Poder Judicial de Córdoba, en donde ha desarrollado su carrera en el Fuero Penal pese a que en la época en que se inició no era fácil para una mujer trabajar en ese fuero. Fue Secretaria Letrada del Tribunal Superior de Justicia y luego Jueza Correccional. Desde 1995 es Vocal del Tribunal Superior de Justicia, Presidenta en cuatro períodos e integrante de la Sala Penal. Ha sido importante su protagonismo en el “Centro de Perfeccionamiento Ricardo Nuñez” dependiente del Tribunal Superior, donde en los últimos años ha organizado y dirigido cursos de capacitación sobre la ley Micaela, como por ejemplo, en 2021 y 2021, el denominado “Juzgar con perspectiva de género: una perspectiva de derechos humanos”. Desde 2020 es Presidenta de la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina.

Los cuatro “puntos cardinales” que con decisiva importancia orientaron a Aída Tarditti en su vida académica y profesional fueron los Dres. Ricardo C. Nuñez, Jorge de la Rúa, Hilda Marchiori y José Ignacio Cafferata Nores, quienes le transmitieron los principios que hicieron de ella una cultora permanente de un Derecho Penal estrictamente liberal.

El predecesor inmediato en el sillón Julio B. Echegaray que la Dra. Aída Tarditti ocupará en esta Academia, fue el Dr. Daniel Pablo Carrera, quien recordó que en el prestigioso Instituto de Derecho Comparado de nuestra Facultad de Derecho, su Director el Dr. Enrique Martínez Paz, profesor sabio y eximio comunicador del pensamiento de Rudolf Stammler, generó un ambiente académico de excelencia que contribuyó al perfeccionamiento de juristas de la talla de Sebastián Soler, Ricardo Nuñez, Ernesto Gavier, Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo. El Profesor Carrera destacó la influencia del concepto stammleriano del Derecho como "voluntad autárquicamente vinculatoria" en los dos primeros trabajos que el joven Ricardo Nuñez publicó en el año 1939, mientras cumplía su adscripción a la cátedra de Derecho Penal, como asimismo en el valor que este le atribuía a la ley como único límite objetivo frente a los avances abusivos de la autoridad¹.

Debemos ponderar el valor ejemplar de la postura ineludible de Ricardo Nuñez en lo que pensó, dijo e hizo a favor del liberalismo penal para acotar los desbordes autoritarios del poder punitivo, porque se trató de una persona que siempre tuvo fe en el Derecho. Aída Tarditti abrevó en tal pensamiento cuando, entre 1980 y 1985 integró el grupo de estudios dirigido por el Dr. Nuñez que se reunía una vez por semana en el departamento de Fernando Félix Allende, del que también formaron parte María Cristina Barberá de Riso, Luis Bonetto, Roberto Spinka, Alejandro Sánchez Freytes, Roberto Vicente Vásquez, Adriana Mandelli, Marcelo Sayavedra y, desde 1983, Hilda Marchiori. Por ello, Tarditti pudo rescatar lo que el Maestro les enseñó en relación a la defensa de la función que la Constitución acuerda a los jueces en el juzgamiento de los delitos, subrayando la *coherencia jurídica y republicana* de Ricardo Nuñez².

El Dr. Jorge de la Rúa, cuyo nombre lleva nuestro Instituto de Ciencias Penales, fue el mejor exponente de la Escuela de Ricardo Nuñez. Aída Tarditti se formó en su cátedra "A" de Derecho Penal I, de la cual en la actualidad es Profesora Titular interina, habiendo sido su Maestro de la Rúa su consejero de tesis doctoral. En 1997 Aída Tarditti fue relevante colaboradora en la segunda edición actualizada del prestigioso libro de Jorge de la Rúa, "Código Penal Argentino. Parte General", publicada por Depalma. En 2014 fue coautora con el Profesor de la Rúa, de la obra en dos tomos denominada "Derecho penal. Parte general", editada por Hammurabi, en cuyo prólogo el Dr. de la Rúa —con la nobleza que siempre tuvo— afirmó en referencia a sí mismo: "El lector advertirá un cambio de importancia, respecto de uno de los autores, en la concepción del tipo, en el que se acepta el concepto de tipo complejo. Las razones dogmáticas no resultan decisivas en su contra y las ventajas metodológicas expositivas son notorias". No me cabe duda que la coautora de esa obra tuvo mucho que ver con dicho cambio.

Una de las más destacadas integrantes del grupo de estudios que dirigía Ricardo Nuñez en los años 80, la Dra. María Cristina Barberá de Riso, recuerda en su contribución al libro homenaje a Hilda Marchiori³ —coordinado por José Daniel Cesano y César Fortete— que, en las postrimerías de 1983, el Dr. Nuñez les presentó a la Dra. Marchiori con la sorna que lo caracterizaba, diciéndoles que se trataba de una persona que quería asistir a los infractores privados de la libertad proporcionándoles delicados detalles para su vida

¹ *Introito reflexivo*, en "Pensamiento penal vigente. Homenaje a Ricardo C. Nuñez y a José León Schwartz", Advocatus, Córdoba, 1994, p. 23.

² Así tituló Aída Tarditti a su conferencia del 15/5/00, publicada en *Homenaje y recordación a Ricardo C. Nuñez*, Lerner, Córdoba, 2000, p. 15 y ss.

³ "Dra. Hilda Marchiori. Homenaje", José Daniel Cesano y César Fortete (coordinadores), *Estudios de Derecho Penal, Procesal Penal, Derechos Humanos y Criminología – Libro Homenaje a la Dra. Hilda Marchiori*, Lerner, Córdoba, 2010, p. 78.

dentro de la cárcel, tales como sábanas impecables, flores y cuadros de firma para sus celdas.

La Dra. Hilda Marchiori —quien tiene un bien ganado prestigio en el ámbito científico internacional por sus significativos aportes al Derecho Penitenciario, la Criminología, la Victimología y los Derechos Humanos, como autora de innumerables publicaciones— bajo el impulso y la guía del Profesor Ricardo Nuñez— en 1986 fundó, organizó y dirigió el Centro de Asistencia a la Víctima del Delito de Córdoba, el primero de Latinoamérica; fue miembro fundadora y presidenta de la Asociación Argentina de Victimología, asentada también en nuestra provincia, de la cual es miembro la Dra. Aída Tarditti; entre los años 1999 y 2008 se desempeñó de modo encomiable como Directora de la Oficina de Derechos Humanos y Justicia dependiente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, con el decidido apoyo de la vocal del Alto Cuerpo Aída Tarditti, quien en *Los Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal*⁴ refiere que entre las múltiples actividades que Hilda Marchiori desarrolló en la etapa fundacional en ese nuevo espacio, inició la Colección de Derechos Humanos y Justicia que se conforma con una serie de publicaciones temáticas, entre las cuales se encuentran las que compilan documentos internacionales, nacionales y locales relacionados con las víctimas de delitos y niños víctimas y testigos de delito.

Conociendo su proverbial modestia, no voy a abundar en detalles acerca de la actividad docente y científica del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, como de su formación humanística en el campo del Derecho y las Ciencias Sociales, cualidades que lo han convertido en uno de los procesalistas más relevantes de habla hispana. Pero no puedo eludir referirme a su protagonismo como principal mentor del Código Procesal Penal de Córdoba actualmente vigente (ley 8123 de 1991) para destacar la decisiva labor de Aída Tarditti en su implementación a partir de 1995.

En el discurso inaugural de la sesión realizada en esta Academia el 23 de agosto de 2011, con motivo de la celebración de los veinte años de la reforma del Código de Procedimientos Penales de la Provincia, el entonces Presidente Dr. Juan Carlos Palmero⁵ puso de relieve que a partir de los comienzos del siglo XX, especialmente por la influencia de la llamada “Escuela Jurídica de Córdoba” —que estuviera integrada por una pléyade de juristas destacados entre los que se encontraron sin ninguna duda Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde—, la Provincia de Córdoba estuvo de manera indubitable a la cabeza de todas las iniciativas que llevaran adelante o incorporan a nuestra normativa, las más recientes iniciativas científicas de las diversas disciplinas, circunstancias que eran motivo de admiración generalizada y orgullo nacional. Señaló que ninguna disciplina como el Derecho Procesal Penal conforma el ejemplo más acabado del fenómeno que antes relatado. Al aludir a las trascendentes modificaciones estructurales de nuestro vigente Código de Procedimientos introducidas en 1991, expresó que no podía silenciar el protagonismo de juristas de la talla del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, o de Aída Tarditti, que con su talento y dedicación fueron capaces de hacer escuchar sus enseñanzas y persuadir a sus colegas acerca de las bondades del nuevo sistema, sobre todo en esa preocupación por establecer las diferencias necesarias entre la responsabilidad de llevar adelante la acción pública propia del fiscal, con las funciones más acotadas y propias del juez, como árbitro y director del procedimiento en el que dictará sentencia.

⁴ *Estudios de Derecho Penal, Procesal Penal, Derechos Humanos y Criminología – Libro Homenaje a la Dra. Hilda Marchiori*, p.317.

⁵ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *A veinte años de la reforma del código de procedimientos penales de la provincia de Córdoba*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2013, pp. 17 a 21.

En esa misma sesión recordatoria Aída Tarditti expuso sobre el tema “A 20 años, un recorrido de la implementación de la reforma procesal penal”⁶. Allí explicó que la ley de reforma n° 8123 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba se promulgó en el año 1991, sin embargo su puesta en vigencia integral fue recién posible en 1998. Sostuvo que el contexto desfavorable a la implementación de la reforma motivó la necesidad que el Poder Judicial la tomara bajo su responsabilidad, a través de una planificación adecuada coordinada por el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía General. Ella misma Integró la Comisión para la puesta en marcha del nuevo Código asumiendo un rol fundamental. En 2003 apareció la primera edición de “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado”, la obra conjunta de Cafferata Nores y Tarditi, compuesta de dos tomos, en la que colaboró Gustavo Arocena. Más adelante se publicó un tercer tomo con la actualización realizada por Maximiliano Hairabedian.

Acorde a esta reseña, que no pretende ser exhaustiva, queda claro que la Dra. Aída Tarditti, además de ser una persona culta y proba, por su relevante trayectoria académica y de investigación científica reúne todos los requisitos para su designación como Académica de Número de nuestra corporación. No obstante ello, debo resaltar que ostenta un valor agregado más, como lo acreditan su excelente *cursus honorum* y sus trabajos: ha profundizado el estudio de la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal, sin dejar nunca de lado el Derecho Procesal Penal, atendiendo siempre a las contribuciones más importantes del Derecho Constitucional como asimismo la Criminología y la Victimología.

Todo quien conoce a Aída Tarditti sabe muy bien que para ella es inaceptable cualquier posición que, en materia penal o procesal penal, pueda significar una ampliación ilegítima del poder punitivo del Estado, en menoscabo de las garantías constitucionales que resguardan los derechos fundamentales del individuo.

Por ello me animo a vaticinar que serán muy valiosos sus aportes a nuestra Academia, especialmente a los Institutos de Ciencias Penales y de Derecho Procesal. Destaco que a partir de hoy Aída Tarditti se convierte en la octava Académica de Número de esta institución —la primera del área de las Ciencias Penales— y que aunque subsiste una desproporción con la cantidad de académicos varones, existe aquí una mejor situación respecto a la de nuestra hermana mayor —la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires— que solo registra en su historia dos académicas.

Concluyo mi intervención y en nombre de todos los integrantes de esta Academia le doy mi más afectuosa bienvenida a Aída Tarditti, brillante jurista, merecedora con creces de esta justa distinción. Muchas gracias.

⁶ En Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *A veinte años de la reforma del código de procedimientos penales de la provincia de Córdoba*, Editorial Mediterránea, pp. 291-297.

La influencia de Julio Maier en un jurista notable*

Julio Maier's influence on a notable jurist

Por: CARLOS JULIO LASCANO**

RESUMEN: Gabriel Pérez Barberá ha profundizado la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal, sin dejar nunca de lado el Derecho Procesal Penal, atendiendo siempre a las contribuciones más importantes del Derecho Constitucional, la Filosofía, la Sociología y la Epistemología contemporáneos. Debía su formación como penalista a Julio Maier, “*referente indiscutible de cualquier estudio serio sobre el fenómeno de la persecución penal, uno de los juristas argentinos más formados en la materia*”.

PALABRAS CLAVES: Derecho Penal sustantivo y adjetivo. Julio Maier. La persecución penal.

ABSTRACT: *Gabriel Pérez Barberá has deepened the General Part and the Special Part of Criminal Law, without ever neglecting Criminal Procedure Law, always attending to the most important contributions of contemporary Constitutional Law, Philosophy, Sociology and Epistemology. He owed his training as a criminal lawyer to Julio Maier, "an indisputable benchmark for any serious study on the phenomenon of criminal prosecution, one of the most trained Argentine jurists in the field".*

KEYWORDS: *Noun and adjective Criminal Law. Julio Maier. Criminal prosecution.*

Es para mí un alto honor y a la vez una honda satisfacción presentar al Profesor Dr. Gabriel Eduardo Pérez Barberá, quien ha sido designado Académico Correspondiente en la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Gabriel Pérez Barberá se graduó como abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba el 3 de junio de 1991. Obtuvo su título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, con fecha 12 de junio de 2007, con su tesis intitulada *El dolo eventual. El estado de la cuestión en la dogmática penal alemana. Una propuesta conceptual válida para el derecho penal argentino*, la cual fue calificada con 10 (diez) puntos, sobresaliente, con recomendación para publicación, la cual se concretó en el libro editado por Hammurabi en 2011, en cuyas palabras previas agradeció especialmente a sus tres *directores reales* de tesis –como él los llamó– los catedráticos Jorge de la Rúa, Julio Maier y Claus Roxin.

En los ciclos lectivos de los años 1995, 1996 y 1997 cumplió la tarea de docente autorizado de Derecho Procesal Penal y durante los años 1998 y 1999 de Jefe de Trabajos Prácticos de la misma asignatura de la Universidad Católica de Córdoba. A partir del mes de abril de 1997 fue Jefe de Trabajos Prácticos, por concurso público, dedicación simple, de Derecho Penal II (Parte Especial), en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la

* Disertación de presentación del Dr. Gabriel Pérez Barberá como Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Córdoba, en el acto celebrado en la sede de la Academia el martes 12 de abril de 2022.

** 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.

Universidad Nacional de Córdoba, con licencia sin goce de haberes en el cargo mientras duró su desempeño en el cargo de Profesor Titular interino de dicha asignatura, en la misma unidad académica, desde abril a noviembre de 1999. Fue Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Carrera de Abogacía de la Universidad Blas Pascal de Córdoba, a partir del mes de agosto del año 1998, en uso de licencia desde diciembre de 1999 hasta julio de 2002 por encontrarse en el extranjero realizando su tesis doctoral. A su regreso al país fue reincorporado a la mencionada cátedra, siempre como Profesor Titular, cargo en el que permaneció hasta julio de 2004.

El Dr. Gabriel Pérez Barberá se desempeñó como Profesor Adjunto, por concurso público, de Derecho Penal II (Parte Especial), en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, entre el 4 de marzo de 2004 y el primer semestre de 2013, inclusive. Ha sido Profesor Titular, por concurso público, de la Cátedra de Derecho Penal I (Parte General), en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma universidad, desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de marzo de 2021. Ha sido designado Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal en la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires), desde el 21 de agosto de 2020, cumpliendo tales funciones en la actualidad.

El Profesor Pérez Barberá ha cumplido la función de Director del “Seminario de profundización y actualización en temas fundamentales de Derecho Penal, Parte General, para estudiantes avanzados y graduados jóvenes”, desarrollado en el ámbito del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, entre mayo y noviembre de 1999. Ha sido co-organizador, junto con el Dr. Pablo Navarro, del “Seminario permanente de Filosofía del Derecho, Derecho Penal y Procesal Penal”, llevado a cabo desde el 31 de mayo hasta el 26 de julio de 2003 en el ámbito de la Carrera de Abogacía de la Universidad Blas Pascal de Córdoba. En la actualidad es Co-Director del Instituto de Argumentación Jurídica y Estudios Institucionales de la Universidad Blas Pascal de Córdoba, creado en abril de 2007, junto con el Dr. Pablo Navarro.

El Dr. Gabriel Pérez Barberá ha impartido e imparte docencia universitaria de postgrado, con cargos permanentes, en las siguientes Casas de Altos Estudios: Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires), en la asignatura Derecho Procesal Penal profundizado de la Especialización y Maestría en Derecho Penal, a partir de agosto de 2012 hasta la actualidad; Universidad Nacional de Córdoba, en la asignatura Derecho Penal, Parte General del Seminario permanente de Derecho Penal, habiendo desempeñado el cargo de Director desde el 31 de marzo de 2013 hasta el 31 de marzo de 2016; Universidad Blas Pascal (Córdoba)/Instituto de Argumentación Jurídica y Estudios Institucionales, en la materia Derecho Penal y Filosofía del Derecho, habiendo desempeñado el cargo de Co-director entre los años 2009 y 2011; Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza), en la materia Tipicidad objetiva y subjetiva en Derecho Penal de la Especialización y Maestría en Derecho Penal, desde el año 2005, todos los años como miembro del *staff* permanente de la carrera.

Asimismo lo hace en la Universidad Nacional del Litoral, en la asignatura Tipicidad objetiva y subjetiva de la Especialización en Derecho Penal, entre los años 2003 y 2009; Universidad Nacional del Tucumán, en la materia Tipicidad subjetiva de la Especialización y Maestría en Derecho Penal, desde el 15 de abril de 2016; Universidad Nacional del Nordeste, en la asignatura Falsedad documental de la Especialización y Maestría en Derecho Penal, desde el 7 de julio de 2017 hasta la actualidad; en todos los casos como miembro del *staff* permanente de las mencionadas carreras.

El Profesor Pérez Barberá ha producido una proficua obra literaria y publicado 50 artículos y capítulos de libros en idioma castellano y en otros idiomas en revistas científicas, nacionales y del extranjero. Ha realizado 10 traducciones de artículos en alemán, cinco de ellos del Prof. Dr. Claus Roxin. Los libros de su autoría son: 1. *Delitos de falsedad documental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013; 2. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011; 3. *Causalidad, resultado y determinación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006; 4. *Libertad de prensa y derecho al honor*, Alveroni, Córdoba, 1999. En la actualidad se encuentra en prensa en la Editorial Ad-Hoc de Buenos Aires, el capítulo sobre “Recursos en materia penal” del tomo IV del *Tratado de Derecho Procesal Penal* dirigido por Julio Maier, delegado por este a Gabriel Pérez Barberá, Daniel Pastor y Eugenio Sarrabayrouse.

El Dr. Pérez Barberá ha impartido 17 conferencias y ha sido expositor en 6 congresos en el extranjero; ha impartido 26 conferencias y ha sido expositor en 23 congresos en nuestro país.

Ha realizado las siguientes investigaciones: 1. 1999-2002: investigación en Alemania merced a una beca del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). De esa investigación surgió su libro ya mencionado, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, de 842 páginas. 2. Enero y febrero 2006: investigación en Alemania merced a una beca del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. De esa investigación surgieron sus trabajos sobre el recurso de casación (y en particular sobre el fallo “Casal” de la CSJN) publicados a partir de 2006. 3. Enero-febrero 2009: investigación en Alemania merced a una beca del mencionado Instituto Max Planck. Durante ella preparó con detalle el plan de investigación con el que, un año más tarde, obtendría la beca Humboldt. 4. Septiembre 2011-febrero 2012. Septiembre 2013-Agosto 2014: investigación en Alemania merced a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt. De ella surgieron todos sus trabajos sobre prueba y ley previa en el proceso penal, prueba y verdad en el proceso penal, prueba y principio de reserva de ley en el proceso penal, dogmática de los derechos fundamentales y teorías expresivas y retributivas de la pena.

En los primeros años de graduado Pérez Barberá ejerció de modo intenso y exitoso la profesión de abogado. Más adelante -desde el 11 de febrero de 2004 hasta el 16 de octubre de 2006- fue Director General de la Policía Judicial de Córdoba, con dedicación exclusiva. Desde el 17 de octubre de 2007 hasta el 7 de junio de 2015 se desempeñó como Juez de la Cámara de Acusación de Córdoba, cargo obtenido con acuerdo de la Legislatura de la Provincia al que accedió por concurso público ante el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba, en el que obtuvo el primer lugar en el orden de mérito sobre un total de 32 aspirantes.

En la justicia nacional fue Titular de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC), dependiente de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público Fiscal de la Nación, entre mayo de 2016 y diciembre de 2018. Desde el 8 de junio de 2015 a la fecha es Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, cargo logrado con acuerdo del Senado de la Nación, al que accedió por concurso público del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Acorde a esta reseña, que no pretende ser exhaustiva, queda claro que el Dr. Gabriel Pérez Barberá, además de ser un hombre culto y probo reúne —por su relevante trayectoria académica y de investigación científica— todos los requisitos para su designación como Académico Correspondiente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de nuestra Academia. No obstante ello, debo resaltar que ostenta un valor agregado más, como lo acreditan su excelente *cursus honorum* y sus trabajos: Pérez Barberá ha profundizado el

estudio de la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal, sin dejar nunca de lado el Derecho Procesal Penal, atendiendo siempre a las contribuciones más importantes del Derecho Constitucional como asimismo la Filosofía, la Sociología y la Epistemología contemporáneas. Por ello me animo a vaticinar que serán muy importantes sus aportes a nuestra Academia, especialmente a los Institutos de Ciencias Penales y de Derecho Procesal.

No debo omitir señalar el gran afecto que unía a Gabriel con Julio Maier — fallecido en Buenos Aires el 13 de julio de 2020—, de quien dijo que le debía su formación como penalista. A modo de homenaje póstumo a este ilustre Maestro cordobés, me permito citar a nuestro respetado y querido José Ignacio Cafferata Nores, en su “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Lerner, Córdoba, 1994: *“Entre uno de los pocos que han superado las enseñanzas de mis primeros maestros Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo ... quiero mencionar a Julio Maier, referente indiscutible de cualquier estudio serio sobre el fenómeno de la persecución penal, uno de los juristas argentinos más formados en la materia. Como también creo en los reconocimientos en vida, este es el mío”*.

Tuve la suerte de conocer y tratar a Gabriel, cuando a mediados de la década de 1990 él integraba —junto a Fabián Balcarce, Horacio Carranza y otros jóvenes y entusiastas penalistas— el grupo de estudios que dirigía Fernando Allende en la Facultad de Derecho de nuestra Casa de Trejo; entonces fui invitado a participar de discusiones interesantes y motivadoras, de las que mucho aprendí, en un seminario sobre la imputación objetiva. En ese ámbito de creatividad y rigurosidad científica, descubrí a Gabriel quien se destacaba por su inteligencia, la claridad de sus ideas, su inclinación al diálogo y su trato respetuoso y cordial. Con el transcurso del tiempo esa relación académica se intensificó llegando a adquirir el carácter de un vínculo amical que ciertamente me honra.

Concluyo mi intervención con mucha emoción y en nombre de todos los integrantes de esta Academia le doy mi más afectuosa bienvenida a este querido y buen amigo, brillante jurista, merecedor con creces de esta justa distinción. Muchas gracias.

La coerción penal en contextos de injusta desigualdad: una lectura crítica

Criminal coercion in contexts of unfair inequality: a critical reading

Por: JOSÉ H. GONZÁLEZ DEL SOLAR*

RESUMEN: Siguiendo la sugerencia de R. A. Duff y Stuart P. Green (su Prefacio en *Fundamentos filosóficos del Derecho Penal*, Marcial Pons, Bs.As., 2020), y tomando su obra como una suerte de marco teórico, intentamos aquí una lectura crítica del artículo de Roberto Gargarella: *La Coerción Penal en Contextos de Injusta Desigualdad*” (Título original: *Penal Coercion in Contexts of Social Injustice*, en “Criminal Law and Philosophy” 5: 21, Springer, Oxford, Enero 2011), valioso por la proximidad del autor a nuestra realidad, que excede los límites del país para abarcar una amplia región de países unidos por la desventura de la América postergada.

PALABRAS CLAVES: *Sociedad. Destino común. Corresponsabilidad. Estado indecente. Injusta desigualdad. Responsabilidad penal. Eximente.*

ABSTRACT: Following the suggestion of R. A. Duff and Stuart P. Green (his Preface in *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Marcial Pons, Bs.As., 2020), and taking his work as a frame of reference, we present our critical reading of the article by Roberto Gargarella: *Penal Coercion in Contexts of Social Injustice* (in *Criminal Law and Philosophy* 5: 21, Springer, Oxford, January 2011), valuable due to the proximity of the author to our reality, which exceeds the limits of the country to cover a wide region of countries united by the misfortune of a neglected America.

KEYWORDS: *Society. Common destiny. Co-responsibility. Indecent state. Unfair inequality. Criminal liability. Exemption.*

“Para juzgar con justicia a tu pueblo, y a tus pobres con juicio justo”
(Salmo 71, i)

“If a free society cannot help the many who are poor, it cannot save the few who are rich”
(John F. Kennedy, Inaugural Address, 1961)

Introducción

Al adentrarnos en la lectura de los trabajos de autores varios que reúnen R. A. Duff y Stuart P. Green en su obra “Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal”¹, aprovechando la vida de retiro impuesta por la reciente pandemia, nos encontramos con el encomiable artículo de Roberto Gargarella sobre “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”². No porque Duff y Green lo hubiesen incluido en su obra de referencia sino porque, desde el mismo Prefacio, han querido destacar el artículo de Gargarella como uno de los

* Abogado. Egresado, docente y ex Director de los Cursos de Especialización en Minoridad (Universidad Nacional de Córdoba), ex Juez Penal Juvenil en la ciudad de Córdoba.

¹ Duff, R. A. y Stuart P. Green (eds.) (2020): *Fundamentos filosóficos del Derecho penal*, Marcial Pons, Bs.As.

² El texto en español puede descargarse en: <http://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17583>.

“nuevos e interesantes trabajos sobre las implicancias de la injusticia social para la justicia penal”³.

Fue entonces que, utilizando la obra de Duff y Green como una suerte de marco teórico, nos propusimos seguir el itinerario recorrido por Gargarella en su aproximación descarnada a la realidad de lo penal en los contextos de injusta desigualdad y compartir observaciones que fueron surgiendo y que aquí dejamos plasmadas.

No es la desigualdad en sí lo que históricamente irrita la existencia humana pues le es connatural, sino la que va asociada a la injusticia, al reparto de poderes y deberes que todo régimen jurídico conlleva.

Si bien la injusta desigualdad puede tener su origen en la diferencias que una sociedad establece siguiendo su tradición religiosa o cultural, o en la discriminación que por otras razones padecen ciertos sectores de la población, a nadie escapa, y más por intuición de la propia labor profesional que por la fría estadística, que en nuestro suelo iberoamericano la aplicación de la ley penal recae con mayor frecuencia y mayor severidad en el segmento social teñido por la pobreza estructural, esa pobreza que se vive y se transmite de generación en generación como si fuera una fatalidad, algo ineluctable que en definitiva fuerza a cada persona o grupo al conformismo de la sumisión o al inconformismo de la transgresión⁴.

Ante ese pronunciado desnivel que -quiérase o no- termina incidiendo en la misma aplicación de la ley penal, se ofrecen al observador dos posibles actitudes, muy probablemente condicionantes en sus análisis y sus conclusiones: O una acrítica que entiende que la inequidad existente es algo que escapa a la ley penal misma y que, en todo caso, compete al Estado remediar en sus efectos a través de sus políticas en lo social, lo económico, lo cultural; o bien una mirada crítica que sostiene que esa desigualdad involucra a la misma ley penal y a la responsabilidad que cabe al Estado en su aplicación como herramienta de orden y paz social.

La primera rinde culto a la ley, y se desentiende de su suerte. La segunda, en cambio, pone en cuestión la legitimidad misma de la ley penal en tal contexto, y a ella adscribe Gargarella.

Ninguna duda cabe que subyace a esta cuestión la misma filosofía política que lleva al origen del Estado, a la ley como su causa ejemplar, a su finalidad y a la ciudadanía, entre otros temas que deben siempre inquietar porque interpelan a quienes estudian la legislación penal. Por eso quisimos valernos de reflexiones muy actuales sobre el tema que ofrecen Duff, Green y otros calificados autores convocados en su obra, todas ellas con peso suficiente para dar mayor luz a cuanto nos dice Gargarella sobre la realidad penal.

I. El contrato social y la coerción estatal

Los estudios de antropología cultural enseñan que la ley es un universal de la cultura⁵. Si bien ha servido desde un principio al hombre para fijar pautas de comportamiento comunal, también ha procurado asegurar muchas veces su observancia con sanciones cuya evolución ha tenido distintas determinaciones según el contexto.

³ Obra citada, p. 15.

⁴ Tras las apreciaciones que se refieren genéricamente a la inequidad social, asoman las que miran específicamente a la incidencia de la pobreza en la aplicación de la ley penal.

⁵ Cf. Herscovits, Melville (1952): *el hombre y sus obras*, Ed. Fondo de Cultura Económica, ps. 20, 255 y siguientes.

El mismo saber humano nos advierte que esas sanciones procuran, desde un principio, garantizar la convivencia reforzando el comportamiento que lo hace posible. No se han propuesto en el tiempo abarcar toda expresión de la vida humana, ni toda la amplitud de las relaciones de intercambio que supone la comunidad, sino lo que cada sociedad en su momento estima indispensable para su supervivencia. Por caso, vale notar que ni la misma teocracia en el Pueblo de Israel, según se desprende del Antiguo Testamento, quiso sostener su cohesión interna con penas que regimentaran todos los espacios de la vida asociada sino que libró a la autoridad de sus patriarcas, jueces y reyes solo lo que era de utilidad común para la misión que debía cumplir en la Historia.

Pese a que la misma Naturaleza nos muestra cómo el instinto gregario asocia espontáneamente a los individuos en las especies inferiores, y que de modo similar podría explicar las asociaciones que forma en su especie superior el *zoon politikon* (Aristóteles, “Política”, I), con frecuencia se acude a la hipótesis del acuerdo, la convención o el contrato para explicar el origen de la vida política.

Para unos, esa concurrencia responde al propósito de evitar las múltiples colisiones de intereses que llevarían a la mutua destrucción, confiando cada uno su libertad al Estado para poder seguir siendo todos tan libres como antes⁶. Erige en fin la preservación de la libertad como condición para que cada uno de los que concurren a la vida asociada pueda satisfacer su existencia sin la interferencia de otros que podrían obstarla con la misma pretensión. Resabio de la resistencia al despotismo y al totalitarismo, que la Humanidad ha debido afrontar en distintos periodos de su Historia, da a la libertad valor supremo dentro de la cual los ciudadanos pueden trazar su vida de acuerdo a sus expectativas y posibilidades.

Para otros, en cambio, el acuerdo expresa la voluntad coincidente de procurar en común la consecución de bienes que de otra manera no serían asequibles. El Estado tiene por fin el conjunto de bienes que la ciudadanía espera de la vida en comunidad política, entre los cuales conjuga con más o menos énfasis —según la concepción política imperante— la libertad como el medio que hace posible el mayor provecho personal⁷. Como se verá luego, el tema que aquí abordamos tiene en mira esta finalidad política y sus consecuencias cuando el escenario de ciertos delitos tiene como telón de fondo carencias incompatibles con la vida social.

Ya se trate de hacer posible una vida libre, ya de promover el goce en común de bienes varios merecedores de la mayor estima, el Estado está llamado a establecer un orden indispensable, reconociendo o asignando poderes y deberes a unos y otros, y ese orden se establece por medio de las leyes, allí donde se expresa la voluntad común de perseguir el fin en que coinciden.

La ley penal —dentro de la legislación estatal— es una herramienta de esa aspiración común. ¿Acaso necesaria solo en la medida de lo indispensable para salvaguardar la libertad de los ciudadanos, incluyendo la del mismo transgresor? ¿O acaso necesaria para la preservación de todo un conjunto de bienes jurídicos estimados dignos de máxima protección? Estos interrogantes marcan frecuentemente los extremos de la tensión existente

⁶ “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común proporcionada por la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no se obedezca más que a sí mismo, y permanezca, por tanto, tan libre como antes” (J.J.Rousseau, “Contrato Social”, Cap. VI).

⁷ Por caso, Maritain, Jacques (1981): *La Persona y el Bien Común*, Ed. Club de Lectores, Bs.As., Cap. III.

entre quienes procuran ampliar el campo de lo punitivo y quienes se empeñan en limitarlo, y aún reducirlo hasta su casi abolición⁸.

Se trata de una cuestión previa a la que aquí nos motiva, que no es otra que la ley penal en un contexto de injusta desigualdad. Con el propósito de dilucidarla, acudimos a distintos enfoques que hallamos en el marco teórico escogido, sin desconocer que por otras vías de pensamiento podría arribarse a conclusiones equivalentes.

Malcolm Thorburn mira preferentemente a la libertad cuando plantea el tema como protección de la competencia, tanto la privada de cada persona para decidir cómo utilizar su cuerpo y propiedad, como la de la competencia pública del Estado para atender las condiciones de las libertades individuales por medio de leyes vinculantes y de su aplicación coercitiva. En esa dirección dice que “el Derecho nos exige no interferir nunca en los asuntos que están fuera de nuestra competencia”, y que los funcionarios estatales tienen derecho a tomar decisiones en nombre de la ciudadanía para que pueda ejercer su competencia, mas siempre en la medida en que actúen como agentes de la competencia de los ciudadanos. Basado en la vida política como cooperación, entiende que su punto de vista encaja muy bien con la concepción del Derecho penal liberal⁹.

En esta dirección, acota Markus P. Dabber que un país muchas veces modelo en lo que hace a la constitución política, como los Estados Unidos de América, nunca ha puesto en cuestión esa fundamentación del Estado, y del poder penal como una instancia del poder de policía estatal. Todo sirve al reino de una máxima libertad individual, y por lo mismo explica la tensión que muchas veces se advierte entre lo privado (*oikos*) y lo público (*polis*), entre lo económico y lo político, en la salvaguarda de los derechos de sus ciudadanos¹⁰.

Ensanchando esa concepción cooperativa de la vida política, Richard Dagger resalta que la libertad que se preserva no es tanto la que debe darse frente al Derecho sino la que debe procurarse mediante el Derecho. Ante la necesidad de promover una ciudadanía activa y responsable, el Estado tiene que proteger a las personas tanto del *imperium* como del *dominium*; no solo del poder del Estado, en cuanto pueda tornarse arbitrario, sino del poder que tienen las personas y los grupos en la medida en que puedan contrariar el desenvolvimiento de los demás. En ese marco, El Derecho Penal asiste a la libertad de los ciudadanos frente a quienes pretenden avasallarla con sus infracciones, aunque admite que la definición de delito puede estar librada a manipulaciones ideológicas o de los poderosos, como asimismo que puede haber circunstancias adversas que empujen a infringir la ley, y así sucede cuando la organización social en la que el infractor vive no le está dando oportunidades para desenvolverse de acuerdo a la misma ley en cuyo nombre se lo castiga¹¹.

Matt Matravers distingue dos líneas de pensamiento contractualista: una basada en la tradición hobbesiana que entiende que la desigualdad natural favorece el beneficio mutuo en la sociedad, y otra basada en Kant que se funda en la imparcialidad. Para la prime-

⁸ Como estaría proponiendo, como hipótesis de máxima, Eugenio Raúl Zaffaroni en su *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs.As. 2005, p. 62-63. Cita que hace Héctor H. Hernández en: *El garantismo abolicionista*, Ed. Marcial Pons., 2013, p. 79.

⁹ Cf. Thorburn, Malcolm (2020): *El Derecho Penal como Derecho Público*, en “Fundamentos filosóficos del Derecho penal” ya citado, p. 45-70.

¹⁰ Cf. Dabber, Markus P. (2020): *Los Fundamentos de la Pena Estatal en las Democracias Liberales Modernas: Hacia una Genealogía del Derecho Penal Estadounidense*, en “Fundamentos filosóficos del Derecho penal” ya citado, p. 117-144.

¹¹ Cf. Dagger, Richard (2020): *El Republicanismo y los Fundamentos del Derecho Penal*, en “Fundamentos filosóficos del Derecho penal” ya citado, p. 71-98.

ra, esa desigualdad es justa y beneficia a la vida humana sin más. Para la segunda, en cambio, la desigualdad natural es arbitraria y por ello compete a la misma sociedad neutralizarla. Pese a que el autor adhiere a la primera, admite que la legislación tenga en cuenta estimaciones de justicia distributiva dado que la vida social implica para cada ciudadano compartir el destino de los demás. Atiende así a razones que brinda Rawls¹², aunque finalmente suceda, según lo arroja la experiencia, que a unos les vaya mejor que a otros en el mismo desenvolvimiento de la vida social.

En el marco de esa concesión que hace, Matravers dice que también podría valer para la justicia retributiva¹³ porque la misma experiencia arroja que la incursión en el delito puede provenir de desventajas reales que guarden relación con la misma persona del infractor o con las circunstancias en que su vida transcurre. ¿Por qué no reconocer que el transgresor en desventaja social está comprendido en el destino común y que sus expectativas deben ser consideradas más allá de su merecimiento? Ese transgresor no debe ser avistado como alguien diferente al resto, un adversario de los demás, sino parte de ese “nosotros” que hace a la vida social, aunque menos afortunado por sus desventajas naturales, su origen o su adaptación al mundo que lo rodea¹⁴.

Avistada la sociedad como un destino común que involucra a sus integrantes, la definición que hace el Estado de una determinada acción como delito, decidiendo perseguir y castigar a quien lo cometa, implica por lo mismo —y más allá de la responsabilidad individual del transgresor— una responsabilidad colectiva que no se puede soslayar. Una corresponsabilidad, anterior a la misma transgresión, que se expresa cuando define el delito y establece la modalidad y la intensidad de su castigo, pero también cuando al mismo tiempo asume el deber de dar las oportunidades para que cada uno pueda desenvolverse sin delinquir. Para juzgar la responsabilidad de otro primero hay que hacerse responsable de lo que ello implica; la responsabilidad es recíproca, y una “injusticia seria y sistemática” —tal como lo expresa Duff— puede constituir “un obstáculo moral para enjuiciar”. Sin embargo, con frecuencia esa responsabilidad colectiva se invisibiliza tras la burocracia estatal en lo penal. Una comunidad responsable debería examinar las condiciones sociales y políticas que están bajo su control y que contribuyen a la comisión de delitos. Además, y aun en el supuesto de una legislación justa, tendría que examinar las consecuencias sociales y políticas de sus respuestas a los actos delictivos¹⁵.

Duff advierte que si la ley penal no es una construcción arbitraria del Estado sino que tiene un trasfondo moral, que se refiere a males que conciernen a la comunidad, ninguna duda cabe que la repercusión del delito alcanza a todos por igual como un asunto común. Así con relación a los llamados delitos *mala in se* como respecto a los *mala prohibita* dado que, aunque no fueran intrínsecamente dañosos, alguna razón ha habido para definir las como dignas de reproche penal. La ley penal define y castiga lo que la sociedad repudia de antemano.

Pero Duff también advierte que la comunidad que pide cuentas al transgresor debe ser, para empezar, una comunidad lingüística y normativa de la que aquél forme parte y por lo mismo tenga capacidad para comprender y responder. En consecuencia, una comunidad de agentes morales, un “nosotros” presidido por un interés común más allá de los

¹² Cf. Rawls, J. B. (1971): *a Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

¹³ Reconoce Matravers (artículo citado *infra*) que en esta extensión no coincide ya Rawls, dado que parece resistir la analogía porque la justicia distributiva —a diferencia de la retributiva— no se basa en el mérito.

¹⁴ Cf. Matravers, Matt (2020): *Teoría Política y Derecho Penal*, en “Fundamentos filosóficos del Derecho penal” ya citado, p. 99-116.

¹⁵ Cf. Ristroph, Alice (2020): *Responsabilidad por el Derecho Penal*, en “Fundamentos filosóficos del Derecho penal” ya citado, p. 145-165.

intereses individuales, un interés común que esa lengua común y esas normas expresan y traducen en un proyecto cívico que la ley penal debe salvaguardar.

Entendida la ciudadanía como la mutua e igual participación respetuosa en ese proyecto cívico, los males públicos que conllevan los delitos afectan a toda la ciudadanía y a toda ella le conciernen.

Se pregunta Duff si en una misma comunidad puede haber personas excluidas de la ciudadanía. Su inquietud no se refiere a los visitantes, quienes están de paso y quedan comprendidos dentro del ámbito que garantiza la ley penal, sino a quienes emprenden una vida delictiva con desprecio de la misma comunidad en que se encuentran insertos, y de quienes atentan contra la misma con su accionar terrorista o de desestabilización del Estado. Sostiene el autor de mentas que los primeros deben seguir recibiendo el trato de ciudadanos, sin perjuicio de la minusvalía que su condena pueda importar, pero que tienen que ser estimulados a cobrar conciencia de su ciudadanía y a recuperar la confianza de los demás. Los segundos, en tanto, deben reputarse excluidos por propia voluntad de la ciudadanía y deben ser tratados como enemigos, mas no con la ley penal sino con la que se aplica a quienes militan como tales en tiempos de guerra¹⁶.

Para los que delinquen de manera habitual, la respuesta tiene suma relevancia en el tema que nos ocupa ya que entre ellos se cuentan, muchas veces, los que asumen el delito como estilo de vida ante la adversidad que encuentran en su entorno social. Con frecuencia sucede que la exclusión social precede al delito; que hay transgresores que provienen de sectores de la población que enfrentan desiguales oportunidades para acceder a una vida digna dentro del marco de la ley, a una vida que les posibilite satisfacer sus expectativas dentro de las que suscita su inserción en la sociedad a que pertenecen.

Siendo esto así, deviene válido preguntarse si cambia lo que “merece” como pena por su delito quien vive en una sociedad que no le ha otorgado lo que “merece” como ciudadano. Justamente porque —tal como lo destaca Green— un porcentaje muy alto de transgresores se encuentra entre los más pobres y en desventaja¹⁷, lo que inquieta a expertos en la ley penal, habiendo quienes han empezado a preguntarse si esa situación no está afectando la misma culpabilidad. No en cualquier caso, desde luego, sino cuando queda a la vista que la desventaja proviene de la falta de equidad social.

Por lo pronto, podría haber en esa desventaja social una causa de justificación ante un estado de necesidad en los términos en que lo admite como tal la ley penal¹⁸. O podría

¹⁶ Cf. Duff, R. A. (2020): *Responsabilidad, Ciudadanía y Derecho Penal*, en “Fundamentos filosóficos del Derecho penal” ya citado, p. 167-196.

¹⁷ Green, Stuart P. (2020): *Merecimiento Justo en Sociedades Injustas: Un Enfoque Basado en Casos Específicos*, Fundamentos filosóficos del Derecho penal” ya citado, subraya también la incidencia elevada que la inequidad social tiene entre quienes resultan víctimas de delitos. La estadística de que se vale es la que aporta el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América sobre delitos cometidos en el año 2006 (cf. cit. infra, p. 399).

¹⁸ Para nuestro Código Penal, el estado de necesidad requiere de una serie de presupuestos, necesarios para su aplicación y que son: a) Inminencia de un mal para el que obra o para un tercero; b) Imposibilidad de evitar el mal por otros medios, que la acción haya sido impulsada por el fin de evitar un mal mayor; c) Que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar; d) Que el autor sea extraño al mal mayor e inminente; y e) Que el autor no esté obligado a soportar ese mal (Cám. Crim. de 2ª Nom. de Río Cuarto (Córdoba), Sentencia 56 *in re* “Benítez, Silvina Deolinda”, 22/8/2006). Por ello, un estado de pobreza genérica no conforma, de suyo, la causa de justificación por la necesidad resultando necesario que se trate de una situación apremiante cuya superación no admite demora. Ni la miseria, ni la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos son presupuesto de la eximente del estado de necesidad (art. 34 inc. 3), y solo pueden considerarse como base de atenuación de las pena. Si la pobreza y dificultad para ganarse el sustento fuera

entenderse que opera como causa de exculpación cuando quien delinque proviene de un “contexto social podrido”, como sucedería cuando quien delinque proviene de lo que podría calificarse como un “contexto social podrido”. Calificación utilizada por el juez estadounidense David Bazelon desde el caso “United States vs. Alexander” (471 F.2d 923), y luego desarrollada conceptualmente por el profesor de la Universidad de Alabama Richard Delgado, quien sugería la posibilidad de que ese contexto adverso pudiera ser causal de excusa fundada en una acción carente de libertad¹⁹.

En suma, podría llegarse a sostener que quien actúa de una manera típica en ese contexto adverso está obrando conforme a derecho, o sin culpabilidad al no serle exigible obrar de otra manera una vez fracturado por inequidad el contrato social²⁰. O bien que no habría necesidad de pena, ni en mérito a la prevención general, ni a la especial²¹.

R.A. Duff tiene otra mirada. Basándose en las implicancias que tiene el contrato social como basamento de la convivencia, pone en crisis la misma legitimidad de la sociedad injusta para castigar a quien quebranta la ley cuando es alguien que padece una grave desigualdad social²². No se trata, pues, de controvertir el injusto o la culpabilidad, o aun la necesidad de la pena, sino la competencia moral de los jueces para juzgar al responsable cuando la sociedad no asume su responsabilidad correlativa en la satisfacción de las expectativas propias de todo ciudadano.

En otras palabras: no es que el transgresor haya tenido derecho a obrar como se le reprocha sino que es la comunidad política la que carece de derecho para recriminárselo, para someterlo a juicio cuando de hecho se le está desconociendo su ciudadanía, una precondición indispensable²³.

Resiste esta generalización Stuart P. Green, quien entiende que cabría preguntarse si es que el Estado carece siempre de autoridad para perseguir y castigar al empobrecido y excluido, o si es que puede, en cambio, tener estatus moral para hacerlo según la índole del caso. Esto así ya que si inequitativa pudiera ser la desventaja social que muchos padecen, no menos inequitativa vendría a ser la equiparación total de agentes, víctimas, hechos y circunstancias cuando de delitos se trata, lo cual en definitiva agravaría la inequidad como un mal social. Green prefiere un análisis adecuado de las circunstancias en cada caso, reparándose primero en el delito mismo de que se trata; luego en la situación de desventaja real en que se encuentra quien lo comete; y por último, pero no menos importante, en situación concreta en que se halla quien resulta víctima del delito en la ocasión²⁴.

entendida por todos como causa de justificación, la regla serían los robos y hurtos, y la excepción el respeto a la propiedad ajena. Aquéllas deben ser tenidas en cuenta a los fines de mensurar la pena (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, *in re* R., J. A.; R., A. M.; S., A. M. y G., R. E. s/ Recurso de casación, 3/12/2009, voto de la mayoría).

¹⁹ R. Delgado, R (1985): “*Rotten Social Background*”: *Should de Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivatio?*, 3 *Law and Inequality* (referencia de Stuart Green en: “Merecimiento Justo en Sociedades Injustas: Un Enfoque Basado en Casos Específicos” cit. infra, p. 404-405).

²⁰ Murphy, Jeffrey G (2016): *Marxismo y retribución*, en “Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 17 Núm. 1, 2016 (referencia de Stuart Green en: “Merecimiento Justo en Sociedades Injustas: Un Enfoque Basado en Casos Específicos” cit. infra, p. 407).

²¹ Ni prevención general, usando la condena de un desgraciado para desalentar que otros desgraciados resuelvan su desgracia por una vía ilícita, o para reafirmar la vigencia de la ley sobre las espaldas del que está en desgracia; ni prevención especial, mediante el escarmiento del desgraciado o su resocialización, cuando de lo que se trata precisamente es de darle las oportunidades en sociedad que hasta entonces no ha tenido.

²² Cf. Duff, Anthony (2015): *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Ed. Siglo XXI, Bs.As., p. 71 y sgts.

²³ Cf. Murphy, Jeffrey G. (2016): Su artículo antes citado.

²⁴ Green, Stuart P. (2020): Su artículo ya citado en “Fundamentos filosóficos del Derecho penal”, p. 397-424.

II. La coerción penal en contextos de inequidad social

En este marco, a partir de reflexiones que hemos escogido en los artículos reunidos por Duff y Green, afrontamos la lectura del artículo de Roberto Gargarella sobre el uso de la coerción estatal en circunstancias caracterizadas por “una fuerte e injusta desigualdad social”. Aunque sus consideraciones se encaminan en la misma dirección que da a las suyas R. A. Duff²⁵, conviene seguir su itinerario, sustentado en valiosa literatura sobre el tema, para arribar a conclusiones que sean de interés y relevancia en el mundo jurídico penal.

Gargarella parte de una fuerte intuición: en contextos de desigualdad social, que distinguen al que denomina “Estado indecente”, resulta difícil justificar el uso de la coerción penal.

Recuerda, a modo de introducción, la discusión ya abierta en torno al uso legítimo del poder coercitivo del Estado, tema de muchos trabajos durante el siglo pasado —entre los que destaca el de Rawls²⁶— que se preguntan por qué hay que obedecer a la autoridad política cuando uno disiente con ella, y por qué hay que admitir el castigo al transgresor en tal situación, máxime cuando se trata de medidas costosas de ventajas prácticas y morales usualmente inciertas.

En esa línea, reconoce la dificultad para justificar de suyo la coerción estatal, y con mayor razón la coerción penal, para luego sostener que esa dificultad se acrecienta sobremanera cuando el que ejerce la coerción penal es un Estado indecente, caracterizado por una fuerte e injusta desigualdad social.

Recorre dos líneas argumentales que ponen en cuestión la legitimidad para juzgar a los transgresores que padecen esa desigualdad. La primera atiende al contrato social, en razón de que la comunidad política se sustenta en un acuerdo fundante al que todos sus miembros adhieren con la expectativa de beneficios comunes y dentro del cual contraen responsabilidades mutuas. Cuando la dinámica de la interacción social lleva a que sectores se vean excluidos de esos beneficios, la misma lógica del contrato social motiva que la comunidad carezca de derecho al castigo.

La segunda línea, no ajena por completo a la anterior, enraíza en la democracia y en una visión dialógica de la sociedad. La idea principal -subraya- es que las normas justificadas sean aquellas en que cada ciudadano pueda considerarse su autor, verse reflejado en ellas, constituir —como dice Duff— una comunidad lingüística y normativa. Cuando las personas empiezan a no reconocerse en esas normas, que no suenan como su propia voz, porque la única ley que suena para ellas es la de la sanción penal, caduca la democracia como un régimen de vida en el que la imparcialidad resulta de procesos de deliberación inclusivos. Las políticas públicas se van sesgando en favor de los aventajados, quienes controlan el proceso de formación de las decisiones, y la pretensión del Estado de hacer uso de la coerción deviene cuestionable cuando recae en los que menos involucramiento tienen en el diseño, aplicación e interpretación de las normas que autorizan esa coerción.

Ambas líneas argumentales permiten identificar al Estado indecente. Gargarella brinda razones que explican las mayores exigencias que deberían pesar sobre ese Estado que pretende ejercer la coerción penal. Es que ya la inequidad social no permitiría presumir

²⁵ Cf. Silva Sánchez, Jesús-María (2018): *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, p. 101, a propósito de: *El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino: A Meeting Point*, de Roberto Gargarella, en *Análisis Filosófico XXXV* (2), SADAF, Bs.As., 2015.

²⁶ J. B. Rawls, obra citada supra.

que el Estado se encuentra justificado para usar la coerción, particularmente contra el que ha transgredido en términos de ley penal, y más bien cabría partir de la presunción contraria: que se halla deslegitimado para ello a menos que demuestre que está haciendo esfuerzos genuinos y verificables para cambiar las circunstancias adversas que vive parte de sus miembros. Sostiene que “debe resultar claro para cualquiera que está dirigiendo todas sus energías a poner fin a las injusticias que hasta hoy ha auspiciado”.

El autor no pone en cuestión la antijuridicidad del hecho transgresor, ni pretende hallar causa de justificación²⁷ o de ausencia de responsabilidad en quien lo ha cometido²⁸, ni abre una discusión sobre la necesidad de la pena, sino que objeta la legitimidad del Estado para pedir cuentas, para atribuir responsabilidad cuando no asume la suya en un marco de corresponsabilidad.

En palabras de R. A. Duff —con quien acuerda— estarían faltando precondiciones de la responsabilidad delictiva y el juicio debería quedar en suspenso. No porque el transgresor haya tenido derecho a hacer lo que se le atribuye, sino porque la comunidad política carece de autoridad moral para exigirle cuentas²⁹.

Coincide pues en que hay una responsabilidad colectiva, tal como la que refiere Alice Ristroph en su ya citado aporte a la obra que nos sirve como marco de referencia. Si se atribuye responsabilidad a alguien como transgresor, esa atribución debe darse en el terreno de la corresponsabilidad que cabe a todos los ciudadanos en las cargas y los beneficios. Después de todo —y tal como lo recuerda Matravers— todos están comprendidos en un destino común, por lo que el transgresor no debe ser avistado como diferente al resto sino como parte de un “nosotros” aunque en desventaja.

Gargarella va más lejos todavía: no solo estaría deslegitimando al Estado esa falta de reciprocidad en las prestaciones sino que, habiendo desigualdad social, existiría el serio riesgo de que el Estado fuese instrumentado por los aventajados para mantener o profundizar sus ventajas, y no sería antojadizo presumir que, en tiempos de crisis, esa instrumentación pudiese llevar a decisiones que no fueran imparciales, o a una menor tolerancia y a castigos más duros hacia los transgresores que justamente proviniesen de los sectores en desventaja, excluidos de la vida pública y sin posibilidades de hacer oír su voz. En ese marco, la ley penal estaría sometiendo a unos al *dominium* de otros y estaría así desnaturalizando su función dentro del Estado³⁰.

²⁷ Es muy interesante, y desafiante por añadidura, el punto de vista sobre el particular que sostiene Silva Sánchez, en su obra citada, cuando de delitos patrimoniales se trata. Parte del derecho que tiene el ciudadano, como tal, a “la inclusión económica mínima”, lo que indudablemente remite a la necesidad de armonizar el destino universal de los bienes como principio principal y a la apropiación particular de los mismos para un mejor provecho como principio subordinado, tema muy caro a las cuestiones que propone a nivel filosófico y político el derecho de propiedad. Basándose en la legislación española —y específicamente en el art. 455 del Código Penal— concluye que quien comete un hecho lesivo para el patrimonio ajeno, en situación de pobreza persistente y grave, está actuando conforme a derecho aunque no se encuentre en estado de necesidad (hurto famélico), a menos que lo haga con fuerza, violencia o intimidación, en cuyo caso debería responder a lo sumo por “realización arbitraria del propio derecho”. Que se daría así en el indigente una “realización subjetiva del Derecho objetivo” en términos hegelianos, pero no privaría a la víctima de su derecho a defender lo propio, ni relevaría al Estado de su deber de prevenir el delito (ibídem, ps. 103-105).

²⁸ Si se reputa antijurídico el obrar, no obstante el contexto de pobreza grave y persistente, la exención del indigente —a juicio de Silva Sánchez— debe tratarse en la categoría de la responsabilidad como expresión de exigibilidad. Esto así dado que lo que le era exigible al agente ante quien deviene víctima no le sería exigible ante el Estado desprotector (ibídem, ps. 108-110).

²⁹ Cf. Duff, Anthony (2015): *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, ya citado, p. 71 y sgts.

³⁰ Cf. Daggar, Richard (2020), ya citado.

Así, ante el alto riesgo de que un juicio en causa penal fuese parcial, competiría al Estado demostrar que su administración de justicia es confiable, que todos sus miembros pueden confiar en que serán tratados como iguales en la actuación judicial. Recuerda a Von Hirsch³¹, quien advierte que si a un segmento sustancial de la población se le niegan oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar que se use será moralmente defectuoso. También cita a H. Hart, que entiende admisible una nueva causa de justificación en “la presión de las formas groseras de la necesidad económica”³², en tanto Duff se pregunta si puede aplicarse un castigo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran vinculadas con injusticias sociales serias que han sufrido³³.

En resumidas cuentas: el Estado indecente no podría juzgar si no acreditara esfuerzos genuinos para revertir la grave e injusta desigualdad social, y suficientes garantías para una igualdad de trato a todos los ciudadanos que deben comparecer ante los estrados judiciales, cualquiera fuese su emplazamiento en la sociedad.

III. Los interrogantes que deja una coerción penal condicionada

Roberto Gargarella pone en tela de juicio la legitimidad del Estado para usar la coerción penal cuando hay una fuerte e injusta desigualdad social. El Estado sería *per se* indecente y sin autoridad para juzgar y castigar.

Podríamos acordar con él desde una perspectiva de estricta justicia, pero no advertimos que esto pueda afirmarse de modo absoluto³⁴. Puede suceder que la grave inequidad le sea imputable; que el Estado sea indolente ante la grave inequidad, o la genere en razón de su propia ineficiencia o de su manipulación por sectores interesados. Y más todavía: que ese Estado que no satisface el fin de su existencia para todos pretenda, a la vez, exigir a todos por igual la sujeción a un orden en que los beneficios y las cargas se distribuyen con irritante desigualdad, y hasta imponer sanciones a quienes lo transgredan.

Pero también puede suceder que esa situación de inequidad exista en razón de factores que escapan a las decisiones y operaciones que el Estado lleva adelante procurando su neutralización; que la comunidad política se vea impotente ante operadores de mucho peso cuya actividad interesada sobrepasa su gestión en beneficio común.

El mismo Gargarella admite, en definitiva, que su afirmación inicial es relativa, que hay un *secundum quid*, cuando sostiene que el Estado queda deslegitimado en la coerción, y por ende merece el calificativo de indecente, a menos que demuestre que está haciendo esfuerzos genuinos y verificables para superar la situación de injusta desigualdad.

Sería difícil identificar esta indecencia cuando el Estado es concebido solo como un medio de preservación de las libertades individuales en el marco del contrato social. Es más que probable que a esta concepción acudan quienes sean indiferentes ante el padecimiento de muchos, pero con más probabilidad quienes pretendan escudarse en ella —con un despliegue de verborragia en defensa de la libertad en abstracto— para defender sus

³¹ Von Hirsch, Andrew (1976): *Doing Justice*, Hill and Wang, New York (citado por R. Gargarella).

³² Hart, H. (1968): *Punishment and Responsibility*, Oxford Press University, Oxford (citado por R. Gargarella).

³³ Duff, R. A. y Marshall, S. (1996), *Penal Theory and Practice*, Manchester University Press, Manchester (citado por R. Gargarella).

³⁴ Por lo pronto debería hacerse la distinción —que con acierto hace Silva Sánchez en su obra *Malum Passionis* ya citada— entre deberes naturales, siempre exigibles, y deberes positivos, cuya exigibilidad puede ceder ante el ciudadano al cual la inacción del Estado le desconoce de hecho su calidad de tal (ps. 101-103).

ventajas ante la injusta desigualdad, y hasta para acotar acciones del Estado que se propongan remediarla.

No es difícil, en cambio, identificar la indecencia cuando se entiende que la comunidad política está para hacer posible a sus miembros el goce de un conjunto de bienes que individualmente no podrían alcanzar; cuando hay conciencia de la comunidad como un “nosotros” con un destino común, en un marco de corresponsabilidad que debe hacerse eco del desnivel que se produce cuando hay quienes se ven privados de acceso a esos bienes por otras razones que la propia indolencia o el infortunio particular.

Calificado el Estado como indecente, surgen interrogantes: ¿Bastaría el solo riesgo de manipulación por parte de los aventajados para presumir la deslegitimación de la coerción estatal, y la coerción penal en consecuencia? En caso afirmativo: ¿Cuáles serían los esfuerzos genuinos que el Estado debería acreditar para legitimar la coerción, y cómo se verificaría su existencia? ¿Quién fijaría los parámetros al respecto? ¿Alcanzaría la deslegitimación de la coerción estatal a todos los sectores sociales o únicamente a los desventajados?

Nos parece que estos interrogantes cobran particular relevancia para la coerción penal, sobre todo en tiempos de crisis, cuando hay —a juicio del autor— mayor propensión a decisiones judiciales sesgadas, con menor tolerancia hacia los transgresores en desventaja social. De lo que cabe inferir que, aun en el supuesto de que el Estado pudiese demostrar que está haciendo esfuerzos por revertir la grave desigualdad social, debería además acreditar que se encuentra en condiciones de dispensar igualdad de trato a todos sus integrantes, cualquiera sea su posición social³⁵.

También en este punto brotan interrogantes, de respuesta pendiente: ¿Cómo podría demostrar el Estado que están dadas las condiciones para que sus miembros sean tratados por igual pese al contexto de inequidad social? ¿Cuáles serían los indicadores? ¿A quién correspondería expedirse al respecto?

En definitiva, el Estado que no pudiera acreditar sus esfuerzos por restablecer la equidad social, y particularmente para dar en su administración de justicia un trato igual para todos los sometidos a proceso penal, debería abstenerse de juzgar. No porque el hecho enrostrado estuviese justificado en sí, o porque mediara alguna circunstancia exculpatoria, sino porque ese Estado carecería de legitimidad para hacerlo.

No aclara el autor si, a su ver, estas circunstancias afectarían la punibilidad misma del injusto culpable, o si podrían alzarse como nuevas excepciones frente a la acción penal en cuanto incumben al poder jurisdiccional o a la igualdad procesal; tampoco si la misma legislación podría incluirlas dentro de sus criterios de oportunidad para la disponibilidad de la acción cuando el Estado admitiese que no ha hecho suficientes esfuerzos para revertir una grave desigualdad social o cuando no pudiese garantizar la igualdad de trato a los ciudadanos en el proceso penal, aunque esto pudiera lucir improbable dado que el Estado estaría admitiendo su propia torpeza.

IV. Una vía de superación

No obstante los interrogantes que penden, la posición del autor nos seduce pues abre una discusión en el marco de las Reglas de Brasilia, no ya por la vulnerabilidad de quien sería víctima de delito sino de quien lo habría cometido. No solo por la posibilidad de acceder al banquillo de acusado con defensa profesional y contar con otras garantías formales, sino por la efectiva disponibilidad de un juicio en cuya resolución pueda ser dirimente su perte-

³⁵ Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (año 2008), que expresan la conciencia jurídica internacional en el tema, comprenden entre sus beneficiarios a los que padecen la vulnerabilidad procedente de la pobreza (Capítulo I, Sección 2da.).

nencia social a un contexto de injusta desigualdad, y en que pueda acceder al mismo trato que se dispensa a cualquier ciudadano aventajado.

Los interrogantes no deberían erigirse en obstáculo sino en desafío; al menos es lo que cabe si no queremos resignarnos al conformismo del que proclama “¡viva la ley penal aunque la justicia perezca!”

Sus afirmaciones iniciales muy generales, que luego va recortando al reconocer que la grave desigualdad social no torna de suyo al Estado indecente, ni destina inevitablemente al ciudadano en desventaja a un trato judicial desigual, reclaman un enfoque realista que dé viabilidad a la conclusión que deriva del planteo del autor sin restar certidumbre a la sociedad, a víctimas y transgresores cuando alguien está llamado a responder ante la ley penal³⁶.

En su misma línea de pensamiento, lo primero a discernir sería el contexto de desigualdad social relevante; determinarlo conceptualmente mediante sus notas más significativas y estimables. Sin ello sería imposible ir adelante, al menos sin entrar en una pura discreción judicial que eventualmente abra puertas a la arbitrariedad. El catedrático español Silva Sánchez —en obra posterior a la que nos ocupa— brinda una nota que creemos muy importante a ese efecto: el desconocimiento del derecho a la inclusión económica mínima³⁷, que podría referir a la línea de indigencia, a la de pobreza, al salario mínimo, vital y móvil, al ingreso universal u otro parámetro útil para su determinación. Como puede advertirse, se trata de un derecho que tiene el ciudadano y que emerge de los deberes contraídos por toda la ciudadanía en el ámbito de la corresponsabilidad inherente al Estado.

Luego habría que establecer la vinculación entre el hecho atribuido al agente y su pertenencia a ese contexto de desigualdad social. El obrar ilícito tendría que consistir en la transgresión de un deber positivo³⁸ y explicarse en ese contexto, no en relación de causa a efecto pero sí vinculado a una situación socialmente injusta debida a la afectación grave de sus derechos —especialmente el de inclusión económica mínima— y expectativas como miembro de la sociedad. Green sostiene sobre el particular que el examen debe comprender todas las circunstancias: las que tocan al agente, a su víctima y al hecho mismo de que se trata³⁹.

La sola presencia del agente en un ilícito punible que se explica por su ámbito de vida, signado por la injusta desigualdad, estaría poniendo en cuestión al Estado. Ninguna duda cabe que le era exigible conducirse de otra manera que la antijurídica escogida, pero le era exigible ante quien ha sido su víctima⁴⁰ y no ante un Estado indecente, ese que no prueba haberse esforzado en dar a todos los suyos esa inclusión económica mínima que es

³⁶ No basta con cuestionar, sin más, la coerción penal entendiéndola como una mera herramienta para dar satisfacción a las víctimas —como dice el autor al responder eventuales objeciones— aduciendo que éstas pueden hallar reparación por otras vías. Si así fuera, deberíamos poner en cuestión la pena en cualquier caso, ya que en los delitos hay generalmente víctimas que claman justicia penal, y además preguntarnos si una reparación —provenga de quien provenga— puede suplantar lo que ha sido y sigue siendo una pena, algo que excede con creces el tema de que se trata.

³⁷ Cf. Su obra citada, p. 104.

³⁸ Ver nota 34.

³⁹ Silva Sánchez, por su parte, parece prescindir de la situación concreta de la víctima para discernir la del agente en su eximente por contexto social injusto, pero reconoce que “la víctima debe ser compensada por el daño sufrido, tanto en términos materiales como simbólicos” (ibidem, p. 106).

⁴⁰ Y tan es así, que ésta o un tercero podían actuar en legítima defensa de su derecho (Silva Sánchez, ibidem, ps. 105-106).

cartabón de justicia social y garantizar la igualdad de trato al que se encuentra en desventaja por su pertenencia social⁴¹.

La carga de la prueba está a la vista, y hay interrogantes que subsisten. Lo único que se puede decir hasta aquí es que los funcionarios estatales deberían aportarla cada vez que esté en juego su responsabilidad y que competirá al juzgador expedirse al respecto sin otras pautas objetivas que las que pueda ir dando la legislación o la jurisprudencia.

Gargarella no hace explícita la manera en que concluiría la intervención de los órganos públicos al verse desautorizados por la indecencia estatal, algo indispensable para saber cuáles serían sus efectos, como asimismo para encontrar la víctima en ello una explicación, satisfactoria o no, tomar la sociedad conciencia de lo que está viviendo, y asumir el Estado la responsabilidad que le cabe en bien de todos sus ciudadanos.

Silva Sánchez sí se refiere a las consecuencias jurídicas aplicables cuando se trata de delitos lesivos de deberes positivos cometidos por quienes se hallan en pobreza grave y persistente si el Estado no ha realizado esfuerzos para su superación. Esta circunstancia exime de responsabilidad penal, exención que indudablemente tiene un efecto absolutorio. En los términos de la legislación española, limita la exención a los delitos contra lo patrimonial cuando no se cometen con fuerza, violencia o intimidación⁴².

La exención no sería óbice para que la autoridad estatal adopte las medidas que hagan cesar sus efectos y prevengan su reiteración, entre ellas el restablecimiento de derechos vulnerados a víctima y agente del delito. Medidas que competen al Estado y que los involucrados deben tolerar en virtud de la corresponsabilidad inherente a la vida en común⁴³.

En su opinión, la duda sobre la suficiencia de los esfuerzos realizados para promover esos sectores pauperizados a una mejor calidad de vida, autorizaría la atenuación en la responsabilidad⁴⁴.

Palabras finales

Ninguna duda me cabe que un avance en esta dirección, en países azotados por la indigencia y el crimen como el nuestro y otros de la región, exige la mayor prudencia en su implementación.

Sea que la legislación lo admita, sea que la jurisprudencia lo reconozca, no contribuiría a afianzar la justicia ni favorecer la paz social si no fuera precedido, o al menos acompañado, de una resignificación pública de lo que la sociedad comporta, de la corresponsabilidad que le es inherente, de ese destino común que exige esfuerzos para que todos puedan encontrar en sociedad vías de acceso a lo que se estima bien común. Malo sería que el tema quedara circunscripto al mundo de los juristas, para luego bajar de sopetón en algún fallo que pudiera lucir trasnochado, con el desasosiego consiguiente.

Es que la eventual exención de responsabilidad en contextos de injusta desigualdad no debe ser avistada como salvoconducto para la delincuencia de los indigentes sino como

⁴¹ *Ibídem*.

⁴² Esas acciones, en el marco del destino universal de los bienes, solo irrumpirían en la apropiación de la cosa resultante de la legislación positiva, sin derrotar las defensas —materiales o personales— con que el propietario pretende legítimamente conservarla para sí. Ya cometidos con el uso de fuerza, violencia o intimidación, no eximirían de responsabilidad penal, pero igualmente el Estado indecente debería contemplar el contexto inicuo como atenuante.

⁴³ En nuestra opinión, no eximiría de responsabilidad penal, aunque con atenuación en su caso, la pertinacia en la transgresión cuando se han adoptado judicialmente medidas idóneas para prevenir la reiteración y restablecer los derechos vulnerados al agente, no obstante su pertenencia a un contexto de injusta desigualdad social.

⁴⁴ *Ibídem*, ps. 110-112.

un muy severo llamado al Estado a asumir su responsabilidad y realizar los esfuerzos suficientes a su alcance para revertir situaciones que afligen y claman justicia.

Comisión de un delito durante un cese de prisión. Problemas y solución *

Commission of a crime during a release from prison.
Problems and solution

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

RESUMEN: En el presente trabajo se dan razones para criticar que, al momento o luego de una condena, se otorgue un cese de prisión por cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional, y luego de la firmeza de dicha condena, se transforme automáticamente dicho cese en libertad condicional. En su lugar, también brindando razones, se propone que se otorgue una “libertad condicional parcial y provisoria”^{***}, y que luego se transforme en una libertad condicional total y definitiva, una vez firme la primera condena.

PALABRAS CLAVES: Cese de prisión. Libertad condicional. Unificación de penas. Cómputo de penas.

ABSTRACT: *In the present work, reasons are given to criticize that, at the moment or after a sentence, a release from prison is granted for compliance with the requirements of parole, and after the finality of said sentence, said release is automatically transformed into conditional freedom.*

Instead, also providing reasons, it is proposed that a "partial and provisional conditional release" be granted, and that it later become total and definitive, once the first sentence is signed.

KEYWORDS: *Release from prison. Conditional freedom. Unification of penalties. Computation of sentences.*

1. Introducción

En el presente trabajo examinaré un supuesto problemático que suele suceder cuando, al momento o luego de una condena, se otorga un cese de prisión por cumplimiento de los requisitos propios de la libertad condicional¹ (art. 13 CP, en función del 283 —inc. 3— CPP Cba., 191 —inc. C— CPPNac. y ccs.), y luego se lo transforma en dicho beneficio, una vez firme la condena. Antes de presentarlo, expondré primero los supuestos más sencillos, para los cuales la propia ley tiene una solución expresa.

* Exposición efectuada el día miércoles 23 de noviembre de 2022 en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor Adjunto de la asignatura Derecho Penal I, Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Vocal de Cámara de la Cámara en lo Criminal y Correccional de 11ra. Nominación de la ciudad de Córdoba. Autor de libros y artículos en publicaciones especializadas del país.

*** De manera algo parecida a como lo viene haciendo el Juzgado de Ejecución Penal de segunda nominación, de la ciudad de Córdoba, a cargo del Dr. Cristóbal Laje Ros, a partir del precedente “Urrets Zavalía”, mediante Auto n° 187, del 29/10/2009.

¹ Por cuestiones prácticas, me referiré a la libertad condicional, pero lo que aquí digo resulta aplicable, *mutatis mutandis*, a la libertad asistida (art. 54 L. nac. 24660), tal cual lo sostiene la Sala Penal del TSJ cordobés en “González” (S. n° 304, 19/11/2012). A nivel nacional, ello está expresamente establecido en el Código procesal respectivo (art. 191, inc. c, CPPNac.). Sin embargo, al ser tan escaso el lapso de pena restante al momento del egreso con el referido beneficio (solo tres meses de prisión - art. 54, 1er. párr., L. nac. 24600), en la práctica los problemas que aquí comentaré devienen abstractos, por cumplimiento de la pena.

Concretamente, el caso lineal, fácil, ocurre cuando la condena queda firme, el cese de prisión es transformado en libertad condicional, y el sujeto cumple con todas las condiciones². En este caso, simplemente, se tiene por extinguida la pena de prisión (art. 16 CP).

Por el contrario, si el sujeto, luego de dicha transformación de su cese de prisión en libertad condicional, comete un segundo delito, este supuesto también tiene una respuesta legal expresa: el juez de la segunda condena no computará el tiempo que hubiera durado dicha libertad (art. 15 CP), y deberá unificar lo que debía al tiempo del egreso anticipado a título de cese de prisión (art. 58 CP)³.

El caso se complica —y ello fue el pinchazo que me hizo escribir estas líneas— cuando durante el aludido cese de prisión aún no transformado en libertad condicional, el sujeto delinque, y vuelve a sufrir encierro cautelar. Ante este supuesto segundo delito, ¿debe revocarse el cese de prisión antes concedido? Una vez firme la primera condena, ¿cabe transformar sin más dicho cese de prisión en libertad condicional? ¿Debe el juez de la segunda condena practicar una unificación de penas? ¿Cómo deberá llevarse a cabo el respectivo cómputo de pena? ¿Es posible obtener una segunda libertad condicional?

Adelanto que, a mi juicio, la pauta para responder lo mejor posible los interrogantes que arriba planteo consiste en hacer rendir los nuevos lineamientos brindados recientemente por el máximo tribunal cordobés con relación al cese de prisión del art. 283, inc. 3, del CPP cordobés. Los expongo, previo reseñar los anteriores precedentes sobre el tema, para que así surja más nítido el cambio que, a mi juicio, ha ocurrido con respecto a la interpretación de la mencionada disposición procesal por parte del máximo tribunal cordobés.

2. Una vuelta a los orígenes

a. La reseña que anticipé, comienza en el año 2003.

Concretamente, en “**Ledesma**” (S. n° 8, 4/03/2003), luego de haber solicitado los respectivos informes criminológicos, el tribunal *a quo* había denegado el cese de prisión solicitado por la defensa del nombrado, habiendo efectuado una valoración anticipada acerca de su imposibilidad de acceder a la libertad condicional. Concretamente, había sostenido que, a pesar de haber cumplido con el requisito temporal (ocho meses de prisión) en base al pronóstico punitivo hipotético efectuado (no más de tres años de dicha especie de pena), el aludido no había observado regularmente los reglamentos carcelarios (art. 13 CP, en función del 283, inc. 3, CPP Cba.). Es decir, interpretó que la remisión que allí se efectúa al régimen de la libertad condicional es total, incluido el pronóstico de peligrosidad sustancial.

Ante ello, el máximo tribunal cordobés casó el referido fallo, y concedió el cese solicitado. Concretamente, sostuvo —en lo que aquí concierne— que, si bien el art. 283, inc. 3, del CPP cordobés se funda en el principio de proporcionalidad (y en su consecuencia: la prohibición de exceso) al deslegitimar una medida cautelar de duración mayor a la de la hipotética pena a sufrir, la remisión a los requisitos de la libertad condicional que efectúa el art. 283, inciso 3 de la ley de rito cordobesa, no es total: solo alude al requisito

² ...pero incluso aquí ya aparece un problema: ¿desde cuándo hay que computar el tiempo como cumplimiento de pena? ¿Desde el egreso como cese, o desde la imposición de condiciones compromisorias propias del referido beneficio sustantivo? Abajo trato este interrogante.

³ Ver, al respecto, Arocena, Gustavo A. - Carranza Tagle, Horacio A., *Unificación de penas y condenas. Principios, casos y soluciones*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2021, p. 19.

temporal, y no al pronóstico de peligrosidad criminal (“cumplimiento regular de los reglamentos carcelarios”), requisito este preponderante frente a un penado, esto es, un condenado con sentencia firme (respecto de quien se indaga su reinserción social), mas no debe ser valorado con relación a un pronóstico punitivo frente a un procesado.

Sin embargo, lo adelantado, durante casi veinte años después, el máximo tribunal cordobés fue “corrigiendo el rumbo” marcado en “Ledesma”, hasta volver al punto de arranque.

b. Así, en “**González**” (S. n° 304, 19/11/2012), la defensa (en ese entonces, quien escribe estas líneas) impugnó el rechazo del cese de prisión de su asistido, el cual se basaba en un pronóstico de peligrosidad criminal a partir de los informes de conducta pésima emitidos por el servicio penitenciario. Frente a ello, apoyándose en el precedente “Ledesma” (recién reseñado), pidió que se tuviera en cuenta solo el requisito temporal del beneficio liberatorio en cuestión (ya cumplido por González), y no el citado pronóstico de peligrosidad sustantiva.

El máximo tribunal cordobés rechazó el referido planteo. Concretamente, sostuvo —en lo que aquí interesa— que, a fin de examinar la procedencia de un cese de prisión a tenor del art. 283, inc. 3, del CPP, si bien es cierto que la remisión a los requisitos del beneficio liberatorio es parcial, solo relativa al requisito temporal, y no al pronóstico de peligrosidad sustantiva, es posible evaluar los aludidos informes del establecimiento carcelario (los cuales, en el caso de González, mostraban claramente una significativa resistencia a la observancia de normas carcelarias) y cualquier otra constancia de la causa, que sean indiciarios de un *peligro procesal concreto*, que desaconsejaría la soltura preventiva. Es que ellos permiten proyectar similar actitud frente a las condiciones de su otorgamiento, previstas en el art. 268 del CPP cordobés (art. 177 CPPNac., y ccs.).

c. En esta misma línea, en “**Benavídez**” (S. n° 12, 27/02/2014), invocando lo sostenido en “González” (arriba citado), el máximo tribunal cordobés sostuvo que, si la duración de la privación de la libertad ya ha satisfecho el requisito temporal exigido por el inciso 3 del art. 283 del CPP, la subsistencia de la medida de coerción, que importa la afectación de la libertad de quien aún le asiste el principio de inocencia, debe apoyarse en claros indicios acerca de su *peligrosidad procesal*, que conecten directamente la indisciplina con riesgos de entorpecimiento del proceso o de fuga. En otros términos, no cabe tener en consideración sanciones disciplinarias que nada tengan que ver con el referido peligro procesal concreto.

d. La doctrina del precedente “González” (esto es, la que establece un claro distingo entre el cese a tenor del art. 283, inc. 3, del CPP —sujeto a condiciones tendientes a neutralizar la peligrosidad procesal— y la libertad condicional —sujeta a condiciones tendientes a neutralizar la peligrosidad sustantiva— se sostuvo también, con otra integración, en “**Belmaña Juárez**” (S. n° 22, 22/02/2019⁴).

e. Sin embargo, al año siguiente, en el precedente “**Romero**” (S. n° 537, 24/11/2020), tal como ya lo anticipé, la máxima instancia provincial corrigió el rumbo trazado hasta ese entonces en cuanto a la interpretación del 283, inc. 3, del CPP cordobés. Y este cambio, a mi juicio, es acertado.

⁴ Dicha resolución fue firmada por los Dres. Weiss, Ispani, y Palacio de Arato.

Adelanto que en dicho precedente el tribunal de casación cordobés anuló una denegatoria de la clase de cese de prisión bajo estudio, por haberse basado el tribunal *a quo* solo en razones atinentes al peligro procesal concreto, sin haber examinado un pronóstico de peligrosidad sustantiva, que le permitiera establecer si se había cumplido el requisito temporal del beneficio en cuestión.

Concretamente, para arribar al referido resultado, el máximo tribunal mediterráneo comenzó expresando que la remisión del art. 283, inc. 3 del CPP cordobés al art. 13 del CP es parcial, únicamente en lo relativo al requisito temporal (citando los precedentes “Ledema”, “González”, y “Benavidez”, arriba reseñados) y que el cumplimiento de dicho requisito implicará, por regla, el otorgamiento de dicho cese del art. 283, inc. 3. Pero agregó que, si el pronóstico de peligrosidad criminal torna improcedente una libertad condicional a pesar del cumplimiento de dicho requisito temporal, ello también torna improcedente el cese de prisión basado en el principio de proporcionalidad.

La prestigiosa Sala Penal del TSJ cordobés, a fin de avalar lo anterior, sostuvo que la razón que motiva el cese de prisión del art. 283, inc. 3, del CPP cordobés es la igualdad de trato con relación a un sujeto penado, teniendo en cuenta el *efectivo encierro* que aquel padecería en dicho carácter, ya sea en base a un pronóstico punitivo concreto basado en los arts. 40 y 41 del CP (pena eventual), o en base a la pena ya dictada pero aún no firme. Ese parámetro sirve para medir el cumplimiento del requisito temporal de dicho beneficio liberatorio.

Una vez cumplido el requisito temporal, continúa, si de los informes criminológicos surge como probable la procedencia sustancial del beneficio en cuestión, ello determinará una menor duración de la pena efectiva a sufrir. Por ello, procederá, sin más, el cese de prisión del inc 3 de la referida disposición de rito (art. 283 CPPCba.). De lo contrario, se vulneraría el principio de proporcionalidad.

Hasta aquí llega la nueva interpretación de este instituto en el precedente “Romero”. Ello así, más allá de que, a continuación, el cimero tribunal cordobés remarque que, aun ante un pronóstico de probable peligrosidad criminal que justificaría la improcedencia de la libertad condicional (y —por ende— del cese de prisión a tenor del art. 283, inc. 3), igualmente deberá examinarse más severamente⁵ si existen “claros y serios” (o “claros y graves”) indicios de peligro procesal concreto (invoca a “Ledema”), extraíbles de sanciones disciplinarias directamente vinculadas con dicho peligro (invoca a “González”, y “Benavidez”). Su ausencia determinará el cese de prisión, ya no a tenor del inc. 3 (proporcionalidad), sino del 2 (ausencia de peligro procesal concreto⁶).

En definitiva, a partir de la lectura del fallo “Romero”, entiendo que, a fin de indagar la procedencia de un cese de prisión basado en el principio de proporcionalidad, resulta clave considerar si el sujeto, de haber sido penado, habría accedido a la libertad condicional. Por ello, deberá examinarse no solo si ya cumplió con el requisito temporal del art. 13 del CP (teniendo en cuenta su eventual o actual pena “concreta”), sino también si concurre el restante requisito relativo a la ausencia de peligrosidad criminal. En términos más sencillos, ahora se sostiene, tal como lo había interpretado el tribunal *a quo* en el precedente “Ledema” (arriba citado) que **la remisión del art. 283, inc. 3 del CPP al art. 13**

⁵ Ello se debe a que, al restar poca pena por cumplir, hay un fuerte indicio de ausencia de riesgo procesal. Esta regla, entonces, debe ser matizada, según cuánto tiempo falte para cumplir con la pena.

⁶ El 283, inc. 2, del CPP de Córdoba establece, justamente, como causal de cese de prisión, la ausencia de peligro procesal concreto. En sentido similar, ver art. 177, 1er. párr., *a contrario*, C.PPNac. y ccs.

de CP es “total”. Y por ello, el título de este punto de mi exposición (“una vuelta a los orígenes”).

De hecho, en el precedente “Romero” (que aquí comento) se termina aclarando que la necesidad de examinar el riesgo procesal concreto ante un pedido de cese de prisión (lo cual se comenzó a resaltar en “Ledesma”, y, luego, en “González”, y en “Benavidez” - *supra* cits.), se refiere —más bien— a la interpretación de los requisitos de otra causal de cese de prisión, a saber: la del 283, inc. 2 del CPP cordobés. En otros términos, el desvío del rumbo se debió a que, en lugar de estar interpretando el cese del art. 283, inc. 3, se estaba analizando el del art. 283, inc 2, siendo que obedecen a razones distintas: el primero, a la ausencia de peligrosidad sustancial; el segundo, a la ausencia de peligrosidad procesal.

3. Problemas vigentes

Acabo de reseñar y examinar críticamente la actual jurisprudencia del máximo tribunal cordobés en materia del cese de prisión por cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional.

Ahora deseo resaltar los problemas (ya mencionados arriba a modo de preguntas) que surgen en el caso que me propuse examinar. Este consiste (como ya lo anticipé) en que un sujeto que ha obtenido un cese de prisión por proporcionalidad con la pena (art. 283, 3, CPP Cba.), antes de que se transforme dicho cese de prisión en libertad condicional comete un nuevo delito, y se lo vuelve a privar cautelarmente de su libertad durante la investigación y juicio de dicho segundo delito.

a. Revocación del cese

En cuanto al cese de prisión antes otorgado, mientras se investiga y juzga al sujeto por el segundo delito, entiendo que el tribunal que otorgó dicho cese (esto es, el de la primera condena o el de ejecución, según el caso) puede llegar a revocarlo. Ello así porque, si bien el sujeto no vulneró condiciones tendientes a neutralizar el peligro procesal (art. 268 CPP Cba – 177 CPPNac.), el supuesto segundo delito generalmente⁷ hará variar el lapso del requisito temporal propio de la libertad condicional.

Es que, en lugar de estar únicamente ante una pena (ya dictada o eventual), cuyo transcurso parcial -a modo de encierro cautelar- justificó la soltura preventiva (esto es, ante penas de prisión temporales, dos tercios de la pena, u ocho meses, si es de tres años o menos – art. 13 CP), ahora habrá que examinar una pena concreta unificada futura (es decir, realizar un pronóstico punitivo), porque a lo que debía el sujeto al momento del egreso, se agregará la pena a imponer por el segundo delito. Y ello traerá aparejado que, indefectiblemente, el sujeto aún no habrá cumplido con el requisito temporal del beneficio liberatorio en cuestión.

Así, p. ej., si el sujeto egresó de la cárcel a los cuatro años de encierro cautelar, a partir de una condena de seis años de prisión, y a raíz del supuesto segundo delito la pena unificada ascendería a seis años (teniendo en cuenta la pena por el segundo delito —en nuestro ejemplo, cuatro años—, más lo que le restaba cumplir de la anterior (dos años)⁸, ahora, para cumplir con los dos tercios de esta pena unificada eventual, deberá padecer cuatro años más de prisión (sumados a los cuatro años ya sufridos)⁹.

⁷ Salvo que se trate de un delito muy leve.

⁸ Aludo aquí a una suma aritmética y no al método composicional, para hacer más sencillo el ejemplo. En cuanto a dicho método, ver Martínez, *op. cit.*, p. 150 y ss.

⁹ Cabe aclarar que el tiempo de encierro cautelar padecido al momento del cese de prisión, al ser considerado en la eventual unificación de penas como extinción parcial de la primera pena impuesta, no corresponderá volver a considerarlo en el respectivo cómputo de pena.

Por otra parte, siguiendo los lineamientos de “Romero” (arriba citado) en cuanto a la otra causal de cese basada en la ausencia de peligro procesal concreto (art. 283, inc. 2, CPP Cba.), a mayor resto de pena, se permite un examen menos riguroso de los indicios de peligro de fuga.

Entonces, resulta claro que, en la mayoría de los casos, ante la noticia de la supuesta comisión de un segundo delito, el juez del cese debería revocar esta decisión. Es que, insisto, ello hará variar el pronóstico punitivo que la motivó.

b. ¿Transformación automática en libertad condicional?

Recién di razones para justificar que en el caso que comento generalmente deberá revocarse el cese de prisión antes concedido.

Ahora bien, incluso si el juez respectivo no revoca el aludido cese de prisión, las mismas razones recién brindadas (esto es, el que ha variado el pronóstico punitivo a raíz de la comisión de un nuevo delito, con el consiguiente “corrimiento de los dos tercios” —por llamarlo de algún modo a la modificación del *quantum* relativo al requisito temporal de la libertad condicional—, sirven ahora para sostener que, si se comete un segundo delito durante el aludido cese de prisión, no se debería transformar “automáticamente” dicha soltura preventiva en libertad condicional apenas la primera condena quede firme.

Además, al sufrir el sujeto nuevamente encierro cautelar por el segundo delito (este es el caso problemático que trato en el presente trabajo), fácticamente no tengo a un sujeto “libre”, a quien imponerle condiciones compromisorias que presuponen ese estado de libertad *extramuros*¹⁰.

c. ¿Declaración de reincidencia?

Ahora bien, queda claro que, pase lo que pase (esto es, se revoque o no dicho cese de prisión, o se lo transforme o no en libertad condicional), el juez de la segunda condena no podrá declarar reincidente al sujeto en cuestión.

Lo anterior se debe a que, al haber obtenido su egreso a título de procesado, el sujeto no habrá cumplido encierro a título de pena, único antecedente válido para ser reinci-

¹⁰ En el mismo sentido, *mutatis mutandis*, refiriéndose a las reglas de conducta del art. 27 del CP con relación a la condena de ejecución condicional, ver TSJ Cba, Sala Penal, “Maggiora”, S. n° 345, 6/11/2013).

También concuerdan en exigir libertad *extramuros* para que resulten exigibles las aludidas reglas de conducta, López, Axel – Machado, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal. Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, p. 138.

Por su parte, Eugenio Martínez cita abundante jurisprudencia que avala este parecer: CFedCasPen, Sala III, 21/08/2003, “Dorrego”; id. Trib y Sala, 19/02/2003, “Muñiz”; e id. Trib., Sala IV, 20/10/2003, “López”, por mayoría. Sin embargo, dicho autor discrepa porque entiende que el sujeto, si bien no podría cumplir con dichas condiciones “...tampoco podría quebrantarlas”, y propende a que se otorgue dicho beneficio, quedando a disposición del tribunal que juzga el segundo delito, quien, en caso de condena, luego evaluará si hace operativo dicho beneficio, en caso de haberse cumplido el requisito temporal del art. 13 del CP, teniendo en cuenta la pena ahora unificada (*Integración de condenas. El principio de unidad penal ante sentencias múltiples*, Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 129).

A mi juicio, la única razón que justificaría transformar el cese de prisión en libertad condicional, y no hacerla efectiva por estar el sujeto bajo encierro cautelar a disposición de otro tribunal, sería, en aras al respeto a la igualdad ante la ley (art. 16 CNac.), la de hacer factible la revocación de esta libertad condicional (aún no efectivizada) en caso de que el sujeto cometiera un tercer delito (art. 15 CP), pero ahora *intramuros*, mientras dura su prisión preventiva con relación al segundo delito. Ese argumento suele estar implícito en la práctica detrás de cada transformación automática del cese, según se comenta entre operadores judiciales.

Abajo doy razones para demostrar que la referida preocupación se puede solucionar antes, otorgando desde el principio una libertad condicional parcial y provisoria.

dente, según la jurisprudencia de la CSJN (en “Mannini”, res. del 17/10/2007 -voto en mayoría-), y acatada por nuestro máximo órgano judicial cordobés (en “Quevedo”, S. n° 208, 13/08/2008).

d. ¿Unificación de penas?

Ahora bien, se plantean varias alternativas al juez de la segunda condena, relativas a la unificación de penas (porque el caso que comento siempre se tratará de un delito cometido después de la primera condena, aún no firme, lo cual impide pensar en una unificación de condenas)¹¹.

d.1) Así, si no se transformó el cese en libertad condicional, el juez de la segunda condena debe revocarlo¹² (por las razones ya dadas, a las cuales se suma que ahora estamos ante una condena actual, no meramente hipotética), y unificar penas porque, al no haber existido durante el cese de prisión condiciones compromisorias propias de una libertad condicional sino solo tendientes a reducir el riesgo procesal de fuga (fijar domicilio, presentarse al tribunal, etc. —art. 268 CPP Cba.— 177 CPPNac.), ese tiempo transcurrido no podrá computarse para tener por extinguida la pena (art. 16 CP).

A partir de lo anterior, pareciera que el sujeto sale perjudicado si obtuvo un cese de prisión, y no una libertad condicional. Sin embargo, de haberse otorgado una libertad condicional, también debería procederse a la unificación de penas. Ello así, porque, a raíz de la comisión de un segundo delito, dicho tiempo en libertad condicional *ope legis* debe tenerse por no transcurrido (art. 15, 1er. párr. *in fine*, CP).

d.2) En cambio, si —erróneamente, a mi juicio— se transformó el cese en libertad condicional luego de cometido el segundo delito y antes del dictado de la segunda condena, sostengo que el respectivo juez no deberá unificar penas. Es que no podrá revocar la aludida libertad condicional, al haberse cometido el segundo delito antes de su otorgamiento (Eso fue lo que pasó en “Charras” -S. n° 68, 13/03/2019-, y así lo resolvió, acertadamente a mi juicio, el máximo tribunal cordobés).

A su vez, el juez que controla la aludida libertad condicional “por transformación del anterior cese”, una vez cumplido el requisito temporal, podría llegar a considerar extinguida la pena de la primera condena si entiende cumplidos las restantes condiciones compromisorias (teniendo en cuenta su comportamiento en la cárcel, o lo que sea, lo cual resulta sumamente criticable).

d.3) Y, con mayor razón, no habrá que unificar si antes del dictado de la condena por el segundo delito, se tuvo por extinguida la pena de la primera condena, ya sea porque se consideraron cumplidas las condiciones compromisorias de la libertad condicional (art. 16 CP)¹³, o por el mero transcurso del tiempo¹⁴. En este caso, ya no habrá un resto de pena a unificar con la de la segunda condena.

e. Cómputo de pena

El caso que comento también genera problemas en cuanto al cómputo de pena.

¹¹ Ver, al respecto, Arocena – Carranza Tagle, *op. cit.*, p. 9 y ss.

¹² Agradezco la gentileza de Susana Blanc Gerzicich de Scapellato en haberme efectuado este valioso aporte.

¹³ Ello es, justamente, lo que pasó en el caso “Palacios” (TSJ Cba., Sala Penal, S. n° 70, 14/03/2022), y así lo resolvió el tribunal de juicio, y lo avaló el tribunal de casación cordobés.

¹⁴ Ello es lo que aconteció en “Bonardi” (TSJ Cba, Sala Penal, S. n° 191, 8/07/2013), y fue advertido acertadamente por la minoría (Dra. Cafure), no así por la mayoría (Dres. Tarditti y Blanc de Arabel), quienes pusieron el énfasis -en cambio- en la similitud de efectos a raíz de la comisión de un nuevo delito, ya sea luego de un cese de prisión del art. 283, inc. 3, del CPP cordobés, o bien luego de una libertad condicional.

e.1) Así, si el aludido cese de prisión no se transformó en libertad condicional, ya di razones para sostener que deberá revocarse dicha soltura cautelar, y proceder a la unificación de penas (ver *supra*, d.1). Ante este supuesto, el juez de la segunda condena deberá computar el encierro cautelar padecido durante la investigación y juzgamiento del segundo delito como cumplimiento de la pena dictada en dicha segunda condena (art. 24 CP).

e.2) Ahora bien, ante una transformación del cese en libertad condicional¹⁵, el juez de la segunda condena, si aún no se ha resuelto tener por cumplidas las condiciones de dicho beneficio, deberá computar el encierro cautelar padecido a raíz del segundo delito como cumplimiento de la pena dictada en dicha segunda condena (del mismo modo que en el supuesto anterior).

e.3) Sin embargo, podría ocurrir que el juez que controla la referida libertad condicional entienda cumplidas las condiciones compromisorias, y -por ende- considere dicho tiempo transcurrido como cumplimiento de la primera pena (por aplicación del art. 16 del CP). Entonces, dicho lapso en el que hayan coexistido un encierro cautelar a raíz del segundo delito y una libertad condicional a raíz del primer delito, habrá valido el doble (es decir, como cumplimiento de la primera y de la segunda pena), lo cual es incorrecto: un día de prisión equivale a un día, y no a dos¹⁶.

Ante esta última situación, estimo que cabría rectificar el cómputo realizado anteriormente, teniendo en cuenta únicamente el encierro cautelar relativo al segundo delito que no se superponga con el lapso que se consideró como cumplimiento de la pena impuesta con relación al primer delito.

f. ¿Posible “segunda” libertad condicional?

Finalmente, se haya transformado o no el cese de prisión en libertad condicional luego del segundo delito, el sujeto siempre podrá obtener -en su caso- una nueva libertad condicional.

f.1) Así, si no hubo transformación, no rige la prohibición del 14 CP, porque nunca se dictó libertad condicional en su favor.

f.2) Si hubo transformación, el sujeto podría obtener la libertad condicional durante la pena de la segunda condena. Es que no rige la restricción del art. 17 del CP, porque nunca se dictó libertad condicional con relación a esta segunda pena, sino con relación a la primera pena, no unificada con la segunda (por las razones arriba dadas).

Como puede observarse, en todos estos supuestos anteriores, a pesar de haber delinquido luego de una condena a pena de prisión efectiva, el sujeto podría obtener dos veces el beneficio de la libertad condicional.

4. Propuesta de solución: una libertad condicional “parcial” y “provisoria”

Entiendo que todos los anteriores efectos problemáticos se deben a que el título por el cual se le dio la libertad al sujeto de nuestro caso fue la de un “cese de prisión preventiva” (art. 283, inc. 3, CPPCba. – 191, inc. 3, CPPNac. y ccs.).

¹⁵ Estimo que recién allí podrá el juez de la primera condena llevar a cabo el cómputo de pena. Ello así, porque recién cuando se notifica al condenado la exigibilidad de las condiciones compromisorias del art. 13 del CP, se sabe cuánto falta para que se agote dicha condena. Agradezco a Valentina Risso esta nota, que surgió a raíz de una de sus observaciones.

¹⁶ Véase, Arocena – Carranza Tagle, *op. cit.*, p. 16.

Considero que la ausencia de reincidencia siempre se dará pues, como ya dije, la propia ley exige cumplimiento de “pena” como antecedente para dicho estatus (art. 50 CP), y ello implica haber egresado como penado (“Mannini” – “Quevedo”, arriba citados), y no como procesado, como sucede en el caso que comento.

Ahora bien, los restantes efectos pueden evitarse. Ello se logra si, tal como ya adelanté, se imprime el máximo rendimiento a la doctrina emanada del caso “Romero”.

Concretamente, si para comprobar el *efectivo encierro como penado* que padecería un sujeto, cabe aplicar *in totum* los requisitos del art. 13 del CP, esto es, no solo el temporal, sino también el relativo al pronóstico de peligrosidad criminal, lo lógico sería que al otorgar el aludido cese de prisión del sujeto con condena no firme, además de las condiciones del 268 del CPP, se le imponga también la obligación de abstención delictiva (art. 13, 1er. párr., pto 4, CP), otorgándole así una libertad condicional “parcial” y “provisoria”.

a. Sería una libertad condicional “**parcial**”, porque, ante una condena no firme, únicamente puedo imponerle al sujeto desde esa fecha (la de la condena) la regla de la abstención delictiva, mas no las restantes condiciones compromisorias positivas.

En cuanto a lo primero, esto es, la obligación de no delinquir (art. 13, 1er. párr., inc. 4, CP), no cabe duda de que resulta más beneficioso para el condenado que el plazo para no cometer delitos (hasta el vencimiento de la condena o diez años más si la pena es perpetua (art. 13, últ. párr., CP) se compute desde esa fecha, y no desde que la condena quede firme. Ello así, porque cumplirá antes con dicha condición compromisoria.

Entonces, considero que resulta aplicable, por analogía *in bonam partem*, lo dispuesto en el art. 27, últ. párr., del CP, previsto para lo mismo (esto es, el término *a quo* del cómputo de la condición de abstención delictiva), con relación al beneficio de la condena condicional. Incluso, se dan las mismas razones que aquí esgrimo para entender que esta excepción a la regla de la posible ejecución de una pena a partir de que la sentencia queda firme (explícitamente receptado en el art. 27, 1er. párr., del CP) es en beneficio del condenado, quien no debe ser perjudicado por el tiempo que demore en resolverse sus recursos en contra de la condena¹⁷.

El hecho de que en el futuro el sujeto pueda delinquir durante la libertad condicional, y —por ende— que el término *a quo* del cómputo (esto es, desde el día siguiente a que se le notifiquen los fundamentos de la condena, y no desde la firmeza de la condena) le resulte en ese entonces más gravoso, al ser algo completamente conjetural, y, de hecho, ajeno al pronóstico de reinserción social que permitió otorgarle el beneficio, no resulta relevante para resolver este problema¹⁸.

¹⁷ Ver TSJ Cba, Sala Penal, “Maggiora”, *supra* cit.. Y Vera Barros, Oscar, en Lascano, Carlos J. (h.) -Dir.- AA.VV., *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 726.

¹⁸ Al no advertir lo que figura en el texto (esto es, que al momento del otorgamiento del cese luego de la condena resulta más beneficioso para el sujeto, incluso con relación a la obligación de no delinquir, el término *a quo* que comento —la fecha de la condena originaria—, y no el de la firmeza de dicha condena), Rafecas opina que el último párrafo del art. 27 del CP solo resulta aplicable para aquellos efectos que beneficien al acusado (cumplimiento de la condena, segunda condena condicional, caducidad del registro de condenas condicionales), más no respecto de la obligación de abstención delictiva (Rafecas, Daniel, *El artículo 27 último párrafo del Código Penal y el principio de inocencia*, La Ley 1996-E, 402).

Incluso más: la razón por la cual el parlamento, y la doctrina entienden creada esta regla (esto es, no hacer padecer al condenado las demoras propias de la tramitación de su recurso en contra de la condena) tiene en cuenta el referido momento (el de la condena, y no el de la comisión del nuevo delito). Es que, claramente, si nos paramos a examinar el asunto desde el momento elegido por Rafecas, esto es, desde que el condenado con sentencia no firme comete otro delito, en lugar de perjudicarse con la demora en la resolución de su recurso, se beneficia con ello, pues, al no existir una condena firme, aún la obligación de abstención

Insisto en que la libertad condicional será parcial porque, más allá de la regla de la abstención delictiva, no podrán imponérsele al sujeto las demás condiciones compromisorias del art. 13, u otras del 27 bis, ambos del CP. Es que, al tratarse de respuestas penales sustitutivas del encierro carcelario, su cumplimiento es obligatorio recién cuando la pena impuesta en la condena queda firme¹⁹. Sin embargo, esto último requiere algunas aclaraciones.

En primer lugar, remarco que lo que debe haber adquirido la calidad de cosa juzgada (o sea, haber quedado firme) para poder imponer condiciones compromisorias positivas es la calidad de “penado” del sujeto en cuestión. Ello significa que, si la impugnación no tiene por objeto cuestionar dicha calidad de “penado” (discutiendo, p. ej., la existencia del hecho, o su participación punible), sino otras cuestiones que inciden únicamente en la “cantidad de la pena concreta” impuesta (p. ej., cuestionando la calificación legal del hecho, o la valoración arbitraria de ciertas circunstancias individualizadoras), al estar, entonces, ante un penado (con un cómputo provisorio de pena, en atención a la falta de firmeza del aludido *quantum*), debe imponérsele el cumplimiento de dichas condiciones compromisorias positivas, otorgándole así una libertad condicional “total” y provisororia.

En segundo lugar, puede suceder que el condenado, más allá de haber recurrido la condena en cuanto a su carácter de penado, preste su expreso consentimiento a la imposición de las aludidas reglas del art. 13 y 27 bis del CP, lo cual habilitará a hacerlo. Es que si, ante una suspensión del juicio a prueba, pueden imponerse las mismas reglas de conducta del art. 27 bis del CP, porque lo consiente y pide expresamente el imputado aún no condenado, con mayor razón podrá imponérselas a quien, ya siendo un condenado (con condena no firme aún), lo solicita en su propio beneficio, para que el plazo de cumplimiento de las citadas reglas venza antes. En este segundo caso, también se le dictará una libertad condicional “total” y provisororia.

b. A su vez, será una libertad condicional “**provisoria**”, pues, insisto, a la luz de la interpretación del art. 283, inc. 3, del CPP cordobés según “Romero”, en nuestro caso (sujeto con condena no firme) han sido controlados sus requisitos sustantivos, y lo único que falta es la firmeza de la condena impuesta²⁰.

En cuanto al uso de este término en el sentido aquí pregonado, entiendo que el máximo tribunal cordobés lo avala. Ello así, al haber dictado una norma práctica mediante la cual impone al tribunal de juicio que, al momento de elaborar el respectivo legajo de remisión al juzgado de ejecución, practique un cómputo “*provisorio*” de pena privativa de

delictiva no regiría con la consecuencia gravosa prevista en el art. 27, primer párrafo, a saber: la revocación del citado beneficio.

Mal hace, entonces, Rafecas en invocar la referida finalidad tuitiva del condenado, pero examinar el asunto desde un momento diferente (el de la comisión del segundo delito) al tenido en cuenta para justificar dicha disposición legal.

¹⁹ Ver TSJ Cba., Sala Penal, “Maggiora”, y “Belmaña Juárez”, *supra* cits.).

²⁰ Si se otorga un cese de prisión del art. 283, inc. 3, a un procesado aún no condenado, más allá de las condiciones del art. 268 del CPP, no cabe imponer una libertad condicional provisororia, porque ni siquiera hay una condena dictada en contra del sujeto, que avale la aplicación analógica del art. 27, últ., párr., del CP, que supone justamente eso: el que se haya dictado ya una condena. Este no es el caso que someto a estudio en el presente trabajo, pero lo aclaro de todos modos.

la libertad, ante condenas no firmes²¹; y también al haber impuesto la obligación de efectuar unificaciones de condenas “provisorias”, ante condenas anteriores no firmes²².

En definitiva, si debe practicarse un cómputo provisorio de penas no firmes, o si deben unificarse condenas no firmes, también podrá concederse una libertad condicional “provisoria”, ante dicha clase de condenas, es decir, las que aún no adquirieron la calidad de la cosa juzgada.

Y hay razones para hacerlo, en consonancia con la “igualdad ante la ley”, fin primordial que sustenta la interpretación del art. 283, inc. 3, del CPP (ahora, correctamente resaltada en el precedente “Romero”, arriba citado):

En primer lugar, ello beneficiará al sujeto que, ejercitando su derecho de defensa, discutió su primera condena, pero a su vez, cumplió luego con la regla de la abstención delictiva (y —en su caso— con las restantes condiciones compromisorias impuestas ante una libertad condicional “total”, según arriba explico). Es que, si la condena quedó firme, dicha libertad condicional será definitiva, y “todo” el tiempo transcurrido desde el egreso valdrá como cumplimiento de pena (tal como le hubiera sucedido a quien era un penado al momento de obtener la libertad condicional), y no solo el transcurrido desde la notificación de la transformación del cese de prisión en libertad condicional²³. En cambio, si dicha condena es revocada, dictándose su absolución, o si se anula, la aludida libertad condicional quedará sin efecto, convirtiéndose únicamente en un cese de prisión²⁴.

Además, el principio de igualdad ante la ley también se respetará si el sujeto, durante la aludida libertad condicional parcial y provisorio comete un segundo delito. Concretamente, al haber quedado firme la primera condena (ese es el caso que aquí analizo), el juez que dicte la segunda condena, podrá revocar la libertad condicional (que ahora será definitiva, al menos en cuanto al requisito de abstención delictiva), y unificar la impuesta en dicha segunda condena con lo que debía el sujeto al tiempo del egreso anticipado (arts. 15 y 58 CP). Y ese sujeto no podría obtener libertad condicional durante la pena de la segunda condena, unificada con el resto de la primera. Es que ya se revocó con relación a la pena anterior, la cual ahora forma parte de la impuesta en segundo término. Se aplica, entonces, la prohibición del art. 17 del CP.

Por último, tal como ya lo anticipé, en lo único que difiere el tratamiento de este caso con el de un sujeto que delinquiró durante una libertad condicional total y definitiva, es en la calidad de reincidente, que no adquirirá el primero por el dato fáctico consistente en haber egresado como procesado y no como penado. Sin embargo, en cuanto a los efectos prácticos, es casi lo mismo, porque se sufre idéntica consecuencia: no podrá obtener la libertad condicional, no por ser reincidente, pero sí por haber sido revocada una libertad condicional antes concedida con relación a la pena anterior, que ahora forma parte de la pena unificada (arg. art. 17 CP). Digo “casi”, porque tendrá una reincidencia menos en su haber, en vistas a la reclusión accesoria por tiempo indeterminado (art. 52 CP).

²¹ TSJ Cba., en pleno, Ac. Reglam. n° 896, Serie A, del 25/07/2007, art. 4, ap. b. Tomo este argumento del precedente “Urrets Zavalía” (arriba citado), dictado por el Juzgado de Ejecución n° 2 de la ciudad de Córdoba.

²² TSJ Cba, Sala Penal, “Bulich”, S. n° 295, 27/06/2016.

²³ Este es otro detalle, no menor, que se pasa por alto. El lapso del cumplimiento de condiciones compromisorias relativas a los beneficios liberatorios comienza desde que el sujeto es notificado de dicha transformación del cese, y con ello, de la vigencia de nuevas condiciones, ahora sustantivas (tendientes a lograr la reinserción social), y no meramente procesales (tendientes a neutralizar el peligro de fuga).

²⁴ *Mutatis mutandis*, ver, Juzg. Ejecuc. Penal Cba, n° 2, en “Urrets Zavalía”, *supra* cit.

5. Conclusión

Si al momento de una condena, o luego de ella, se resuelve conceder un cese de prisión a tenor del 283, inc. 3, del CPP, y se otorga no solo con las condiciones compromisorias del art. 268 del CPP, sino también con la condición de la abstención delictiva, a modo de una libertad condicional parcial y provisoria, se logra el máximo respeto al principio de igualdad ante la ley, en comparación con quien, como penado, obtiene dicho beneficio liberatorio. Además, se soluciona la mayoría de los problemas derivados de la comisión de otro delito durante dicho cese de prisión, aun no transformado en libertad condicional.

Elección de penas alternativas entre prisión y reclusión: reflexiones a partir del fallo Barattini*

*The choice of alternative sentences between prison and imprisonment:
thoughts from the Barattini case.*

Por: ESTEBAN GRAND GRUNDY

RESUMEN: en la causa “Barattini”, el Tribunal de juicio realizó una interpretación particular del fallo “Méndez, Nancy” de la Corte Suprema de Justicia y del art. 44 C.P., por la cual realizó una *composición* de la escala penal de diez a veinte años de prisión. Tal circunstancia llevó a realizar indagaciones sobre la pena de reclusión y su consideración por parte de distintos tribunales de nuestro país, sobre la extensión del criterio de la Corte *in re* “Méndez” y, finalmente, la posición del autor sobre la composición de la escala y la interpretación que pueda resultar más favorable a los justiciables.

PALABRAS CLAVES: Penas alternativas de reclusión y prisión. Composición de la pena. Interpretación *in malam partem*. Fallo Méndez Nancy.

ABSTRACT: *in “Barattini” case, the Trial Court made a particular interpretation of the “Méndez, Nancy” jurisprudence of the Supreme Court of Justice and of art. 44 of the Criminal Code, for which the Court made a composition of the criminal scale of ten to twenty years in prison. This circumstance led to inquiries about the prison sentence and its consideration by different courts in our country, about the extension of the Court's criterion in re “Méndez” and, finally, the author's position on the composition of the scale and the interpretation that may be more favorable to the defendants.*

KEYWORDS: *Alternative sentences of imprisonment and prison. Composition of the sentence. Interpretation in malam partem. “Méndez Nancy” jurisprudence.*

1. Introducción

Siempre he evitado la lectura o el análisis de los casos “mediáticos”; creo, incluso, que no deben ser del agrado de ningún operador jurídico: suelen maquillarse los hechos y los actores para lograr ese morbo transformado y comercializable en producto periodístico de *prime time*. Hice la excepción con el caso Barattini, no porque me interesaran los detalles del cruento hecho, sino porque me mantenía atento a la cuestión de género que atravesaba el proceso¹.

* Ensayo expuesto en la sesión del Instituto de Ciencias Penales “Jorge De la Rúa” de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el día 24 de agosto de 2022.

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

¹ A pesar de que tenemos en nuestro país un número terrorífico de un femicidio por día, ello apenas es noticia y muy brevemente tratado por la prensa; no obstante, evidenciamos que cuando la victimaria es mujer se produce un verdadero *circo mediático* a escala nacional, que mantiene en marquesinas la noticia aún después del juicio, incluyendo detalles de vida privada, actividades *intra muros* y otras cuestiones que llenan espacios de medios (y consumidores) ávidos de morbo. Entiendo que constituye tal tratamiento público una suerte de *vendetta* del patriarcado, que a su vez genera un atraso en las justificadas luchas feministas, a través del resurgimiento espontáneo o mediático de equivocadas frases como “a nosotros también nos matan” y “nadie

Lo que terminó llamando mi atención del caso no fue precisamente aquello en lo que había puesto el foco, sino un interesante razonamiento del Tribunal de mérito al respecto de la determinación de la escala punitiva aplicable al homicidio calificado en grado de tentativa. Esperaba algún tipo de objeción por parte de la defensa en la instancia recursiva, pero tal punto no fue objeto de agravio y, por lo tanto, no fue tratado por el Tribunal de Casación.

Al momento de establecer la pena para la tentativa de homicidio calificado, que, como sabemos, fue establecida por el legislador de “diez a quince años de prisión o quince a veinte de reclusión”, el Tribunal de Juicio estableció la escala partiendo de un mínimo de diez años y hasta un máximo de veinte años de prisión, por una particular intelección del fallo “Méndez, Nancy” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cabe aclarar que el presente no es una nota a fallo, ya que no pretendo analizar la relación de hecho y derecho aplicable, sino que la novedad de la interpretación de la escala penal de la tentativa de este tipo de casos me llevó a investigar si en otras sedes judiciales de Córdoba y el país se había aplicado, así como a estudiar en profundidad los alcances e interpretaciones del mencionado fallo del Máximo Tribunal argentino, con implicancias no solo en lo que respecta a la modalidad de ejecución de la pena de reclusión, sino a su posibilidad de imposición como especie de pena.

2. La sentencia del caso Barattini

La Cámara Criminal y Correccional de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, integrada con jurados populares (ley provincial 9182), por sentencia Nro. 74 del año 2019, condenó a Brenda Micaela Barattini como autora del delito de homicidio calificado por alevosía en grado de tentativa, y le impuso la pena de trece años de prisión (arts. 42, 79 y 80 inc. 2°; 5, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 CP; 412, 550 y 551 CPP).

Previo a argumentar sobre la pena en concreto, el Tribunal sostuvo que se aplicó al caso la norma que prevé el homicidio calificado por alevosía, en grado de tentativa (arts. 42, 79 y 80 inc. 2° del CP). Detalló que si el ilícito hubiera sido consumado, la pena sería la de “reclusión perpetua o prisión perpetua”; pero, como se trató de su forma tentada, corresponde acudir al artículo 44 que en su segundo y tercer párrafo establece: “si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de tentativa será reclusión de quince a veinte años”; “si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será de prisión de diez a quince años”.

Ante estas alternativas punitivas, el Tribunal resolvió aplicar la pena *componiendo* una escala de diez a veinte años de prisión, es decir, tomó el mínimo de la pena de prisión y el máximo de la pena de reclusión para conformar una escala *sui generis*. Para ello recurrió a una interpretación del fallo “Méndez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a lo ya resuelto por esa misma Cámara a partir del precedente “Cuevas” (S. del 28/8/2015 SAC 1504663). La misma intelección fue propuesta por dicha Cámara para los casos de la pena del homicidio preterintencional, ya que suscita similar cuestión intelectual.

menos”, con las cuales se busca socavar la legitimidad de movimientos feministas como Ni Una Menos. En similar sentido y con meridiana precisión sobre el caso se expidió la periodista Florencia Gordillo: “Cuando una causa judicial involucra a una mujer como victimaria despierta la mirada activa de los medios y se convierten en noticia. Brenda Barattini tampoco pudo esquivar la sobreexposición ni la estigmatización. Antes y durante el juicio, su intimidad fue tema de debate: los modos que eligió para vivir la sexualidad, la imagen que construyó en las redes sociales, los apodosos en tono de burla que se usaron para referirse a ella. Cuando una mujer es victimaria no se salva del ojo crítico, sobre todo cuando la agresión fue en los genitales de un hombre.” (Recuperado de: <https://latfem.org/brenda-barattini-por-que-fue-condenada-por-tentativa-de-homicidio/> el 28/12/2021).

La defensa no hizo crítica alguna por vía casatoria a la escala punitiva elegida por el Tribunal de Juicio, sino que atacó directamente el monto de la pena (trece años de prisión), entre otros puntos de agravio. Por su parte, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, en sentencia Nro. 421 del año 2021, no formuló tampoco crítica al sistema de combinación de escalas discernido.

3. Los fallos antecedentes de Barattini

El precedente “Cuevas” de la Cámara Criminal y Correccional de Segunda Nominación: en la sentencia, el ex vocal Eduardo Rodolfo Valdés estableció que:

El art. 80 del C.P. prevé para los homicidios calificados las penas de reclusión perpetua o prisión perpetua, pero el suscripto viene sosteniendo compartiendo lo resuelto por la C.S.J.N en los autos “Méndez Nancy” que la ley 24660 operó una suerte de derogación tacita de la pena de reclusión al no realizar ninguna distinción entre esta y la prisión al momento de su ejecución. Por otra parte con posterioridad el Congreso de la Nación dictó la ley 26.200, que reprime los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y en su art. 7 dispuso como regla de interpretación que cuando en el Estatuto se hace referencia a “reclusión” como una especie de pena, debe entenderse “prisión”. En este caso estamos frente a una interpretación auténtica, de que la reclusión está derogada en nuestro derecho positivo. En consecuencia la pena a individualizar y aplicar a Jesús Cuevas es la de Prisión Perpetua.

Dos son los argumentos que esgrime el vocal autor del voto —al que adhirieron los otros dos vocales—: en primer lugar, la interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia en el ya mencionado fallo Méndez, respecto a la ley 24.660; en segundo lugar, la interpretación auténtica del Congreso de la Nación en cuanto a que —en relación con la ley 26.200— se debe entender “prisión” cuando se hace referencia a “reclusión”.

El fallo “Méndez” de la Corte Suprema de Justicia: en la causa caratulada “*Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Nancy Noemí Méndez en la causa Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado causa n° 862*” 22/02/2005. M. 447. XXXIX. *Recurso de Hecho*”, la defensa de la condenada llega en Queja porque había sido condenada a la pena de cuatro años de *reclusión*, y se agravaba porque el art. 24 del C.P., que establece la forma de computar el tiempo de prisión preventiva, resultaba inconstitucional.

La Corte hizo lugar al planteo de la defensa, en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la distinta forma de computar la prisión preventiva para el caso de que la condena recaída sea de prisión o de reclusión. Textualmente estableció en el Considerando Octavo que:

Cabe destacar habida cuenta las consideraciones formuladas a mayor abundamiento en la sentencia apelada la acertada decisión del tribunal oral que corrigió el cómputo de fs. 640, dado que **la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión** (el destacado es propio).

Ahora bien, ¿qué extensión ha de darse a la afirmación de la Corte en relación a que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660? Trataré de expedirme sobre ello más adelante.

4. La pena de reclusión

Nuestro Código Penal establece en el art. 5 las distintas penas principales: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Las dos primeras son *privativas de la libertad*, y según el mismo Código la diferencia entre la reclusión y la prisión reside en el trabajo y en la disciplina carcelaria².

La pena de reclusión tuvo la característica de prever una mayor gravedad ejecutiva respecto de su modalidad de cumplimiento, lo que revelaba su característica de crueldad, aunque desde su origen se la justificó por el grupo de población a la que estaba dirigida: desde un primer momento se la concibió como una defensa frente a los ataques de delinquentes de *alto contenido de peligrosidad* y definida en la modalidad de presidio y con ello se perpetuó su legitimidad hasta convertirse en una pena ordinaria de aplicación en establecimientos comunes³.

El legislador penal pretendía distinguir en la forma de ejecución y en los distintos establecimientos donde debían cumplirse la reclusión y la prisión. Respecto a la ejecución, ambas penas debían cumplirse con trabajo obligatorio (arts. 6to. y 9no. del Código Penal), pero en cuanto al régimen del trabajo, se establecía una marcada diferencia, ya que los condenados a reclusión podían “ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares”. En lo referido a los establecimientos destinados al cumplimiento de la reclusión y la prisión, la diferencia fue consignada en el decreto del Poder Ejecutivo de fecha 29 de noviembre de 1922, por el cual se disponía que los condenados a reclusión por los tribunales nacionales y de la capital y territorios, cumplirían esa pena en la cárcel de Tierra del Fuego⁴.

No obstante, esta diferencia de régimen entre la pena de reclusión y de prisión fue suprimida por la ex Ley Penitenciaria Nacional (decreto ley 412 del 14/1/58, ratificado por la ley 14.467), que suprimió el trabajo forzado y el confinamiento, decretando —por ende— la unidad del régimen para todo el país. En efecto, la antigua ley penitenciaria estableció una ejecución penal indiferenciada (ni más gravosa ni infamante, sino igual a la de prisión), que mantiene la vigente ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24.660), que inclusive reemplazaron las calificaciones de recluso y preso por la de interno (art. 15 en la ley 14.467 y art. 57 en la ley 24.660), disponiendo la última que el trabajo obligatorio no será afflictivo, denigrante, infamante ni forzado (art. 107, 2)⁵.

Luego de esta remembranza sobre orígenes y diferencias entre prisión y reclusión, considero oportuno destacar que, en la actualidad, en el Código Penal y leyes complementarias se ha estatuido como pena privativa de libertad por excelencia a la prisión, pero en algunos casos de manera alternativa con la pena de reclusión (pero no a la inversa, es decir, no se ha establecido pena de reclusión sin alternativa con prisión). Esta condición de la reclusión como pena alternativa a la prisión permite, prácticamente en la totalidad de los casos, hacer uso de la prisión como pena de elección por parte de quien ha de impartir una condena.

² NÚÑEZ, RICARDO C. (1999) *Manual de Derecho Penal – Parte General -4ta Ed. Actualizada por Roberto E. Spínka y Félix González*, p. 289. Córdoba: Marcos Lerner Editora.

³ VACANI, PABLO A. (2020) *El caso “Álvarez” de la CSJN y otros retrocesos: reclusión perpetua, “reformatio in pejus” y vigencia constitucional de la accesoria*. Recuperado de: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/inejep/pena-perpetua-argentina/VACANI-caso-ALVAREZ-fallo-CSJN-reclusion.pdf el 28/12/2021.

⁴ PAGLIERE, CARLOS P. Y CINI, DAMIÁN P. (2004) “Pena de Reclusión: Inconstitucionalidad del cómputo de la prisión preventiva”. En *Doctrina Judicial* de la Editorial LA LEY, publicado el día 31/3/04. Recuperado de <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/reclusion.htm> el día 15 de julio de 2022.

⁵ *Ibidem*.

5. Sobre la determinación judicial de la *especie* de pena

En el marco penal el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito. La relación entre las distintas escalas penales caracteriza, al mismo tiempo, la importancia y el rango de la norma respectiva dentro del ordenamiento jurídico⁶. Algunos autores consideran que esta es una manifestación del principio de proporcionalidad *en abstracto*, ya que permiten hacer un análisis de gravedad relativa de un delito dentro de un marco jurídico determinado⁷.

La individualización de la pena es, por su parte, el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada. La magnitud de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la “cuantificación de la culpabilidad”. Sin embargo, en un sentido más amplio, puede entenderse como determinación de la pena no solo la fijación de la pena aplicable, sino también su forma de cumplimiento (p. ej. condena de ejecución condicional, accesorias de la condena)⁸.

La determinación del marco penal tiene prioridad lógica frente a la determinación de la pena dentro de este marco. Esto tiene especial importancia en aquellos casos en los que se prevé la facultad de un marco penal atenuado (v. gr. prisión o multa como penas alternativas). Frente a la posible aplicación de dos marcos penales no es posible dejar abierta la elección sobre la base de que, de todos modos, la pena aplicada estaría en un ámbito cubierto por ambos marcos penales⁹.

El Código Penal establece, al tratar los concursos, que “la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5” (art. 57). En función de ello, la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala IV) ha establecido que “cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión el tribunal de mérito debe seleccionar primero cuál de las penas alternativas corresponde aplicar, y solo en el caso que ella sea la de reclusión deberá imponer esta sanción teniendo en cuenta los delitos de pena menor, conforme reza el art 56 del C.P.”¹⁰.

De conformidad a lo expresado hasta aquí podría resumir que la especie de pena debe ser lo primero a discernir por parte del *iudex*, y luego el monto de pena de conformidad a la escala prevista en el marco.

6. La composición de la escala

Lo que constituye el *quid* de la composición de la escala penal realizado por la Cámara Segunda en el fallo Barattini, y a su vez de la interpretación sobre la equiparación de la pena de reclusión a la prisión, es que resulta en definitiva —y seguramente sin ánimos de que así sea por parte del Tribunal— una interpretación *in malam partem*.

⁶ ZIFFER, PATRICIA S. (1993) “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, p. 105. En AA.VV. *Determinación Judicial de la Pena*, pp. 89/110. Buenos Aires: Editores del Puerto.

⁷ YACOBUCCI, GUILLERMO 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.

⁸ ZIFFER, PATRICIA S., op. cit., p. 99.

⁹ ZIFFER, PATRICIA S., op. cit., p. 106.

¹⁰ CNCP, Sala IV. Resolución del 03/10/2000. Registro n° 2851.4. Causa n° 1574 “Tanuncio, Claudio Ramón s/ recurso de casación”, vocales Hornos, Berraz de Vidal y Capolupo de Durañona y Vedia. Extraído de pp. 219/220: PÉREZ LLOVERAS, FACUNDO (dir.) (2020) *Código Penal Argentino –Anotado con Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y de la Cámara de Casación Penal Federal – Nacional*. Córdoba: Editorial Mediterránea.

Si, como manifesté anteriormente, primero ha de seleccionarse la especie de pena y luego el *quantum* aplicable, las opciones para el Tribunal deberían haber sido “diez a quince años de prisión” o “quince a veinte de reclusión”. En caso de haber elegido la segunda opción, la defensa habría podido plantear la irracionalidad de la especie, en primer lugar, y la irracionalidad del monto, en segundo lugar, sin perjuicio de que luego a los fines prácticos se tuviera a tal reclusión como una prisión a los fines de la ejecución de la pena, incluso que se planteara en el cómputo (de oficio o a petición de parte) la inconstitucionalidad del art. 24 C.P. En caso de haber elegido la primera opción, entonces la pena debería haber sido entre un mínimo de diez y un máximo de quince años de prisión.

Está claro que la pena fue de trece años de prisión, es decir, no superó el monto de quince años, entonces, ¿dónde está el agravio? A mi entender, no es lo mismo establecer un *quantum* de trece años en una escala de diez a veinte años (es decir, alejándose del mínimo en un treinta por ciento), lo que, como dijo el Tribunal de Casación “...resulta más cercana al tope mínimo y por debajo de la media de la escala penal aplicable...”, que en una escala de diez a quince años (es decir, alejándose del mínimo un sesenta por ciento), lo que constituiría una pena gravosa en relación mínimo/máximo (por encima de la media de la escala penal aplicable, en términos de la Sala Penal del T.S.J.).

De tal manera, realizando una interpretación que a primera vista resultaría favorable para cualquier imputado, es decir que la pena de reclusión se asimila a la prisión, se ha perjudicado en el caso concreto al ampliar el marco punitivo.

Si la pena de reclusión ya no se encontrara en el catálogo de tipos de penas posibles por la supuesta derogación tácita a la que se hizo referencia, entonces la interpretación apropiada —*in bonam partem*— sería eliminarla como posibilidad al momento de seleccionar la *especie* de pena, y, por ejemplo, en caso del art. 44 C.P. solo considerar la pena de “diez a quince años de prisión”. Una solución práctica que sirve de ejemplo de ello es que en aquellos casos de pena de prisión o reclusión perpetua, o de pena numérica con las mismas alternativas, los tribunales de juicio condenan ¿casi? en la totalidad de los casos a la pena de *prisión*.

7. Análisis de resoluciones relacionadas con la pena de reclusión

A) Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en causa P. 102.332, "T., R. M. Recurso extraordinario de revisión" (22/04/2009)¹¹:

En cuanto a los antecedentes de la causa, se estableció que:

La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata, mediante el pronunciamiento dictado (...) hizo lugar al recurso de revisión impetrado (...) por la señora Defensora Oficial y, en consecuencia, modificó la modalidad de la pena impuesta a R. M. T. dictada (...) por la de prisión perpetua, accesorias legales y costas, atento la tácita derogación de la pena de reclusión (arts. 1, 16, 28 y 75 inc. 22 de la C.N.; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8, 57, 107 inc. 2 y concordantes de la ley 24.660; 315 inc. 5°, 318, quinto párrafo, 320 último párrafo y concordantes de la ley 3589 y sus modificatorias).

El voto del Dr. Genoud, vocal del primer voto, resulta decisivo en cuanto expresa:

¹¹ Extraído de: <http://catedrariquert.blogspot.com/2007/11/jurisprudencia-corte-suprema-mendez.html> el 10 de enero de 2022.

La alzada sustentó su criterio en los siguientes puntos: a) La nota de "infamante" de la pena de reclusión que la torna contraria al bloque de constitucionalidad federal que surge del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional (...); b) La ley 24.660 que, al eliminar las calificaciones de "recluso" y "preso" por "interno" (art.57), y disponer que el trabajo obligatorio no será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado (art. 107 inc. 2), importa la "partida de defunción de la reclusión como pena", ya que estas disposiciones derogarían los arts. 6, 7 y 9 del Código Penal, desapareciendo en consecuencia tal pena del digesto sustantivo y todas las referencias que, como efectos negativos vinculados a los beneficios que no se le reconocerían a tal variante de pena, quedan virtualmente derogadas (fs. 16); c) El criterio que la Corte federal adoptara en el precedente "M., N. N. s/ homicidio atenuado (causa 862 C)" con fecha 22 de febrero de 2005. En mi opinión, como anticipara, estos argumentos no son suficientes para entender que la pena de reclusión ha sido virtualmente derogada del Código Penal argentino. Me explico: a. El vinculado con la nota de infamante de la pena en cuestión, en función de lo estipulado en el art. 6 del Código Penal, no resulta más que una afirmación dogmática desprovista de connotación en la ejecución de la pena que está cumpliendo T. Como se reconoce en la sentencia (..) esa nota era relevante en el momento de la consagración legislativa del ordenamiento penal. Mas, en la actualidad, el trabajo intramuros se encuentra regulado de una manera bien distinta y sin estipulaciones concretas que lo asimilen a la situación contemplada en el art. 6 ibídem (ver, en ese sentido, Capítulo VII Trabajo arts. 106 a 132, especialmente art.107 inc. 2º ley 24.660). b. La tácita derogación de los arts. 6, 7 y 9 del Código Penal, como consecuencia de la sanción de la ley 24.660, y por ende de las diferencias en la forma de ejecutarlas penas de reclusión y prisión, en modo alguno ponen en jaque el distinto tratamiento que las disposiciones de fondo que se mencionan (...) dan a determinados institutos de la parte general del Código Penal. Ello, y el mantenimiento de la vigencia de los arts. 5 y 57 del mismo ordenamiento como afirma el quejoso, demuestran que siguen existiendo pautas sustantivas que denotan que la pena de reclusión es más onerosa que la de prisión (conf. arts. 10,13, 26, 44 y conc. del C.P.). c. En cuanto al precedente de la Corte federal que se cita en apoyo de la postura de la quo, cabe señalar que la causa "Mendez" que se invoca en la sentencia dista del presente en punto a su plataforma jurídica. En efecto, según se desprende del considerando 2) tanto el voto general como el de los doctores Belluscio, Boggiano y Highton de Nolasco la cuestión discutida en esa causa se vinculaba con el cómputo de la pena una vez firme la sentencia y la invalidez del art. 24 del Código Penal, en cuanto establece que por dos días de prisión preventiva se computará uno de reclusión, al considerar la defensa que se consagra un mecanismo de compensación de la prisión preventiva irracional frente a las sucesivas leyes de ejecución que establecieron la equiparación de las penas privativas de libertad. En cambio, en la presente, se analiza la constitucionalidad de la pena de reclusión en sí, en un recurso extraordinario de revisión, formado para modificar la pena firme de reclusión perpetua... Por último, cabe señalar que incluso teniendo en cuenta lo explicitado en el considerando 8) del voto general de los doctores Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, no puede colegirse que la pena de reclusión hubiere quedado derogada tácitamente del ordenamiento sustantivo penal. Transcribo, literalmente, el acápite pertinente que es sumamente representativo: "...Que, por lo demás, cabe destacar habida cuenta las consideraciones formuladas a mayor abundamiento en la sentencia apelada la acertada decisión del tribunal oral que corrigió el cómputo de fs. 640, dado que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión...". Lo expuesto, por otra parte, tampoco se encuentra conmovido por lo resuelto por la ma-

yoría de la Corte federal en "G. I." sent. del 11-XI-2007. En efecto, la remisión al criterio expresado en Fallos 328:137 consid. 8°, esto es a la parte pertinente del voto común en "M.", en nada modifica la situación que antes se reflejara.

Por su parte, la Dra. Kogan adhirió al voto transcripto y agregó:

Comparto los argumentos indicados en el punto 3 del sufragio (especialmente el expresado en el punto b); los que junto a la cantidad de reformas operadas en el Código Penal posteriores a la sanción de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad 24.660 en las que se conmina la pena de reclusión para diversos tipos penales (leyes 25.601; 25.742; 25.816; 25.882; 25.886; 25.890; 25.928) impiden considerar que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citada en el voto precedente sea extensible sin más al caso que nos ocupa, ello particularmente ante la ausencia de razones que expliciten el alcance de dicha doctrina.

De este fallo resulta interesante el argumento de que, con posterioridad al dictado de la ley 24.660 y de varias de sus modificaciones, y aún después del fallo Méndez de la CSJN, los legisladores penales siguieron incorporando al Código Penal penas de reclusión, lo cual ejemplifica el voto de la Dra. Kogan. Asimismo, es de destacar lo que plantea el Dr. Genoud en cuanto a que en el fallo Méndez el tema de debate era la razonabilidad del cómputo diferenciado de la prisión preventiva del art. 24 C.P., y no la constitucionalidad misma de la pena de reclusión, lo que sí es debatido en el caso *sub examine*.

B) Tribunal de Casación Penal de la Prov. de Buenos Aires, causa N° 9638 caratula "C., M. E. s/ Recurso de Casación" (20/4/06)¹²:

En cuanto a los antecedentes de la causa, se estableció que:

Llega esta causa a este Tribunal por recurso propio interpuesto (...) a favor de E. M. C., a quien el Tribunal Criminal N° 3 de ese Departamento Judicial condenara a la pena de veinticinco años de reclusión, accesorias legales y costas, declarándolo reincidente por primera vez... **se agravia la defensa**, por cuanto el Tribunal condenó a su asistido a la **pena de veinticinco años de reclusión**, citando como fundamento las circunstancias agravantes valoradas a tal fin, concluyendo que todo ello permite efectuar un desfavorable pronóstico de reinserción social del acusado... **Solicita se declare expresamente la inconstitucionalidad de la pena de reclusión establecida en el art. 5 del C.P. y del 24 de la misma normativa** y se case parcialmente la sentencia, haciendo reserva del caso federal previsto en el art. 14 de la ley 48.

En esta causa la consideración sobre la derogación de la pena de reclusión o su inconstitucionalidad tuvo tratamiento distinto por parte de los vocales. En primer lugar, el juez de primer voto, Dr. Sal Llargués manifestó que:

Debe —en cambio— tener recepción la pretendida declaración de la inconstitucionalidad de la reclusión puesto que —con mi adhesión al voto del doctor Natiello en causa N° 19.858— he laudado porque **la misma ha desaparecido en los hechos del cartabón de penas legales** (...). En ello no hago sino seguir el derrotero que señala la Corte Suprema de Justicia de la Nación que —en el fallo "Méndez", ha afirmado esa derogación por obra de la sanción de la ley de ejecución penal na-

¹² Extraído de: <https://derechopenalonline.com/pena-de-reclusion-su-derogacion-en-disidencia-cita-del-fallo-mendez-nancy-de-la-c-s-j-n/> el día 2/3/2022.

cional —24.660— que equipara el cumplimiento de las penas privativas de libertad (...).

En contrario, el Dr. Natiello, en desacuerdo con el anterior vocal, estableció que:

No obstante ser cierto que **la ley 24.660 ha equiparado la ejecución de las penas privativas de libertad**, siendo a su vez ésta una de las otrora principales diferencias, **ello no implica 'per se' que la pena de reclusión se encuentre virtualmente derogada**. Esto así dado que entre ambas especies de penas aún persisten disimilitudes. El Código Penal en su art. 5 establece las clases penas: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. A su vez, en el art. 57 prescribe que la gravedad relativa de las penas se determinará por este orden. De esta forma, el legislador previó dos tipos de penas privativas de libertad, reputando una más grave que la otra. De hecho, Moreno (h) -quien propuso el Proyecto sancionado luego como ley- se manifestó oportunamente en ese sentido: "los autores de crímenes más graves serán condenados a la primera (reclusión), mientras que recaerá la segunda (prisión) sobre los autores de delitos de menor gravedad". La mayor gravosidad de la pena de reclusión en relación a la de prisión no solo surge de los arts. 5 y 57 del C.P., sino también de otras normas del mismo digesto, así: 1.- El art. 7 prevé que "los hombres débiles o enfermos y los mayores de setenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión". Más allá de que, como se dijera, la ley 24.660 ha eliminado las diferencias en la ejecución de ambas especies de pena, nada impide que el legislador opte en determinado momento por imponer alguna -siempre que sea conteste con los derechos constitucionales-, con lo cual el presente artículo volvería a cobrar relevancia. 2.- El art. 10 establece que "cuando la prisión no excediera de seis meses de prisión podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias", es decir que la ley solo concede el beneficio de prisión domiciliaria para casos de prisión. 3.- El art. 13 prescribe que, cuando la pena impuesta sea de tres años o menor, el tiempo necesario de cumplimiento de la condena a los efectos de obtener la libertad condicional, es de ocho meses en el caso de la prisión y 1 año en el caso de la reclusión. 4.- El art. 24 establece un cómputo más gravoso de la prisión preventiva según se trate de reclusión o prisión: en el primero de los casos, por dos años de prisión preventiva se computará uno de reclusión, en el segundo, el cómputo es uno a uno. Este artículo fue declarado inconstitucional por esta Sala (causa N° 19.858), en cuanto a la forma de computar la prisión preventiva cuando la pena es de reclusión, pero esto no por considerar que no existen diferencias entre las penas privativas de libertad o que la reclusión se encuentra tácitamente derogada, sino por afectar, en esencia, a la garantía de doble instancia (...). La ley 24.390, modificatoria del presente artículo (reforma hoy derogada), no obstante ser más benigna, mantuvo diferencias en el cómputo entre las penas de reclusión y prisión. 5.- El art. 26 prescribe que la condena de ejecución condicional se concede solo en caso de que la pena impuesta sea de prisión. 6.- En el caso de las penas perpetuas, la disminución de la pena de la tentativa (art. 44) y de la participación secundaria (art. 46) es distinta para cada especie de pena: la de reclusión será de quince a veinte años y la de prisión de diez a quince años. Aquí se plasma una no poca significativa consecuencia de la elección entre las dos clases de pena privativas de libertad. En síntesis, conforme las normas citadas y tal como se dijera, aún subsisten importantes diferencias en los efectos de las penas de reclusión y prisión, traducidas en una diversa afectación de la libertad de los condenados. Ello me impide considerar que la primera clase se encuentre "desaparecida" de la legislación vigente.

Finalmente, el tercer miembro del Tribunal acompañó esta última argumentación, motivo por el cual se rechazó el recurso que pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la pena de reclusión o su “desaparición del cartabón de penas legales”.

C) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 1 CCC 29945/2015/2/CA2 Causa N° 29.945/15 – R. P., S. Prescripción:

En relación con los antecedentes del caso, se estableció que:

Interviene la Sala con motivo del recurso de apelación deducido por la fiscalía contra el auto (...) que declaró extinguida por prescripción la acción respecto a S. R. P. y dispuso su sobreseimiento en relación al hecho investigado... En el expediente principal se atribuyó al imputado un hecho ocurrido el 18 de mayo de 2015, subsumido en el delito de homicidio preterintencional... Asimismo, el 7 de octubre de 2015 R. P. fue declarado rebelde (cfr. fs. 321), estado que cesó el pasado 2 de agosto, al ser habido (cfr. fs. 365). Frente a ello la Sra. Jueza de grado inició el presente trámite incidental... Ahora bien, al resolver respecto a la extinción de la acción penal, la Dra. Paisán sostuvo que el tipo penal endilgado al encausado se compone de una pena prisión y otra de reclusión. Por otro lado, que la pena de reclusión se encuentra tácitamente derogada por la ley 24.660 y que la CSJN también lo consideró de ese modo en el fallo “Mendez, Nancy”, entre otros. Así, al no tomar en consideración el monto de la pena prevista para la reclusión, por cuanto de avanzar el proceso, al imputado no podrá aplicársele dicha sanción, a criterio de la magistrada de grado, la acción penal se encuentra prescripta.

Este caso se trata sobre discernir el correcto plazo de prescripción de la pena del homicidio preterintencional, de acuerdo a lo previsto en el art. 81 inc. 1° del C.P.: “Se impondrá *reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años*: ... b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.”

Así, la Cámara estableció que:

Pues bien, luego del análisis de la cuestión traída a estudio de la sala consideramos que la decisión impugnada debe ser revocada... De una parte, es dable sostener que no asiste razón al argumento vinculado a la derogación de la pena de reclusión, siquiera de modo tácito. Ello se deduce tanto del principio de división de poderes del Estado que establece nuestra Carta Magna en su parte orgánica y que impide a los magistrados legislar, como de la vigencia de las prescripciones del Título II del Código Penal y las sanciones con las que concretamente se conmina el delito de homicidio preterintencional, es decir aquel en principio verificado en autos. Es que, **más allá de que en el precedente “Méndez” (Fallos 328:137) la Corte Suprema sostuvo que no hay diferencias entre la pena de prisión y reclusión, ello se vincula directamente al cómputo de la prisión preventiva establecido en el art. 24 del digesto sustantivo. En definitiva, vigente la letra del art. 81, inciso 1 en cuestión, nada impide que la sanción que finalmente se imponga a quien cometa la conducta prohibida se componga con la escala de ambos tipos de pena privativa de la libertad.**

En el tramo final del auto la Cámara hace referencia a la *composición* de la escala, al igual que lo ha hecho la Cámara que realizó la sentencia en el caso Barattini. Si bien no hay una aplicación concreta, lo plantea como una posibilidad, y con esa posibilidad, es decir, que la pena del homicidio preterintencional llegue hasta los seis años, el hecho *sub examine* no se encontraba prescripto.

Con posterioridad a la exposición del presente ensayo en sesión del Instituto de Ciencias Penales “Jorge De la Rúa” de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, realizada el día 24 de agosto de 2022, se dictaron dos fallos a nivel local que resultaron clarificantes respecto a la temática planteada. El primero de ellos, dictado por la Cámara Criminal y Correccional de Séptima Nominación de Córdoba el día 31 de agosto de 2022 en la causa “C., J. R. p.s.a. Homicidio Calificado en grado de tentativa”, a través del voto del Dr. José Daniel Cesano, estableció que:

El caso presenta una arista particular porque cuando el legislador estableció la escala penal de la tentativa determinó, en el caso de delitos conminados con penas perpetuas (como aquí ocurre con el homicidio calificado), previó que ésta se redujese de la siguiente manera: “Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será de prisión de diez a quince años”. A diferencia de otros tipos que prevén penas alternativas de reclusión o prisión (...) el sub lite tiene un problema especial que consiste en las magnitudes diferenciadas de ambas alternativas (quince a veinte años [para la reclusión]/ diez a quince [para la prisión]). **A primera vista, el problema pareciera vincularse con un tema muy delicado: el de la constitucionalidad o no de la pena de reclusión**, como la especie de pena más grave que prevé el Código penal en su artículo 5°; especialmente teniendo en cuenta que, no obstante modificarse artículos del Código represivo conminados con esa sanción (reclusión), el legislador la ha dejado subsistente (V.gr. ley 27.352 [B.O. 17/5/2017]; norma incluso posterior al Estatuto de Roma, que fue incorporado a nuestro derecho interno por ley 25.390 [B.O. 30/11/2000]). **Hablo de una cuestión de constitucionalidad y no de desuetudo porque, en última instancia, el argumento utilizado a partir de la citada ley 25.390** (ver, al respecto, Jorge de la Rúa y Aida Tarditti, Derecho penal. Parte general, T° 2, Ed. Hammurabi, 2014, pp. 560/56), **al involucrar una norma de jerarquía superior al Código Penal (Estatuto de Roma) (Arg. Art. 75, inciso 22, 1ª párrafo, CN) reconduce nuevamente a una cuestión de supremacía – y, así, de confronte constitucional** -. Al ser esto así no habiendo requerido la parte la invalidez de esta pena y siendo, en la teoría del control de constitucionalidad, esta atribución judicial la *ultima ratio* del interprete, que debe ser ejercida con suma prudencia y sobriedad por la gravedad institucional que entraña; **considero que, en el caso, esta atribución no es necesaria que se ejerza si, frente a la posibilidad que confiere esta conminación alternativa, no opto por la pena de reclusión.** Claramente así lo expresa de la Rúa cuando señala: “Las reglas generales [se refiere a la pena de la tentativa] no se modifican frente a penas alternativas o conjuntas. La particularidad reside en las primeras en que, previo a escoger una en base a la alternatividad, deberá el juez reducir abstractamente a todas, conforme el art. 44” (Código penal argentino. Parte general, 2ª edición, Ed Depalma, Bs. As., 1997, p. 789. Él subrayado me pertenece). Aclarado lo anterior considero que, respecto de C., la sanción adecuada, desde el punto de vista de su especie – es la de prisión; con lo cual corresponde computar, a los fines de la escala concursal, la de diez a quince años de prisión. **Ésta, es una típica decisión que se enmarca dentro del proceso de determinación judicial de la pena** (Así, de la Rúa – Tarditti, op. cit., T°2, p. 519). Y lo sostengo así – es decir escojo la escala de la pena de prisión – porque **dentro del marco legal de las magnitudes abstractas diferenciadas que, en forma alternativa, se han previsto en este artículo, la elección de la pena de especie diversa debe realizarse siempre en forma proporcionada con el injusto culpable y con el fin preventivo especial de la pena** (...). En suma: para el caso, estimo adecuado que, de las dos especies de pena que prevé el artículo 44, 2° párrafo, del Código penal, con magnitudes diferentes, la escala con la cual se va a conformar el concurso real sea la de la pena de prisión (esto es: diez a quince años).

El Dr. Cesano analizó la particularidad del caso desde la alternatividad de la pena y su consecuente atribución/deber de seleccionar una especie de pena antes de la determinación del monto punitivo. Ello le permitió en primer lugar, ajustar la consecuencia punitiva

a la magnitud del injusto realizado por el autor, y en segundo lugar evitar hábilmente la controversia de la constitucionalidad de la pena de reclusión, sobre todo considerando que no había petición de parte de declaración de inconstitucionalidad.

El segundo fallo, dictado por la **Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba** el día 26 de septiembre de 2022 en la causa “R., M. E., p.s.a. Homicidio Calificado - Tentativa” – Recurso de Casación, en un caso idéntico al que motivó el ensayo, y ante una sentencia condenatoria del mismo Tribunal de Juicio de “Barattini”, que:

A criterio del a quo, la expresión “virtual derogación” que con relación a la reclusión emplea la Corte Suprema en el citado precedente “Méndez”, resulta en cierto modo ambigua, bajo el entendimiento de que dicho tipo de pena no está en verdad derogado, sino analogado en su forma de ejecución y demás efectos al de prisión. Tal razonamiento se contrapone con el criterio interpretativo adoptado por este Tribunal Superior (Sala Penal, “Pellizari”, S. n° 123 del 4/4/2019, (...)) en cuanto allí se sostuvo que **la pena privativa de la libertad de reclusión ha sido tácitamente derogada, con base en los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Méndez”**, en la medida que allí se dejó sentado que “la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la Ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión”. En efecto, ateniéndonos a esa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, seguida por este tribunal, **se ha dicho que la pena que establece el art. 80 del CP debe ser considerada como de prisión perpetua (TSJ Sala Penal, “Pellizari”, cit.)**. Por lo demás, aunque la Ley 24.660 de ejecución de la pena no prevea ya diferencias en la ejecución (lo que motivó la postura de la CSJN en “Méndez”), cierto es que en el texto vigente del Código Penal se mantienen las diferencias entre ambas clases de pena en otras disposiciones: así sucede con la condena condicional que solo procede en casos de pena de prisión (art. 26 CP); con el cómputo de la prisión preventiva que es diferente en reclusión y prisión (art. 24 CP); con el tiempo mínimo para obtener la libertad condicional de los condenados hasta tres años, que varía según se trate de reclusión o prisión (art. 13 CP); con la escala penal de la tentativa y la complicidad secundaria que varía según se trate de delitos con reclusión o prisión (arts. 44 y 46 CP). Por ello, existen posiciones doctrinarias a favor y en contra de la vigencia de la pena de reclusión en orden a estos otros aspectos, en ambos casos con argumentos razonables. En ese sentido, y en sintonía con lo argumentado por el recurrente, **se adscribe aquí a la posición doctrinaria que ha destacado que debe tenerse en cuenta que la sanción de la Ley 26.200 es determinante para considerar derogada a todo efecto la reclusión, al prescribir esa ley, en su art. 7, que “toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a reclusión debe leerse prisión”, lo que evidencia que sería una incoherencia del legislador tratar de manera más leve (pena de prisión) los delitos graves del Estatuto de Roma, y de forma más grave (pena de reclusión) los delitos más leves del Código Penal (...)**. De ese modo, cabe entender que la pena de reclusión ha sido derogada por el legislador por las Leyes 24.660 y 26.200 y, como consecuencia, también las disposiciones que se refieren a ella en el Código Penal. **Tal intelección se alinea con la tendencia legislativa sostenida sin variación en las tres propuestas de reforma del Código Penal elaboradas de manera más reciente** (art. 17 del AP 2006 y AP 2014 y art. 5 del Proy. de 2019), **en los que la pena de reclusión no está prevista ya a ningún efecto**. Bajo ese entendimiento, y siendo que el propio tribunal señala aplicar pena de prisión, no cabe tener en cuenta para el caso la escala prevista en el segundo párrafo del art. 44 del CP (para la tentativa en supuestos de pena a reclusión perpetua -15 a 20 años-) sino la establecida en el tercer párrafo de ese mismo dispositivo, prevista para la tentativa en los casos de pena a prisión perpetua, la cual va de 10 a 15 años.

Las razones que brinda la Dra. Tarditti (autora del voto) para declarar indebidamente aplicado el art. 44 del C.P. se pueden sintetizar en que: a) la ley 24.660 ya no distingue entre distintas especies de pena privativa de libertad; b) la ley 26.200 establece que toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a la pena de reclusión debe leerse pena de prisión; c) y finalmente que los anteproyectos de Código Penal de los últimos años ya no prevén la reclusión como especie de pena.

8. Consideraciones finales

En relación con los argumentos del Dr. Valdez *in re* “Cuevas”, y en virtud de las consideraciones brindadas por otros tribunales del país citados, estimo que el fallo “Méndez” no resulta tan amplio en su intelección como lo plantea el ex vocal mencionado. Su objeto fue la declaración de inconstitucionalidad del art. 24 C.P. a los fines del cómputo diferenciado de la prisión preventiva según luego fuera la condena de reclusión o prisión, y la cuestión de la “suerte de derogación tácita de la pena de reclusión” fue un *obiter dictum* no tajante ni fundamentado.

No obstante sea cierto que la ley 24.660 ha eliminado ciertos términos, equiparando “recluido” y “preso” por el nombre de “interno”, y ha unificado el tratamiento penitenciario, los artículos 1 y 3 de la mencionada ley establecen “*la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades...*”, lo que deja abierta a la interpretación que las penas privativas de libertad pueden tener distintas modalidades de ejecución – por supuesto respetando los lineamientos del bloque de constitucionalidad de derechos humanos –.

En segundo lugar, el argumento en “Cuevas” respecto a la *interpretación auténtica* del Congreso sobre la ley 26.200, no resulta consistente por cuanto, con posterioridad, el mismo cuerpo legisferante dictó normas o modificó el Código Penal e incluyó la pena de reclusión en lugar de simplemente establecer como única especie de pena privativa de libertad a la prisión (v. gr. ley 26791 que, entre otras cosas, incluyó el femicidio en el C.P.). Es decir, el legislador penal no solo ha mantenido voluntariamente la pena de la reclusión (omitiendo eliminarla) en el catálogo de especies de pena posibles del art. 5, sino que la ha establecido como especie de pena posible en reformas y leyes posteriores.

Considerando que en los últimos años el Congreso ha modificado institutos de la ley 24.660 como la libertad condicional y la libertad asistida, *desnaturalizando* el régimen de progresividad o *endureciendo* el tratamiento penitenciario, lo cual resulta ajeno a la discusión que planteo en esta ocasión, pero sirve de ejemplo, no resultaría extraño que pudieran establecerse nuevas distinciones entre las distintas modalidades de pena privativa de libertad por parte del legislador penal.

Por tales motivos, no se puede afirmar con precisión que *de lege lata* la pena de reclusión se encuentre “desaparecida del cartabón de penas legales”, como manifestó en el fallo “A” el Dr. Sal Llargues. Sin embargo, se evidencia que, ante las penas de reclusión o prisión como especies alternativas, los tribunales suelen condenar utilizando la segunda de ellas, y de esa forma se evita con eminente sentido práctico como lo hizo el Dr. Cesano en el fallo analizado, ingresar a la cuestión de constitucionalidad de la reclusión.

Asimismo, en caso de una eventual modificación legislativa que estableciera alguna diferencia *sustancial* entre la reclusión y la prisión, la escala penal “compuesta” que motivó este ensayo quedaría automáticamente descartada por resultar de distinta gravedad en su tratamiento.

Sin intenciones de resultar sobreabundante, en caso de que efectivamente se encontrara *tácitamente derogada* la pena de reclusión, como interpretó la Cámara de juicio en función de las consideraciones *in rebus* “Cuevas” y “Méndez”, existen dos interpretaciones posibles: que no debe aplicarse en ningún caso la pena de reclusión (lo que puede fundarse

atendiendo a su historia de punición más severa y la armonización de la ley de ejecución penitenciaria con el bloque constitucional de Derechos Humanos), o —como hizo la Cámara— interpretar que donde se lee “reclusión” deba traducirse “prisión” y de tal guisa autorizar la *composición* de la escala penal en los dos casos en que esta situación podría darse: la tentativa de delitos con pena de prisión o reclusión perpetua y el homicidio preterintencional (arts. 44 y 81 C.P.). Esta última interpretación resulta más gravosa por cuanto amplía el marco de punibilidad, y en tal sentido resulta *in malam partem*.

Finalmente, a pesar de lo expresado en los párrafos anteriores, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el fallo “Roldán” citado (Sala Penal, S. n° 367, 26/09/2022) ha zanjado la controversia respecto a la aplicación de la pena de reclusión en la Provincia de Córdoba, lo que en cierta forma torna abstractas a los fines prácticos algunas de las consideraciones realizadas en el presente.

La omisión funcional abusiva del art. 248 tercer supuesto del CP (o el abuso de autoridad en el universo de las omisiones)

The abusive functional omission of art. 248 third assumption of the CP
(or the abuse of authority in the universe of omissions)

Por: **ROBERTO V. VÁSQUEZ***

RESUMEN: La especial potencialidad punitiva de los tipos omisivos en estricto sentido y los riesgos que suponen para el respeto del principio de legalidad, demanda su crítico examen, que, a la vez, genere en los legisladores cautela al tiempo de crearlos y en los operadores judiciales sensibilidad cuando disponen aplicarlos. Mediante una propuesta clasificatoria se los hace visibles, particularmente para un sector de la dogmática, deleitado con el análisis de la comisión por omisión y acostumbrado a ver sólo algunos. Luego se aborda el estudio del abuso de autoridad, fiel exponente de dicha política, procurando establecer con precisión sus alcances.

PALABRAS CLAVES: Abuso de autoridad. Omisión. Incumplimiento de deberes de funcionario público.

ABSTRACT: *The special punitive potential of omissions in the strict sense and the risks they pose to respect for the principle of legality, demands their critical examination, which, at the same time, generate caution in legislators when creating them and sensitivity in judicial operators, when they are ready to apply them. Through a classificatory proposal, they are made visible, particularly for a sector of dogmatics, delighted with the analysis of the commission by omission and accustomed to seeing only a few. Then the study of the abuse of authority, a faithful exponent of said policy, is addressed, trying to establish with precision its scope.*

KEYWORDS: *Abuse of authority. Omission. Noncompliance of duties of public official.*

I. Introducción

La convivencia en la mayoría de las sociedades está estructurada principalmente sobre un conjunto de deberes negativos. Los deberes positivos, con un trasfondo deóntico y fáctico diverso, son la excepción. La trama, por vía de la constitución de prohibiciones y obligaciones de hacer que procuran tutelar bienes jurídicos, es receptada por el sistema penal.

Es así que el Código, en supuestos desperdigados por varios Títulos, contiene amenazas de pena para quien incurra en el desacato a un deber de actuar, impuesto —en la mayoría de los casos— a un representante del Estado. Ya CARRARA (1947 (1863), que a partir del párrafo 2511 del Tomo V del Programa trata del abuso de autoridad, en la nota 2 del párrafo 2517 decía: "...es preciso recurrir a este título en el caso de actos negativos que la ley declare delitos en el funcionario público, ya que...pudiendo también clásicamente aplicarse la palabra abuso al no uso, también se abusa de la autoridad negándose a usar de ella cuando se debía...", y es por eso que "...Los códigos modernos han hecho de esa forma el título especial de denegación de un servicio legalmente requerido...".

La dogmática de los delitos de omisión *strictu sensu* no ha podido desentenderse de los problemas que aparejan los denominados impropios, y en virtud de la fuerza de atracción gravitatoria que éstos imponen a aquéllos y las contingencias que en el último medio

* Abogado (UNC). Profesor Adjunto de "Sistemas de Seguridad Comparado" (Lic. de Seguridad, UNVM).

siglo ha padecido la teoría de Roxin sobre los delitos de infracción de deber¹, carecen del tratamiento sistemático que se merecen y que aquí se les pretende dar.

II. Sobre las omisiones

El Código Penal y sus leyes complementarias contienen tipos penales formulados, “por razones prácticas” (BACIGALUPO, 1999: 533), o de manera “casual” (ROXIN, II: 762), de dos formas. La más frecuente se caracteriza por ser una infracción a una prohibición. La otra, por ser la “desobediencia” de un mandato de acción (BACIGALUPO, 1990: 255 y 1999: 533). Estas últimas son las que aquí se van a estudiar.

Se trata de una categoría de los tipos básicos que “sólo son punibles si están expresamente tipificados” y resulta suficiente a los fines de su adecuación con “la omisión de una acción” que la ley supone produce sin más el resultado que se pretende evitar (BACIGALUPO, 1990:258). Su previsión como circunstancia calificante (v.gr.: el no intentar socorrer a la víctima (CP, arts. 84 bis, 94 bis) o la facilitación funcional abusiva del abigeato (CP, art. 167 quater inc. 5)) no resulta relevante en esta propuesta sistematizadora. Tampoco los llamados tipos de omisión impropia (o comisión por omisión), que captan con la amenaza de pena a quien, por encontrarse en posición de garante, no evita un peligro o un daño al bien jurídico identificado en un tipo comisivo².

A continuación se presenta una clasificación del universo de las omisiones *strictu sensu*. El criterio que las determina como tal en el sistema jurídico argentino surge de considerar lo siguiente: 1) en la Parte General el Código no refiere a la omisión ni define lo que constituye delito; 2) carece de cláusulas de equiparación (como la del párrafo 13 del StGB alemán a partir de 1975, o el art. 40 del CP italiano a partir de 1930); 3) desde una perspectiva político-criminal la clasificación como impropia de una omisión supone ampliar la imputación penal. Esto sucede si dada cierta inacción al mismo sujeto se le atribuye complicidad con el resultado no evitado cometido por un tercero. No ocurre en cambio si al renuente solo se lo sanciona por lo que específicamente está prescripto en el tipo (una omisión); 4) la posición de garante no se deriva sin más de la calidad de funcionario público ni de la existencia de una obligación de actuar. Resulta desproporcionado hacerlo a partir de un comportamiento no descrito en la ley penal (por más que esté equiparado a los tipos comisivos previstos en los dos primeros supuestos del 248).

En consecuencia corresponde hablar de ellas teniendo en cuenta la descripción legal expresa de tales comportamientos. Al decir de KAUFMANN (2006), de conformidad a lo que “está resuelto” “por parte del legislador”, aunque su cita no implica adherir al concepto ontológico de omisión (realidad prejurídica) que a su entender aquél debe respetar. Dicho presupuesto venera el principio de legalidad y resulta un límite infranqueable para cualquier intento de extender (más allá del tipo) la responsabilidad penal en base a la posición de garante (ROXIN, 2014, II: 761).

Así las cosas, la ley penal argentina tiene como tipos penales dolosos de omisión, a los siguientes:

¹ SCHÜNEMANN (2018) indica que los dos grupos de casos más importantes (los delitos imprudentes y la omisión impropia) han sido excluidos de la categoría por su mentor. Vale entonces preguntarse: ¿Cómo delitos de infracción de deber, quedan sólo comprendidas las omisiones funcionales propias?.

² Según ARMIN KAUFMANN (2006 (1959)), influyente investigador de Bonn, los delitos de omisión propios e impropios (antes de la entrada en vigencia del párrafo 13 del StGB) se distinguían en base a un criterio externo caracterizado por la definición legal (y no por una “diferencia estructural”, como hoy lo propone ROXIN (2014, II: 762).

A) Los que expresamente refieren en su estructura a la acción de omitir. Se subdividen en dos grupos:

1. El integrado en soledad por la omisión prevista en el art. 108 del CP. Para cualquier persona las obligaciones de auxilio o de dar aviso emergen del mismo tipo que describe su quebrantamiento, dadas ciertas circunstancias (que encuentre perdida o desamparada a la persona allí indicada y que no exista riesgo personal), en base a consideraciones sociales y sin otra norma jurídica que la imponga.

2. El compuesto por supuestos en los que la norma primaria extrapenal establece el deber, que manda hacer o no hacer algo a un sujeto especial en determinadas coyunturas, que se supone fija con precisión: v.gr.: el que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio (CP, art. 249). La ley penal (algunas en blanco) determina la sanción en caso de incumplimiento de aquél. Se trata de casos en los que la omisión o equivalentes no tienen existencia (por sí solos) sino fuera porque hay un precepto previo dirigido a un sujeto que lo debía obedecer (y no lo ha hecho). Así ocurre también con: 1. La omisión, retardo o rehusos de dar cuenta o hacer cesar una detención ilegal (143 inc. 6º primero y segundo supuesto); 2. La omisión de evitar la tortura (144 quater inc. 1); 3. El que omita recaudos para una subasta (173 inc. 13 segundo supuesto); 4. La omisión de insertar el número o grabado en las armas (189 bis anteúltimo párrafo); 5. La omisión de resistir o contener el corte de la cadena de mando militar (241 bis inc. 3). 6. La omisión de inspeccionar (248 bis); 7. El que demore pagar (264 primer supuesto). 8. El que rehusare entregar bienes depositados, custodiados o administrados (264 segundo supuesto). 9. La omisión policial de prestar la función o misión (252 párrafo segundo supuesto segundo); 10. La omisión de presentar una declaración jurada patrimonial (268 (3) primer párrafo); 11. La omisión de insertar datos que debe contener la declaración jurada patrimonial (268 (3) último párrafo); 12. La negación y el retardo de juzgar (273).

En este grupo pueden ser incluidos los tipos penales que, sin aludir expresamente a una omisión, la suponen. Es el caso de: 1. Art. 195 (abandono del puesto antes de llegar al puerto o a la estación de tren); 2. Art. 250 bis inc. 1 (abandono de funciones operativas o de control); 3. Art. 252 párrafo primero (abandono de destino); 4. Art. 252 párrafo segundo primer supuesto (abandono de actos de servicio); 5. 252 último párrafo primer supuesto (abandono de servicio o destino en tiempo de guerra o zona de catástrofe);

B) Por otro lado se encuentran los caracterizados por usar adverbios de negación, de modo tal que los tipos penales (algunos en blanco) contienen en su configuración enunciados negativos respecto de una determinada acción: aquí se ubica el “no ejecutare las leyes” del art. 248³. Pueden mencionarse además los siguientes supuestos: 1. No justificar la salida o existencia de bienes (176 inc. 2); 2. No resistir una rebelión o sedición (235); 3. No informar o no adoptar medidas de defensa (250 bis inc. 2); 4. No justificar el enriquecimiento patrimonial (268 (2)); 5. No abonar un cheque luego de habersele comunicado la falta de pago (302 inc. 1)⁴.

En este grupo pueden ser incluidas las hipótesis delictivas que aluden expresamente a la no denuncia o actos omisivos equivalentes que obliga a un sujeto especial a realizarla frente a definidas circunstancias. Es el caso de: 1. Omisión de denunciar la omisión de impedir la tortura (144 quater inc. 2); 2. Omisión de instruir sumario por torturas (art. 144 quater inc. 3 primer supuesto); 3. La no denuncia de torturas (144 quater inc. 3 segundo supuesto); 4. Dejar de promover la persecución y represión (274); 5. La no denuncia de un delito o no individualización del autor (277 inc. 1 apartado d));

³ No reúne los requisitos constitutivos de un delito de comisión por omisión (u omisión impropia). En contra, sin dar mayores fundamentos de tan extrema posición, DONNA (2001: 167); BUOMPADRE (2001:141).

⁴ La doctrina discute su encuadre como de pura omisión.

C) En cuanto a los tipos penales culposos de omisión, en el Código, a partir de la LN° 25.890 del 2004, pueden identificarse los siguientes: 1. El 277 ter, relativo al encubrimiento del tráfico de ganado de origen ilícito, comprendiendo a particulares con intervención en algún eslabón de la cadena de producción, transporte y comercialización, que, por imprudencia o negligencia, transporte, faene, comercialice, o mantenga ganado o sus derivados "...omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado"; y 2. El 293 bis, en el marco de la misma temática, pero, en esta hipótesis, comprendiendo al funcionario público que expide guías de tránsito o visa o legaliza certificados o documentos de adquisición de semovientes "omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima".

En síntesis: tres (3) categorías: dos (2) dolosas y una (1) culposa. Las primeras constituidas por los tipos que aluden a una omisión, a las que se equiparan los casos de abandono. Las segundas, integradas por los "no ejecutare" u otros supuestos, a los que se adicionan los supuestos de no denuncias o equivalentes. La tercera, con tipos culposos de omisión.

III. Omisiones funcionales abusivas y violación de los deberes de los funcionarios públicos

En el marco de un plan de investigación más extenso respecto de distintas omisiones funcionales que contiene el Código Penal, por razones editoriales el presente estudio se centra en el tipo omisivo del abuso de autoridad, cuyo hábitat es el Capítulo IV "Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos", Título 11, Libro Segundo.

El intérprete no puede quedar ajeno a tal nominación, y debe contar con una guía sistematizadora de la caótica obra del legislador. Desde el vamos adelanto que las descripciones formales dolosas comprendidas en dicho ámbito (tanto las de antigua data como las más recientes) deben ser calificadas como tipos de abuso o tipos de violación de deberes (incumplimientos). Existen leyes, como la N° 25.173 (art. 8), que obligan considerar tal diferenciación.

El criterio clasificador no siempre puede deducirse de sus elementos, es decir, de la estructura formal de las figuras⁵. Las primeras más bien se caracterizan por la gravedad de la pena que tienen asignadas: todas con prisión y algunas conjuntas con inhabilitación. Las segundas con inhabilitación o multa e inhabilitación. Ello permite suponer que, sobre la base de una dogmática común, en el primer conjunto la conducta requiere un plus generador de la mayor afectación.

En el Cap. IV pueden diferenciarse los siguientes grupos de omisiones:

I) Tipos básicos de abuso doloso de funcionarios públicos: La omisión genérica (248); la omisión del jefe o agente de la fuerza pública de prestar auxilio a la autoridad (250); el abandono de funciones de control, vigilancia, comunicaciones y de instrumentos por parte de un militar (250 bis 1°); la omisión del militar de informar o de tomar medidas (250 bis 2°); el miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o de una agencia estatal armada que abandona sin justificación sus actos de servicio (252 segundo párrafo primer enunciado); la omisión maliciosa de un miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o de una agencia estatal armada, de prestar la función o misión (252 segundo párrafo se-

⁵ Atenerse exclusivamente a ella genera inconsistencias sistemáticas y no releva las entrañas de cada categoría.

gundo enunciado); el militar que abandona el destino o servicio en conflicto armado o zona de catástrofe (252 párrafo cuarto primer enunciado).

II) Tipos básicos dolosos de violación de deberes (o de incumplimientos) de funcionarios públicos: La omisión de inspeccionar (248 bis); la omisión de actos del oficio (249); el abandono de destino con daño al servicio (252 párrafo primero).

En síntesis, salvo los tipos de incumplimientos previstos en los arts. 248 bis, 249 y 252 párrafo primero, el resto del Cap. IV está constituido por tipos de abuso.

IV. El abuso de autoridad propiamente dicho (art. 248)

IV a). Antecedentes históricos

Fue el Proyecto de 1891 quien primero propuso tutelar la “administración pública” de la República Argentina⁶ con respecto a ciertos comportamientos (activos y omisivos) de sus funcionarios. No lo contempló ni el Proyecto Tejedor, ni el Proyecto Villegas, Ugarriza y García de 1881, ni la LN 49 ni el Código Penal de 1887.

La “cosa pública” ya figuraba entre los afectados por ciertos delitos en el Código francés de 1810, el alemán de 1871, y el holandés de 1881. Pero en ellos, y también en los antecedentes nacionales que los receptaron, el eje clasificatorio estaba dado por el carácter de funcionarios de los que ejecutaban los delitos en el ejercicio de sus funciones públicas.

Es el *Codice Penale pel Gran Ducato di Toscana* (Italia) de 1853 el que, entre los precedentes, en su Título III del Libro Segundo inaugura la identificación de la “Administración del Estado” como bien jurídico, respecto de los abusos de autoridad y del oficio contemplados en aquel momento. El diseño es receptado por el Código italiano de 1889⁷, y es éste (no el holandés, que también al efecto se cita (Proyecto 1891:198)) el que con razón convence a los autores que lo introdujeron en el Proyecto de 1891. En la actualidad el Título Undécimo del CP mantiene su nombre, como también lo conserva el Capítulo IV, precedente de la misma fuente: “*Dell’abuso di autorità, e della violazione del doveri inerenti ad un publico ufficio*”.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, la innovación de Piñero, Rivarola y Matienzo se extendió a incorporar dos tipos comisivos como abuso de autoridad. Al hacerlo toman partido por la postura más recomendada en esos tiempos, superadora de la concepción francesa, vigente hasta 1870, de otorgarle una especie de inmunidad penal y civil a los funcionarios con el fin de fortalecer su mando (CARRARA, V: 63, con cita de Molinier).

El primer supuesto que proponen coincide con el que hoy está redactado en el CP. El segundo, mediante los siguientes términos: “mantuviere las existentes pudiendo derogarlas”. El incumplimiento de deberes y “los artículos restantes del Capítulo (293 a 297) contienen otros casos de abusos de autoridad o de violación de deberes oficiales...” (Proyecto 1891: 202)).

Sus autores en los fundamentos cometen el error de citar como referencia del cambio al art. 240 inc. 3 del primer código penal de delitos comunes que en el país entró a regir en 1887, que alude a un caso de usurpación de autoridad. Es cierto. Y evidentemente partieron de la insatisfacción que les producía el texto de su art. 243, que bajo el título de “abuso de autoridad” contenía diez (10) variados supuestos, relativos a la extensión, condiciones ilegales y trato otorgado a los presos y a sus familias, y al allanamiento ilegal. Este caótico esquema es el que se propusieron modificar.

⁶ La Constitución Nacional de 1853, y su reforma de 1860, sin dudas configuró dicha estructura con el formato de un estado moderno. Por esta vía fueron surgiendo obligaciones que sus dependientes debían (y deben) acatar, según el caso, en cada poder y jurisdicción (inicialmente nacional o provincial).

⁷ También llamado Código “Zanardelli”, el que tuvo intensos trabajos preparatorios.

Al generar la nueva fórmula, muy diferente a aquéllas, el precedente italiano antes citado dejó de tener proyección y, en su lugar, adquirió protagonismo el 355 del código holandés⁸. Es aquí donde se destaca la creatividad de los juristas intervinientes, caracterizada por la síntesis, claridad y un denso sentido político-criminal, sin dejar de ser por ello el 248 arquetipo de cómo están configurados la mayoría de los delitos del actual CP argentino. En primer lugar, siendo que el antecedente sólo comprendía a un sujeto especial (“*les chefs de départements ministériels*”), unifican el sujeto activo del abuso de autoridad, bajo la denominación de funcionario público (cuyo concepto se determina en el art. 109⁹, hoy 77 del CP). Ahora quedan todos comprendidos: jefes de prisión, alcaldes, policías, representantes del gobierno, de la justicia y del parlamento, etc.. En segundo lugar reducen todas las hipótesis a dos tipos comisivos¹⁰ y simplifican su redacción, utilizando una mejor técnica jurídica que los primeros tres incisos del 355 holandés. En tercer lugar, no receptan el tipo omisivo previsto en el inc. 4 de aquél¹¹, y con ello pareciera que pretendieron acotar los alcances de la previsión¹². En cuanto a la pena, se apartan de la prescripta en los Países Bajos en 1881, sólo postulan multa e inhabilitación. En el sobrevuelo que implica el cotejo de fórmulas extranjeras, explorando situaciones que pueden ocurrir y reglas pensadas por experimentados legisladores, también consultaron el art. 127 inc. 1 y 2 del código penal francés de 1810 (Usurpación de autoridad administrativa y judicial), siendo que el capítulo específico (“Sect. II...V. *Des abus d’authorité*”) se explayaba a partir del art. 184 con toda una serie de supuestos concretos. Y el código español de 1870 (art. 388) que lo siguió. Y el código penal chileno de 1874 (art. 221) titulado “Usurpación de atribuciones” que contempla un supuesto de exceso funcional con “malicia”. Cada una de estas fuentes, sin mucha dogmática en la que sustentar la lograda fórmula, fueron usadas (sin ser copiadas) por los proyectistas en su reconocida tarea.

La pena privativa de la libertad de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, del actual 248, surgió del Proyecto de 1906¹³ -y así quedó- a partir del art. 267, como delito “Contra la constitución y las leyes”¹⁴.

Pero las mencionadas no fueron las principales novedades que lo destacan. En efecto, sin más, en el mismo momento: 1. cambió la redacción del segundo tipo comisivo por el texto vigente hoy, y 2. mediante el uso de una técnica legislativa que merece ser revisada críticamente incorporó el tipo omisivo como tercer supuesto del 248¹⁵.

⁸ El *Code pénal des Pays-Bas* (3 mars 1881), y su Título XXVIII, *Délits Commis Dans l’exercice de fonctions publiques*, donde se encontraba el art. 355, consultado por los redactores del Proyecto de 1891, muy probablemente haya estado escrito en idioma francés, traducido por Wintgens en 1883.

⁹ Siguiendo al CP holandés de 1881.

¹⁰ Traduciendo los supuestos previstos por el 243 del CP de 1887 “a otros capítulos del Proyecto”.

¹¹ Por más que en los fundamentos se predique que la tarea se hizo “en términos análogos” (Proyecto 1891:202).

¹² Al atrapar a todos los funcionarios se apartaron del criterio selectivo, que obliga a identificar los campos funcionales donde el bien jurídico debía ser tutelado, v.gr: el penitenciario, el policial, el legislativo, el judicial. Tamaña amplitud luego fue nuevamente extendida, como se verá, cuando en 1906 se incorpora el supuesto omisivo de abuso de autoridad, en virtud de lo cual, sin más, el sistema jurídico argentino queda radicado en el polo opuesto al antiguo modelo francés.

¹³ Fue redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por decreto del PEN del 19/12/1904.

¹⁴ El título de este art. no estaba en el Proyecto de 1891 y fue suprimido en el Código del 21.

¹⁵ Rivarola y Piñero, miembros de la comisión redactora del Proyecto de 1906, ya habían integrado la comisión que produjo el Proyecto de 1891, que no incluyó el tipo omisivo previsto en el inc. 4 del art. 355 del código holandés por ellos estudiado. No puede afirmarse si en la nueva instancia se corrigió lo que considera-

El Proyecto de 1917, sometido a una amplia encuesta a los expertos de la época, en coincidencia con la propuesta de Esperidión Sánchez, sustituyó la “detención” (especie de pena asignada por el Proyecto de 1906) por la de “prisión”. En el mismo marco el abuso de autoridad adquiere el número de artículo 248, y no recibe nuevos cambios en el resto del trámite parlamentario hasta la sanción fechada el 3 de Noviembre del 1921 de la ley nacional N° 11.179.

Se objetiva de este modo (curiosa paradoja) cierta dosis de autoritarismo, teniendo en cuenta las omisiones contempladas ya en el artículo siguiente (hoy 249)¹⁶, al duplicar las amenazas de pena a todo funcionario que asume representar al Estado.

El Proyecto 2014 (art. 254) y el Proyecto 2019 (art. 248), ningún problema corrigen al mantener sendas figuras y aumentarles la pena.

En el derecho comparado, salvo el art. 355 del CP de los Países Bajos (del que procede pero con el cual tiene marcadas diferencias) no se conoce un tipo omisivo genérico como el del art. 248 tercer supuesto del CP. El francés, en su art. 432-1, de los abusos de autoridad dirigidos contra la administración, capta al funcionario que “...adopte medidas destinadas a impedir la ejecución de la Ley...” (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2003). El art. 404 del CP de España, al tratar “De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, incorpora un tipo comisivo y amenaza con pena “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo...”.

IV b) Análisis dogmático

El art. 248 prescribe que “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

El sujeto activo en los tres supuestos es un funcionario público (CP, art. 77) en “ejercicio de su cargo y obrando dentro de su propia competencia” (NÚÑEZ, 1974 VII: 73).

La fórmula no reúne los requisitos de un tipo de pluralidad de hipótesis. Por el contrario, contiene tres descripciones formales distintas¹⁷. A saber:

1) Los dos tipos comisivos:

a. uno prescribe “El funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales”.

b. el otro enuncia: “El funcionario público que ejecutare las órdenes o resoluciones contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales”.

Por cuestiones de espacio se deja su análisis para otra oportunidad.

2) El tipo omisivo:

Expresa: “El funcionario público que no ejecutare las constituciones, leyes nacionales, provinciales, o de la CABA, u ordenanzas municipales, cuyo cumplimiento le incumbiere en una situación determinada”.

En el nivel de la acción la omisión exige que no concurra ninguna circunstancia que la neutralice: relativa a situaciones exentas de la autoridad de los magistrados (CN, art. 19), o

ron un defecto (se olvidaron de redactarlo en el texto de 1891), que en realidad no era tal, mudaron de criterio, o fue idea de algún miembro nuevo.

¹⁶ Y mucho más: siendo el abuso de autoridad una circunstancia presente en diversos tipos penales, el art. 248 se configuró como una especie conglobante.

¹⁷ en virtud de lo cual demanda individualizar una u otra, no basta con citar el artículo sin mención de cuál supuesto se entiende aplicable.

una fuerza física irresistible, o la inconsciencia, que la torne inevitable (DE LA RUA/TARDITTI, I: 240 y 334).

Tipo objetivo: No ejecución de leyes

El dictado de resoluciones u órdenes, o la ejecución de éstas, comprendidos en los dos primeros supuestos del 248 (uno implica una contradicción normativa, el otro un sometimiento a la ilegalidad), constituyen modalidades comisivas de no ejecución de la Constitución y las leyes. El tercer supuesto contempla expresamente la modalidad omisiva.

En el abuso de autoridad el principio de exterioridad queda satisfecho con la negación al mandato emergente en una concreta situación. La obra del autor consiste en desplegar un comportamiento que difiere de la acción debida en dichas circunstancias, y de este modo no ejecuta la constitución o la ley que resulta aplicable¹⁸.

El “no ejecutarse” del 248 atrapa la consecuencia de la inacción, sin indicar la conducta que debe ser actuada por imperio constitucional o legal en circunstancias determinadas. De allí que el encuadramiento típico tiene como presupuesto la existencia de relaciones de personas y/o cosas en virtud de las cuales una autoridad queda obligada a intervenir en el sentido marcado por el orden jurídico. En otros términos, la dinámica del tipo omisivo del abuso de autoridad exige constatar la ausencia de tal intervención. Dicho vacío, implica no ejecución.

Debe concurrir abuso

El tipo expresamente no incluye el “abuso” como elemento, pero dicha circunstancia debe estar presente sí o sí en la no ejecución, en virtud del Capítulo IV del Título XI del Libro Segundo del Código Penal que cataloga al art. 248 como “abuso de autoridad”. Es decir, no basta con la mera omisión. La desobediencia debe constituir un enfrentamiento abierto a la orden legal. En otros términos: la no ejecución requiere un contexto o “situación de hecho” “generadora del deber” (BACIGALUPO, 1990: 259) (v.gr.: un proceso sin emergencias de compra de bienes para el Estado) en el que la omisión signifique contrariedad ostensible a la manda que el funcionario puede y debe realizar (en el ejemplo: por encima de cierto monto llamar a una licitación¹⁹). En dicho contexto o situación la no ejecución legal no puede ser coyuntural, accesoria o insignificante. En el ejemplo: al llamado a licitación, lo hizo un órgano no autorizado para actuar por delegación, dependiente en lo formal del que debía hacerlo. La extralimitación debe ser nuclear, marco en el cual la situación representa un peligro para el bien jurídico (BACIGALUPO, 1990: 259). Es decir, el regular funcionamiento de la administración pública corre riesgo frente a la tropelía²⁰. Sin abuso la omisión se proyecta al campo contravencional, civil, administrativo o disciplinario.

El abuso no se concreta si la omisión forma parte del riesgo objetivamente permitido al sujeto en su actuación funcional, si resulta de los límites materiales y jurídicos que tiene el autor para cumplir con la obligación²¹ o en la “emergencia” no podía hacer lo que la norma imponía, o el legislador nunca se ha expedido sobre el punto o cuando lo ha hecho no lo

¹⁸ Así se ha dicho en el caso “Denuncia formulada por Ferro...”, tramitada por ante el Juzg. Control Penal Económico Córdoba, A.I. N° 38, del 16/06/2011, publicado en Actualidad Jurídica, Revista Penal y Proc. Penal, Volumen 164, pág. A 2208.

¹⁹ En Córdoba, v.gr.: Ley N° 10155, arts. 6, 7 y 11.

²⁰ En consecuencia, existiendo abuso no se requiere la determinación del peligro para el bien jurídico. Sin él la omisión queda fuera del tercer supuesto del 248. La exigencia difiere sutilmente con la posición de un sector de la doctrina que requiere en cada caso la afectación del bien jurídico, lo que ocurre, debe advertirse, sólo como consecuencia de la conducta abusiva.

²¹ Con tendencia a la actuación discrecionalidad, basada en concepciones preponderantemente políticas, dentro del marco ofrecido por la ley.

hizo con precisión, o evidentemente ha cambiado la política pública que la sustenta, o le concede el derecho a no actuar, o de hacerlo crea un riesgo grave para sí (que no está obligado a soportar) o para un tercero, o que no está autorizado generar (v.gr.: comete otro delito (CP, art. 259): desobedecer la orden de un fiscal que lo comisionó para la realización de un allanamiento y registro)²². Tampoco se subsume al tipo el “uso errado o inconveniente del poder” (NÚÑEZ, 1974, VII: 75)²³.

No ejecuta, en cambio, el autor que ha excedido la omisión abusiva, es decir, no hizo lo que tenía que hacer y además desplegó otra conducta ilegal.

Elemento normativo: Leyes

Lo que se debe ejecutar, según corresponda, son la Constitución Nacional, las constituciones provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y, a las leyes nacionales, provinciales y las sancionadas por la legislatura de la CABA, y, a nivel municipal, a las ordenanzas emitidas por los Concejos Deliberantes. Debe encontrarse vigente y devenir aplicable a un suceso concreto. No basta que alguien pida una intervención funcional²⁴, es la propia ley la que así debe determinarlo.

En “Desglose de Alarcón”²⁵ se dijo: “...será imprescindible entonces acudir a una instancia normativa, que permita definir ese algo que el autor debía hacer, y que pese a que podía, no lo hizo...”, “...es un no hacer que se debería hacer... un no hacer desvalorado”, con cita de Gimbernat Ordeig (1990). Y que “...lo importante, como en todo concepto jurídico relativo a la omisión, es identificar la fuente del deber de obrar. En la especie ello consiste en la regla o norma que obliga a hacer. Es decir, el intérprete debe buscar la norma específica,...”, con cita de TERRAGNI (2003) “Delitos propios de los funcionarios públicos, p. 79.

Son leyes extrapenales que configuran el hacer o no hacer debido por el funcionario. Cuando el incumplimiento se corresponde con un hacer prescripto, en líneas generales, no existen inconvenientes para determinar la omisión. En cambio, cuando la norma extrapenal establece la prohibición de actuar, y la desobediencia consiste en el hacer contrario, puede pensarse que el supuesto es incompatible con el “no ejecutar” previsto en el tipo, dado que no sería posible omitir una omisión (que es lo que ocurre cuando se actúa y no se debía hacerlo). La conducta en este caso incumple la ley tanto como la omisión, pero derivaría en atípica como consecuencia de las palabras utilizadas por el legislador. Un ejemplo: la norma ecológica prohíbe pintar la forestación autóctona y el Intendente pinta con cal un metro del tronco del árbol histórico del pueblo. Otro: el Gobernador informa in situ a los familiares de la víctima en qué lugar de la escena del crimen fue encontrado su cuerpo. Otro: el Ministro se lleva de la escena electrónica del crimen un *pendrive* para analizarlo. Otro: oficiales del área de inteligencia filman una manifestación pública. Este razonamiento, debe advertirse, admisible en los casos de ausencia de resolución u orden, no es correcto. Olvida que la esencia de la omisión del 248 tercer supuesto es la no ejecución de una ley (lo cual ocurre también cuando se la enfrenta haciendo lo que manda no hacer), que debe distinguirse de la no ejecución fáctica, el simple no hacer, la pura inactividad. Por lo tanto, se adecúa al tipo objetivo aquí examinado el hacer prohibido por la ley.

²² En el caso “Denuncia formulada por Ferro...”, el fiscal expresó que unos “se limitaron a hacer lo único que podían en la emergencia” y otros “...no podían hacer otra cosa que lo que su mandante les decía”.

²³ En el caso “Denuncia formulada por Ferro...”, se dijo “...no puede consistir en errores jurídicos sustanciales o formales cometidos por el funcionario al usar sus poderes legítimos”... “sin perjuicio, reitero, de poder generar otro tipo de responsabilidad”.

²⁴ Ejemplo: transeúntes ocasionales reclaman al policía local (que acudió al lugar por un llamado al 911) que se tire al agua helada para rescatar al suicida. Y el oficial sólo atinó con su celular a filmar la situación.

²⁵ Sentencia N° 20 del 11/06/2021, Juzgado de Control en lo Penal Económico de Córdoba, publicado en Actualidad Jurídica, Revista Penal y Proc. Penal, Vol. 284, pág. B 1909.

Por fuera de las normas antes identificadas incurre en analogía prohibida la consideración de decretos reglamentarios autónomos²⁶, protocolos de actuación, resoluciones ministeriales, memorándum, circulares, directivas escritas, órdenes. Mucho menos valor tiene a tales fines la “opinión coincidente” de superiores, pares o subordinados, “un contexto”, las “buenas prácticas” o los “deberes tácitos”. Ni la doctrina ni la jurisprudencia²⁷. Queda exceptuado también el art. 8 de la ley nacional N° 25.173, por las razones que más adelante se consignarán.

Por esta vía, al amenazar con pena al funcionario que no lleve a la práctica la Constitución y la ley en todos sus extremos, se tutela íntegramente el Estado de Derecho.

Ingresa de este modo al balance del tipo objetivo un abanico de reglas extrapenales constitucionales²⁸ y vigentes en la materia de que se trate, cuyo cumplimiento en el momento del hecho resultan exigibles, en base a los cánones de imputación objetiva²⁹, a cada funcionario (o a un espectro de ellos no siempre fácil de determinar) según el órgano o estructura pública que integra, el cargo que ocupa (v.gr.: en el campo burocrático policial, el “Director de Turno” o el “Oficial Superior de Turno”), y la formal función que tiene conferida.

La omisión funcional abusiva del 248 tercer supuesto del Código Penal es una ley penal en blanco. El Congreso de la Nación ha fijado el núcleo del tipo (“no ejecutare”), el cual, a los fines de su aplicación, debe ser completado con una norma prescripta, según la materia y la jurisdicción, por otra ley. Ello con la siguiente particularidad: las “leyes” extrapenales comprendidas pueden todavía no haber sido dictadas al día de hoy. Es decir, se trata de un tipo ómnibus con un perímetro poroso, que se expande o restringe en la medida que distintos legisladores al compás de las políticas públicas imponen o suprimen obligaciones a los funcionarios.

El deber legal emergente debe ser expreso (NÚÑEZ, 1974, VII: 75). En “Desglose de Alarcón”, ob. cit., se ha dicho: “Destaco lo de “en forma expresa” porque sólo la ley escrita

²⁶ NÚÑEZ (1974, VII: 77) hace referencia a la Constitución y a la ley en su análisis de la figura. Alude a los “reglamentos” de las leyes “mientras no excedan sus fuentes constitucionales o legales”, con cita en contra de Moreno (a quien le atribuye una interpretación literal), para señalar que en conjunto “determinan los poderes propios de cada funcionario en ejercicio de su cargo”. Esto es cierto, en la medida que la infracción lo es de la función que le incumbe, pero no habilita considerar como conducta típica la mera inobservancia reglamentaria. El mandato debe estar establecido en la ley; su reglamentación a los fines del art. 248 no puede ampliarlo, reducirlo, sustituirlo por otro ni suprimirlo. En otros términos: si la ley establece que el personal debe someterse al régimen disciplinario, y el reglamento conceptualiza lo que se entiende por disciplina, no altera su espíritu y ningún inconveniente emerge. Lo que no puede admitirse (sin incurrir en analogía prohibida), y ello no conduce a “absurdo” alguno, es que la reglamentación sea considerada como una fuente independiente de la obligación incumplida. La obligación de actuar debe estar impuesta por un órgano legislativo. En este sentido se expide TERRAGNI (2003, 82) con cita de la CNCP, Sala II, sentencia del 26/11/01, “French Horacio A.”, LL 69-829. NÚÑEZ (1999) no expande el concepto de ley, salvo en la página 432 nota 3 cuando da como ejemplo al reglamento carcelario no tenido en cuenta por el Director de la Penitenciaría. CARLOS CREUS – JORGE E. BUOMPADRE (2007), citado en el caso “Desglose de Alarcón”, ob. cit., parecieran incurrir en el mismo desliz cuando afirman: “no puede sostenerse que cualquier reglamento u ordenanza quede comprendido entre los objetos de la violación...”. Salvo que estos autores, cuando aluden a “reglamento”, lo entiendan con las limitaciones señaladas por Núñez en su Tratado.

²⁷ El art. 255 del CPP de Córdoba obliga a constituir una rueda de personas que tengan condiciones exteriores semejantes a las del sujeto a reconocer. En dicho marco el fiscal no puede admitir la “desfiguración” del imputado. Sin embargo, la simulación no está prevista expresamente como una prohibición legal.

²⁸ No lo es la nacional si, v.gr.: invade una facultad provincial no delegada.

²⁹ Se acude a ellas como primer “filtro”, no obstante que el 248 tercer supuesto no es un tipo de resultado, en el caso “Denuncia formulada por Ferro...”, ob. cit.

proporciona la seguridad jurídica del principio de legalidad. Por ello aquél debe emplear un lenguaje lo más claro, preciso, completo y objetivo posible”, con cita de LASCANO (2002). Resulta incompatible con tal exigencia que la que debería ser fuente del deber sea una ley extrapenal en blanco, es decir, que se caracterice por una orfandad de contenido tal que requiera adicionalmente ser complementada por el Poder Ejecutivo. De admitirse lo contrario se estaría en presencia de dos leyes en blanco: una penal (el 248) y la otra extrapenal.

El desajuste con el mandato supone una lectura razonable de su exigencia. Es por ello que las “leyes” requieren ser interpretadas sistemáticamente, ya que suelen presentarse aparentes pugnas entre normas de igual o diversa jerarquía. Ejemplo: el deber administrativo que tiene el Ministro de Seguridad (de “controlar” las policías, en función de lo establecido por el punto 5 del art. 31 de la Ley N° 15.164 Orgánica de los Ministerios de la Provincia de Buenos Aires) y el superior (un jefe departamental) de “cumplir y hacer cumplir” al subordinado las leyes y reglamentaciones (v.gr.: Ley de Unificación de las Normas de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, N° 13.482, art. 28 inc. a),) versus la facultad policial de realizar tareas específicas (Cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar el Ministerio Público Fiscal) que la ley sólo autoriza a determinados funcionarios en la escena del crimen, en la que no debe haber extraños (Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, arts. 293, 294, concordantes y correlativos). Por dicho camino se produce una selección de las que en el caso concreto corresponde aplicar, y en consecuencia resultan exigibles. En el caso “Denuncia formulada por Ferro...”, ob. cit., el fiscal interviniente dijo: “para que una conducta encuadre en la figura del abuso de autoridad, el funcionario, al momento en que las circunstancias exigen su actuación, debe poder identificar una norma clara y lo suficientemente específica que imponga una sola solución, o más de una en forma alternativa, pero siempre definidas y claras. Si tal norma existe y el funcionario escoge una solución distinta de las que aquella exige, habrá abusado de su autoridad. Pero si hay colisión entre normas, o entre normas y principios, o si la norma es vaga o ambigua y requiere de interpretación para ser operativa y el funcionario escoge la solución que mejor le parece de entre las disponibles, mal se le puede achacar haber cometido un delito...”. Además de una tarea propia de la hermenéutica, en el sistema político (del que forma parte la Administración Pública), al funcionario se le reconoce en ciertos casos “discrecionalidad” (riesgo permitido) al tiempo de ejercer su competencia³⁰. En el campo de la seguridad, cuando la policía constata una ofensa capaz de producir daños graves al bien jurídico, tiene reducido su arbitrio “a cero” (ROXIN, 2014, II: 881). No obstante ello, las más modernas normas jurídicas inyectan cierta flexibilidad. Así, por ejemplo, la Ley N° 5688 de la CABA, Orgánica de la Policía de la Ciudad, en su art. 83 prescribe: “En la actuación del personal policial tienen plena vigencia los siguientes principios: 1. El principio de sujeción a la ley, ...2. El principio de oportunidad, según el cual el personal policial cuenta con discrecionalidad conforme a deber para prescindir de la actuación funcional cuando, de acuerdo con las circunstancias del caso, la injerencia resulte inapropiada o inidónea para su fin. La discrecionalidad lleva ínsito el deber de evaluar previamente el riesgo, bajo propia responsabilidad del funcionario actuante”. En Córdoba, la oportunidad (como principio esencial de actuación policial) se encuentra instituido en el art. 29 inc. b) de la Ley N° 10.731: “evitar todo tipo de actuación extrema cuando no medie una situación objetiva de riesgo o peligro capaz de vulnerar la vida, la libertad u otros derechos fundamentales de las personas...”.

³⁰ Lo advierte TERRAGNI (2003, 70). La facultad para actuar con discrecionalidad reduce las chances de concretarse el exceso funcional.

Incumbencia

Las leyes en un caso concreto le deben “incumbir” al funcionario. Ocurre ello cuando dadas ciertas circunstancias fácticas determinadas en leyes extra-penales vigentes (escena del crimen, registro domiciliario, compra de bienes), corresponde que como autoridad las aplique, que las transforme en acto en el marco de la función que tiene oficialmente asignada³¹. El riesgo no permitido constituido por la omisión típica (no ejecutar la ley de su incumbencia) no transforma al sujeto activo en garante de la evitación de resultados previstos en tipos penales comisivos. No es garante, directamente debe cumplirla. La ley que se debe ejecutar es la aplicable en cierto contexto por parte de un funcionario integrante de un órgano o estructura pública, con funciones determinadas en virtud del cargo que ocupa, y con competencia territorial para hacerlo. La trama torna aplicable una o varias normas, que imponen la obligación de actuar, para unos (v.gr.: cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito sean conservados (CPP, art. 324 inc. 2), y, teniendo en cuenta el organigrama (puestos más altos, direcciones generales, direcciones, subdirecciones, etc.), de coordinar, supervisar y/o controlar (v.gr.: que el responsable haga lo que tiene que hacer), para los de mayor competencia funcional específica hasta la jerarquía a la que la ley asigne responsabilidades en la jurisdicción del hecho principal.

En dicho contexto, resulta relevante determinar la capacidad o poder de hecho de cada cual, puesto que se trata de un “un elemento individual” (lo que supone la disponibilidad de los medios, y la posibilidad de realizar la acción mandada) (BACIGALUPO, 1990: 260; BACIGALUPO, 1999).

A los fines de la tipicidad objetiva todos los elementos deben concurrir. Ello no se satisface invocando la sospecha de comisión de otro delito, por más grave que fuera (y más difícil de probar). Ejemplo: los indicios de recepción o aceptación de promesa de dádiva para dejar de hacer algo relativo a sus funciones (CP, art. 265) no eliminan la necesaria presencia de la no ejecución de lo expresamente establecido por la “ley” a los fines del art. 248 tercer supuesto del CP.

El tipo subjetivo

La constitución del injusto doloso imputable, al tiempo de la consumación, requiere que el sujeto tenga un claro conocimiento del significado ilegal de su comportamiento; en el caso concreto sabe que debiendo y pudiendo hacerlo no está ejecutando la ley^{32 33 34}.

³¹ No es el caso, en el ejemplo dado por TERRAGNI (2003, 73), con cita de CC Capital del 26/2/46, LL 42-346, del agente de policía que no estando encargado personalmente de la vigilancia de un preso incomunicado, viola esa incomunicación haciéndole llegar un mensaje al detenido.

³² Bacigalupo 1990:265, enseña que (comparado con el delito de comisión) en la omisión el dolo tiene “una estructura propia”.

³³ En el caso “León”, resuelto por la Cámara de Acusación de Córdoba, Auto 270, del 28/12/2007, publicado en Actualidad Jurídica N° 138, Pág: 9332, relativo a la manda establecida en el art. 208 del CPP de Córdoba, se ha dicho que su conocimiento se supone por el ejercicio de la función de policía.

³⁴ El art. 355 del CP holandés de 1881, todavía hoy vigente, requiere el propósito o la intencionalidad omisiva. NÚÑEZ (1974, VII:76) exige “malicia”. Si bien a su juicio no hace falta una finalidad específica, el intérprete debe “indagar en el alma del agente” en busca de la “arbitrariedad” y la “deslealtad” que la caracterizan (NÚÑEZ, 1942: 67); JIMÉNEZ DE ASÚA (III: 895), citado a puño y letra en la publicación de uso personal por Núñez ob. cit.). El Código Penal argentino no equipara dolo con malicia, la que integra expresamente diversos tipos subjetivos, algunos omisivos (arts. 173 inc. 13 segundo supuesto, 252 párrafo segundo, 268 (3) primero y tercer párrafo, 273 párrafo segundo). El Proyecto de Reforma del CP del 2014 (art. 254 inc. 2) incorpora la malicia al tipo subjetivo del incumplimiento de deberes.

Excluyen al tipo subjetivo los “errores de interpretación”, “la falta de capacidad intelectual” (NÚÑEZ, 1942: 67), y la “buena fe” (NÚÑEZ, 1974, VII: 77). La jurisprudencia³⁵, con idéntico efecto, admite al error, cuando ha habido “múltiples y relevantes reformas” en materia extrapenal, que ha conducido a la aplicación de un apercibimiento no previsto y no aplicar otro que la ley sí prevé. Lo mismo si el imputado “tuvo en miras solucionar del modo más razonable posible la contingencia acaecida”³⁶. No tiene el conocimiento de la contrariedad con la ley el sujeto que no la ejecuta por “ignorancia” o “error” sobre el derecho, “incluso” el “penal” (NÚÑEZ, 1974, VII: 77). No admite el dolo eventual.

Causas de justificación

La omisión prevista en el 248 tercer supuesto puede justificarse por causales legales, aunque “Repeler ataques omitiendo es bastante raro” (KAUFMANN, 2006: 150)³⁷.

Causa de inculpabilidad

Excluye la culpabilidad la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (CP, art. 34 inc. 2º segundo supuesto).

Relaciones con otras figuras

La relación de la omisión abusiva del 248 con otras figuras tiene al incumplimiento omisivo de los deberes del funcionario público (249), cuya constitucionalidad merece ser revisada, como la más difícil de sortear. Debe asumirse que la acción omitida, para las dos, siempre corresponde al rol funcional del obligado a actuar, que en todo caso es una autoridad, y que tanto el 248 como el 249 captan omisión de actos administrativos, legislativos o judiciales respecto de una situación determinada. También que el primero alude a no ejecutar la constitución y las leyes, y el segundo al que ilegalmente omitiere. Es decir, sendos requieren la existencia de una norma que infringir.

Tiene mucho de “excursión de pesca mayor” imputar las dos figuras juntas (248 y 249) al mismo sujeto por idéntico hecho. En “Denuncia formulada por Pioli...”³⁸ se ha dicho: “De las tres hipótesis delictivas del art. 248, las dos primeras, que son comisivas, no tienen ningún punto de contacto con el tipo del art. 249. Y en cuanto a la tercera forma de abuso, que es omisiva, su relación con la figura del art. 249 no está regida por las reglas del concurso de delitos sino que entre ambas existe alternatividad³⁹, pues “regulan en forma diferente un mismo hecho”, y esto implica que la aplicación de uno de los tipos excluye la del otro, ya que “el hecho debe ser una u otra cosa”. Es decir que entre ambas figuras existe un concurso aparente de leyes, y corresponderá la aplicación de uno u otro tipo según la calidad del acto omitido...”.

El criterio rector para no confundirlas sutilmente radica en identificar en una ley extrapenal la específica obligación de actuar, es decir, en el caso del 248 tercer supuesto (siendo que se trata de una tarea a cargo del funcionario) debe estar especialmente prevista. Si no está así dispuesto la inacción de cualquier otro acto comprendido en lo que le queda como resto de su competencia (establecida genéricamente en la constitución o la ley o por normas de menor jerarquía como otra tarea “del oficio”), es captada, si supera el test de legitimidad, por el 249. Tiene dos excepciones: 1. el supuesto de la omisión de un comportamiento exigido por la constitución o la ley en la que no concurre el abuso característico

³⁵ “Denuncia formulada por Pioli...”, Juz. Control Penal Económico de Cba, A.I. N° 12, del 17/03/2008, publicado en Actualidad Jurídica N° 135.

³⁶ Denuncia formulada por Ferro..., ob. cit., publicado en Actualidad Jurídica N° 164.

³⁷ la víctima de una agresión tiene libertad de acción para defenderse, no estando obligada a socorrer al agresor que se accidenta (KAUFMANN, 150).

³⁸ “Denuncia formulada por Pioli...”, ob. cit...

³⁹ La doctrina más actualizada no la incluye entre las relaciones del concurso aparente (DE LA RÚA/TARDITTI, I: 275).

del 248 constituye un mero incumplimiento. 2. el art. 8 de la ley N° 25.173, ya que estando impuesta expresamente la obligación de izar la bandera, la interpretación auténtica del legislador tasa la omisión como figura menor⁴⁰.

Desde una perspectiva político-criminal significa que habrá abuso de autoridad cuando la no ejecutada sea una específica manda constitucional o legal, por ello tiene asignada mayor pena. El resto de las desobediencias constituirán un mero incumplimiento del deber funcional. Si los hechos son diversos e independientes entre sí, pueden concurrir materialmente (CP, art. 55)⁴¹.

En “Casalino”⁴² se ha dicho que la figura también omisiva prevista en el art. 274 del CP (faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución) “desplaza” al 248 tercer supuesto, por tener éste “carácter subsidiario”. Sin embargo, como la ley al respecto nada dice, todo indica que se está frente a la especialidad, ya que, ubicados dentro del mismo bien jurídico el delito privilegiado del 274 estructuralmente entraña una omisión abusiva. No concurre aquélla, en cambio, en el supuesto del tipo calificado del 167 quater inc. 5° que, con una pena considerablemente mayor, contempla la participación en el abigeato de un funcionario público que “abusando de sus funciones” facilita su comisión. Se rige por la consunción.

Participación

Se discute sobre la admisibilidad o no de la co-autoría. BACIGALUPO (1990: 268) y 1999: 564) se manifiesta en contra, con cita de Kaufmann, argumentando que “no es posible una “decisión común al hecho”; se expide en cambio a favor JESCHECK (1993: 582), para quien se dará “entre varios autores por omisión cuando éstos no cumplen un deber que les incumbe conjuntamente”. Ejemplo: cuando la obligación colegiada es incumplida v.gr.: por el llamado “estado mayor policial”.

La participación activa en un delito de omisión, como el abuso de autoridad, también es discutida. ROXIN (2014) (2003, II: 269) la admite. Para JESCHECK, ob. cit., habrá inducción “en la causación dolosa de la decisión del omitente de permanecer inactivo”. Ensayo un ejemplo: cuando el esposo lobista (o una variante: también policía, pero asignado a otra jurisdicción), determina psíquicamente a la titular de la dependencia para que no actúe como manda la ley. Y “complicidad” “por el apoyo al incumplimiento” o por “reafirmar” una decisión. Imagino otro: un grupo de comisarios retirados emite un parte de prensa avalando la coetánea inacción del oficial que debe actuar.

La autoría mediata omisiva no es posible (BACIGALUPO, ob. cit.; JESCHECK, ob. cit.).

Otras cuestiones

Kaufmann, ob. cit., presenta una serie (9) de “casos problemáticos”, a los que tilda de “omisivos por comisión”. La doctrina, tiempo después, le reconoce la agudeza en el pensamiento, pero no comparte su solución. Así, por ejemplo, se sostiene que incurre en

⁴⁰ TERRAGNI (2003, 68), como la edición del Código Penal cuidada por ZAVALÍA (2022 y anteriores), que sostienen lo contrario, no se atienen al texto expreso de la ley.

⁴¹ el policía que no pone en “debido resguardo” los objetos sustraídos (CPP, art. 324) y se los lleva, v.gr.: de regalo a unos amigos. Así lo ha sostenido el TSJ, en el caso “Dávila”, donde los bienes fueron sustraídos en beneficio propio, según surge de la Sentencia N° 208 del 31/08/2010: “El delito previsto por el artículo 248 del CP, ha quedado consumado con la omisión....deviene su aplicación pues la otra conducta delictiva realizada, el hurto de los efectos, no comprende el abuso de autoridad como elemento constitutivo del tipo, y concurre realmente con él”.

⁴² Sentencia del 25/08/2008, Cám. Crim. de 4ª Nom. Córdoba, publicada en Actualidad Jurídica, Revista: Penal y Proc. Penal - Volumen: 126 - Pág: 8390.

omisión típica, el sujeto que inició con el cumplimiento de la acción debida pero luego desistió (BACIGALUPO, 1990, BACIGALUPO, 1999) o si se da un supuesto de ommissio libera in causa (BACIGALUPO, 1990, BACIGALUPO, 1999, con cita de Rudolphi).

El tipo es de ofensa simple, de peligro presumido, clasificable como de pura actividad, entendiéndose por tal que no requiere un resultado potencial o efectivo. Se consuma con la abusiva omisión en el lugar y momento⁴³ donde el funcionario debía actuar. No admite tentativa (NÚÑEZ, 1974 VII: 77)⁴⁴.

Lecturas sugeridas

- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., et al., El Código Penal Francés, Comares, Granada, 2003.
- BACIGALUPO, E., Principios de derecho penal parte general, Akal/iure, Madrid, 1990.
- BACIGALUPO, E., Derecho Penal Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BUOMPADRE, J., Delitos contra la Administración Pública, MAVÉ, Buenos Aires, 2001.
- CARRARA, F., Programa del Curso de Derecho Criminal, PE, V, Depalma, (1863) 1947.
- CREUS, C. et al., Derecho Penal Parte Especial T. 2, Astrea. Bs. As., 2007.
- DE LA RÚA, J., TARDITTI, A., Derecho Penal, Parte General, Hammurabi, 2014/5.
- DONNA, E. Derecho Penal, Parte Especial, II B y III, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, E., Los deberes positivos generales y su fundamentación, Doxa, 3, 1986.
- JESCHECK, H, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Comares, Granada, 1993.
- KAUFMANN, A., Dogmática de los delitos de omisión, Marcial Pons, Madrid, 2006 (1959).
- LUCERO OFFREDI, G., El tipo doloso de omisión, en LASCANO C., Derecho Penal, Parte General, Advocatus, Córdoba, 2005.
- NÚÑEZ, R., Los elementos subjetivos del tipo penal, BFDyCS, N° 3, Año VI, 1942.
- NÚÑEZ, R., Derecho Penal Argentino, EBA, T I a V, Bs. As, 1961/7; Lerner, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.
- NÚÑEZ, R., Manual Parte Especial, Parte Especial, Lerner Editora, Córdoba, 1999.
- ROXIN, C., Derecho Penal, Parte General, T II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014 (2003).
- SCHÜNEMANN, B, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, en Cuestiones Básicas del DP en los umbrales del 3º milenio, Idemsa, Perú, 2006.
- SCHÜNEMANN, B., Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales, 2018, en <https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.201802.003>.
- TERRAGNI, M., “Delitos propios de los funcionarios públicos”. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

⁴³ En “Denuncia formulada por Pioli...” se ha dicho que “...no cualquier omisión o retraso funcional puede ser calificado, ni siquiera a prima facie, como delictivo...”. Generado el deber de actuar en un punto o serie temporal (más allá del cual el bien jurídico corre riesgo) y teniendo el obligado la capacidad para cumplir con aquél, la hipótesis delictiva se concreta con la “no ejecución” fuera de aquel tramo. Si el remiso actúa en un momento posterior al de la expectativa legal, queda incurso en el 248, aunque el acto sirva para cumplir con la finalidad de su imposición.

⁴⁴ Es atípico el proceder que quedó en el intento (DE LA RUA/TARDITTI, I: 340) o que resulta cuestionable, siempre que “el obligado haya intentado seriamente su realización” (BACIGALUPO, 1990: 260).

El delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta

The offense of malicious supply of false or inaccurate information

Por: MARTÍN TORÉS*

RESUMEN: Los fiscales que investigan causas complejas pueden acudir a la figura del arrepentido con el objeto de obtener información relevante y de difícil obtención para el proceso. Sin embargo, existe un riesgo latente para estos casos: los imputados arrepentidos, por distintas razones, suelen mentir. Dado este riesgo, se legisló un tipo penal que pretende evitar que los imputados arrepentidos aporten información falsa con su declaración. En este trabajo se analizará, primero, si fue correcta la decisión del legislador de regular este tipo penal; segundo, sus características y; tercero, su tensión constitucional con el *nemo tenetur*, puesto que se estaría castigando a una persona imputada por aportar información falsa cuando, por regla, tiene derecho hasta de mentir según esta garantía constitucional. Así, se darán las razones por las cuales se sostiene que este delito es respetuoso del *nemo tenetur*.

PALABRAS CLAVES: Investigaciones complejas. Imputado arrepentido. Tipo penal. *Nemo tenetur*.

ABSTRACT: Prosecutors investigating complex cases may resort to the figure of the repentant in order to obtain relevant information that is difficult to obtain for the trial. However, there is a latent risk for these cases: repentant defendants, for various reasons, often lie. Given this risk, a criminal offense was legislated to prevent repentant defendants from providing false information with their testimony. In this paper, we will first analyze whether the legislator's decision to regulate this criminal offense was correct; second, its characteristics; and third, its constitutional tension with the *nemo tenetur* principle, since a defendant may have the right to lie under this constitutional guarantee, but could be punished for providing false information. Thus, we will give reasons why it is argued that this offense is respectful of the *nemo tenetur* principle.

KEYWORDS: Complex investigations. Repentant defendant. Criminal offense. *Nemo tenetur* principle.

Sumario: I. Introducción, II. Justificación del tipo penal, III. Análisis del tipo penal de suministro malicioso de información falsa o inexacta, IV. Tensiones constitucionales con el *nemo tenetur*, V. Conclusiones

I. Introducción

Conocemos, al menos, dos tipos de criminalidad en la actualidad: la individual y la organizada. Esta última se caracteriza por ser cometida a través de organizaciones criminales que planifican y preparan sus delitos, y cuentan con recursos económicos y tecnológicos para llevarlos a cabo. Todo esto genera que las investigaciones sobre este tipo de delincuencia sean realmente dificultosas por lo que existe cierta deficiencia para descubrir a sus autores. Por ello, el legislador nacional reguló la figura del arrepentido para todo el país y el legislador provincial cordobés legisló el procedimiento para su aplicación. Con ella se pretendió

* Abogado UNC, especializando en derecho procesal UNC, Asistente de Magistrado en el Juzgado de Control y Faltas n° 7 de Causas Complejas y Cibercrimen. Correo electrónico: martintoresm@gmail.com.

dotar a los fiscales de una herramienta que permita lograr avances significativos en este tipo de investigaciones.

Una de las principales características que tiene la delincuencia compleja es que se comete a través de grupos de personas que tienen cohesión grupal, jerarquías, roles asignados, organización y planificación. En ese marco, la figura del arrepentido es una herramienta que tienen los fiscales para seducir a los miembros de una organización criminal para que delaten a sus compañeros. Con ella, se les puede ofrecer una disminución en la eventual pena que podrían recibir, con el objeto de que aporten, a cambio, información relevante relacionada a la asociación criminal.

De este modo, los fiscales pueden llegar a un acuerdo con alguno de los imputados con el objeto de que aporte información valiosa que permita un avance en la investigación. Este acuerdo genera ciertas obligaciones para ambas partes: el imputado debe brindar información veraz y relevante y el Estado se compromete a reducir la escala penal del delito que le fue atribuido.

Si bien esta herramienta permite generar grandes avances en investigaciones complejas, la experiencia judicial, nacional e internacional, indica que uno de los mayores riesgos que tiene la aplicación de la figura del arrepentido es que las personas imputadas que declaran en esa condición suelen mentir. Y esto, ciertamente, puede afectar gravemente el desarrollo de la investigación penal.

Hay, al menos, dos razones por las cuales las personas imputadas, en algunas ocasiones, deciden mentir cuando declaran como arrepentidos. Una se debe a que, por lo general, son parte de organizaciones delictivas que tienen cohesión grupal y sentido de pertenencia. De este modo, con su declaración pueden pretender entorpecer o desviar la investigación con el objeto de beneficiar a los otros miembros del grupo. Otra razón, puede deberse a que el beneficio que pueden obtener los imputados por el hecho de aportar información es muy importante (una reducción de la pena y, en su caso, el cese de prisión preventiva). Así, en algunas ocasiones, algunas personas imputadas, motivadas por la necesidad de obtener esos beneficios, se arriesgan y aportan información falsa bajo la creencia de que pueden engañar a las autoridades.

Previo a comenzar el análisis específico del tipo penal de suministro malicioso de información falsa o inexacta, será útil hacer una breve explicación del procedimiento que se debe llevar a cabo para aplicar la figura del arrepentido. Esto va a permitir comprender mejor algunas cuestiones que serán analizadas al desarrollarse las características de este tipo penal.

El primer paso son las tratativas. Aquí, alguna de las partes –fiscal o imputado– debe acercarse a la otra con el objeto de negociar un acuerdo de colaboración. El fiscal puede pretender que algún imputado aporte información relevante a cambio de la reducción de su eventual pena y para ello le hace una propuesta. De la misma manera, algún imputado, a través de su abogado defensor, puede ofrecerle al fiscal llegar a un acuerdo. Ambos van a negociar y en caso de llegar a un acuerdo, van a prestar su consentimiento para formalizarlo.

El segundo paso es la formalización del acuerdo. Una vez que ambas partes, luego de las tratativas, llegaron a un acuerdo, se lo formaliza en un acta. La formalización del acuerdo implica llevar a cabo una audiencia frente al fiscal, en la cual, luego de cumplir con todas las exigencias legales, el imputado debe declarar y brindar la información que dijo tener en las tratativas.

El tercer paso consiste en el pedido, por parte del fiscal, de la intervención jurisdiccional para homologar el acuerdo. Una vez que se llevó a cabo la audiencia por la cual el imputado formalizó el acuerdo y brindó su información, el fiscal debe solicitar la homologación judicial de dicho acuerdo. Una vez requerida la intervención jurisdiccional, el juez de control debe convocar a las partes a una audiencia oral para efectuar un control de legalidad, de voluntariedad y verificar si la información aportada es *prima facie* comprobable y verosímil.

El cuarto paso consiste en el pedido, por parte del fiscal o de la defensa, de la intervención del juez de control para dar por corroborado el acuerdo. Luego de efectuada la investigación sobre la declaración del imputado y una vez que las partes consideren que se ha corroborado la información aportada, alguna de las partes tiene que requerir la intervención del juez de control con el objeto de que la de por corroborada. El juez debe convocar a las partes a una nueva audiencia oral en la que se va a verificar si los dichos del imputado fueron comprobados con la investigación que se llevó a cabo.

El quinto paso consiste en la ejecución del acuerdo. Si bien el fiscal obtiene su parte desde que el imputado aportó su información, el imputado recién en la sentencia condenatoria puede ver materializado el beneficio que obtiene con el acuerdo, pues, recién allí puede solicitar la aplicación de la reducción de su pena.

II. Justificación del tipo penal

El legislador reguló este tipo penal con el objeto de disuadir, a los imputados que declaren como arrepentidos, de mentir en su declaración. Ello, debido a que existe la posibilidad de que no digan la verdad cuando aporten información como imputados arrepentidos, lo que afectaría el curso normal del proceso penal y, por consiguiente, la correcta administración de justicia.

Considero que existen buenas razones para que el legislador haya decidido crear este nuevo tipo penal. Siguiendo las enseñanzas de José Peralta¹, para criminalizar una conducta se deben satisfacer, al menos, tres requisitos: la conducta debe ser incorrecta, la prohibición debe ser útil para evitar daños a terceros y no debe haber otra alternativa menos costosa para lidiar con esa conducta incorrecta. Estos requisitos, están presentes, por lo que la decisión legislativa ha sido la adecuada.

Peralta explicó que la conducta debe ser incorrecta porque de ese modo se justifica la pena frente al sujeto que la comete. Así, sabría que la consecuencia que recibe se debe a que hizo algo que está mal. Si la persona imputada que declara bajo el régimen del arrepentido decide mentir o aportar información inexacta, realiza una conducta dañosa por cuanto entorpece una investigación penal y, en algunos casos, también podría perjudicar a otra persona si la incrimina falsamente. De este modo, la conducta llevada a cabo sería incorrecta.

Sobre el segundo requisito, Peralta dijo que el castigo penal debe ser útil para evitar daños a terceros. Con ello, aclaró, se justifica el uso de la pena frente a la sociedad. Sobre este punto, incluir esta conducta como prohibida en la legislación penal, permite disuadir a las personas que se sometan al régimen del arrepentido a que aporten información falsa. Si el imputado declara como arrepentido, se vería compelido a no entorpecer el proceso con mentiras por la pena que podría recibir, lo que beneficia al proceso penal y, en consecuencia, a la sociedad que espera que la administración de justicia funcione correctamente.

¹ Agradezco a José Milton Peralta el aporte realizado para justificar este punto. Aquí acudo a sus enseñanzas, las que tomo como base para justificar la afirmación de que es correcta regulación de la figura penal analizada.

El tercer requisito, conforme explicó Peralta, refleja el principio de *ultima ratio*. El derecho penal debe ser el último recurso al que debe acudir el Estado para enfrentar una conducta incorrecta, lo que implica que no debe haber otras herramientas menos dañosas a las cuales poder recurrir. En el régimen del imputado arrepentido no es posible contar con otro recurso menos dañino para compeler a los imputados a que aporten datos verdaderos. No existen otras alternativas eficientes y menos rigurosas para disuadir a los imputados de decir falsedades, por lo que crear este tipo penal es un acierto.

Sobre la base de lo dicho en los párrafos anteriores, podemos concluir que fue acertada la decisión del legislador de crear este tipo penal, pues, satisface los requisitos que deben estar presentes para que una conducta pueda ser castigada penalmente.

III. Análisis del tipo penal

Existe un serio riesgo de que la persona imputada que declara bajo el régimen del arrepentido aporte información falsa y con ello provoque un desvío de la investigación, que el legislador nacional, al incorporar al Código Penal —a través de la Ley n.º 27304—, toda la regulación de la figura del arrepentido, también agregó el art. 276 *bis* cuyo texto dice: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”. Con la incorporación de este nuevo delito, el legislador pretendió evitar que las personas imputadas mientan cuando aporten información como arrepentidos y en el caso de que lo hagan tengan una sanción penal con una escala punitiva que puede considerarse grave.

El bien jurídico protegido es la administración pública, más precisamente el correcto funcionamiento de la administración de justicia. Esta puede verse afectada si con la declaración del imputado delator se genera una investigación que nunca va a llegar a buen puerto por cuanto se asienta sobre información falsa. Sin embargo, tal como se verá más adelante, no se requiere, para su consumación, que haya habido un efectivo perjuicio sobre la administración pública.

La acción típica consiste en aportar o brindar información falsa o datos inexactos. Esta acción debe realizarse en un contexto particular, esto es, en el marco de una declaración como imputado arrepentido. Para que sea ilícita la conducta de aportar información falsa, el imputado debe haber formalizado, previamente, un acuerdo de colaboración con el fiscal por el cual acordaron que él iba a brindar información de relevancia para la investigación, como imputado arrepentido. Esto es fundamental puesto que la persona imputada, que no está bajo el régimen del arrepentido, está protegida por el *nemo tenetur* y tiene derecho hasta incluso de mentir². Por ello es que solo aquella persona imputada que declara como arrepentida (luego de haber formalizado el acuerdo con el fiscal) puede cometer este delito. De este modo, sujeto activo del delito solo puede ser la persona imputada que formalizó un acuerdo de colaboración con el fiscal.

Para que sea delito, se exige que la información que haya aportado el imputado sea falsa, esto es, contraria a la verdad. La falsedad de la información aportada, generalmente, se va a determinar una vez que se realizó la investigación que se lleva a cabo sobre la base de los dichos del arrepentido. Recordemos que si se homologó el acuerdo es porque el fiscal consideró que la información *prima facie* es verdadera y comprobable. De este modo,

² PERALTA, JOSÉ MILTON, *La no obligación de declarar contra uno mismo*, en Julio Rivera (h) y otros (dirs.) *Derechos Constitucionales*, T.III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 410 y ss.

por lo general, recién en la investigación sobre la declaración del imputado el fiscal va a poder advertir si sus dichos son falsos.

Es importante distinguir una situación que se puede presentar, luego de la investigación, que puede generar controversia. Puede darse el caso de que la fiscalía haya adoptado medidas de investigación a partir de la información brindada y que de ellas no se hayan obtenido, directamente, datos que corroboren los dichos del imputado. En este caso, hay que tener en cuenta que, por lo general, son dificultosas las investigaciones del crimen organizado. En muchas ocasiones se requerirá de cooperación internacional o también puede suceder que la prueba sea de difícil obtención por estar especialmente ocultada. En casos como estos, en los que la información aportada por el imputado delator no pudo ser corroborada por falencias propias de la investigación de este tipo de delitos, en principio, no puede generarle consecuencias negativas al imputado porque esa información fue homologada por el juez como comprobable. Recordemos que se hizo una audiencia de homologación en la que el juez efectuó una valoración preliminar sobre si la información aportada era comprobable o no. Esto significa que las manifestaciones del imputado, *prima facie*, sí podían comprobarse, pero por defectos de la investigación no se pudo lograr.

Es importante tener en cuenta que —a diferencia de los casos en los que se obtiene prueba que acredita que los dichos del imputado son falsos—, en este supuesto, directamente no se consiguen datos probatorios que corroboren sus dichos por dificultades propias de la investigación (por ejemplo, si se envía un oficio a una empresa extranjera que no responde). De este modo, no es posible saber si sus manifestaciones son ciertas o no y se vuelve operativo el *in dubio pro reo*. Cuando esto se debe a las falencias propias de una investigación compleja, el imputado no puede cargar con la deficiencia del Estado por las dificultades de la investigación.

Distinto es el caso si se prueba que el imputado, a sabiendas de que esa información no iba a poder corroborarse de ningún modo, la aportó con el objeto de perjudicar el proceso. En este caso, si ello logra probarse, su acción sería delictiva más allá de que haya sido considerada *prima facie* como comprobable.

El delito es de peligro concreto y se consuma con el suministro de información falsa o de datos inexactos en el contenido del acuerdo celebrado con el Ministerio Público, sin que requiera de otros efectos o resultados adicionales, como por ejemplo el desvío de la investigación que se podría producir como consecuencia de la conducta dolosa del arrepentido³. De este modo, es suficiente con que la declaración del imputado ponga en efectivo riesgo a la administración de justicia.

Si bien el perjuicio al proceso (en caso de lo que lo hubiere) se advertirá, generalmente, luego de la investigación que se lleva a cabo sobre los dichos del imputado, el delito se consuma antes con su declaración. Por esta razón, en muchas ocasiones, el delito provocará un perjuicio a la investigación, pero esto no es exigido para su tipicidad.

Existe un caso en el que el fiscal podrá advertir, antes de iniciar la investigación sobre la declaración del imputado, que sus dichos son falsos. Puede suceder que el fiscal acuerde con un imputado arrepentido cuando su investigación ya está avanzada. Si el imputado aporta información sobre hechos que ya investigó el fiscal, este podrá advertir si sus dichos se corresponden con lo que ya investigó. En este caso, si sus dichos fueran falsos, ni siquiera será necesaria la investigación para advertirlo, pues, ya cuenta con la prueba que lo demuestra. Así, en este supuesto, también el delito se consuma con la declaración del imputado en la que aporta datos falsos. La particularidad es que no va a ser necesario

³ BUOMPADRE, JORGE EDUARDO. *Derecho Penal Parte Especial*. Resistencia, Chaco: Con Texto. 2021. 3ra edición. p. 644/645.

efectuar una investigación posterior sobre sus dichos para dar cuenta de ello. En este caso, si bien no se generó ningún perjuicio efectivo a la administración de justicia, esta sí estuvo en serio riesgo y esto es suficiente para su tipicidad por cuanto es un delito de peligro concreto.

La norma exige que el delito sea cometido con dolo directo⁴. El imputado debe saber que la información que expresa es falsa. De allí que no entrarán en el reproche penal las apreciaciones equivocadas, manifestaciones que el arrepentido cree ciertas, pero no lo son, inexactitudes carentes de intención de faltar a la verdad, y aun las falsedades imprudentes.⁵

El tipo delictivo establece que el hecho de proporcionar información o datos falsos haya sido realizado maliciosamente⁶. Se consagra así un elemento anímico del tipo que consiste en el cabal conocimiento acerca de que la información o dato que se proporciona es falso. No se castiga aquí el error o el equívoco en la información o dato que se suministra a la autoridad respectiva, sino la conducta de quien sabe positivamente que lo revelado es falso y actúa no obstante en tal sentido⁷.

El tipo penal no exige que el hecho de suministrar información falsa sea con algún propósito específico, esto es, por ejemplo, con el objeto de desviar la investigación en beneficio de los otros miembros de la asociación o de obtener su cese de prisión. Solo exige que la declaración sea con conocimiento de que con ella se va a generar una investigación que no va a obtener información relevante para la causa porque sabe que sus expresiones no son ciertas. De esta manera, no importa la intención u objetivo que tenga en mente el autor con su declaración falsa (por ejemplo, perjudicar la investigación, obtener su cese de prisión o ayudar a otros miembros de la asociación), pues, con el solo hecho de brindar información a sabiendas de que es falsa, se consuma el ilícito.

De este modo, si una persona imputada conoce que la información que tiene sobre, por ejemplo, las cuentas bancarias que tiene la asociación criminal son falsas y las aporta luego de formalizar un acuerdo de colaboración como arrepentido, comete este delito. El solo hecho de saber que declara bajo el régimen del arrepentido y que su información es falsa, y pese a ello, aportarla, es suficiente para que se configure el ilícito. Como se dijo previamente, el tipo penal no exige una motivación particular del imputado, sino solo su conocimiento sobre la falta de veracidad de su información.

IV. Tensiones constitucionales con el *nemo tenetur*

Tanto la legislación internacional como la nacional de máxima jerarquía en este país, protegen el derecho que tiene todo imputado a no ser obligado a declarar en su contra. Por un

⁴ AROCENA, GUSTAVO A. – SÁNCHEZ FREYTES, ALEJANDRO (directores), *Derecho Penal – Parte Especial*; Córdoba, Lerner, 2021, t. 2, p. 277; TAZZA, ALEJANDRO, *Código Penal de la Nación Argentina – Comentario*, Santa Fe, 2da. Ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni, t. 3, p. 363.

⁵ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO. *Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada*. Buenos Aires: ADHOC. 2019. 2da edición. p. 119.

⁶ Sobre esto, BUOMPADRE dijo: “el precepto penal exige que el suministro de la información sea malicioso, expresión que nos parece ha sido introducida por el legislador para caracterizar al delito como un tipo doloso de dolo directo, con lo cual quedarían fuera del radio de acción subjetivo las conductas imprudentes y con dolo eventual. Si el legislador introdujo una expresión tan significativa subjetivamente, innecesariamente - pues su inexistencia no quitaría al tipo de injusto su carácter doloso-, nos hace pensar que se ha pretendido con dicha expresión remarcar que solo puede ser cometido con dolo directo. (BUOMPADRE, JORGE EDUARDO. *Derecho Penal Parte Especial*. Resistencia, Chaco: Con Texto. 2021. 3ra edición. p. 644/645).

⁷ TAZZA, ALEJANDRO, *Código Penal de la Nación Argentina – Comentario*, Santa Fe, 2da. Ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni, t. 3, p. 363.

lado, el art. 8.2 g) de la CADH y el art. 14.3 g) del PIDCyP, establecen que “durante el proceso, toda persona tiene derecho (...) [a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Por otro lado, el art. 18 de la CN dispone que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Por último, el art. 40 de la Constitución Provincial establece que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en una causa penal”. Entonces, existen normas de máxima jerarquía que establecen la prohibición de autoincriminación forzada.

Toda persona que fue sindicada como participe de un delito –y por lo tanto imputada– tiene derecho a defenderse. Si tiene derecho a defenderse, esto es, a manifestar todo aquello que pueda eliminar o aminorar la acusación, tiene, lógicamente, derecho a declarar. En este punto radica el *nemo tenetur*. Gracias a esta garantía toda persona imputada es libre de elegir declarar o no hacerlo. Si una persona tiene que ser libre de poder optar por hacer, o no, manifestaciones defensivas en un proceso, no puede ser amenazada, presionada ni violentada física ni psicológicamente para hacerlo. La Constitución prohíbe el uso de compulsión física, psíquica o moral para obtener comunicaciones o expresiones de una persona y la protege de verse obligada a declarar contra sí misma o de proveerle al Estado alguna otra prueba de naturaleza de tipo declarativa o comunicativa⁸.

Por imperio de esta garantía se prohíbe que una persona imputada pueda ser torturada, violentada –tanto física como moralmente–, amenazada o presionada para que aporte información al proceso. Nuestro CPPC se hizo eco de esa garantía. En su art. 259, establece que “[e]l imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.” Con este artículo, el legislador se aseguró que la persona imputada declare en absoluta libertad. Como se dijo, si quiere puede no declarar o si quiere puede declarar. Para lograrlo se prohibió cualquier modo de presión física, psíquica o moral que lo lleve a hacerlo, incluso se prohibió requerirle juramento de decir verdad porque *tiene derecho hasta de mentir*.

Entonces, si gracias al *nemo tenetur* el imputado tiene derecho a mentir sin que esto le genere consecuencias negativas, pareciera que existe cierta tensión normativa con el art. 276 *bis* del CP por cuanto castiga penalmente a aquel imputado que declara como arrepentido y aporta maliciosamente información falsa o datos inexactos. La primera intuición es que existe una contradicción y que el delito sería inconstitucional, pero conforme veremos a continuación, esto no es así⁹.

El imputado que declara como arrepentido, previamente, formalizó un acuerdo con el fiscal por el cual se comprometió a aportar información veraz. Es decir, asumió, *voluntariamente*, esa obligación a cambio de obtener un beneficio en la eventual pena. La asunción de ese compromiso de ser veraz, sí tiene consecuencias, incluso, aunque sean negativas y de índole penal para él, pues, cuando lo hace, renuncia de algún modo a su derecho de mentir.

⁸ Cám. Fed. de Casación Penal, Sala I, “De Vido, Julio Miguel y otros s/ recurso de casación”, Registro n° 1663/20, p. 88.

⁹ La Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal resolvió declarar la constitucionalidad del art. 276 *bis* del CP. Ver resolución de fecha 05/10/2018 en la causa “Valiente, Juan Domingo s/ procesamiento con pp y embargo”.

Entonces, todo imputado tiene derecho a mentir¹⁰ en su declaración, al menos que, voluntariamente, se haya comprometido a no hacerlo. Esto es posible porque el *nemo tenetur* solo le da la libertad de elegir mentir o no hacerlo. Por lo tanto, de la misma manera que tiene derecho a optar por mentir, tiene derecho a no hacerlo (y a comprometerse a ello). De este modo, es posible que el imputado arrepentido sea castigado penalmente por aportar información falsa porque, *voluntariamente y en forma previa*, aceptó formalizar un acuerdo con el fiscal por el cual se comprometió a decir la verdad.

Sobre este tema, Cafferata Nores ha dicho que “La prohibición constitucional consiste en que nadie puede ser obligado a declarar en su contra. En este caso, el arrepentido no es obligado por ninguna autoridad a declarar en su contra. Lo hace voluntariamente, solo procurando aminorar su responsabilidad penal. Superado este escollo argumental, la única forma de procurar asegurar la veracidad de las imputaciones que formule el arrepentido, es conminar su falsedad o mendacidad con una sanción penal”¹¹.

En este sentido, el art. 259 último párrafo del CPP establece que “El imputado que incumpliere las obligaciones asumidas en el acuerdo de colaboración celebrado voluntariamente en los términos previstos por los artículos 360 quater y 360 quinquies de esta Ley, no podrá argumentar la violación de las previsiones precedentes para soslayar sus consecuencias (artículo 276 bis del Código Penal de la Nación)”. El legislador previó la posibilidad de que imputados arrepentidos se amparen en la posibilidad que tienen de mentir, como imputados, para evitar la sanción penal prevista en el art. 276 bis del Código Penal. Para evitar esto, dejaron en claro que no hay incompatibilidad alguna y por ello vedaron la posibilidad de argumentar el *nemo tenetur* para evitar el castigo penal. Considero que, en consonancia con lo que se dijo sobre este problema en los párrafos anteriores, el legislador tuvo en cuenta que la clave para que sea posible la sanción penal por aportar información falsa como imputado arrepentido está en el hecho de que este llegó a un acuerdo de colaboración en forma previa y voluntaria. Esto surge de la propia norma cuando se refiere a que el acuerdo de colaboración se celebró “voluntariamente” (art. 259 del CPP).

V. Conclusiones

Con base en los argumentos desarrollados hasta aquí, no solo considero que este tipo penal es constitucionalmente válido por cuanto no afecta el *nemo tenetur* debido a que el imputado asume voluntariamente el compromiso de decir la verdad en su declaración como arrepentido a cambio de un beneficio en la reducción de su eventual pena; sino que, además, es necesario. Existe una razón de carácter práctica por la cual es importante contar con este delito. Se explicó al principio de este punto que la experiencia nacional e internacional ha mostrado que, en muchas ocasiones, la figura del arrepentido puede ser mal utilizada porque las personas imputadas pueden mentir a cambio de obtener el beneficio. Como existe esta posibilidad, el régimen del arrepentido buscó mecanismos para que esto no suceda. Así, se reguló la intervención del juez de control para homologar el acuerdo y se legisló el tipo penal de suministro malicioso de información falsa o inexacta. Con este delito, el legislador buscó disuadir a las personas imputadas de que aporten información falsa y ello se puede advertir en la pena grave que contiene.

¹⁰ CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO - TARDITTI, AIDA, Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba – Comentario, Mediterránea, Córdoba, Tomo 1, pág. 623.

¹¹ Obtenido de www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/discusionleyarrepentido.pdf. “Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes”. p. 5.

Derecho Penal y delito en el pensamiento de Max Weber

Criminal law and crime in the thought of Max Weber

Por: **CAROLINA PRADO***

RESUMEN: El presente trabajo se orienta hacia la comprensión y ubicación del pensamiento de Max Weber en materia de Derecho penal y delito, dentro del amplio campo abarcado por su visión sociológica del Derecho.

PALABRAS CLAVES: Max Weber. Tipos ideales. Racionalidad jurídica. Derecho. Derecho Penal. Delito.

ABSTRACT: *The present work is oriented towards the understanding and location of the thought of Max Weber in the matter of Criminal Law and crime, within the broad field covered by his sociological vision of Law.*

KEYWORDS: *Max Weber. Ideal types. Legal rationality. Law. Criminal law. Crime.*

Consideraciones preliminares

Entre las cuestiones tan diversas abarcadas por el pensamiento de Max Weber¹, este estudio pretende enfocar y ubicar —dentro de ese vasto y complejo *corpus* bibliográfico y desde su visión sociológica del derecho— su particular concepción del Derecho penal y del delito, con incidencia en el desarrollo de la dogmática penal.

Sobre la base de un análisis conceptual de los propios escritos del autor, fundamentalmente de aquellos más relevantes al objeto del trabajo, y, complementariamente, de observaciones de otros autores, cuyas reflexiones y comentarios se consideran valiosos para una mejor comprensión de sus ideas, se exponen sus nociones sobre ambos extremos y se procura indagar en los aportes de sus definiciones para el ámbito de la penalidad.

A ese objeto, cabe iniciar con la referencia de que el pensamiento de Max Weber en relación con la cuestión del derecho (compendiado especialmente en *Economía y Sociedad*²) contiene una primera distinción entre disciplinas como la ciencia del derecho y la sociología del derecho —en orden a objetos de estudio, perspectivas y niveles de análisis—. Afirma que la ciencia del derecho se ocupa de las normas jurídicas, en concreto, de establecer el contenido de sentido objetivo que, por lógicamente adecuado, debe caracterizarlas. El punto de vista del jurista se relaciona entonces con el significado o sentido normativo que debe atribuirse a los preceptos jurídicos y, por tanto, el plano que asume es el del deber ser, el del valor ideal del derecho. La sociología del derecho, en cambio, pretende comprender el comportamiento significativo de los individuos respecto de las leyes en vigor, esto es, se interesa por interpretar las representaciones o consideraciones subjetivas de los individuos acerca de la validez de los preceptos jurídicos. En consonancia con este objeto, la perspectiva que corresponde a esta disciplina se vincula con aquello que, de hecho, sucede en el ámbito social en referencia al ordenamiento jurídico y, por tanto, su análisis

* Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, España; Máster Europeo en Derecho Penal y Diploma de Estudios Avanzados por esa misma Universidad. Profesora de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro y Secretaria del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Magistrada del Poder Judicial de la Nación.

¹ En lo que aquí interesa, una visión epistemológica y metodológica respecto de las ciencias, su interpretación del surgimiento del capitalismo, su concepción relativa a la dominación y un estudio sociológico del derecho.

² Asimismo, en su trabajo “Sobre algunas categorías de la sociología comprensiva” (1973).

discurre en el plano del devenir real, o sea el de la validez empírica del derecho (WEBER, 1993: 251; 1973:188-89).

Definida así la gran demarcación entre tales abordajes del derecho, Weber inicia su indagación de carácter sociológica en torno a este tema desde las particularidades que signan sus propuestas epistemológica y metodológica. En este sentido, es conveniente recordar que este autor desarrolla una sociología de tipo “comprensiva” o “interpretativa”, que reconoce como unidad elemental de análisis al propio sujeto, al concebir a éste como el único capaz de detentar una conducta significativa o motivada. Consecuentemente con ello, el instrumento para su elaboración teórica lo constituye la “acción social dotada de sentido”, es decir, la conducta significativa, a la que define como la conducta humana (hacer externo o interno, omitir o permitir) en la que el sujeto enlaza a ella un sentido subjetivo referido a la conducta de los otros (1993: 5). A partir de dicho concepto, no demora en plantear los correspondientes tipos ideales de la acción, o sea, la acción social racional con arreglo a fines (aquella determinada por expectativas en torno a objetos exteriores o bien comportamientos de otros individuos de modo que resultan condiciones o medios para los fines propios racionalmente sopesados y perseguidos), la acción social racional con arreglo a valores (determinada por la creencia consciente en el valor de distinta naturaleza —ético, estético, etc.— de la conducta), acción social afectiva (determinada por motivos sentimentales o emocionales) y, por último, acción social tradicional (determinada por la costumbre arraigada) (ibidem: 20).

El segundo concepto fundamental de la sociología weberiana se encuentra resumido en la expresión «relación social», definida como la recíproca bilateralidad de una acción social con otra; ésta equivale a una conducta plural, o de varias personas, que, por el sentido mismo que implica, se presenta como recíprocamente referida, orientada por esa reciprocidad o referencia. Se caracteriza, pues, por un mínimo de tal bilateralidad, lo que no quiere decir que los partícipes en la misma depositen en ella un sentido equivalente. Incluso, el contenido con que los agentes la doten resulta en realidad indiferente (contenido que, por otra parte, puede ser tan diverso como amor, amistad, conflicto, enemistad, competencia, etc.), y tampoco importa si representa una conducta persistente en el tiempo o transitoria (WEBER, 1993: 21-22).

Weber plantea que tanto la acción social como la relación social experimentan nexos o regularidades de hecho, esto es, repeticiones, por los mismos individuos o extendidas a muchos, con representación de sentido típicamente homogénea, y expresa asimismo que la constatación de estas clases de comportamientos sociales demanda especial interés para un planteamiento comprensivo de la sociología (ibidem: 23; 1973: 175). Estas regularidades se manifiestan específicamente en la costumbre, la convención y el derecho. Su diferencia reside en que, mientras que en la primera la probabilidad de una regularidad del ejercicio de la acción reposa en un arraigo duradero, en la convención y en el derecho — con los matices que se explican más adelante— la posibilidad de regularidad del comportamiento descansa en una situación de intereses, o sea de similares expectativas.

Ahora bien, de igual modo, el autor destaca la importancia de la configuración de tales acciones y relaciones sociales. Tales prácticas³, inscriptas en el proceso general que atañe a la modernidad, no escapan de la racionalidad y, por ello, deben ser vistas en su entronque con el proceso de transformación de las antiguas prácticas irracionales o simples

³ Debe aclararse que, para el autor, el actuar social comprende tanto un comportamiento históricamente observado (real), como uno construido teóricamente como objetivamente posible o probable (representado como potencial) (WEBER, 1973: 191).

formas de acción comunitarias (basadas en la tradición y el afecto) hacia otros tipos racionales o modos de acción societarias (sustentadas en la instrumentalidad)⁴.

Según este análisis, es claro que sus modos y significaciones varían sensiblemente, según las conductas sean de tipo comunitario o asociativo. En el primer caso, la acción humana es orientada subjetivamente según expectativas acerca de los comportamientos de los otros individuos. De esta manera, la relación social se estructura sobre la base de acciones sociales inspiradas en el impulso subjetivo (afectivo o tradicional) de los agentes de constituir un todo. En este tipo de obrar es el consenso el que provee la chance válida de que los sujetos vean satisfechas aquellas expectativas que motivan sus conductas o, en otros términos, el que, supliendo la ausencia de acuerdo o pacto, permite que los hombres asuman las esperanzas de los otros como válidas y provistas de sentido para la definición del propio accionar. En el segundo caso (el actuar en sociedad), la relación social halla impulso, en cambio, en acciones sociales que se plantean la compensación de intereses por motivos racionales, de fines o de valores, o bien, una unión de intereses con análoga motivación.

Debe decirse que la sociedad puede constituir —aunque no necesariamente— un pacto o acuerdo racional, por recíproca declaración, en el que la acción racional se orienta con arreglo a valores, en los casos en que concurre la creencia en el vínculo, o se orienta con arreglo a fines, cuando tiene lugar por la expectativa de la lealtad de la otra parte. En tal sentido, cabe añadir que en el actuar en sociedad es común que los asociados estatuyan el ordenamiento jurídico, es decir, que puntualmente estipulen la acción, el modo de su cumplimiento, los sujetos responsables, los medios y las consecuencias de su ejecución, los órganos de la unión, las operaciones que competen a los participantes (en concreto, las acciones permitidas, impuestas y prohibidas), la participación en los beneficios y, por último, los órganos de la unión, condiciones y medios de su intervención, que deben procurar el mantenimiento efectivo del ordenamiento convenido (aparato de coacción) (WEBER, 1993: 33; 1973: 189-91, 195-96 y 205-07).

El concepto de derecho

Las nociones de acción social y relación social constituyen el basamento para el intento de construcción de un concepto de derecho próximo a su identificación con el complejo de motivaciones o representaciones que definen u orientan la conducta humana. En efecto, en opinión de Weber, el derecho constituye un orden que debe ser entendido a partir de la idea de sentido de una relación social en la que la acción del agente reconoce por origen fórmulas o reglas identificables y que resulta válido por garantías específicas que se erigen desde una doble vía: una interna y otra externa (WEBER, 1993: 25).

El examen inicial de estas garantías permite decir, en primer lugar y en cuanto a los resguardos que operan desde el interior, que tanto la acción social como la relación social pueden hallar cauce en la representación, de los sujetos, de la existencia de un orden legítimo. La probabilidad de que ello suceda en la práctica da cuenta de la “validez empírica” de ese orden, lo que acontece, en definitiva y de manera palmaria, cuando las máximas orientadoras de la conducta resultan obligatorias, esto es, verdaderos modelos de comportamiento.

Desde luego que la obligatoriedad de las reglas que componen un orden no equivale lisa y llanamente a la observancia o cumplimiento de las mismas por parte de los individuos. Así, se entiende por validez del orden a la chance de que éste sea respetado, lo que

⁴ Al respecto cabe apuntar la marcada influencia que, en esta materia, ejerce la obra *Comunidad y Asociación* de Ferdinand Tönnies (GINER, 1999).

significa que los individuos del grupo cuentan con que, probablemente, la conducta de los otros sea adecuada al orden y ajusten entonces su actuar a esas expectativas. Puesto que dicha validez no demanda una orientación continuada de las conductas sociales hacia el contenido de sentido subjetivamente atribuido a las normas, se entiende que el orden jurídico no pierde validez por la circunstancia de que una o varias acciones sociales se opongan a ese contenido de sentido, o sea, se orienten hacia su violación. Sin embargo, no hay dudas de que, en cambio, cuando la transgresión del orden adquiere cariz de regla en sí misma, de generalidad, puede concluirse que tal validez desaparece y resulta, por tanto, inexistente (WEBER, 1993: 25-26; 1973: 194).

La verificación de estas garantías internas de legitimidad o validez del orden supone indagar en los móviles o razones que conducen a los agentes a adecuar su actuar social hacia sus máximas. Weber delinea con claridad las diversas variantes que pueden asumir los comportamientos orientados en tal dirección y, concretamente, señala las posibilidades. Ellas pueden consistir en obediencias fundadas en: méritos de la tradición (respeto a lo que siempre ha existido), consideración de naturaleza puramente afectiva (sea de carácter sentimental o emotivo), apuesta de tipo racional con arreglo a valores (postulación de las reglas como expresión de valores últimos —de diversa clase— que merecen ser obedecidos), o bien, creencia en la legalidad (acatamiento de los preceptos jurídicos estatuidos positivamente) (WEBER, 1993: 29).

Luego del planteamiento de los tipos ideales de las garantías internas del derecho, Weber extiende su análisis a determinadas precisiones conceptuales. Expresa que, mientras que la validez de un orden en mérito al carácter sagrado de la tradición resulta la forma más primitiva y universal, la modernidad reconoce, como forma de legitimidad más usual, a la creencia en la legalidad de las normas jurídicas y que el tipo más puro de una validez racional con arreglo a valores se halla en el derecho natural. Asimismo sostiene que, generalmente y en la medida en que no se trate de supuestos de disposiciones nuevas o recientes, la adhesión a un orden jurídico está determinada, además de por situaciones de intereses de diversa índole, por la combinación de la tendencia a la tradición y la creencia en las ideas de legitimidad de ese orden (WEBER, *ibidem*: 30-31).

Pasando ya al aspecto de la vía externa de la garantía jurídica, en la teoría weberiana reviste singular interés la definición de derecho como orden

[...] garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión (WEBER, *ibidem*: 27).

Dicho concepto da cuenta de los variados elementos que entran en juego. En efecto, como primera cuestión, cabe referir que la relación social regular constituida por el derecho se caracteriza por la existencia de un aparato de coerción que proporciona garantías de verosimilitud práctica y que, concretamente, se verifica en el establecimiento permanente de una o varias personas con el objeto de imponer el orden a través del recurso de medidas coactivas especialmente previstas para ello.

Luego, debe mencionarse que la coacción jurídica, como actividad desplegada por aquellos agentes, se encamina a imponer la obediente sujeción a un orden en cuanto tal, persiguiendo su validez obligatoria en función de su propia razón o carácter formal y, en absoluto, atendiendo razones de conveniencia ni de ninguna otra índole (1993: 253).

Por último, cabe añadir que las formas de la coacción jurídica consisten en medidas

que pueden ser tanto de tipo psíquico o físico, actuar de manera directa o indirecta y dirigirse contra los integrantes de una comunidad o una sociedad, para los que el orden vale empíricamente, o bien, hacia el exterior de una u otra (ibidem: 252).

Por otra parte, el normal funcionamiento de la coacción jurídica, además de la disposición de un cuadro a tal efecto y de la estipulación de las medidas represivas al uso, exige que los miembros que integran el grupo se sometan a dicho dominio. Lo contrario implicaría, en términos de Weber, el fracaso de la garantía jurídica. Es en este sentido que el autor puntualiza la trascendencia que, a los fines del sometimiento, adquiere la educación en esa dirección. No obstante, destaca también que, en los hechos, el éxito de esta garantía jurídica se halla, en cierta forma, supeditado a los límites que impone el poder económico, en razón de que, en última instancia, se encuentra al servicio directo de sus intereses (WEBER, 1993: 270).

Aunque la validez externa del derecho importa la existencia de un cuerpo de individuos destinado especialmente a mantener su cumplimiento, y descontando que en la época moderna la coacción jurídica violenta es monopolio del Estado, no debe concluirse que esta exigencia implica, necesariamente, la disposición de una instancia o procedimiento como el que se conoce en la actualidad. Según bien ilustran los tiempos pretéritos, la función coactiva tendiente a preservar el orden jurídico se ha visto, en ocasiones, desempeñada por el clan o la familia (en supuestos de venganza de sangre y luchas internas), que lo hacía en observancia de reglamentos reconocidos como válidos por los miembros del grupo (ibidem: 28 y 253).

Queda claro que la garantía del aparato coactivo redundaba entonces en el signo distintivo del derecho respecto de las restantes modalidades regulares de relación social, sean ellas la costumbre o la convención. En efecto, la costumbre, como comportamiento típicamente uniforme que perdura en la tradición sobre la base del hábito de imitación, no es obligatoria y, por lo tanto, la omisión de la repetición de la conducta no acarrea sanción exterior alguna. Por su parte, la convención supone el caso de la existencia de un impulso hacia un determinado comportamiento, pero sin el reaseguro de la coerción física o psíquica y sin otra reacción, al menos en la normalidad, que la pura aprobación o reprobación del grupo en cuestión. Así, aunque forzosa, no cuenta con la garantía que implica un cuadro coactivo y, por el contrario, es resguardada exteriormente a través de la posibilidad de reprobación social general.

Ahora bien, el aparato coactivo que acompaña al derecho poco revela en realidad acerca de la fuerza de la observancia de sus preceptos y, al mismo tiempo, sobre la magnitud de las consecuencias suscitadas por la violación de dicho orden. Respecto del primer asunto (la fuerza de la observancia), Weber ilustra que el acatamiento de lo que de hecho se acostumbra en un grupo determinado constituye un elemento tan fuerte de acción que cuando a una costumbre se confiere el rango de obligación jurídica poco se añade a su eficacia, de la misma manera que cuando ésta es contraria a lo normalmente aceptado como usual, generalmente se fracasa. Otro tanto acontece con la convención que, en razón de la importancia que para el individuo tiene la aprobación espontánea de su entorno, determina más radicalmente la conducta que la predisposición del aparato coactivo jurídico (WEBER, 1993: 259). Acerca de la segunda cuestión (envergadura de las sanciones de un orden u otro), el autor recalca que no resulta infrecuente que una falta contra la convención sea reprimida con fuerza más drástica que la que suele alcanzar cualquier forma de coacción jurídica (verbigracia, el supuesto de boicot declarado por los miembros del grupo en contra del violador, que conlleva eficaces y sensibles repercusiones) (WEBER, ibidem: 27-28).

Cuando se repara en las cualidades de estas distintas clases de relaciones sociales regulares es preciso tener en cuenta que constituyen tipos ideales, esto es, esquemas abs-

tractos contruidos sobre la base de la acentuación de algunas particularidades de fenómenos concretos complejos. En virtud de ello, en la práctica sólo rara vez las acciones y relaciones sociales asumen, cabal y unilateralmente, las características de un tipo u otro, y, en cambio, resulta más común que fluctúen, aproximándose o alejándose, entre uno u otro.

A la par de esa aclaración, cabe resaltar también que Weber expresa que en los hechos no existe solución de continuidad entre una y otra modalidad regular y que, por el contrario, se constata una fluida y constante movilidad o transición de las conductas entre la costumbre y la convención, y entre ésta y el derecho (WEBER, *ibidem*: 258 y 263).

Las clasificaciones del derecho

En Weber, la sociología del derecho registra asimismo las distinciones más habituales que suelen efectuarse en torno al orden jurídico. La primera clasificación en la que este autor detiene su atención es la atinente al derecho público y privado. Sobre el asunto, tras resaltar la importancia que reviste esta clasificación para la teoría y práctica jurídicas, postula que la misma no responde a criterios jurídicos o sociológicos satisfactorios o cerrados y que, en virtud de ello, cualquier pretensión de conceptualización en este sentido obliga a adoptar distintos puntos de vista. Así, en primer lugar, afirma que el derecho público y el derecho privado son conjuntos de normas que, de conformidad al sentido normativo atribuido a cada uno de ellos, regulan las actividades propias del Estado, el primero, y actividades diferentes a las de la institución estatal, el segundo. En segundo lugar, identifica el derecho público con el conjunto de reglamentos de la administración estatal. Y, por último, un tercer criterio relaciona el derecho público con aquel sistema normativo que regula las relaciones jerárquicas de mando y obediencia, y el derecho privado con aquel que rige al conjunto de asuntos en los que las partes involucradas se encuentran en situación de igualdad jurídica (WEBER, 1993: 498-99).

Weber repara además en una segunda distinción jurídica corriente, concretamente, la que separa el derecho natural del positivo. Por el primero, entiende la creencia valorativa en máximas jurídicas cuya obligatoriedad no puede ser desvirtuada o afectada por imposición legal positiva alguna. En cuanto al segundo, expresa que la obediencia a tal orden se funda en la creencia en las prescripciones de los preceptos jurídicos estatuidos en observancia de procedimientos formalmente correctos. Aunque en principio una propuesta sociológica de tipo positivista focaliza su estudio en el derecho positivo —en cuanto éste, mediante sus múltiples instituciones, supone un objeto factible para un análisis científico de esa clase—, una sociología como la que plantea Weber, de carácter comprensiva, no puede prescindir del análisis del derecho natural, en la medida en que éste funciona como guía orientativa o regla de la conducta significativa de los individuos (FREUND, *op. cit.*: 224).

Luego, plantea la diferenciación entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Pese a que no proporciona una definición puntual para una clase u otra, puede afirmarse que por el primero entiende al conjunto de reglamentos que, por integrar el orden jurídico general, valen indistintamente para todo miembro de un grupo; y por derecho subjetivo, en cambio, la posibilidad, para cualquier individuo de un grupo, de pretender que sus intereses materiales y espirituales sean protegidos y garantizados por el aparato coactivo predispuesto. A propósito de esta distinción, resulta de especial interés visualizar las conexiones que se establecen entre ambos tipos. Ello, por cuanto Weber enuncia que, jurídicamente, el derecho moderno se compone de una multiplicidad de preceptos jurídicos, es decir, de normas abstractas de acuerdo con cuyo contenido las concretas situaciones que se despliegan en la

realidad deben acarrear las consecuencias previstas por aquél. Desde tal noción, y valiéndose de la división jurídica que corrientemente se realiza de las normas jurídicas, el autor indaga acerca de las consecuencias sociológicas del mencionado orden. Afirma pues que de las normas imperativas, prohibitivas o permisivas surgen derechos subjetivos en ejercicio de los cuales el individuo puede ordenar, prohibir o bien permitir, a otro u otros, una determinada conducta, según la clase de norma en juego en el caso puntual. Dicho poder, jurídicamente limitado y garantizado, se traduce, sociológicamente, en expectativas (del titular del derecho) de que otros observen una determinada conducta, la omitan, o de que no obstaculicen una acción u omisión propia. Así, es claro que cada derecho subjetivo se convierte en fuente de un poder impensable, en el caso de inexistencia de la norma jurídica⁵ (WEBER, 1993: 253-24 y 532-33).

Finalmente, cabe la mención de la distinción del orden jurídico que adquiere luego mayor relevancia en su obra: la que opone el derecho formal al material. El primero es aquél cuyas normas obedecen, exclusivamente, a la lógica jurídica, con prescindencia total de consideraciones extrañas al orden jurídico. El segundo, por su parte, acoge elementos extra-jurídicos tales como valores políticos, éticos, económicos o religiosos. Esta clasificación trasunta en dos modos diferenciados de entender a la justicia; uno que acepta y se ajusta plenamente a la letra y lógica de las normas jurídicas instituidas, y otro que contempla las necesidades, intereses y expectativas de los individuos (FREUND, op. cit.: 226).

La racionalidad jurídica

Weber realiza un exhaustivo análisis acerca de la progresiva racionalidad de los conceptos y prácticas legales que tiene cabida en la civilización moderna occidental, e investiga los fenómenos sociales, grupos e instituciones que impulsan o dificultan dicho desarrollo.

La racionalización del derecho se ubica en un proceso más amplio, que concierne a los diferentes ámbitos de la vida social y afecta las diversas actividades humanas y, en consecuencia, aquella no constituye un proceso aislado ni autónomo sino desarrollado en conexión con el enorme abanico de cambios generales que experimenta la sociedad moderna.

Sintetizando su pensamiento, puede afirmarse que la racionalización de la civilización occidental en los tiempos modernos se manifiesta en aspectos como la especialización racional y sistemática de la ciencia en general y de la doctrina racional del derecho en particular, en la conformación y organización burocrática del estado y, en especial, en la constitución del capitalismo fundado sobre una organización racional del trabajo formalmente libre (WEBER, 1998).

Los tipos ideales de racionalidad

A pesar de que la racionalización jurídica se enmarca en aquel proceso general de racionalización del mundo occidental —signado por la racionalidad formal—, la evolución de esta disciplina no adopta, en concreto, una dirección única; por el contrario, tiende a alternar entre dos direcciones ya mencionadas: la materialidad y la formalidad. En efecto, en opinión de Weber, la racionalidad material y formal no suponen dos momentos o estadios sucesivos en el desarrollo jurídico, es decir que la racionalidad formal no implica, como podría sospecharse, un grado posterior o superior de la racionalidad de carácter material. Ambas clases resultan dos tendencias que, por diversas situaciones de índole interna y externa a la estructura jurídica que luego se desarrollarán, han ido surgiendo y cobrando pre-

⁵ Incluso, al tiempo de desarrollar las relaciones entre economía y derecho, WEBER enfatiza en la circunstancia de que precisamente en virtud del derecho subjetivo, quien de hecho se halla en posesión de un poder de disposición sobre una persona o una cosa, obtiene, mediante la garantía jurídica, una nueva y específica seguridad acerca de la subsistencia de ese poder (ibidem: 532).

ponderancia de manera indistinta y que, incluso, han llegado a coexistir temporalmente en el curso de la historia del derecho (FARIÑAS DULCE, op. cit: 235).

La trascendencia de la diferenciación radica en la posibilidad de formulación, a partir de allí, de cuatro tipos ideales de derecho, según sea éste, desde los puntos de vista formal y material, racional o irracional, cabiendo así la distinción entre derecho irracional-material, racional-material, irracional-formal y racional-formal. Una vez más conviene no perder de vista que, tratándose de tipos ideales, aquellos únicamente representan esquemas analíticos que se erigen en instrumentos de examen y clasificación de los sistemas jurídicos dispuestos en la realidad (WEBER, 1993: 510-11).

De acuerdo a dicha clasificación, el derecho es irracional desde un punto de vista material cuando el legislador y el juez no observan normas generales sino que actúan bajo la guía de apreciaciones valorativas de índole ética, sentimental o política. Este derecho carece de previsibilidad y sus criterios de decisión se alimentan de factores externos al propio sistema jurídico. El modelo adoptado por el autor como tipo ideal de la presente clase es la Justicia de Cadi⁶, pero en un sentido representativo y no histórico.

Por su parte, el derecho es racional desde igual punto de vista (material) cuando la decisión de los casos depende de principios generales, conocidos y articulados que, siendo ajenos al ordenamiento jurídico, pertenecen al ámbito religioso, ético o político. En este caso, aunque utiliza criterios de decisión extraños al sistema jurídico, debido a su amplia difusión en la sociedad es un derecho calculable y previsible.

Luego, el derecho es irracional desde un punto de vista formal cuando, en la creación de normas y en la actividad judicial, se recurre a procedimientos que escapan a la razón, tales como la revelación y el oráculo. Las reglas y decisiones de esta clase de derecho carecen de previsibilidad y calculabilidad, y sus procedimientos se caracterizan por un rígido formalismo.

Finalmente, el derecho es racional desde igual perspectiva (formal) cuando la ley y el juicio se sustentan meramente en reglas y conceptos abstractos elaborados jurídicamente. Son requisitos técnicos de esta clase de racionalidad el cálculo, la predictibilidad y la formalización. Aquí es donde, en opinión de Weber, se alcanza el mayor grado de racionalidad metódica, puesto que entiende que toda decisión jurídica es la aplicación, mediante el recurso de la lógica jurídica, de un precepto general abstracto a un caso concreto, lo cual es viable en razón de que el derecho objetivo es un sistema carente de lagunas. Para él, entonces, este tipo ideal es el predominante en la civilización occidental moderna.

Pues bien, la importancia de los reseñados tipos ideales radica en que cada uno de ellos se erige en instrumento metodológico de la ulterior identificación de los distintos estadios que conforman la evolución jurídica. En este aspecto, verbigracia, puede observarse que el derecho irracional-material refiere a la revelación legal carismática mediante “los profetas de la ley”, el derecho racional-material da cuenta de la creación de la ley a través de la labor de los notables jurídicos; el derecho irracional-formal se perfila en la imposición de la ley por parte de los poderes seculares o teocráticos, y por último, el derecho racional-formal se observa en la elaboración sistemática del derecho y la administración profesionalizada de la justicia mediante individuos con preparación técnica en la disciplina jurídica (RABOTNIKOF, 1989: 159; FREUND, op. cit.: 228; TREVES, 1988: 112).

Sucintamente, entonces, según este autor, las cualidades formales del derecho surgen de la confluencia de un formalismo condicionado mágicamente y de una irracionalidad

⁶ La Justicia representada por el juez musulmán que, sentado en el mercado, emite su fallo en función de su arbitrio, sin acudir a normas o precedentes.

afectada por la revelación de los originarios procedimientos jurídicos; luego, desde allí, se desenvuelven a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines para encaminarse, ulteriormente, hacia una sublimación lógica y creciente fuerza deductiva del derecho (WEBER, 1993: 650).

De acuerdo a ello, hay que dejar en claro que, aunque la racionalización de la teoría y práctica jurídicas es progresiva (siendo factible incluso identificar etapas o momentos de este proceso), no evidencia en realidad rasgos de continuidad ni de conciencia. Sobre el tópico Weber anota, por un lado, que la creciente racionalidad del derecho se alcanza mediante la concurrencia aleatoria de múltiples irracionalidades que juegan a través de los tiempos y, por el otro, que los operadores jurídicos —que en tal evolución y que, a su turno y en cada época, dotan de racionalidad a procedimientos y decisiones— no son conscientes, en muchos casos, de sus aportaciones a la racionalidad (FARIÑAS DULCE, op. cit: 236).

Pues bien, antes de concluir con la caracterización de los tipos ideales y la alusión a la exploración del desarrollo jurídico que los mismos facilitan, es necesario mencionar que los vaivenes que se verifican entre las categorías weberianas de derecho racional-formal y racional-material pueden ser entendidas como insuperablemente antagónicas. Según afirma María José Fariñas Dulce,

En los dos supuestos estamos ante formas de pensamiento jurídico-racional, que operan con principios generales. Sin embargo, siempre se produce un enfrentamiento entre el formalismo lógico y la necesidad de que se cumplan, a través del derecho, ciertos postulados materiales. El derecho racional-formal busca la sublimación lógica del sistema, mientras que el derecho racional-material busca la justicia y la equidad del caso concreto (op. cit.: 224).

El proceso de racionalización

Según se ha manifestado, Weber caracteriza la racionalización del derecho como expresión de un proceso de carácter global que tiene lugar en la civilización occidental; en otros términos, plantea el desarrollo jurídico de la modernidad como un signo —de suma importancia— del auge de la racionalización, que alcanza los más variados ámbitos culturales de la vida humana. En lo que concierne estrictamente al derecho, advierte que sólo el Occidente vio nacer un producto del tipo del derecho romano y vivió un proceso como el de la recepción de tal derecho, en tanto que fuera de Occidente no existe una ciencia jurídica racional, a pesar de cualquier indicio de racionalidad que pueda hallarse en la historia del derecho (WEBER, 1993: 650).

En su reconstrucción de la evolución de la racionalidad jurídica, Weber se plantea puntualmente que

[...] sólo Occidente puso a disposición de la dirección económica este derecho y esta administración con esta perfección jurídica y formalista. Habrá que preguntar de dónde toma Occidente este derecho (1998: 86).

Ante tal interrogante, señala los factores y circunstancias que, vinculados en esencia a la desmitificación y sistematización, han influido substancialmente en dicho proceso. Sostiene que esas fuerzas proceden, en primer lugar, del interior de la propia estructura jurídica —con directa incidencia sobre la misma— y, luego, desde el exterior —con indirecta incidencia sobre el derecho—. Esta doble naturaleza de las fuentes de racionalización conduce a distinguir, entonces, entre racionalización interna del derecho o condiciones intra-jurídicas, y racionalización externa del mismo o condiciones extra-jurídicas (WEBER, 1993: 531). Asimismo, antes de considerar la particular repercusión de ambos tipos de fac-

tores, resulta oportuno subrayar que, según entiende el autor, dicho proceso tiene origen en el distanciamiento del pensamiento mágico y, a partir de entonces, corre en forma paralela a la racionalización que concierne a la esfera religiosa.

Desde el aspecto interno, la racionalización del derecho coincide, en particular, con factores técnico-jurídicos, como la expansión de la formalización jurídica llevada a cabo por los operadores jurídicos (juristas influenciados sobre todo por la recepción del derecho romano), que se trasluce en la creación de conceptos jurídicos abstractos, la implementación de relaciones e instituciones jurídicas y el desarrollo de la sistemática jurídica.

En este proceso deben reconocerse, pues, dos estadios diferenciados: la generalización y la sistematización. Aquél consiste en la elaboración de los preceptos jurídicos mediante la reducción de las razones determinantes de la solución del caso particular a uno o varios principios. La sistematización implica vincular aquellas normas de modo tal que alcancen a conformar un conjunto claro, coherente y libre —al menos en principio— de lagunas, lo que, en definitiva, significa que a partir de entonces todos los hechos posibles se encuentren contemplados y puedan ser subsumidos en alguna de las reglas del sistema (WEBER, *ibidem*: 509-10). Es claro que esta vertiente de racionalización jurídica se vincula llanamente con las contribuciones del trabajo profesional, esto es, con el rol desempeñado por los diversos portadores del derecho⁷ (TREVES, 1985: 79-80; 1988: 113).

Por su parte, desde el aspecto externo, la racionalización jurídica se identifica, básicamente, con condiciones económicas (puntualmente, el ensanchamiento del mercado) y políticas (en particular, la organización burocrática) de la sociedad, y conlleva al estudio del capitalismo y el estado moderno (WEBER, 1993: 559).

Según el autor, el proceso de racionalización de la economía alcanza un mayor grado de formalidad a partir de la utilización de un cálculo monetario específico: el cálculo de capital. El capitalismo no se traduce en mero afán de riqueza o en el exclusivo propósito de ganar el mayor dinero posible, puesto que, en realidad, tal característica signa las actividades económicas de todos los tiempos y lugares. Por el contrario, se vincula con un afán de ganancias logradas mediante una actividad capitalista racional, planificada y continuada, de ganancia siempre renovada, de “rentabilidad”. De este modo, puede decirse que el capitalismo presupone la presencia de contabilidad racional del capital, la libertad mercantil, la libre apropiación de los bienes materiales de producción por parte de las empresas, una técnica racional y, en especial, la concurrencia de trabajo formalmente libre (WEBER, 1998: 80-81).

En cuanto a la racionalización política⁸, advierte que este proceso particularmente se vislumbra a partir de la presencia de una organización administrativa burocrática y del recurso de un derecho basado en un tipo de pensamiento jurídico formal, heredado del formalismo del derecho romano. En tal sentido, es menester anotar que las formas de estado y organizaciones políticas anteriores a la Edad Moderna occidental han carecido de una organización administrativa y jurídica racional e impersonal del tipo presente en el estado moderno. Weber es categórico al afirmar que

⁷ Función que difiere según se trate, verbigracia, de los teóricos del derecho natural (dispuestos a proveer legitimación a poderes autoritarios, formas concretas de derecho positivo y ordenamientos creados mediante revolución) o bien de los técnicos especialistas (responsables de la formulación de un derecho compuesto por un conjunto de máximas) (TREVES, 1988: 113).

⁸ Conceptualizado por el autor como comunidad humana que, en el ámbito de un territorio determinado, tiene el monopolio del uso legítimo de la fuerza física (WEBER, 1993).

El “Estado”, entendido como instituto (*Anstalt*) político con una «constitución» estatuida racionalmente, un derecho estatuido racionalmente y una administración mediante funcionarios *especializados* basada en reglas racionales y estatuidas (las leyes), sólo lo conoce Occidente en esta combinación esencial de los rasgos decisivos, pese a todos los rudimentos en otros lugares (ibidem: 79).

Además de estas cuestiones particulares inherentes al derecho racional, al capitalismo y al Estado moderno (como facetas o características del proceso de racionalización del mundo occidental), merecen subrayarse además las conexiones recíprocas que se verifican entre estos elementos. Ello por cuanto, en Weber, la compatibilidad y correlación de los procesos de racionalización que experimenta cada uno de ellos no tiene el sentido de una relación de dependencia o causalidad unilateral del derecho y el estado respecto del capitalismo. Está claro que rehúsa cualquier explicación monocausalista (materialista o idealista) o de correlación necesaria entre los mismos y, al postular relaciones, opta por encontrar afinidades estructurales y funcionales, incidencias recíprocas y cruzadas de unos respecto de los otros.

Sin embargo, y pese a la adopción de una explicación multivariable de los procesos sociales, el autor entiende que el Estado racional es el único campo en el cual el capitalismo moderno puede prosperar, debido a que, según se ha visto, el mismo supone un derecho racional y una burocracia especializada. No hay dudas de que la explotación económica capitalista necesita confiar en la justicia y la administración, condición factible cuando el proceder y decisiones de tales instituciones son perfectamente previsibles y calculables. Un sistema de reglas generales y racionales aplicables a todos los individuos de una sociedad y una administración de justicia formal y racional, en cuanto garantizan la libertad comercial y la igualdad jurídica formal, favorecen el cálculo de capital propio del capitalismo.

De esta manera, la relación que se establece entre derecho y economía resulta de claridad meridiana: aunque en ocasiones la rigidez de las normas o de los procedimientos burocráticos implicados en el derecho puede obstaculizar la fluidez de la actividad comercial, en general, a partir de las garantías de previsibilidad, calculabilidad y controlabilidad que proporciona, constituye un soporte clave de planificación económica (WEBER, 1993: 272; COTTERELL, 1991: 135).

No obstante aquello, Weber aprecia sólo una influencia indirecta del capitalismo respecto del Estado y del derecho racional modernos, y rechaza la idea de que la economía pueda haber desempeñado un papel determinante en la configuración moderna de ambos fenómenos. A su entender, los fundamentos de su orientación racional-formal deben buscarse, en principio, en factores internos de la estructura jurídica con directa incidencia sobre el derecho y que, según se ha expresado, se desprenden, en concreto, de un tipo de pensamiento jurídico formal de cuño romano que surge y se enriquece en las universidades continentales de la Edad Media (FARIÑAS DULCE, op. cit.: 308).

Para sintetizar, al tiempo que Weber sostiene que el derecho racional-formal constituye un instrumento útil y propicio para el desarrollo y expansión de la economía capitalista, al igual que para la legitimidad del estado moderno, postula la coexistencia y relativa independencia del curso de ambos fenómenos.

El derecho penal y el delito

A pesar de que no es posible hallar en Weber una teoría explícita y específica de la penalidad, sus concepciones relativas a este tópico pueden encontrarse saltadamente a lo largo del conjunto de su obra, en particular en aquellas secciones que discurren en torno a cuestiones más generales como la dominación y la disciplina.

De esta manera, en el propósito de revisar sus ideas sobre la penalidad, conviene referir su concepto de derecho penal en tanto que derecho público; sector jurídico que procura garantizar el interés público, de tipo moral o utilitario, mediante la atribución conferida a los órganos estatales de imponer un castigo, de conformidad a un procedimiento prefijado, al violador de ciertas normas objetivas (WEBER, 1993:503).

Tras dicha noción, afirma que los orígenes de este derecho, cercanos a la modalidad concreta de la venganza, deben rastrearse en la reacción desencadenada por conductas lesivas de la totalidad de los miembros de una comunidad, comportamientos que, en general, se vinculan a dos clases de delitos: los religiosos (esto es, la violación de una norma mágica que provoca la ira de los poderes o dioses mágicos, generando la producción de un maleficio que afecta no sólo al infractor sino a la comunidad en su conjunto) y los militares (consistentes en conductas amenazadoras, como la traición o la cobardía, de la seguridad de la organización defensiva del grupo). Desde aquel punto de partida, su ulterior desarrollo en la modernidad se corresponde con un largo periplo de racionalización, proceso que reconoce múltiples y variadas causas (que, en todo caso, exige volver sobre aquellos factores internos y externos, de influencia directa e indirecta respectivamente) y que desemboca, finalmente, en el planteamiento actual de un ámbito autónomo estructurado bajo la forma de un proceso penal con formas y reglas preestablecidas.

Pues bien, según se ha expuesto, la racionalización de la sociedad moderna y de sus instituciones se revela en la adopción y difusión de formas burocráticas de organización. En el caso concreto del derecho penal, este proceso conlleva rotundos cambios estructurales y organizacionales que abarcan todas sus esferas. Esta circunstancia permite explicar, al menos en parte, la centralidad de los análisis y doctrinas aportados por Weber en el tema en cuestión ya que en sus investigaciones, precisamente, otorga especial preeminencia al desarrollo de los procesos de racionalización y burocratización modernas.

Se comprende entonces la razón por la que los estudios abordados posteriormente en relación con las instituciones penales de los tiempos modernos hayan partido de los conceptos de Weber y que, con distintas direcciones y alcances, se hayan ido constituyendo, de algún modo, en derivaciones particulares o replanteamientos de las ideas capitales de la sociología de este autor.

En cuanto a las posibles incidencias weberianas en el ámbito de la dogmática penal cabe referir ciertos lazos, o al menos parangones, entre algunas de sus categorías fundamentales y otras igualmente centrales en el derecho penal. Al respecto puede anotarse, por ejemplo, el posible vínculo que puede establecerse entre el concepto de acción social en Weber y aquel propuesto por la Teoría social de la acción de Eberhard Schmidt que, con la pretensión de establecer un puente o asumir una posición intermedia entre teorías causalistas y finalistas, recoge la dimensión social y cultural de la conducta humana.

Asimismo, es factible hallar puntos de contacto entre el tipo regular de Weber (construido por el investigador a través de una racionalidad regular objetiva y en virtud del cual la coincidencia entre acción y tipo significa la “conexión causal más comprensible” o “más adecuada provista de sentido”) y el tipo penal, aunque éste último sea, a diferencia de aquél, un concepto dogmático (WEBER, 1973: 183; BUSTOS RAMÍREZ, 1994).

Múltiples son las ilustraciones que pueden anotarse en aquel sentido pero, al objeto de resaltar sólo la raíz o vertiente weberiana de aquellos más significativos y sobresalientes, baste mencionar la línea de trabajos que desarrolla Michel Foucault acerca de las fuerzas de la disciplina y de sus efectos en el mundo social. En efecto, no es exagerado afirmar que Weber asigna a la disciplina un papel crucial en la formalización de la sociedad mo-

terna; al definirla, básicamente, como verdadera técnica de adiestramiento de los individuos que permite ajustar sus conductas y hábitos a las exigencias del mundo exterior, postula que halla su origen en el ejército y en la fábrica del capitalismo (WEBER, 1993; GARLAND, 1999: 209-10; GERTH/WIGHT MILLS, 1972).

En cuanto a su visión del delito, puede reconstruirse a partir del análisis que realiza del actuar en sociedad. Llegado a este punto, al postular la analogía del juego de naipes, relaciona la violación del orden con la conducta desplegada por los “jugadores participantes” que optan por jugar con trampas, poniendo así en relieve el concepto de que aquellos que infringen las reglas del juego orientan de manera consciente su conducta en contra del sentido subjetivamente aprehendido de dicho orden.

Así, teniendo en vista el concepto de “validez empírica” del orden jurídico (precedentemente aludido) y, conforme al cual, para la perdurabilidad del sistema no resulta necesario que los actores individuales orienten de continuo su actuar de acuerdo con el contenido de sentido subjetivamente interpretado de las reglas, Weber opina que es menester diferenciar estos supuestos de infracción —en los que los agentes (jugadores tramposos) mantienen su calidad de jugadores participantes del juego— de aquellos otros casos en los que los individuos deciden sustraerse de continuar interviniendo en la partida. Menciona entonces que la validez empírica del orden rector del juego perdura mientras los agentes alientan la expectativa de que la mayoría de los restantes participantes acomodan su conducta según sus interpretaciones subjetivas de dicho orden y, en cambio, aquella se extingue cuando el promedio imperante de los jugadores supone que las reglas convenidas o estatuidas ya no son respetadas.

De acuerdo con esta idea, para Weber el delito —acción social correspondiente al jugador tramposo, el ladrón o el asesino, según sus ilustraciones— no pierde su vínculo o conexión con el ordenamiento y, en consecuencia, constituye un actuar en sociedad “contrario al orden”, es decir, un comportamiento subjetivamente orientado hacia tal orden pero que, en todo caso, resulta opuesto a la representación del contenido de sentido asumida por la generalidad de los individuos. Aclara además que la orientación de la acción del infractor hacia la validez de la ley penal deviene patente en la circunstancia de que el mismo tiene (se ve en la necesidad) que ocultar dicha transgresión (WEBER, 1973: 191-92; 1993: 26 y 252).

En términos del autor, “el ladrón orienta su acción por la validez de la ley penal por cuanto la oculta”, y añade “que el orden es válido para un círculo de individuos se manifiesta en el hecho de tener que ocultar su transgresión” (WEBER, 1993: 26).

Reflexiones finales

Hay que decir que el estudio del derecho constituye un campo substancial en la obra de Weber en tanto que, desde la idea de orden legítimo, resulta posible comprender cuestiones como la articulación de ciertas formas regulares de acción y relación sociales (las que, de hecho, guardan una conexión ínsita con el mismo), el desarrollo del capitalismo y del Estado modernos.

Como acontece respecto de los restantes fenómenos sociales que caen en la órbita de su estudio, en el caso del derecho, la idea prevaleciente es la de la racionalidad jurídica que tiene lugar en los tiempos modernos de Occidente, esto es, la búsqueda y exposición de las fases y los factores que han promovido y contribuido en este particular proceso. Este tema lo lleva a indagar, por un lado, en la labor de los portadores jurídicos y, por el otro, en el juego de líneas cruzadas o relaciones existentes entre los correspondientes procesos de racionalización de la economía y la política con el derecho.

Dada la preeminencia asignada al desarrollo de los procesos de racionalización y burocratización modernas, sus indagaciones evidencian asimismo significación e incidencia en el terreno del derecho penal.

Según lo expuesto a lo largo del texto, desde el desarrollo de sus conceptos capitales, diversos estudios aplicados a las instituciones penales se han valido de sus aportes y no es difícil advertir la contribución de su pensamiento en la formulación de diversas categorías desarrolladas por la dogmática penal.

Bibliografía

- BEDIX, REINHARD (1979). *Max Weber*, Buenos Aires: Amorrortu editores, 2ª edición.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, PPU: Barcelona.
- COTTERELL, ROGER (1991). *Introducción a la sociología del derecho*, España: Ed. Ariel, 1ª edición.
- FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ (1989). *La sociología del derecho de Max Weber*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 1ª edición.
- FREUND, JULIEN (1968). *Sociología de Max Weber*, Barcelona: Península, 2ª edición.
- GARLAND, DAVID (1999). *Castigo y Sociedad Moderna—Un estudio de Teoría Social*, México: Siglo XXI editores.
- GERTH, H. H./WRIGHT MILLS, C. (1972). *Max Weber, Ensayos de sociología contemporánea*, Barcelona: Ed. Martínez Roca (Trad. M. Bofill).
- GINER, SALVADOR (1999). *Historia del pensamiento social*, Barcelona: Ed. Ariel, 9ª edición.
- _____ (2001). *Teoría Sociológica Clásica*. España: Ed. Ariel, 1ª edición.
- HOBBSAWM, ERIC (1989). *La era del Imperio (1875-1914)*, Barcelona: Ed. Labor, 1ª edición (Trad. J. Faci Lacasta).
- RABOTNIKOF, NORA (1989). *Max Weber: Desencanto, Política y Democracia*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- TÖNNIENS, FERDINAND (1979). *Comunidad y asociación—El comunismo y el socialismo como formas de vida social*, Barcelona: Ed. Península, 1ª edición.
- TREVES, RENATO (1985). *Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid: Ed. Taurus, 2ª edición (Trad. M. Atienza).
- _____ (1988). *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Madrid: Ed. Ariel, 1ª edición.
- WEBER, MAX (1973). *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires: Amorrortu editores.
- _____ (1993) [1922]. *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2ª edición (Trad. J. Mª Echavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora).
- _____ (1998). *La ética protestante y el «espíritu» del capitalismo*. Madrid: Istmo (Trad. J. Navarro Pérez).

EDITADO POR:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Mayo 2023