



Caracas - Venezuela

Revista **Científica** Virtual

Red de Capacitación del Ministerio Público
Iberoamericano (RECAMPI)

Número 2 - Noviembre 2015



Revista **Científica** Virtual

Red de Capacitación del Ministerio Público
Iberoamericano (RECAMPI)

República Bolivariana
de Venezuela



Presidencia Protémpore

República Bolivariana de Venezuela

Luisa Ortega Díaz, Fiscal General de la República

Secretaría Protémpore

República de Ecuador y República de Panamá

Junta Directiva

República Dominicana,

República Bolivariana de Venezuela,

República de Argentina,

República de Honduras

y Reino de España.

Consejo Directivo Editorial

Luisa Ortega Díaz

(Presidenta)

Joel Espinoza Dávila

Santa Paella Stracuzzi

Diseño Gráfico y Diagramación

Nayarit Gómez

Dirección de la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público:

Calle Los Naranjos, entre las avenidas Las Acacias

y Los Samanes, La Florida – Caracas

Teléfonos: +58 (212) 731.52.13 / 65.13 / 24.24

Índice de Contenido

Prólogo Luisa Ortega Díaz Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela	9	Adultos Mayores e Inclusión Jubilatoria: la Experiencia Argentina Argentina Autora: María Alejandra Laura Guillot	128
Modelo Investigativo Académico República Bolivariana de Venezuela Autora: Dra. Gilda Marina Couso Ruíz	16	El Rol Actual del Ministerio Publico Fiscal en el Recupero de Activos Argentina Autor: : Roberto Omar Galiano	146
La Prevención de la Delincuencia Común y los Movimientos Migratorios como Indicadores Ostensibles de la Criminalidad República Dominicana Autora: : Solangey's Sushey Reyes Guzmán	34	El Rol del Ministerio Público Fiscal en el Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables Argentina Autor: Juan Pablo Bonnet	156
El Rol de los Fiscales no Penales frente al Fraude Comercial Argentina Autora: María Guadalupe Vásquez	72	La Legalidad del Principio de Insignificancia en el Hurto Argentina Autora: Viviana Mestres	170
El Error de Prohibición como una Cuestión Procesal Argentina Autora: María Josefina Vargas	92		

Prólogo

El Ministerio Público en Iberoamérica es pieza fundamental en la administración de justicia, para lo cual exige de sus miembros la más alta cualificación en el desarrollo de capacidades investigativas que se evidencien, no solo a través del ejercicio profesional, sino también en el mayor rigor y eficacia para la divulgación del conocimiento a través de artículos y publicaciones, producto de las experiencias vivenciadas en su desenvolvimiento como especialistas del área.

La ciudad de Madrid, España, del 20 al 22 de abril de 2015, en el Centro de Estudios Jurídicos de este país, se elaboraron documentos, dejando formados Proyectos importantes en el Plan Operativo para el Período 2015- 2017. Uno de los objetivos planteados es el de continuar con la Promoción de espacios novedosos de capacitación, asumiendo la puesta en funcionamiento y dirección de un Centro de Capacitación presencial, mixto y virtual del Ministerio Público Iberoamericano. De este objetivo se desprende como actividad la elaboración y publicación de la Revista Virtual de la RECAMPI. En esta segunda edición se consolida la participación de varios países miembros como Argentina, República Dominicana y Venezuela, que han plasmado sus experiencias en los artículos arbitrados que a con-

tinuación se presentan, dejando una serie de temáticas dignas de ser estudiadas y tomadas como base para otras investigaciones.

Esta edición representa la prosecución de los objetivos académicos planteados para la formación de nuestros miembros y a su vez una forma de difundir las investigaciones realizadas a través del formato digital, pues sigue siendo una de nuestras metas principales divulgar los logros alcanzados en cada uno de los países miembros.

Tomando como marco el lema “Buenas Prácticas y Proyectos Exitosos de las Escuelas o Centros de Capacitación de Fiscales”, se presentan en este número temáticas como “Modelo Investigativo Académico de la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público”, “El Rol de los Fiscales no penales frente al fraude comercial”, “La Prevención de la delincuencia común y los movimientos migratorios como indicadores ostensible de la criminalidad” y “El error de prohibición: como una cuestión procesal”, son algunos de los tópicos presentados en esta edición.

A continuación les invito a disfrutar del trabajo realizado por una buena representación de nuestros miembros.

Luisa Ortega Díaz

Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela

Artículos

MODELO INVESTIGATIVO ACADÉMICO

Gilda Marina Couso Ruíz

Licenciada en Educación egresada de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1990. Mención Administración Educativa. Maestría: Universidad Gran Mariscal de Ayacucho. Barcelona, Edo Anzoátegui. Magíster Scientiarum en Currículo 1997. Doctorado. Universidad Bicentennial de Aragua. 2006. Doctorado en Ciencias de la Educación. Postdoctorado en Ciencias Militares. Mención Seguridad de la Nación. Año de egreso: junio 2014. Postdoctorado en Ciencias Gerenciales: Universidad Nacional Experimental de las Fuerzas Armadas. Año de egreso: 2009. Profesional de quinto nivel, con postdoctorados en Ciencias Gerenciales y Seguridad de la Nación. Experiencia en la coordinación y acompañamiento de grupos de investigación y procesos académicos de cuarto y quinto nivel, así como elaboración de diseños curriculares de programas de postgrado. Docencia universitaria de postgrado en cuarto y quinto nivel en el área de seminarios de investigación, educación, Diseños curriculares y Gerencia educativa en distintas universidades venezolanas.

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad dar a conocer el modelo investigativo que sirve de guía para conformar los elementos constitutivos, estructura y enfoques que permiten el desarrollo de los Trabajos Especiales de Grado que se realizan en la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público y que orientan el desarrollo de las diversas investigaciones en la Especialización en Ejercicio de la Función Fiscal, dentro de los objetivos de sus líneas de trabajo y las competencias asociadas al perfil del egresado como profesional experto, que permiten consolidar la misión y visión de la Escuela y la doctrina de justicia social presentes en la Constitución Nacional y la Ley Orgánica del Ministerio Público.

La labor de investigación académica, como requisito para optar al título de cuarto nivel, se realiza desde julio del presente año, sin embargo, existe una tradición investigativa desde los inicios de la Escuela que se puede verificar en las diversas publicaciones que se han creado como: la Revista Científica Arbitrada del Ministerio Público, la Colección de Memorias de Eventos Académicos, el Boletín Divulgativo “Desde la Escuela Nacional de Fiscales”, entre otros materiales informativos.

La formación de habilidades investigativas en los abogados y fiscales garantiza su actualización como principio ético de renovación y pertinencia de los conocimientos en el ejercicio de sus funciones; de esta manera permite el desarrollo de un nuevo funcionario consciente de su realidad social que aborde los casos desde una perspectiva humanística y de criterio de justicia social.

Palabras claves: Modelo de Investigación Académica, Investigación documental, Enfoque interpretativo.

Abstract

This article aims to present the research model that serves as a guide to form the elements, structures and approaches that allow the development of the Special thesis works carried out at the National School of Prosecutors of the Public Ministry that guide the development of the various investigations in Specialization in Fiscal Function Practice, within the objectives of its lines of work and the skills associated with the graduate profile as an expert professional, which will help consolidate the mission and vision of the School and the doctrine of social justice present in the National Constitution and the Organic Law of the Public Ministry.

The work of academic research as a requirement to obtain the title of fourth level is done from July this year; however, there is a research tradition from the beginning of the School that can be verified in the various publications that have been created as: the peer-reviewed scientific journal of the Public Ministry, the Collection of Proceedings of Academic Events, the Bulletin "From the National School of Prosecutors," among other informative resources.

The formation of research abilities in the lawyers and prosecutors guarantees as ethical principle of renewal and relevance of knowledge in the exercise of their functions; thus it enables the development of a public servant aware of his or her social reality who addresses cases from a humanistic perspective with a criterion of social justice.

Key words: Model of academic research, documentary research, interpretive approach.

Introducción

La Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público tiene la responsabilidad de formar, capacitar y actualizar a los fiscales y funcionarios de carrera vinculados al sistema de justicia, a fin de satisfacer las exigencias de independencia e imparcialidad del sistema penal, garantizando su capacidad técnica, dominio teórico, idoneidad y probidad.

Con el inicio de la primera promoción de la Especialización en Ejercicio

de la Función Fiscal, debidamente aprobado por el Consejo Nacional de Universidades (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.616, de fecha 9 de marzo de 2015), se requiere estructurar un modelo de investigación ajustado, que permita fortalecer las habilidades y competencias del perfil del egresado de los estudios de cuarto nivel, para lo cual se desarrollan los aspectos básicos necesarios de investigación de tipo documental jurídica.

Para una mejor comprensión del participante se elaboró una guía que incluye ejemplos claros y precisos de cómo deben ser presentados los principales componentes y la estructura de la investigación como el conjunto de actividades tendientes a la identificación, individualización, clasificación y registro de las fuentes de conocimiento en sus aspectos teóricos y prácticos.

Las actividades señaladas permiten establecer criterios para la realización de una serie de acciones en las que se deben aplicar diversas técnicas respecto al tratamiento de las fuentes de conocimiento del derecho, así como a la interpretación de los datos reflejados en diversos documentos como fuente de las acciones de la investigación jurídica.

El modelo investigativo documental jurídico persigue identificar y caracterizar el objeto de conocimiento denominado Derecho y en general los conocimientos jurídicos sistematizados que constituyen el destino de la ciencia del derecho en sus diversas especialidades para afrontar la praxis del ejercicio de la justicia con acciones ajustadas al marco legal.

Modelo investigativo

La aprobación por parte del Consejo Nacional de Universidades (CNU) de los estudios de cuarto nivel para los fiscales y funcionarios del Sistema de Justicia, como es el caso de la Especialización en Ejercicio de la Función Fiscal, resulta esencial para llevar a la práctica aspectos fundamentales de un Sistema de Justicia Social, buscando el desarrollo de habilidades y destrezas que generen conocimientos y producción de innovaciones en el área de la investigación penal centradas en principios axiológicos constitucionales y de la progresividad de los Derechos Fundamentales.

Principios axiológicos del modelo de investigación

Los principios axiológicos corresponden a los indicados en el preámbulo de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que destaca que el fin supremo de la patria es refundar la república, para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica... en un Estado de justicia,... que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común... y el imperio de la ley, para esta y las futuras generaciones, asegurando el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación, ni subordinación alguna. Se destaca igualmente en los principios fundamentales el artículo 2, donde Venezuela se constituye como un Estado democrático, social de derecho y de justicia.

Igualmente, se destacan los derechos y garantías constitucionales en la Ley Orgánica del Ministerio Público (2007).

Artículo 2. El Ministerio Público es un órgano del Poder Ciudadano que tiene por objetivo actuar en representación del interés general y es responsable del respeto a los derechos y garantías constitucionales a fin de preservar el Estado, democrático y social de derecho y de justicia.

Como principios y valores que rigen la actuación de los fiscales se destacan los señalados en los artículos 10, 11 y 12 sobre la objetividad, transparencia y probidad.

Objetividad

Artículo 10. Los fiscales o las fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a criterios de objetividad, procurando siempre la correcta interpretación de la ley con preeminencia de la justicia.

Transparencia

Artículo 11. Las atribuciones del Ministerio Público se ejercerán con transparencia, de manera que permitan y promuevan la publicidad y el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos que se realicen sin perjuicio de la reserva o secreto establecido en la ley.

Probidad

Artículo 12. Los funcionarios y las funcionarias del Ministerio Público están en el deber de actuar con honradez, rectitud e integridad.

Enfoque interpretativo

La filosofía común que orienta los métodos de investigación interpretativos son la fenomenología y la hermenéutica, las cuales intentan explicar y describir las relaciones entre la experiencia de un individuo y el mundo que lo rodea; de acuerdo a Morse (2003, p. 247), se refiere a “métodos que se emplean para describir el mundo de la persona o personas en estudio”.

El paradigma cualitativo tiene como propósito descubrir significados profundos, interpretaciones y atributos de calidad de los fenómenos estudiados. Considerando las ideas de Gadamer, H. (1991), “El arte de interrogar, es el arte de pensar”. El círculo hermenéutico parte de la historicidad de los juicios previos y la experiencia; luego la dialéctica de interpretar los significados de los hechos y datos a través del texto, representa el encuentro interpretativo dialógico dialéctico con la investigación. Una unidad de significado de la realidad captada en la subjetividad de la experiencia humana, indica que la hermenéutica parte de las concepciones previas de nuestra experiencia y significados propios, para una interpretación hacia la universalidad del vínculo con una conciencia humana común.

En este orden de ideas, la teorización interpretativa de la hermenéutica revela un proceso de posibilidades de conocimiento, de sus diversos significados y comprensión del investigador. En este sentido, plantea Ricoeur (1981) la dialéctica de la hermenéutica del texto permite varias interpretaciones diferentes para lograr la comprensión de un modo socio histórico. Interpretar es sumergirse en el texto y su aplicación en la vida, es desarraijar la intención del autor cobrando el texto una independencia propia.

De igual forma explica Echeverría (2000) que la hermenéutica se refiere a la significación del lenguaje como método y arte de interpretar el sentido y entendimiento crítico de las cosas.

Hermenéutica jurídica

Dentro los enfoques de la hermenéutica jurídica, señala Witker (2015) que todo acto jurídico requiere una interpretación a partir de técnicas de investigación jurídica que intentan develar el sentido oculto del texto.

Investigación documental

La investigación documental ha dado aportes significativos a la ciencia; como antecedentes históricos tenemos los estudios documentales en el caso de la sociología y la economía con autores reconocidos como: Emilio

Durkheim, Carlos Marx y Max Weber.

La investigación documental es una estrategia de recolección y validación de información con particularidades propias, de diversas fuentes, donde el investigador intenta responder a cuestiones particulares de su objeto de estudio.

Este tipo de investigación documental hace de sus fuentes de información su materia prima básica, así como de la hermenéutica y el análisis de contenido sus técnicas fundamentales, que pueden combinarse con otras.

La investigación documental permite aportar conocimientos válidos, producto del estudio sistemático de diversas fuentes de información. Como destaca Galeano (2012, p113), "...el desarrollo de las propuestas de investigación social supone la revisión cuidadosa y sistemática de estudios, informes de investigación, estadísticas, literatura y en general documentos con el fin de contextualizarlos..."

1. Diversidad de tipos de documentos. Es importante definir los documentos, por su carácter dinámico y diverso; en este sentido, los documentos son todos los registros escritos, visuales, grabaciones, materiales y datos disponibles que se refieren a algún aspecto del mundo social, de acuerdo al interés de las diversas ciencias. En el caso de las ciencias jurídicas van desde leyes, convenios, tratados, estadísticas, memorias de organismos oficiales, periódicos, registros audiovisuales, sentencias, cartas, revistas, testimonios, declaraciones, huellas dactilares.

2. Capacidad de observar y entrevistar el documento. Como destaca Galeano (2012, p114),

Los textos pueden ser entrevistados, mediante las preguntas que guían la Investigación, y se los puede observar, con la misma intensidad con que se observa un evento o un hecho social. En este sentido, la lectura de documentos es una mezcla de entrevista y observación.

Interrogantes o formulación del problema

La formulación del problema implica concretar el planteamiento del problema y delimitarlo en preguntas o interrogantes, que serán la guía del investigador y que deben tener una vinculación directa con los objetivos a ser alcanzados. También las interrogantes de investigación sugieren los métodos

que se deben utilizar para el análisis de los datos.

Para Corbin y Strauss (2003), la formulación de interrogantes es un mecanismo analítico para iniciar la indagación que permite dirigir el muestreo teórico.

Las categorías y unidades de análisis

Según Miles y Huberman (1994), la categorización facilita la codificación de la información registrada, así como seleccionar, focalizar, simplificar, abstraer y transformar la información bruta de las notas de campo registradas.

De acuerdo a los planteamientos de Corbin y Strauss (2004), las categorías son conceptos derivados de los datos que representan fenómenos; en otras palabras, son ideas analíticas pertinentes que emergen de los datos. Las categorías bien construidas implican temas y conceptos interrelacionadas de manera sistemática por medio de oraciones que indican relaciones, para formar un marco teórico que explica un fenómeno social.

Ejemplo de operacionalización de las preguntas, categorización y unidades de análisis

Interrogantes	Categorías	Unidades de Análisis
Qué puntos de interés ofrecen la regulación de la República de Argentina y la de la República de Colombia con la legislación patria, en relación a la responsabilidad penal del profesional de la salud frente al paciente	Regulación de la República de Argentina, República de Colombia y legislación patria en relación a la responsabilidad del galeno	Visión comparada de las normativas legales argentina, colombiana y venezolana en materia de responsabilidad penal del profesional de la salud.
¿Qué aspectos se destacan en lo relativo a la responsabilidad penal del profesional de la salud frente al paciente en el ámbito legal venezolano?	Responsabilidad penal del profesional de la salud frente al paciente	Definiciones de la Responsabilidad Penal del profesional de la salud. Código Penal. Ley del Ejercicio de la Medicina. Código de Deontología Médica

Tabla 1
Fuente: la autora

Triangulación

Es una herramienta que emplea diversos métodos de investigación para proporcionar un mayor grado de confianza al investigador, utilizando múltiples comparaciones de procedimientos y perspectivas sobre los datos obtenidos, como una manera de validar los hallazgos de la investigación; Ruiz (2012, p. 327).

La triangulación es una técnica de validación de información que permite contrastar y revisar desde diversos ángulos los datos analizados por el investigador; en el caso del área del Derecho resulta relevante para lograr interpretaciones más ajustadas a la aplicación de principios axiológicos y criterios legales.

Contraste de diversas fuentes documentales o de campo, actores sociales, enfoques teóricos, grupos focales; Galeano (2012).

Ejemplo de triangulación teórica

Teoría del Delito	Teoría de la Pena	Teoría de los Derechos Humanos
Zaffaroni (2002) analiza la Teoría del Delito como un sistema de filtros que permiten abrir sucesivos interrogantes acerca de la respuesta habilitante de un poder punitivo por parte de las agencias jurídicas. Asimismo, afirma que la Teoría del Delito es la elaboración de categorías analíticas, en orden de las cuales se reflexiona en cada caso la existencia o no del delito.	Para Sandoval (2012), las definiciones jurídicas de la pena parten de su consideración como un mal que se inflige a un individuo penalmente responsable como consecuencia de la realización de un hecho delictivo. Carrara (2013) la define como "el mal que la autoridad pública le inflige a un culpable por causa de su delito".	De acuerdo con González (2001), "Los derechos humanos son los derechos que los seres humanos tienen atribuidos en un sistema normativo ideal". Vale decir entonces, que son prerrogativas que, de acuerdo al derecho internacional, tiene la persona frente al Estado para impedir que este interfiera en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales o para obtener del Estado la satisfacción de ciertas necesidades básicas y que son inherentes a todo ser humano.

Tabla 2 Fuente: la autora

Técnicas de análisis

En lo referente al análisis, se deben definir las técnicas lógicas (inducción, deducción, análisis, síntesis) que pueden ser empleadas para descifrar lo que revelan los datos que sean recogidos de acuerdo al objeto de estudio. Una de las más utilizadas es el análisis de contenido, la cual consiste en un método de investigación que permite descubrir la estructura interna de la comunicación en el contexto de la información de un documento, de manera organizada y sistemática.

TEXTO. PALABRAS CLAVES. CODIFICACIÓN CATEGORÍAS	CONTEXTO O MARCO DE REFERENCIA	SENTIDO EXPRESO	SENTIDO LATENTE (IMPLÍCITO)	RELACIÓN DE CATEGORÍAS. INFERENCIAS. TRIANGULACIÓN
---	--------------------------------	-----------------	-----------------------------	--

Adaptado de Ruiz, 2012, p.197

Fases del Proceso Metodológico

La estrategia de investigación documental implica como primera fase, la definición del tema o del objeto de estudio, delimitación conceptual, temporal y espacial. Seleccionar datos oficiales a nivel internacional y nacional para conformar el planteamiento del problema y sus interrogantes de Investigación, objetivos y su justificación en cuanto a la relevancia, aportes y beneficios del estudio.

La segunda fase implica la revisión de antecedentes o estudios anteriores, estado del arte o del conocimiento sobre el tema, la perspectiva teórica y marco legal desde el cual se dará una mayor comprensión al objeto de estudio.

En la tercera fase se establece la metodología de Investigación, categorías, triangulación y la búsqueda de fuentes de información o unidades de análisis dentro del proceso de operacionalización de interrogantes y se seleccionan las técnicas de análisis.

En la cuarta fase se desarrolla el análisis documental, que constituye la revisión sistemática de los documentos seleccionados, procesos de triangulación de teorías, autores y fuentes documentales para consolidar el aporte o producción de hallazgos para el cierre de las interrogantes y objetivos de Investigación.

En este sentido, como destaca Galeano (2012, p118), "Este análisis documental implica consolidar las categorías, con la comparación de documentos para obtener una síntesis comprensiva de la realidad que se estudia".

Para la construcción de los capítulos de cierre de las interrogantes, es importante la lógica descriptiva, explicación e interpretación del tema en estudio, que permita generar aportes y un balance reflexivo del conocimiento; en este sentido, plantea Galeano (2012, p 118):

La evaluación e interpretación del material documental requiere el reconocimiento explícito de límites en su uso, su contextualización social, política o cultural (cuándo fue producido, por quién, en qué circunstancias) su confrontación con fuentes directas y el recurso u otras, provenientes de corrientes ideológicas o políticas diferentes (Galeano 2012, p 118).

Competencias en investigación

El proceso educativo se apoya como elemento esencial y eje transversal en la investigación; es así que se espera desarrollar dentro del perfil del egresado de cuarto nivel, las siguientes competencias fundamentales de inves-

tigación académica:

- Desarrolla investigaciones y aplica técnicas de investigación con integración de métodos, para una visión más amplia de la complejidad de los procesos y fuentes del derecho, enfoques, doctrinas, tendencias, jurisprudencia y fundamentos del derecho en el contexto nacional e internacional para la elaboración de los trabajos especiales de grado.
- Reflexiona sobre sus conocimientos y experiencias para extraer de ellos la interpretación legal en la aplicación de justicia.
- Elabora artículos de investigación de alto nivel considerando las normativas de escritura académica establecidas en revistas arbitradas.

Por otro lado, uno de los ejes transversales del diseño curricular, además de la Formación Integral y la Formación Especializada, es la Formación en Investigación, que permite consolidar, actualizar y generar nuevos conocimientos.

El propósito fundamental para la formación en investigación de fiscales y abogados en el contexto del Sistema de Justicia es mantener sus vínculos con la praxis mediante criterios científicos, así como mediante valores de equidad y neutralidad en el cumplimiento de la ley.

Línea de investigación del Ministerio Público

Sistema de Justicia Penal Social en Venezuela (LINSIJUS)

La Escuela Nacional de Fiscales a partir de la línea de investigación establecida por el Ministerio Público desde 2010, denominada Sistema de Justicia Penal Social en Venezuela (LIN-SIJUS), se ha propuesto la producción de estudios e investigaciones orientadas al logro de la vinculación entre saberes populares, conocimientos científicos y el sistema jurídico penal social.

Esta línea de investigación está orientada a profundizar el estudio sobre las dimensiones: Política Anticriminal, Estructura y Funcionamiento del Sistema Judicial, Derechos Fundamentales y el Derecho Procesal Penal, desde el punto de vista teórico, histórico, legal, social, práctico-académico, epistemológico y metodológico. Los estudios de campo y documentales permiten la indagación y superación de nudos críticos mediante el uso de técnicas y métodos de la investigación científico-académica que permitan brindar aportes al Sistema de Justicia Penal venezolano.

Áreas de conocimiento de la LIN-SIJUS

Área: política anticriminal

Dedicada a generar las herramientas científico-académicas para que el o la Fiscal General de la República formule de manera eficaz y eficiente las políticas necesarias para el mejoramiento del Sistema de Justicia Penal. A tal efecto, se proyecta en dos aspectos: un fuerte componente de investigación aplicada y orientada a establecer líneas de trabajo con las otras instituciones del Estado encargadas de la política anticriminal y la creación de un observatorio que diagnostique la situación real y actual de la seguridad ciudadana, procesando los datos con que cuenta el Ministerio Público.

Área: estructura y funcionamiento del Sistema de Justicia

De esta área de conocimiento se desprenden numerosos núcleos problemáticos y proyectos de investigación de real interés que contribuyan eficazmente a la construcción de una red de relaciones que permitan coordinar esfuerzos entre los integrantes del Sistema de Justicia, sin obviar las investigaciones organizacionales y estructurales endógenas que favorezcan el funcionamiento de cada una de estas organizaciones para contribuir eficazmente en su desempeño y logro del objetivo común.

Área: derechos humanos y fundamentales

Sobre la cual se analizan los Derechos Humanos desde la perspectiva de sus funciones, con una aproximación a la definición y alcance de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico y su relación con los órganos fundamentales del estado y en especial con el Ministerio Público.

Área: derecho procesal penal

Dedicada a temas vinculados no solo a la política anticriminal, a la Estructura y Funcionamiento del Sistema de Justicia y a los Derechos Humanos, áreas que, junto a la que aquí se fundamenta, también fueron propuestas por la Mesa de Trabajo, sino que trasciende a ellas para involucrar asuntos que atañen a todo el Sistema Penal y Social en general.

Por otra parte, esta área concentra aspectos de interés institucional, considerando la principal política anticriminal la prevención delictiva a través de la investigación y el ejercicio de la acción penal de control posterior. Además de esto, analiza la estructura y el funcionamiento del Sistema de Justicia que concierne a la institución y estudia los Derechos Humanos

como uno de los principales objetos de atención por parte de la institución.

Las publicaciones representan un reto importante para la divulgación del conocimiento a los diversos espacios académicos, su actualización y renovación constante, para lo cual el Ministerio Público posee una Revista Científica Arbitrada y el Boletín Divulgativo “Desde la Escuela Nacional de Fiscales”.

Conclusiones

Los lineamientos de un modelo de investigación académica, facilitan criterios y enfoques para analizar los problemas más relevantes de la acción fiscal y la aplicación de la justicia social, brindando al estudiante un modelo concreto, procedimientos, técnicas y métodos para resolver problemáticas que deberá confrontar en su ámbito profesional.

El perfil del egresado de cuarto y quinto nivel, así como los diplomados, exigen el desarrollo de competencias investigativas para la elaboración tanto del Trabajo Especial de Grado como de artículos arbitrados para publicaciones y otras actividades de divulgación del conocimiento como ponencias, ejercicio de la docencia y actividades de investigación penal.

Al fortalecer las competencias investigativas se promueve un funcionario actualizado, con claridad en sus principios axiológicos y doctrinarios, que fortalezca su compromiso institucional, de actuación acorde a sus valores institucionales como son equidad, justicia, igualdad, paz, vocación de servicio, integridad y honestidad.

La cultura investigativa que se tiene en la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público, avanza y se fortalece al concretar un modelo investigativo propio ajustado a sus particularidades dentro de las ciencias jurídicas y los principios que rigen el Ministerio Público al desarrollar un enfoque crítico y de valores humanistas, tomando en cuenta criterios científico, y argumentando la investigación penal de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

Referencias Bibliográficas

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5908 de fecha 19 de febrero de 2009.

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2000) Gaceta Oficial 5453 del 24 de marzo de 2000.

Corbin, J. y Strauss, A. (2004). Bases de la Investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada. Medellín: Universidad de Antioquía.

Cortina, A. 2001. Ciudadanía Cosmopolita de los derechos a las responsabilidades. Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores.

Echeverría, R. (2000). Ontología del lenguaje. Madrid: JC Sáez Editor.

Gadamer, H. (1990). Verdad y Método. Madrid: Ediciones Sígueme.

Galeano, M. (2012). Estrategias de Investigación social cualitativa. El giro en la mirada. Colección Ariadna. La Carreta Editores. Medellín. Colombia.

Galtung, J (2003). Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización. Bilbao: Bakeaz.

Huberman, M. y Miles, B. (1994). Manejo de datos y métodos de análisis.

Ley de Universidades, Gaceta Oficial N° 1.429 Extraordinario de fecha 8 de septiembre de 1970.

Ley Orgánica de Educación (2009). Gaceta Oficial N° 5929. Extraordinario de fecha 15 de agosto de 2009.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Gaceta Oficial N° 38647 de fecha 19 de marzo de 2007.

Ministerio Público (2012). Doctrina del Ministerio Público. Despacho de la Fiscal General de la República. Disponible en línea: [http://www.mp.gob.ve/doctrina_2012/Other/imagemenu_acta/doctrina_2012-I.php]

Morse, J. (2003). Asuntos críticos en los métodos de investigación cualitativa. Colección Contus. Editorial Universidad de Antioquia. Bogotá.

Normativa General de los Estudios de Postgrado para las Universidades e

Institutos de los Estudios de Postgrado CNU. Gaceta Oficial N° 37328 de fecha 21 de noviembre de 2001.

Ruiz, I. (2012) Metodología de la Investigación Cualitativa. Bilbao: Editorial Deusto. España.

Witker, J. (2015). Técnicas de Investigación Jurídica. Bilbao: Editorial Deusto.

**LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA COMÚN Y LOS
MOVIMIENTOS MIGRATORIOS
Como Indicadores
Ostensibles de la Criminalidad.**

Solangey's Sushey Reyes Guzmán

Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), abogada especializada en criminología, criminalística y ciencias forenses, Máster Universitario en Criminología y Máster en Metodología de las Ciencias del Comportamiento, Universidad Complutense de Madrid, España. Doctorat en Sciences Criminologique, Université Paris-Sorbonne Paris II, Francia. Actualmente en ejercicio de áreas relacionadas con la investigación, capacitación y docencia, desarrollo curricular. En la actualidad funge como Coordinadora General del Manual Plan de Investigación de la República Dominicana, de la cual forma parte del cuerpo técnico. Como profesional del derecho se ha desempeñado como Abogada de la Gerencia de Operaciones Legales, Banco de Reservas de la República Dominicana, Encargada Legal de Banca Personal en la Asociación Popular de Ahorros y Préstamos (APAP), Asesora Legal del Contralor General de la República Dominicana. Está acreditada como Instructora del Curso Analista de Comunicaciones ICITAP (Programa Internacional de Asesoría y Capacitación en las Investigaciones Criminales) realizado en Santo Domingo, República Dominicana, del 9 al 20 de septiembre de 2013, con una intensidad de 100 horas.

LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA COMÚN Y LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Como Indicadores Ostensibles de la Criminalidad.

Solangey's Sushey Reyes Guzmán

Resumen

En el presente estudio se realizan algunas reflexiones sobre la prevención de la delincuencia común y los movimientos migratorios, partiendo de un modo reflexivo que nos lleva a analizar este tema tomando como punto de partida la función del Estado en el marco protector y garantista de la seguridad ciudadana y la estabilidad social. A tales fines, el Estado tiene el deber de crear políticas y estrategias que sean construidas y justificadas bajo el criterio de responsabilidad y pensando en el bien común y el interés colectivo. Esto implica que la gerencia judicial y la administración pública promuevan y ejecuten políticas orientadas a generar mejores prácticas investigativas y estandarizar las técnicas de ejecución.

En el mismo orden de ideas, cuando hablamos de criminalidad en este estudio no nos referimos a los delitos menores sino que visualizamos las observaciones partiendo desde el concepto de criminalidad compleja, que incluye el crimen organizado en todas sus manifestaciones, que necesita ser visualizado desde la óptica de la identificación de los perfiles delictivos, la captura de los individuos para someterlos a procesos reformativos, la prevención de los delitos y crímenes, sea esta a corto, mediano o largo plazo, así como el estudio de los distintos factores que producen patrones de conductas delictivas o antisociales.

Uno de los factores primordiales que a nuestro entender contribuye con la prevención de la criminalidad es la escolaridad obligatoria a temprana edad y la generación de fuentes estables de trabajo. En la planeación y materialización de ambos se conquistaría un doble objetivo: disminuir el analfabetismo y ocupar a los individuos en actividades productivas para sí y para el Estado.

Asimismo, del estudio de los indicadores ostensibles de bajo mundo pudimos ver que comúnmente se asocian distintos elementos exteriores (vestimentas, tatuajes, jergas, modas, entre otros) a los perfiles delictivos. En muchas ocasiones, estos realmente sí corresponden a personas que hacen práctica común en la comisión de hechos ilícitos. Sin embargo, y como elemento más importante, pudimos ver que esto no siempre es directamente proporcional a los individuos que son autores de crímenes. Y más aún con el fuerte proceso de transculturización, de adopción de costumbres foráneas, a veces se hace común ver personas con el cuerpo totalmente tatuado y no necesariamente son infractores penales. Se ha llegado a un punto tal que incluso se consideraría prejuicio el juzgar a alguien por su apariencia. Aun así, no podemos negar que las autoridades policiales crean distintos perfiles de sujetos que son sospechosos por su apariencia y de esta forma se hacen revisiones y cateos selectivos en los centros donde se conglomeran ciertos grupos de personas.

Finalmente, lo que pretendemos aportar en este trabajo de investigación son algunas soluciones que podrán ser vistas desde la óptica del análisis, tomando en cuenta el incremento de los índices de criminalidad reportados en las estadísticas periódicas. Este resultado nos estimula a dinamizar las letras de las legislaciones y a crear un cambio en el sistema procesal penal, pudiendo este ser planificado adoptando estrategias de trabajo que permitan la realización de una investigación basada en resultados a corto plazo.

Palabras clave: prevención, delincuencia, movimientos migratorios, indicadores ostensibles y criminalidad.

Abstract

In the present study, some reflections realized on the common crime prevention and the migratory movements, starting from a reflexive way that takes us to analyze this topic taking the function of the State as a point of item in the protective and insurer framework of the civil safety and the social stability. For those purposes, the State has the duty to create policies and strategies that are constructed and justified under the judgment of responsibility, and thinking about the greater good and the collective interest. This implies that the judicial management and the public administration promote and execute policies facing to generate better investigative practi-

ces and to standard the technologies of execution.

In the same order of ideas, when we talk about criminality in this study we do not adjust to the petty crime but we visualize the observations dividing from the concept of complex criminality. Which includes the organized crime in all its manifestations, needs to be visualized from the viewpoint of the identification of criminal profiles, capturing the individuals to submit them to reformatory processes, the prevention of the petty crimes and major crimes, whether this is, to short, medium or long term, as well as the study of the different factors that produce patterns of criminal or antisocial conducts.

One of the basic factors that to us contribute with the prevention of the criminality is the obligatory education to early age and the generation of stable employment opportunities. In the planning and materialization of both would conquered a twofold objective: it diminishes the illiteracy and occupies the individuals in productive activities for themselves and for the State.

Likewise, of the study of the obvious indicators of squalid depths we could see that, commonly there are associated to different exterior elements (gowns, tattoos, slangs, trends, etc) with the criminal profiles. In many occasions, these really match to people who do common practice in the commission of unlawful acts. However, and as more important element, we could see that not always this is directly proportional to the individuals who are authors of crimes. In addition, even more with the tough process of transculturization, of adoption of foreign customs, sometimes it becomes common to see persons with the very tattooed body and not necessarily be penal offenders. At this point, it is considered as prejudice to judge someone for his appearance. Even this way, we cannot ignore that the police authorities create different profiles of possibly suspicious subjects because of their appearance and by this method; they practice reviews and selective prospectings in places where those persons usually visit.

Finally, what we try to contribute in this research are some solutions that will be able to see from the optics of the analysis, taking into account the increase of the indexes of criminality reported in the regular statistics. This result stimulates us to revitalize the words of the legislations into action and to creating a change in the criminal justice system, being able to be planned adopting strategies of work that allow the accomplishment of an investigation based on short-term results.

Key words: prevention, delinquency, migratory movements, indicators, and crime ostensible

Introducción

En la elaboración de este ensayo de investigación, establecemos un diálogo imaginario entre la realidad social y el estudio de temas que están relacionados con el campo de la criminología moderna como lo son la prevención de la delincuencia común, los indicadores ostensibles del bajo mundo y el estudio de los movimientos migratorios y su relación con la delincuencia.

En este sentido, en un primer lugar, analizando el marco conceptual la prevención comprende tanto la prevención de la delincuencia a corto plazo como la prevención a largo plazo, donde introduciremos los conceptos del patrullaje y la importancia de los registros a vehículos y personas en la vía pública en vista del papel que desempeñan en este tema, así como los casos de violencia social generalizada, el toque de queda, los programas habitacionales, el fomento de actividades deportivas, planes educativos y artísticos y la importancia de la obligatoria escolaridad primaria.

En el mismo orden de ideas, abarcaremos todo lo relativo a los indicadores ostensibles del bajo mundo, tal como el significado de los tatuajes como factor de criminalidad, el vocabulario vulgar, las jergas del bajo mundo, las modas adversativas, los hábitos de vida inadecuados y las vestimentas estafalarias.

Prevención

La prevención a corto plazo o enfrentamiento de la denominada delincuencia común.

La prevención y represión de la delincuencia común y el terrorismo han de hacerse siempre respetando los derechos civiles de las personas. La acción contra la delincuencia y el terrorismo no puede ni debe ser sinónimo de barbarie, del empleo de la tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes. De no ser así, la larga y sostenida lucha arraigada en la sociedad para reconquistar sus libertades y derechos tradicionales carecería de todo sentido. La política frente a la delincuencia contempla tres objetivos: su prevención, su represión y la rehabilitación del delincuente.

Consideramos que el fenómeno de la delincuencia se explica, en parte importante, por las condiciones socioeconómicas existentes, particularmente las que afectan a los sectores más desposeídos. La progresiva superación

de estigmas como la extrema pobreza y la cesantía juvenil, traerá consigo avances importantes en la superación de la delincuencia. Si bien este hecho se ha constatado poco, puede influir en el enfrentamiento del problema en el corto plazo.

Es necesario mencionar que la prevención es una forma de intervenir ex-ante y requiere acciones específicas para:

- Identificar las condiciones físicas y sociales que facilitan la comisión de delitos y adoptar las medidas de seguridad para reducir las oportunidades de cometerlos.
- Identificar grupos de riesgo y desarrollar acciones que impidan su conversión en delincuentes: educación, trabajo, recreación y salud.
- Reforzar la convivencia y resolver los problemas que inciden en la delincuencia.
- Controlar a los delincuentes que han cometido delitos para evitar la reincidencia.

El Estado debe contribuir a la prevención a través de:

- Reforzar la acción policial preventiva y su presencia física en los lugares de riesgo. El servicio a pie (patrullaje) tendrá un importante efecto preventivo.
- Determinar el rol complementario de ambas policías. En la actualidad no están bien definidas y se confunden. El rol preventivo es una función de Carabineros y el rol de investigación corresponde a la Policía de Investigaciones, pero en la práctica las funciones se duplican. Carabineros e Investigaciones podrían aumentar su efectividad para prevenir el delito si actúan coordinadamente en la prevención-investigación.
- Fortalecer las relaciones entre carabineros y la comunidad.
- Mejorar la infraestructura: iluminación de sitios oscuros, habilitación de construcciones abandonadas, creación de lugares de recreación y espacios colectivos que faciliten la convivencia comunitaria y el control informal de las conductas individuales.

El patrullaje, las redadas policiales selectivas

El patrullaje es la operación policial que cotidianamente realiza la Policía Nacional (PN) con el objeto de mantener el orden público y prevenir los delitos y faltas.

El patrullaje es la actividad del servicio de Policía que se realiza en el marco de la vigilancia urbana a través de medios de locomoción específicos para

el desarrollo de acciones preventivas, disuasivas y de control, asegurando la convivencia y seguridad ciudadana. El objetivo es contribuir al mantenimiento de las condiciones necesarias para la preservación de la convivencia y seguridad ciudadana, en una jurisdicción determinada mediante el conocimiento, prevención, disuasión y atención de fenómenos delictivos, contravencionales u otros conflictos ciudadanos¹.

El patrullaje es una forma o manera de prestar el servicio de vigilancia, utilizada para neutralizar la comisión de delitos y contravenciones e incrementar la percepción de seguridad.

El Ministerio de Defensa (MIDE), en enero del 2015, intensificó la vigilancia en la frontera con personal “altamente calificado”, listo para entrar en acción ante cualquier adversidad.

La medida fue implementada por la inestabilidad política que vive Haití, donde la oposición hizo un llamado a desconocer el gobierno que preside Michel Martelly.

En ese sentido, la opinión del general Carlos Aguirre, director del Cuerpo Especializado para la Seguridad Fronteriza (CESFRONT), explicó que las fuerzas desplegadas están bien equipadas y que patrullan la zona dando garantías de que en la frontera no se producirán hechos que lamentar. Dijo que “hay un patrullaje constante que se mueve de un sitio a otro, lo que ha llamado la atención de mucha gente, pero no hemos aumentado el número de nuestro personal, ya que el que tenemos apostado allí es suficiente para enfrentar cualquier eventualidad que se presente”.

Indicó que tras haber puesto en marcha la denominada “Operación Escudo”, se ha impedido la entrada de ilegales que para esta época, años tras años, tratan de entrar al país en compañía de familiares que retornan después de pasar las vacaciones de Navidad en Haití. En los primeros 14 días de este mes, los soldados dominicanos han devuelto a más de 15 mil haitianos².

¹Badillo Grajales, Ricardo, *Organización del servicio de patrullaje*. Consultado el día 19 de julio de 2015 en el sitio web: <https://ricardobadillograjales.wordpress.com/organizacion-del-servicio-de-patrullaje/>

²República Dominicana aumenta el patrullaje en la frontera para enfrentar cualquier adversidad. Consultado el día 19 de julio de 2015 en el sitio web: <http://almomento.net/rd-aumenta-el-patrullaje-en-la-frontera-para-enfrentar-cualquier-adversidad/64876>.

Los registros a vehículos y personas en la vía pública

Registro de personas: Es el procedimiento policial que tiene como objetivo revisar a una persona con el propósito de buscar elementos probatorios (requisa) o peligrosos (cacheo).

La requisa no se hace de forma arbitraria, sino cuando existan indicios o pruebas tangibles de la previa comisión de un delito; es decir, no se puede requisar a una persona por razones ajenas a las estipuladas, tales como la forma de vestir o el lugar por donde transita, pues se estarían violentando los artículos de la Constitución Política sobre la libertad de expresión y la no discriminación.

La requisa no aplica cuando la policía detiene a las personas en la vía pública, plazas o parques sin ningún motivo, mucho menos cuando es a una sola persona y sin la presencia de testigos. Entiéndase, pues, que las requisas se hacen ante la existencia de un delito, no como medida de prevención, porque nada en la legislación policial lo establece bajo esta circunstancia.

El artículo 175 del Código Procesal Penal dice que los únicos que pueden realizar registros son el Ministerio Público y la Policía Nacional, y lo hacen cuando razonablemente existan motivos que permitan suponer la existencia de elementos de prueba útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado. Es decir, que debe haberse materializado por lo menos un tipo penal y ser de su conocimiento. No porque a alguien se le ocurra revisar por revisar. Sigue refiriendo el artículo 176 del mismo código, que antes de proceder al registro personal, el funcionario actuante debe advertir a la persona sobre la sospecha de que entre sus ropas o pertenencias oculta un objeto relacionado con el hecho punible, invitándole a exhibirlo. De la misma manera sigue refiriendo el texto, que los registros de personas se practican separadamente respetando el pudor y dignidad de las mismas, y en su caso, por una de su mismo sexo. Se levanta un acta al efecto, incluyendo la advertencia previa sobre el objeto buscado, la firma del registrado, y si se rehúsa a hacerlo, se hace mención de esta circunstancia. Solo en esa condición el acta puede ser incorporada a juicio para su lectura. Estas mismas normas se aplican al registro de vehículos³.

³Nolasco, Guillermo, *Requisa de vehículos sin orden judicial*. Consultado el día 19 de julio de 2015 en el sitio web: <http://zorroseibo.blogspot.com/2009/07/requisa-de-vehiculo-sin-orden-judicial.html>

La restricción de la circulación ciudadana en áreas determinadas

La libertad de circulación, también enunciada como libertad de movimiento, es un concepto de los derechos humanos por el cual toda persona tiene derecho a moverse libremente, ya sea dentro de un país o de un país a otro. Está reconocido parcialmente en el artículo 13º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual un ciudadano de un estado tiene la libertad de viajar y residir en cualquier parte del estado en el que a uno le plazca dentro de los límites de respeto a la libertad y los derechos de los demás, y a dejar ese estado y volver en cualquier momento⁴. Sin embargo, este artículo no incluye ni ampara el derecho de cualquier persona a entrar libremente en otro país que no sea el suyo, es decir, que no se reconoce ni el derecho de entrada ni el derecho a la inmigración individual ni colectiva⁵.

Artículo 13 Declaración Universal de los Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Si bien algunos doctrinarios bien pueden tener opiniones diferentes, para Pizzolo esta libertad no debe ser entendida en términos absolutos, ya que está sujeta a reglamentación. “Uno de los mayores desafíos que enfrenta el proceso de integración es el combate al delito transnacionalizado con lo cual hay tres tipos de límites (a dicha libertad de circulación): razones de orden público, seguridad pública y salud pública”⁶.

La libre circulación puede ser objeto de ciertas restricciones, si están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud pública.

La libre circulación puede ser objeto de ciertas restricciones, si están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud pública.

1. Orden público o Seguridad pública: Ambos son conceptos jurídicos inde-

⁴ Javier de Lucas. «El derecho a la libre circulación». *Amnistía Internacional Catalunya*. Consultado el 30 de octubre de 2013.

⁵ Ídem.

⁶ Pizzolo, Calogero, *IV Jornadas de Derecho de la Integración: libre circulación de personas*.

terminados cuya interpretación ha ocasionado, y seguirá ocasionando, problemas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a quien compete controlar el cumplimiento y la correcta interpretación de las restricciones establecidas en el Derecho comunitario⁷.

2. Salud pública: Las únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de las medidas de restricción del ejercicio de la libertad de circulación son las enfermedades con potencial epidémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas.

Casos de violencia social generalizada

La violencia social se refiere a cualquier tipo de violencia con impacto social cometida por individuos o por la comunidad. Estos actos violentos adoptan diversas formas en los distintos países, incluyendo conflictos armados, violencia de pandillas, agresiones físicas de padres a hijos (por ejemplo, castigos corporales), terrorismo, desplazamiento forzado y segregación. La exposición a la violencia puede ser directa (por ejemplo, ser la víctima de un acto violento) o indirecta (por ejemplo, escuchar hablar de violencia o presenciar violencia que involucra a otros)⁸. También se ha estimado que en el año 2012, el 25% y 40% de los niños con edades entre los 2 y 17 años en Estados Unidos y las regiones sureñas de África, respectivamente, están expuestos a violencia en su comunidad.

La violencia, natural o humana, ha presidido permanentemente la vida del planeta, y nunca hemos podido dominarla. Sin embargo, el hombre siempre ha pensado en la paz y trabaja para conseguir descanso que le permita gozar de la vida, pero en la realidad, se ve obligado a dialogar con fuerzas y poderes violentos que tensan su voluntad obligándole a responder con violencia a los desafíos de la vida.

⁷ Castillo, Inmaculada, *Límites de la libertad de circulación a ciudadanos comunitarios*. Consultado el día 19 de julio de 2015 en el sitio web: <http://www.mundojuridico.info/limites-libertad-circulacion-ciudadanos-comunitarios/>

⁸ *Violencia social Síntesis*. Consultado el día 19 de julio de 2015 en el sitio web: http://www.encyclopedia-infantes.com/Pages/PDF/sintesis-violencia_social.pdf

Violencia física: Es el atentado contra la integridad física realizado por una persona más fuerte a otra más débil. Se caracteriza por lastimar cualquier parte del cuerpo de una persona con las manos, pies u objetos.

Un ejemplo de violencia física es la violencia escolar, que es un problema mundial. Es un fenómeno esencialmente masculino, que oscila entre los 13 y 16 años. En cuanto a sus causas, no hay un factor único; puede deberse a la situación familiar o a las condiciones socioeconómicas, entre muchas otras. Un motivo bastante claro es la monoparentalidad; otro factor es la falta de estabilidad de los equipos del propio recinto escolar. Pero estos motivos no son determinantes ya que, por ejemplo, un niño de madre adolescente y padre preso no será necesariamente violento.

Violencia emocional: No se percibe tan fácilmente como la física, pero también lastima. Consiste en enviar mensajes y gestos o manifestar actitudes de rechazo. La intención es humillar, avergonzar y hacer sentir mal a una persona, deteriorando su imagen y su propio valor, con lo que daña su estado de ánimo y se disminuye su capacidad para tomar decisiones. Hay dos tipos de esta violencia:

Violencia verbal: Tiene lugar cuando mediante el uso de la palabra se ridiculiza, insulta, humilla y amenaza en la intimidad a una persona.

Violencia no verbal: Se manifiesta en actitudes corporales de agresión como miradas de desprecio, muestras de rechazo, indiferencia, silencios y gestos insultantes para descalificar a una persona.

Otra forma de comportamiento que sin ser violenta puede causar daño es el caso de la sobreprotección y excesivo consentimiento (confundidas con afecto y cariño) que pueden hacer a las personas incapaces de resolver sus vidas por sí mismas.

Violencia sexual: Ocurre cuando se obliga a una persona a tener cualquier tipo de contacto sexual contra su voluntad. Se daña física y emocionalmente a la persona.

Existe una relación directa entre las ciudades y la violencia que pueda presentarse en ellas. Aunque los importantes niveles de violencia de varias ciudades amenazan el desarrollo, nada respecto de la violencia en las ciudades es, sin embargo, inevitable. Ante todo, las ciudades no son siempre más violentas que los medios rurales⁹, y las ciudades más pobladas no son necesariamente las más violentas. Así, ciudades como Santo Domingo, Ciudad Guatemala y Katmandú, tienen una criminalidad elevada en comparación a sus poblaciones¹⁰.

En cuanto a las ciudades pobladas, un dato importante es que, según revela el informe global de Homicidios del año 2013 de la Organización de Naciones Unidas, América Latina es la región del planeta con mayor número de muertes violentas por homicidio y armas de fuego. A nivel mundial, la tasa promedio de homicidios es de 6,2 por cada 100.000 habitantes, pero el sur de África y América Central tienen tasas cuatro veces más altas, es decir, de más de 24 víctimas por cada 100.000 habitantes, seguidas por América del Sur, África Central y el Caribe, con entre 16 y 23¹¹.

El toque de queda

Un toque de queda se refiere al establecimiento de una cierta hora del día, en ciertas ciudades o estados y por diversos motivos, a partir de la cual se prohíbe a sus ciudadanos la libre circulación por vías públicas. Normalmente es una medida gubernativa que, en circunstancias excepcionales, prohíbe el tránsito o permanencia en las calles de una ciudad durante determinadas horas¹². Dicha decisión se vincula a la intención de resguardar la seguridad y de minimi-

⁹ *Prevención y reducción de la violencia armada en las zonas urbanas. Notas de Programación. OCDE 2011. ISBN: 978-64-11999-4 (PFD). Recuperado de: [https://books.google.com.do/books?id=8daOkYSd1MAC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=pobladas+para+prevencion+de+criminalidad&source=bl&ots=g_1MI1fD1Ny&sig=G-B8hvMSB-EgZOt8QfQ-qC8HvPBQ&hl=es&sa=X&ved=0CEQQ6AEwB2oVChMI6_iT8cDuxgIViYwNCh1hawVO#v=onepage&q=pobladas%20para%20prevencion%20de%20criminalidad&f=false]*

¹⁰ *Prevención y reducción de la violencia armada en las zonas urbanas. Notas de Programación. OCDE 2011. ISBN: 978-64-11999-4 (PFD). Recuperado de: [https://books.google.com.do/books?id=8daOkYSd1MAC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=pobladas+para+prevencion+de+criminalidad&source=bl&ots=g_1MI1fD1Ny&sig=G-B8hvMSB-EgZOt8QfQ-qC8HvPBQ&hl=es&sa=X&ved=0CEQQ6AEwB2oVChMI6_iT8cDuxgIViYwNCh1hawVO#v=onepage&q=pobladas%20para%20prevencion%20de%20criminalidad&f=false]*

¹¹ BBC. Mundo. [En línea]. Recuperado en: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/04/140408_onu_informe_homicidios_mundo_jgc]

¹² Definición, toque de queda. [En línea]. Recuperado en: [http://www.sitiosargentina.com.

zar posibles disturbios o enfrentamientos.

Se debe entender que por lo general el toque de queda se establece en medio de revueltas, revoluciones, guerras o situaciones en el que el país o nación se encuentra en peligro. A través de las fuerzas de seguridad, el gobierno se encarga de que la prohibición sea respetada, ya que aquellos que violan el toque de queda son detenidos o devueltos a sus hogares.

Muchas veces, el toque de queda se establece en horario nocturno, cuando la vigilancia de las calles resulta más complicada. De esta manera, la policía, el ejército u otra fuerza se encargan de controlar la ciudad desde el atardecer hasta el amanecer, asegurándose de que no haya gente recorriendo la zona, reuniéndose o haciendo manifestaciones¹³.

La prevención a largo plazo de la delincuencia común

Programas habitacionales

La prevención en los programas habitacionales se refiere básicamente a los diversos esquemas de prevención de fenómenos naturales. En ese sentido, la UNESCO en un escrito titulado Prevención de desastres naturales desarrolla diversas ideas que vale la pena destacar.

Los riesgos de la naturaleza son los fenómenos físicos como terremotos, erupciones volcánicas, desprendimientos de tierras, tsunamis, inundaciones y sequías. Los desastres son generados por este tipo de alteraciones, pero no siempre son naturales, a veces son provocados por el hombre. La deforestación, por ejemplo, agrava la peligrosidad de las inundaciones, y las construcciones que incumplen las normas de seguridad o los planes deficientes de ocupación de los suelos tienen repercusiones catastróficas. En los últimos veinte años se ha observado un aumento de la frecuencia, el impacto y la amplitud de los desastres naturales, que han causado la muerte de centenares de miles de personas y provocado enormes pérdidas económicas. Los países más pobres son los más afectados porque, al carecer de recursos financieros e infraestructuras suficientes, son incapaces de prever esos fenómenos¹⁴.

En ese mismo orden de ideas, cuando hablamos de desastres nos referimos

¹³ Definición de toque de queda. [En línea]. - *Qué es, Significado y Concepto*. Recuperado en: [<http://definicion.de/toque-de-queda/#ixzz3gb7OkVbu>]

¹⁴ UNESCO. *Prevención de desastres naturales*. Disponible en http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi06_prevention_es.pdf

a las enormes pérdidas humanas y materiales que ocasionan algunos eventos o fenómenos en las comunidades como terremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, deslizamientos de tierra, deforestación, contaminación ambiental y otros. Para que entendamos los desastres y podamos prevenirlos y recuperarnos si llegan a producirse, es necesario que nos desprendamos de algunas interpretaciones erradas que han sido transmitidas en nuestras sociedades. Tenemos entonces que diferenciar dos términos: “fenómenos naturales” y “desastre natural”, que muchas veces los hemos utilizado como si fueran lo mismo. Los desastres no son naturales, sino algunos de los fenómenos que los producen. La naturaleza se encuentra en un proceso permanente de movimiento y transformación, que se manifiesta de diferentes maneras, a través de fenómenos de cierta regularidad como la lluvia en algunos meses del año en la montaña, y de aparición extraordinaria y sorprendente, como los temblores de la tierra, las erupciones volcánicas o el desgaste natural del suelo que produce la erosión. Cuando ocurre un evento natural, nos invade en muchos casos el fatalismo y pesimismo producto de la impotencia que sentimos hacia el comportamiento de la naturaleza. Un examen más a fondo nos indica que algunos desastres tienen su origen en fenómenos naturales, pero, además, pueden ser causados por ciertas actividades humanas que alteran la normalidad del medio ambiente¹⁵.

Son muchos los tipos de eventos o fenómenos que pueden provocar desastres si no tomamos las medidas necesarias. Los eventos más frecuentes son:

Las inundaciones

Ocurren con mucha frecuencia en ciertas zonas debido a que los fuertes aguaceros provocan el crecimiento de los ríos. Las inundaciones generalmente provocan la evacuación de familias y comunidades hacia lugares seguros, así como la pérdida de cultivos y alimentos.

Las comunidades tenemos que estar preparadas para establecer nuestras viviendas lejos de ríos y en lugares altos. En caso de que vivamos cerca de estos, debemos estar conscientes de nuestra vulnerabilidad y evacuar a nuestras familias cuando las aguas comiencen a subir o si así lo indican las autoridades competentes.

Ocurren con mucha frecuencia en ciertas zonas debido a que los fuertes

¹⁵ *Prevención de desastres*. Disponible en http://www.desastre.org/index.php?option=com_content&view=article&id=115:prevencion-de-desastres&catid=39:gestion-de-riesgo

aguaceros provocan el crecimiento de los ríos. Las inundaciones generalmente provocan la evacuación de familias y comunidades hacia lugares seguros, así como la pérdida de cultivos y alimentos.

Las comunidades tenemos que estar preparadas para establecer nuestras viviendas lejos de ríos y en lugares altos. En caso de que vivamos cerca de estos, debemos estar conscientes de nuestra vulnerabilidad y evacuar a nuestras familias cuando las aguas comiencen a subir o si así lo indican las autoridades competentes.

Los temblores fuertes y terremotos

Hay regiones del continente que son muy afectadas por los movimientos sísmicos. Los terremotos son movimientos fuertes de las capas de la tierra.

Cuando ocurren producen un impacto emocional muy fuerte en las personas y gran desorganización social, afectando la salud mental en la comunidad y produciendo grandes pérdidas materiales en edificios, viviendas e infraestructura en general. Las personas, las familias y los grupos organizados debemos estar preparados para casos de temblores fuertes, saber cómo comportarnos y buscar lugares seguros cuando se presente un sismo, con base en los planes que previamente hemos elaborado.

Se recomienda:

- Mantener la calma en todo momento para evitar peligros mayores.
- Alejarnos de ventanas con vidrios o de muebles grandes y objetos que puedan caer y causarnos daño.
- Alejarnos de los postes con cables eléctricos y, en caso de que hayan caído, evitar el contacto con ellos.
- Busquemos un lugar seguro donde protegernos como una columna de la casa o del edificio o debajo de una mesa en estructuras de un solo nivel¹⁶.

De todo lo anterior podemos decir que si el Estado organiza tanto a corto como a largo plazo, programas de prevención de desastres, los ciudadanos tendrían un esquema para seguir unos parámetros claros. Pero en la actualidad, no hay una coordinación estatal, y por ende los infractores penales se benefician de esa incapacidad estatal para delinquir.

¹⁶ *Ibíd*

Fomento de actividades deportivas

El deporte es fundamental en la formación del ser humano. El deporte es una de las herramientas utilizadas en todo el mundo para alejar a los ciudadanos de la delincuencia. Al efecto, en un escrito titulado *El deporte: una vacuna contra la delincuencia*, de Ramón Revueltas, se establece que “el deporte es una actividad que promueve muchos valores personales y sobre todo que le da sentido a las cosas en tanto que los logros implican el reconocimiento de los demás”¹⁷.

Planes educativos y artísticos

Al igual que la parte anterior, la educación y las actividades artísticas son fundamentales para alejar a la persona de la delincuencia. Y es que a todas luces, una persona que esté en planes educativos claros y en actividades artísticas, tiene deseos de superación y eso la motiva a esforzarse más cada día.

Al estar involucrada en el mundo educativo, no piensa en alcanzar las cosas con malas artes. En ese sentido, “el arte lleva a los jóvenes a la libertad de expresión”, y además de que desarrolla el lado creativo de quien la práctica, “nunca se acaba de aprender ni de crear y es una buena forma de mantener ocupada la mente”¹⁸.

Creación de fuentes de trabajo

Es indudable que el desempleo es una de las causales de la delincuencia. La falta de oportunidades se ha convertido en uno de los problemas sociales con mayor preponderancia en los últimos tiempos. El infractor penal, al ver que no tiene oportunidades de trabajo, busca otro modo de subsistencia y lo encuentra principalmente en los actos delictivos. Así las cosas, es preciso destacar que:

Uno de los campos que más interés ha generado dentro de la criminalidad ha sido la relación de los jóvenes y las características que los hacen más vulnerables a la comisión de delitos y a la victimización de los mismos. Asimismo, también es abundante la literatura acerca del desempleo juvenil. La causa para la profusión de ambos tipos de estudios es evidente y pasa por el hecho

¹⁷ *Revueltas, Ramón. El deporte: una vacuna contra la delincuencia. Disponible en http://laaficion.milenio.com/firmas/roman_revueltas_deportealportador/deporte-vacuna-delincuencia_18_394340564.html*

¹⁸ <http://www.unimediosagencia.com/el-arte-como-opcion-para-erradicar-delincuencia/>

de que la tasa de delincuencia y de desempleo entre los jóvenes es muy superior a las del conjunto de la población. Sin embargo, la producción científica acerca de las condiciones económicas que influyen el comportamiento delictivo de los jóvenes es substancialmente menor. Pese a todo, algunos estudios merecen una atención concreta.

Hay que tener en mente, en cualquier caso, que los patrones delictivos de los jóvenes son peculiares en relación con los del resto del cuerpo social. En el caso de que se vean involucrados en actividades de delincuencia es muy inusual que los jóvenes se inmiscuyan en actividades profesionales de altos beneficios. Esto es así porque a tales negocios tan solo se accede mediante el status logrado mediante la experiencia ganada en una carrera delictiva de largo plazo y mediante la asociación con otros criminales expertos, lo cual suele ocurrir por la vía del encarcelamiento. Por el contrario, los jóvenes suelen ocuparse en actividades de corto plazo, reiteradas y de alto riesgo en lo que suele definirse como grupos de delincuencia juvenil¹⁹.

La escolaridad primaria obligatoria y los programas de asistencia y orientación para la prevención de menores que deambulan en las calles

Como podemos ver, este tema se relaciona con el que tratamos anteriormente sobre los planes educativos. En la República Dominicana no existe una escolaridad primaria obligatoria; eso no es parte de los preceptos de una democracia como la que vivimos. Es por ello que vemos como hay personas que nunca se han sentado en una escuela. La escolaridad primaria obligatoria pudiese ser un programa de prevención a largo plazo, porque la educación es una de las bases principales para fomentar una cultura en contra de la delincuencia junto con los valores familiares. No obstante, esto es propio de los regímenes comunistas y su evolución, dígame el socialismo.

Los menores que deambulan en las calles no han tenido en su mayoría una educación primaria; es por eso que se hace necesario que se construyan diversos programas para la asistencia y orientación de esos adolescentes. Por ejemplo, en unidades anteriores vimos la figura de las casas de acogida como método de prevención para esos jóvenes que no tienen un techo. El Estado debe proveer políticas públicas que satisfagan estos reclamos que son tan necesarios.

¹⁹ Resa Nestares, Carlos. *Empleo y delincuencia: la historia una relación contradictoria*. Disponible en https://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text5.html.

²⁰ Ticas. Maras, P. *Juveniles en El Salvador* (Ed. UTEC, 1997).

Indicadores ostensibles del bajo mundo

Estudio del significado de los tatuajes

Según el Dr. Pedro Ticas, el tatuaje “es un símbolo de identidad que define un territorio, condición social, cultural, grupo de pertenencia o de identificación, gusto o ideología en cualquier individuo que de manera temporal o definitiva ha asimilado como intra o intervínculo social”²⁰.

Los tatuajes o “tattoo” comúnmente reconocidos por los jóvenes en su vocablo moderno, son expresiones de arte plasmadas en la piel que se han ido modificando con el tiempo, a tal grado de relacionar este arte con la pertenencia a una pandilla, a un criminal, con religión o simplemente moda. El origen del término tatuaje se deriva de la palabra Ta del polinesio “golpear”, a través del golpeo de un hueso contra otro sobre la piel con el consiguiente sonido “tau-tau”, y en su definición moderna se refiere a “marca hecha con un instrumento afilado”, “marca para reconocimiento hecha en la piel de un esclavo o criminal” y “marca de culpabilidad”²¹.

El tatuaje tiene profundas connotaciones sociológicas y antropológicas puesto que la elección del tatuaje tiene mucho que ver con lo que el individuo que se lo realiza quiere expresar con el mismo. Algunos de los motivos tienen un origen prehistórico relacionado con la vida cotidiana y después surgen otros motivos más estéticos. En un principio tenía un significado mágico religioso; el objeto era atraer la atención de los dioses y recibir protección física de ellos; en el mundo católico pueden estar representados por cruces, vírgenes o santos²².

Los tatuajes pueden ser utilizados como un signo de identificación de grupos. En la actualidad, algunas bandas marginales como la mara salvatrucha²³ tienen tatuajes tribales que los identifican con su tribu como son los famosos números en los mismos.

²¹ *Tatuajes: ¿arte o delincuencia?*. [En línea]. Recuperado de: [<http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/criminologia/1108-tatuajes-arte-o-delincuencia>]

²² *Villaseñor en Rivas Souza 2008:640*. [En línea]. Penachino, Andrés. *Tatuajes en la Criminalística*. Recuperado de: [<http://procedimientospolicialesargentina.blogspot.com/2011/05/tatuajes-en-la-criminalistica.html>]

²³ *Organización internacional de pandillas criminales asociadas que se originaron en Los Angeles y se han expandido a otras regiones de Estados Unidos, Canadá, México, El Norte de América Central2 (Guatemala, El Salvador, Honduras) y España*. [En línea]. Recuperado de: [<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/09/04/internacional/1252031869.html>]

Respecto al estatus social, a medida que evolucionaba el tatuaje se empezó a convertir en un signo de distinción social, y solo algunas gentes de la nobleza podían realizarse algunos tipos de tatuaje que no estaban permitidos para el pueblo en general. Dentro de los dibujos que se empezaron a destacar dentro de este grupo tenemos el escudo de la familia o bien algunos dibujos como la corona o la flor de lis.

El tatuaje erótico sexual se usa como un afrodisíaco y puede ser por una parte un tatuaje para identificar a las prostitutas como es el caso de las árabes que se tatuaban flores o cruces en las mejillas o en los brazos o la pintura de color rojo que usaban las mujeres de la vida galante entre los mexicanos. El otro sentido es el tatuaje en ciertas áreas erógenas como son senos, bajo vientre, parte superior de los glúteos, ombligo, así como es muy común la perforación de estas áreas²⁴.

El tatuaje discriminatorio se utilizaba para marcar a criminales, o esclavos en algunas culturas como la romana, la china y japonesa. En Francia se hizo famosa la “V” con que se marcaba a los ladrones. Así como a los mendigos con la “M”²⁵.

Los tatuajes agresivos representando aves de rapiña, animales salvajes, espadas o puñales son los símbolos de agresividad que demuestran su conducta natural, pero también pueden ser usados como una amenaza para mantener a otros internos alejados o bien se puede utilizar este tipo de dibujos para subir en la escala social. Las calaveras indican la capacidad del portador de matar a otro interno en una situación límite, así como el peligro que entraña para otras personas inmiscuirse con el portador de un tatuaje de este tipo²⁶.

Vocabulario vulgar y las jergas

El lenguaje vulgar es la modalidad lingüística usada por la gente corriente en sus relaciones ordinarias, con frecuentes transgresiones a la norma y uso de vulgarismos. Frecuentemente, la gente entiende mal el significado del término porque éste es un adjetivo que también significa indecente o grosero pero realmente

²⁴ Penachino, Andrés. *Tatuajes en la Criminología*. Recuperado de: [<http://procedimientospolicialesargentina.blogspot.com/2011/05/tatuajes-en-la-criminalistica.html>].

²⁵ De Castro y Bachiller 1950: 644. [En línea]. Penachino, Andrés. *Tatuajes en la Criminología*. Recuperado de: [<http://procedimientospolicialesargentina.blogspot.com/2011/05/tatuajes-en-la-criminalistica.html>].

²⁶ Penachino, Andrés. *Tatuajes en la Criminología*. Recuperado de: [<http://procedimientospolicialesargentina.blogspot.com/2011/05/tatuajes-en-la-criminalistica.html>].

²⁷ Ejemplos de lenguaje vulgar. [En línea]. Recuperado de: [<http://www.milejemplos.com/lenguaje/ejemplo-de-lenguaje-vulgar.html>].

es aquella manera de expresarse que utiliza las reglas de gramática no estándar²⁷.

Debemos entender que jerga es un lenguaje particular y familiar que utilizan entre sí los integrantes de un cierto grupo social. Esta especie de dialecto puede resultar difícil de entender para aquellos que no forman parte de la mencionada comunidad²⁸.

Vemos cómo, de igual manera, las jergas pueden ser un indicador ostensible del bajo mundo y cómo estas pueden influir en la actitud delictiva de un individuo. Tenemos que entender que jerga “es el nombre que recibe una variedad lingüística del habla (diferente de la lengua estándar y a veces incomprendible para los hablantes de esta), usada con frecuencia por distintos grupos sociales con intenciones de ocultar el verdadero significado de sus palabras, a su conveniencia y necesidad”²⁹.

Las jergas son utilizadas por los delincuentes, como forma de comunicación para intercambiar información de manera desapercibida por las demás personas que pudieran estar al acecho de estos o para que nadie se percate de las actuaciones delictivas que estos están realizando. Es por esto que podríamos afirmar que las jergas sociales son: “Distintas formas de comunicarse con el propósito de no ser entendido por los demás (por ejemplo en la cárcel) o con intención diferenciadora (de algunos barrios y de adolescentes)”³⁰. En general, no hay ningún diccionario que contenga esta jerga debido a la poca perdurabilidad que tiene.

En nuestra realidad social, podemos apreciar que estas se utilizan comúnmente por muchísimas personas, llegando inclusive a ser una variedad lingüística común, mayormente utilizada por los jóvenes y en mayor cantidad por los jóvenes de una clase social “baja”, por así decirlo.

En nuestra realidad social, podemos apreciar que estas se utilizan comúnmente por muchísimas personas, llegando inclusive a ser una variedad lingüística común, mayormente utilizada por los jóvenes y en mayor cantidad por los jóvenes de una clase social “baja”, por así decirlo.

²⁸ Definición de jerga - Qué es, Significado y Concepto [En línea], Recuperado de: [<http://definicion.de/jerga/#ixzz3gc6ECU5Z>].

²⁹ Coleman, Julie. *Life of slang* (1. publ. ed.). Oxford: Oxford University Press. ISBN 0199571996. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Jerga>.

³⁰ Dickson, Paul (2010). *Slang: The Topical Dictionary of Americanisms*. ISBN 0802718493. P. 54

Las jergas suelen nacer para ocultar el significado de las palabras. Este es el caso, por ejemplo, de la jerga carcelaria, utilizada por los presos para evitar que sus mensajes sean captados por las autoridades. Este motivo lleva a que los términos usados en la jerga sean temporales: una vez que son adoptados y se masifica su uso, dejan de ser utilizados.

Hay jergas que surgen por cuestiones geográficas y que, con el tiempo, pueden pasar a formar parte de un dialecto regional. No hay intención, en este caso, de ocultar el significado de las palabras, sino que surgen a partir del sentido de pertenencia y la intención de diferenciarse de otros grupos³¹.

En la República Dominicana, también se encuentran algunas de las frases y expresiones en el ambiente delincriminal. Por lo general se encuentran en barrios del Distrito Nacional, la provincia Santo Domingo y Santiago. Las pandillas u organizaciones de delincuentes juveniles, conocidas como “naciones”, tienen también sus códigos de comunicación verbal y no verbal. A las cadenas o prendas preciosas que arrebatan del cuello de sus víctimas les dicen “Baba” y “Blin blin”³².

Se trata de bandas con disciplina y normas para el mal. Cuando un joven ingresa a una “nación” jamás puede salir de ella, pero el jefe de la banda, que denominan “supremo”, puede apartarlo. Las principales “naciones” que han operado en el país son Los King, De Cora, Sangre, Ñeta, Foritú, Amor y Paz, Amor de Mercado, Las Panteras, Los Talibán, Los Dorados y Unión y Fuerza. En el país, las dos “naciones” más grandes son King y Amor de Mercado³³.

En el ámbito del llamado “tigueraje” del barrio, sin que necesariamente tenga vínculos con la delincuencia, se usan muchas otras expresiones³⁴:

Estar bien vestido o andar con ropa cara es “Bajar con pinta durísima o loquísima”.

³¹ Dickson, Paul (2010). *Slang: The Topical Dictionary of Americanisms*. ISBN 0802718493. P. 54

³² La delincuencia tiene su propia forma de hablar. [En Línea]. Recuperado: [<http://www.listindiario.com/la-republica/2010/9/14/158802/La-delincuencia-tiene-su-propio-lenguaje-para-expresarse>].

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

A los tenis le dicen “pedales”, “máquina”, “Joldan” (Marca Nike, Jordan).

A las mujeres les llaman “nueve”, “menores” (cuando son menores de edad), “mala” (tengo una mala), “camú” (que no llama la atención), “coche bomba” (porque está explotada).

“Fon”: Teléfono celular, pronunciación del término en inglés (phone).

“Un Negro”: Whisky etiqueta negra.

“Un Chiva”: Whisky Chivas Regal (Ella no quiere cerveza, lo que quiere e’ chiva: reza un hip hop de moda).

“Me vendió un sueño”: Cuando alguien no le cumple lo prometido.

“Na’ ma’ e’ cotorra”: Que solo habla y es poca acción.

“Barbera, peluquera o chapiadora”: Mujeres que piden mucho dinero.

“Ta mochila”: Para referirse a atraso económico.

Las modas adversivas

A juicio de Tarde, un hombre imita a otro en proporción a la frecuencia de contactos que tengan entre sí. “Estos contactos serán frecuentes y múltiples en las grandes ciudades, donde alcanzan sus cotas máximas los fenómenos de imitación, aunque tenderán a tener poca estabilidad. Es lo que el autor denomina como “moda”³⁵. Por el contrario, en los núcleos urbanos pequeños los contactos serán más frecuentes, pero entre un número de personas más reducido, manifestándose entonces el fenómeno de la imitación bajo la forma del respeto a la “tradicción”.

Tarde aplicó esta ley al estudio de la criminalidad, llegando a la conclusión que “el crimen al ser un comportamiento social, puede ser un comportamiento imitado y, dependiendo del lugar donde se desarrolle, podrá ser objeto de una moda o convertirse en una costumbre, en una tradición que se transmite”³⁶.

³⁵ García Pablos, *Tratado de Criminología*, cit., p. 434. Garrido – Stangeland – Redondo, *Principios de Criminología*, cit., p. 213. Pérez Llantada, *ob. cit.*, p. 127.

³⁶ Cid Moliné, José y Elena Larrauri Pijoan: *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 84 y ss.

La mayoría de las personas, simplemente por el proceso de vivir en una sociedad organizada, adquiere una reputación y unas perspectivas que no quieren poner en peligro de perder. Estas “ambiciones” y/o “aspiraciones” desempeñan un importante papel para producir la conformidad. Las ambiciones y aspiraciones ayudan a producir la conformidad también en los jóvenes. Los adolescentes pueden portarse bien respecto de alguna conducta delictiva de moda, para no arriesgar su futuro profesional por algún error de juventud. Pero conforme a esto, podemos apreciar cómo la moda, como tal, puede ser un factor que incida en la delincuencia que pueda tener un determinado individuo en una sociedad.

Los hábitos de vida inadecuados

Podríamos afirmar con plena convicción que los hábitos inadecuados que tenga un individuo en su vida, puede influir en gran medida en su comportamiento, lo cual puede crear patrones de conductas inadecuadas en dicha persona. Si se considera que un comportamiento constante en un individuo es inadecuado, es porque la sociedad en general lo considera como reprochable, y por ende puede tener gran incidencia en que esta persona tenga un comportamiento de conflictos con los demás, que puede traer consigo como consecuencia delincuencia o criminalidad.

Lillo Pedreño recoge como consecuencia de la incidencia de estos factores en los niños, los siguientes hábitos o comportamientos:

- Hábitos clandestinos del comportamiento y mentiras.
- Sistema de valores distintos a los normalizados.
- Adquisición de patrones de conductas negativas.
- Carencias de habilidades sociales.
- Problemas de empatía.
- Falta de sensibilidad social.
- Problemas de disciplina en la escuela.
- Inadaptación escolar: fracaso y abandono de la escuela.
- Decisiones equivocadas sobre su futuro.
- Incapacidad para conseguir metas normalizadas.
- Rol de víctima.
- Nulo acceso a la cultura en general.
- La calle la ve como un espacio de libertad.
- Inadecuada comprensión hacia lo externo a él.
- Falta de identificación con el grupo de iguales en la escuela.
- Necesidad de alardear, de no tener miedo, de alcanzar algún éxito³⁷.

Todo esto da como resultado una situación de marginación que convierte en conflictivos a muchos menores, lo cual hace que muy pronto sean eti-

³⁷ Lillo Pedreño, *El delincuente español. Factores concurrentes (influyentes)*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la UCM, Madrid, 1978, págs. 102-103.

quetados como “difíciles”, “inadaptados” y “delincuentes”, que con el tiempo tendrán hijos que, a su vez, reproducirán el mismo proceso de marginación, sencillamente porque entre una y otra generación no ha mediado una mínima intervención social eficaz y global que rompa el proceso.

Las vestimentas estrafalarias

Al igual que las jergas que hemos mostrado anteriormente, existen ciertos tipos de vestimentas que identifican a cada grupo de personas. Es una realidad que las vestimentas que las personas de los barrios marginales, se vean influenciadas por personas que de cierta forma son aceptadas en la sociedad.

Este es el caso de los raperos, cantantes de música de calle o artistas internacionales. Lo mismo pasa con las personas de distintos grupos de pandillas de países con gran influencia para la juventud. Es por esto que vemos cómo han cambiado significativamente algunas vestimentas que antes hacían parte esencial y caracterizaban cada barrio de nuestro país.

Estudio de los movimientos migratorios y su relación con la criminalidad

La emigración y la inmigración

La migración internacional es un tema que cada día adquiere una mayor importancia; empero, con relación a la delincuencia siempre se trata el tema de la inmigración relacionando ambos conceptos.

La represión e inestabilidad política en muchos países y las condiciones de extrema pobreza en que pueden estar sumidos sectores de la población contribuyen a profundizar la migración internacional tanto legal como indocumentada de numerosos grupos de trabajadores con la esperanza de obtener una mejor calidad de vida en otro país, pero de igual manera viéndose forzados en algunos casos a cometer actos que van en contra de su moral³⁸.

De igual manera, la relación entre inmigración y delincuencia es uno de los

³⁸ González Reyes, Pablo. “Migración, criminalidad y violencia”. Volumen 51, número 2. [disponible en línea] http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol51_2/03migracion.pdf [Consultado el 20 de julio de 2015]

temas más controvertidos de la sociedad contemporánea. Las teorías que surgen cuando se quiere relacionar la inmigración con la delincuencia tienen su origen en el diario vivir, pues cada vez que presenciamos a través de los medios de comunicación como televisión, radio o periódicos, vemos que personas de diferentes nacionalidades, inmigrantes, son partícipes de los delitos que se comenten a diario.

En principio, si bien es cierto que la inmigración resulta positiva en razón de que representa la posibilidad de que personas que buscan mejores oportunidades de vida tengan quizás mejores oportunidades de empleo, como de igual manera los Estados o territorios donde se encuentren esos inmigrantes puedan mantener una estabilidad económica, no menos cierto es que bien pueden estos traer consecuencias.

Hoy en día en la República Dominicana, esto conforma un tema de suma importancia, pues en un informe de derechos humanos del año 2012 la población actualmente está conformada por aproximadamente 9,7 millones de habitantes más una población de unos 900.000 a 1,2 millones de inmigrantes indocumentados, en su mayoría haitianos o descendientes de estos³⁹.

Las cuestiones que salen a relucir como consecuencia de esto es el por qué los inmigrantes precisamente se van a otro país a delinquir, su influencia y motivo para llevarlo a cabo, y si la misma incide en los residentes del mismo país.

En nuestro país, siempre ha existido una tendencia a mostrar al haitiano ligado a la criminalidad, pero no menos cierto es que sino hasta hace poco, los mayores crímenes y delitos son cometidos por personas de nacionalidad haitiana, entre los cuales los crímenes más cometidos por estos, según un estudio, consisten en atracos, asesinatos, estupro, balaceras, robo de ganado y sustracción de objetos, los cuales ocurren con mayor frecuencia en la región del sur⁴⁰.

Aunque en esencia debemos decir que no existe una nacionalidad que sea más criminal que otra, pues las personas extranjeras que residen en un te-

³⁹ Informe de derechos humanos en la República Dominicana 2012 [Disponible en línea]: <http://spanish.santodomingo.usembassy.gov/hr2012-repdom-s.html> [Consultado el 20 de Julio del 2015]

⁴⁰ Mejía, Leila. "Delincuencia haitiana dominicana". Artículo publicado en el periódico *El Caribe* fecha 10/04/2014. [Disponible en línea] <http://www.elcaribe.com.do/2014/04/10/delincuencia-haitiana-dominicana> [Consultado el 20 de Julio 2015]

rritorio no son, por su origen, delincuentes natos sino que tienden a delinquir de la misma manera que los residentes del mismo cuando los factores son muy determinados⁴¹.

De igual manera existen razones más que suficientes para pensar que los inmigrantes deberían participar en la delincuencia con un mayor grado que las personas residentes de un territorio o país pues, por ejemplo, los inmigrantes encuentran problemas de asimilación y aculturación que la mayoría de los nativos no encuentran –por obvias razones– como de igual manera estos tienden a encontrar residencia en barrios desorganizados caracterizados por circunstancias estructurales que a menudo están asociadas con la delincuencia⁴².

En el mismo orden, a raíz de lo anterior surgen diversas teorías en torno a la delincuencia y los inmigrantes.

Por ejemplo, tenemos la teoría del conflicto de culturas que plantea en simples palabras que la delincuencia se puede producir cuando entran en contacto poblaciones cuyas respectivas culturas tienen un sistema distintivo de valores y normas; por ejemplo, que una persona de una cultura, lleve a otro país costumbres que son bien vistas en su nación, pero no en la nación hacia la que inmigra, como es el caso de la poligamia. De igual manera tenemos la teoría de la privación relativa, donde una persona puede verse empujada a la delincuencia por la frustración que le genera el contraste entre sus condiciones de vida y sus aspiraciones; y por último tenemos la teoría del control social, según la cual una persona o inmigrante está menos expuesto a caer en la delincuencia cuanto más integrado se halla en su entorno⁴³.

Los desplazamientos masivos de la zona rural a la zona urbana

Diversos autores, tal como es el caso de Freddy Prestol Castillo, quien en 1997 sostuvo en uno de sus escritos que las principales causas del

⁴¹ Bernardo del Rosal Blasco: "INMIGRACION Y DELINCUENCIA". *Síndic de Greuges (Defensor del Pueblo) de la Comunidad Valenciana*. [Disponible en línea] <http://www.cruzrojamedrid.org/contenidos/img/File/Inmigrantes/Argumentario/4.-%20Vinculacion%20entre%20aumentamiento%20de%20delincuencia%20e%20inmigracion.pdf> [Consultado el 21 de Junio del 2015]

⁴² Martínez, Ramiro, et al. "Inmigración y delincuencia". [Disponible en línea] <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004nota1.pdf> [Consultado 21 de julio 2015]

⁴³ Martínez, Ramiro, et al. "Inmigración y delincuencia". [Disponible en línea] <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004nota1.pdf> [Consultado 21 de julio 2015]

crimen en nuestro país radican en unos casos en los efectos de los elementos del mundo circundante natural y en otros en las características y costumbres del mestizaje racial que habita en el país.

Por consiguiente, para este autor, la influencia del paisaje dominicano es una fuente directa del delito y por esa razón, el hombre de campo o campesino dominicano tiene una natural tendencia hacia la delincuencia en general, marcadamente hacia los delitos contra la honestidad, contra las propiedades y contra las personas⁴⁴.

En tal sentido, tomando como referencia lo anteriormente dicho, el desplazamiento masivo de la zona rural a la urbana, considerando la teoría planteada por Prestol, desempeña un papel importante en cuanto al aumento de la criminología se refiere.

Por todo lo antes dicho, reafirmamos que, aun para la criminología moderna, tanto la migración internacional como la inmigración son temas que cada día adquieren mayor importancia; en tal sentido, son varios los factores que pueden llevar a un individuo fuera de su cultura a cometer actos ilícitos.

Los desplazamientos de un país a otro

Los desplazamientos territoriales del hombre han sido parte de su propia historia; agudizados en determinados períodos, atenuados en otros; “han estado condicionados por diferentes factores de naturaleza ambiental, demográfica, económica, cultural, religiosa y sociopolítica. Así, la formación de naciones, estados e imperios, de una parte, y las guerras de otra, han dado lugar a migraciones tanto voluntarias como forzadas⁴⁵”. Este, como sabemos, es un acontecimiento tan antiguo como la propia historia. El hombre comenzó a migrar desde el primer momento en que se enfrentó con la necesidad de buscar más y mejores oportunidades de vida, y es un hecho tan común en el ser humano, que se puede decir que es parte de su naturaleza, que sigue pasando inclusive en nuestros días.

No obstante, “no podemos pasar por alto que la migración es generada principalmente por problemas sociales, políticos, económicos, personales,

culturales, en fin, de oportunidades y de problemáticas con las que se enfrenta el hombre día a día⁴⁶”. Así pues, para nadie es un secreto que en los últimos años se ha incrementado el desplazamiento de personas de un país a otros, asunto del cual no escapa la República Dominicana, que se encuentra en una carretera de doble vía, ya que el desplazamiento es de entrada y de salida. Entonces, este fenómeno implica un desplazamiento o movimiento espacial que tiene como objetivo buscar mejores oportunidades de vida de los individuos, ya sea porque en su lugar de origen o establecimiento actual no existen tales oportunidades o porque no satisfacen todos sus criterios. Ahí es donde se empiezan a crear nuevas expectativas de vida, donde no queda desligada la delincuencia.

Entrando en la relación de estas actividades con la delincuencia, debemos decir que estos grupos que se desplazan de un lugar a otro, fuera de su territorio, están propensos a cometer actuaciones delictivas por el problema de la adaptación. Pero, asimismo, también suelen ser un grupo muy vulnerable, por la misma razón, y en ese proceso, son objeto de muchas injusticias, verbigracia: “robos, agresiones físicas, inculpación de delitos, despojo de pertenencias, engaños, extorsión, y diversas violaciones a sus derechos humanos que derivan, en el peor de los casos, en la pérdida de la vida. Y esto lo vemos en la mayoría de las regiones del mundo⁴⁷”. La obligación a delinquir se hace cada vez más fuertes, puesto que las oportunidades no son equitativas cuando un nacional sale de su territorio a probar suerte en otro, por lo que termina, en la mayoría de los casos, siendo víctima de la tratada teoría de la segregación social.

Estudio de las causas de este fenómeno y posibles planes para su prevención

Las causas por las cuales las personas migran de su lugar de origen son muy diversas y varían conforme a la realidad social y económica de los territorios. Algunas de estas causas obedecen también a la explosión demográfica, lo que ocasiona la insuficiencia de espacios, disminución de oportunidades y las fricciones interpersonales, intergrupales o intercomunitarias. También a la desocupación o desempleo que inhibe las posibilidades de subsistencia y progreso individual y colectivo, ya que las desigualdades económicas se polarizan en perjuicio de los que menos tienen y estos son los que optan por la emigración. La discriminación, la cual provoca que aquellos que se

⁴⁴ Prestol Castillo, Freddy, citado por Herasme Medina, Américo. *Manual de Criminología General*. Tomo 2. 1997. editora Tavares. Liberia Colonial. P.454.

⁴⁵ Bueno Sánchez, Eramis. “Apuntes sobre la migración internacional y su estado”. SL, 2000.

⁴⁶ Ruiz García, Aída. *Migración oaxaqueña, una aproximación a la realidad*. Oaxaca: Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, 2002, p. 19.

⁴⁷ Binford, Leigh. “Migración transnacional, criminalidad y justicia popular en el Estado mexicano contemporáneo”. Puebla, BUAP, 2000, p. 35.

sienten más débiles sean obligados a abandonar el lugar que originalmente compartían con el más favorecido por las circunstancias.

Otra causa de migración está determinada por el clima y el medio físico inhóspito, árido o improductivo; esto provoca éxodos animados por la esperanza de un mejor nivel de vida, aun cuando traspasan fronteras de países e incluso continentes. Otra causa bastante notoria es la violencia, donde el comportamiento agresivo y sistemático de personas o de un grupo de ellas entre sí o en contra de otros grupos antagónicos es la causa de expulsión o desplazamiento forzoso de familias enteras⁴⁸. En ese sentido, hay que aclarar que las causas que provocan la migración son diferentes para cada grupo social. “Cada clase social tiende a generar un tipo específico de migración en respuesta a los procesos económicos que los afectan”⁴⁹.

Hoy en día, además de las causas que hemos enunciado, que circundan lo económico, estatus social, seguridad y mejor calidad de vida, también se habla en gran medida acerca del concepto de interdependencia, “donde las personas que se desplazan para encontrar un mejor porvenir y tener un mejor desarrollo, lo hacen como una forma de empezar de nuevo e independizarse de aquello a lo que una vez estuvieron sujetos”⁵⁰. En ese mismo orden de ideas, estos factores están relacionados con todos los estudiados en clase. En ocasiones, estos desplazamientos ocurren hasta por la presencia de la delincuencia misma en el entorno en el que habita y se desarrolla la persona.

Para vincular ambos fenómenos, delitos y políticas públicas, comenzamos por observar cuál es la percepción de cumplimiento de la ley y compararla con tres indicadores: si acaso el Estado puede resolver el problema de la delincuencia; cuál es el nivel de seguridad ciudadana en el país; y si ha sido beneficiado por la política contra la delincuencia.

Encontramos tres tipos de situaciones al analizar comparativamente los datos: Los países donde hay reconocimiento de lo realizado, los países críticos, y los que no tienen fe en el rol del Estado. Entonces, los posibles planes de prevención de estas actividades descansan en el seno y en el ideario

⁴⁸ Roccati, Mireille. “Derechos humanos de las mujeres y los niños migrantes”. En memoria del coloquio nacional sobre políticas públicas de atención al migrante, 1999, pp. 37-38.

⁴⁹ Arizpe, Lourdes. *La migración por relevos y la reproducción social del campesinado*. México D.F., CÉS, p.6.

⁵⁰ Keohane, Robert y Joseph Nye. *Poder e interdependencia: la política mundial en transición*. Buenos Aires, Grupo editor latinoamericano, 1998, p. 15.

de beneficio que tengan los Estados en la aplicación de sus políticas públicas en favor de la nación y ceñida a las necesidades que presenta la misma. Haciendo, pues, el debido equilibrio entre las mismas.

En este contexto, “los movimientos migratorios transnacionales sufren cambios que los hacen cada vez menos controlables por los gobiernos y en consecuencia, más cercanos a ser percibidos como riesgos. Dos factores son especialmente importantes a este respecto: el número de personas en movimiento y sus características. De esta manera, surge la necesidad de conciliar el derecho a moverse libremente a través de las fronteras con la necesidad de proteger culturas locales, economías o medio ambiente, es decir los valores signo de estabilidad y de gobernabilidad de las sociedades receptoras”⁵¹. Dicha disquisición se resuelve estableciendo restricciones a los movimientos de personas. Sin embargo, las posibilidades de control disminuyen en la misma medida que se incrementan los desplazamientos efectivos, por lo que el establecimiento de políticas restrictivas no impide que los flujos migratorios sean percibidos no como una posibilidad de incrementar la riqueza cultural e intelectual o un apoyo para el crecimiento industrial y económico de los países a los que llegan, sino como un riesgo a la seguridad interna, el bienestar económico o la identidad nacional.

Teorías sobre la relación entre la delincuencia y la idiosincrasia de los pueblos y entre la delincuencia y el clima

A lo sumo, de ese modo, a raíz de estos fenómenos y los planes de prevención, han surgido las teorías que dicen que estos desplazamientos se deben a la idiosincrasia o al clima, entendiendo este último como el ambiente de desarrollo personal en todos sus ámbitos. “En primer lugar, existen sociólogos que afirman, a través de estudios, que los desplazamientos migratorios para buscar una mejor vida, vienen con la persona que se desplaza como un *modus vivendi*”⁵². Es decir, en todo lo que piensan es salir de su país para uno de mayor desarrollo⁵³. Esto se relaciona con las necesidades y las carencias que se hacen presentes en el día a día de los pueblos. Entre estos factores podemos mencionar: la falta de nivel educativo, la carencia de empleos, la impunidad a los actos de corrupción, la falta de oportunidades, el alto ín-

⁵¹ Arango, Joaquín. “Una Nueva Era de las Migraciones Internacionales”, en *Revista de Occidente*, 2003, pp. 5-21.

⁵² Binford, Leigh. “Migración transnacional, criminalidad y justicia popular en el Estado mexicano contemporáneo”. Puebla, BUAP, 2000, p. 39.

⁵³ Como ocurría en los países de la región en las décadas de los 70, 80 y 90, a raíz de la economía y la calidad de vida que existía en el extranjero.

dice de maternidad, el desorden estatal, la inseguridad ciudadana, factores que permean con el pasar de los años en la psiquis de las personas, y ya se hace costumbre que los niños crezcan con el ímpetu y el deseo de salir de su país de origen «que en la mayoría de los casos es subdesarrollado» para ir a una nación de mayor desarrollo.

En cuanto a la teoría del clima, esta se refiere además de las temperaturas y de los asuntos meteorológicos que aquejan a numerosas naciones año tras año, al ambiente de hostilidad y de odio en que se desarrollan muchas personas. “En cuanto al primer orden, los terremotos y las inundaciones representan la mayor causa de desplazamiento de un lugar a otro en los países divididos por fronteras terrestres”⁵⁴. Pero fuera de esto, en muchos países en los que se desarrollan enfrentamientos bélicos y que existen pestes, los ciudadanos se ven en la obligación de abandonar dichos territorios, en aras de un desarrollo personal y familiar.

Conclusión

Por todo lo antes expuesto, pudimos comprobar a todas luces que la prevención de la delincuencia descansa en los programas que son desarrollados por el Estado y por los gobiernos que denominamos como políticas públicas. Estando presentes: los programas habitacionales de restructuración familiar, el fomento de actividades deportivas, educativas, artísticas y culturales, la creación de fuentes de empleo, la escolaridad obligatoria y la calidad educativa de los pueblos. Asimismo, pudimos ver que existen indicadores ostensibles que identifican, en parte, al bajo mundo y que van muy apegados a la costumbre de los pueblos a propósito de su adaptación a los nuevos tiempos. Entre estos podemos mencionar el léxico vulgar, las jergas del bajo mundo, las modas en todos sus ámbitos y los ademanes y tatuajes con sus respectivos significados para quien los usa.

Posteriormente, a través del análisis de los estudios de los movimientos migratorios y su relación con la delincuencia, tema el cual encontramos de suma importancia y de prioridad porque es algo que se ha extendido a lo largo del tiempo y es una práctica constante realizada por los pueblos. Ya que estos van intrínsecamente relacionados a las políticas que aplican los Estados y los gobiernos que repercuten en la calidad de vida de sus ciudadanos, lo que desemboca en estos desplazamientos migratorios por

las causas que esbozamos anteriormente. En ese sentido, nosotros, conjuntamente con la aplicación de dichas políticas públicas, debemos ser parte de la solución y buscarla a toda costa mejorando nuestro entorno de vida y no emigrando para desarrollar o atrasar más a otra nación.

⁵⁴ Castro, M. “La pena certa e il collasso delle regole civili”. Publicado en el periódico italiano *Il Manifesto* el 25 de mayo de 2008.

Referencias bibliográficas

Arizpe, L. (S/F). La Migración por Relevos y la Reproducción Social del Campesinado. México D.F, CES.

Badillo, R. Organización del Servicio de Patrullaje. Consultado el día 19 de julio de 2015 del sitio web: <https://ricardobadillograjales.wordpress.com/organizacion-del-servicio-de-patrullaje/>.

BBC Mundo. [En línea]. Recuperado de: [\[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/04/140408_onu_informe_homicidios_mundo_jgc\]](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/04/140408_onu_informe_homicidios_mundo_jgc)

Binford, L. (2000). Migración transnacional, criminalidad y justicia popular en el Estado mexicano contemporáneo. Puebla, BUAP.

Bueno, E. (2000). Apuntes sobre la migración internacional y su estado. SL.

Castillo, I. (2015). Límites de la libertad de circulación a ciudadanos comunitarios. Consultado el día 19 de julio de 2015 del sitio web: <http://www.mundojuridico.info/limites-libertad-circulacion-ciudadanos-comunitarios/>

Castro, M. (2008). La pena certa e il collasso delle regole civili. Publicado en el periódico italiano Il Manifesto.

Código Procesal Penal Dominicano.

Coleman, J. Life of slang (1. publ. ed.). Oxford: Oxford University Press. ISBN 0199571996. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Jerga>.

Constitución de la República Dominicana Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, proclamada el 26 de enero de 2010. Auspiciada por el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia.

Constitución de la República Dominicana Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, proclamada el 26 de enero de 2010. Auspiciada por el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia.

De Castro y Bachiller. (1950). 644. [En línea]. Penachino, Andrés. Tatuajes en la Criminalística. Recuperado de: [\[http://procedimientospolicialesargentina.blogspot.com/2011/05/tatuajes-en-la-criminalistica.html\]](http://procedimientospolicialesargentina.blogspot.com/2011/05/tatuajes-en-la-criminalistica.html).

De Lucas, J. (2013). El derecho a la libre circulación. Amnistía Internacional Catalunya. Consultado el 30 de octubre de 2013.

Definición de jerga - Qué es, Significado y Concepto [En línea]. Recuperado de: [\[http://definicion.de/jerga/#ixzz3gc6ECU5Z\]](http://definicion.de/jerga/#ixzz3gc6ECU5Z) La delincuencia tiene su propia forma de hablar. [En línea]. Recuperado: [\[http://www.listindiario.com/la-republica/2010/9/14/158802/La-delincuencia-tiene-su-propio-lenguajepara-expresarse\]](http://www.listindiario.com/la-republica/2010/9/14/158802/La-delincuencia-tiene-su-propio-lenguajepara-expresarse).

Definición de toque de queda. [En línea]. - Qué es, Significado y Concepto. Recuperado de: [\[http://definicion.de/toque-de-queda/#ixzz3gb7OkVbu\]](http://definicion.de/toque-de-queda/#ixzz3gb7OkVbu).

Definición, toque de queda. [En línea]. Recuperado de: [\[http://www.sitiosargentina.com.ar/notas/2010/marzo/que-toque-queda.htm\]](http://www.sitiosargentina.com.ar/notas/2010/marzo/que-toque-queda.htm)

Del Rosal Blasco, B. Inmigración y Delincuencia. Síndic de Greuges (Defensor del Pueblo) de la Comunidad Valenciana. [Disponible en línea] <http://www.cruzrojamadrid.org/contenidos/img/File/Inmigrantes/Argumentario/4.-%20Vinculacion%20entre%20aumentado%20de%20delincuencia%20e%20inmigracion.pdf> [Consultado el 21 de Junio del 2015]

Dickson, Paul (2010). Slang: The Topical Dictionary of Americanisms. ISBN 0802718493.

Ejemplos de lenguaje vulgar. [En línea]. Recuperado de: [\[http://www.milejemplos.com/lenguaje/ejemplo-de-lenguaje-vulgar.html\]](http://www.milejemplos.com/lenguaje/ejemplo-de-lenguaje-vulgar.html).

García, P. (S/F) Tratado de Criminología, cit., p. 434. Garrido – Stangeland – Redondo, Principios de Criminología, cit., p. 213. Pérez Llantada, ob. cit.

González, P. Migración, criminalidad y violencia. Volumen 51, número 2. http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol51_2/03migracion.pdf [Consultado el 20 de julio de 2015].

Informe de derechos humanos en la República Dominicana. (2012) [Disponible en línea]: <http://spanish.santodomingo.usembassy.gov/hr2012-repdom-s.html> [Consultado el 20 de julio de 2015].

Keohane, R. y Nye J. (1998). Poder e interdependencia: la política mundial en transición. Buenos Aires, Grupo editor latinoamericano.

La Ley No. 10-15 que introduce modificaciones a la Ley No. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. G. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2015.

Martínez, R. (2004). Inmigración y delincuencia. [Disponible en línea] <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004nota1.pdf> [Consultado el 21 de julio de 2015].

Mejía, L. (2014). Delincuencia haitiana dominicana. Artículo publicado en el periódico El Caribe en fecha 10/04/2014. [Disponible en línea] <http://www.elcaribe.com.do/2014/04/10/delincuencia-haitiana-dominicana> [

Moliné, J. y Larrauri Pijoan, E. (2001). Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia. Bosch, Barcelona.

Nolasco, G. (2009). Requisa de vehículos sin orden judicial. Consultado el día 19 de julio de 2015 en el sitio web: <http://zorroseibo.blogspot.com/2009/07/requisa-de-vehiculo-sin-orden-judicial.html>

Pedreño L. (1978). El delincuente español. Factores concurrentes (influyentes). Publicaciones del Instituto de Criminología de la UCM, Madrid, págs. 102-103. [Consultado el 20 de julio de 2015].

Penachino, A. (2011). Tatuajes en la Criminalística. Recuperado de: [<http://procedimientospolicialesargentina.blogspot.com/2011/05/tatuajes-en-la-criminalistica.html>].

Prestol Castillo, F. (1997). Manual de Criminología General. Tomo 2.1997. Editora Tavares. Liberia Colonial.

Roccatti, M. (1999). Derechos humanos de las mujeres y los niños migrantes. En memoria del coloquio nacional sobre políticas públicas de atención al migrante.

Ruiz García, A. (2000). Migración oaxaqueña, una aproximación a la realidad. Oaxaca: Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, Binford, Leigh. Migración transnacional, criminalidad y justicia popular en el Estado mexicano contemporáneo. Puebla, BUAP.

Ticas Maras, P. (1997). Juveniles en El Salvador (Ed. UTEC).Tatuajes: ¿arte o delincuencia? Recuperado de: [<http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/criminologia/1108-tatuajes-iarte-o-delincuencia>]

UNESCO. Prevención de desastres naturales. Disponible en http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi06_prevention_es.pdf

Violencia social Síntesis. Consultado el día 19 de julio de 2015 en el sitio web: http://www.encyclopedia-infantes.com/Pages/PDF/sintesis-violencia_social.p

EL ROL DE LOS FISCALES NO PENALES Frente al Fraude Comercial

María Guadalupe Vásquez

Procuración General de la Nación, Ministerio Público Fiscal de la Nación. Actualmente se desempeña como Secretaria de la Procuración General de la Nación y está a cargo de la Secretaría de Asuntos Judiciales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Trabaja en el Ministerio Público Fiscal desde el año 2005, en la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial como Secretaria. Estudió derecho en la Universidad Di Tella, donde se recibe con el mejor promedio de la clase en el año 2002. En el año 2003, obtiene una beca para cursar estudios de maestría en derecho en la Louisiana State University. Allí se gradúa con el mejor promedio (9.75), lo que le permite ser incluida en la lista de alumnos destacados de esa casa de estudios.

Resumen

El propósito de este trabajo es analizar el papel y las funciones de los fiscales en áreas diferentes de la ley penal; Más específicamente, en el contexto de la justicia comercial. Su rendimiento es generalmente ignorado por muchas personas y operadores de derecho a pesar de que los fiscales pueden contribuir seriamente a la administración de justicia en estas áreas. El documento se centra en uno de sus más importantes tareas: fraudes cometidos en los casos comerciales y más precisamente en quiebra.

Palabras clave: rol, fiscales, fraude comercial.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the role and functions of prosecutors in areas different from criminal law; more specifically, in the context of the commercial justice. Their performance is usually ignored by many people and law operators even though prosecutors can seriously contribute to the administration of justice in these areas. The paper focuses on one of their most important task: face frauds committed in the commercial cases and more precisely in bankruptcy.

Key words: role, tax, fraud, commercial.

Introducción

El propósito de este artículo es analizar el ejercicio de una función que reporta un gran beneficio a la sociedad y que a veces resulta desconocida: El rol de los fiscales no penales, más específicamente, quienes se desempeñan ante los tribunales comerciales. Esta exposición se concentra en una de sus tareas más importantes: combatir los fraudes cometidos en el contexto de juicios comerciales y, más precisamente, de los concursos y las quiebras.

A fin de abordar este tema, es útil indagar sobre la razón que justifica la intervención de los fiscales en los casos no penales. Luego, explico por qué los concursos y las quiebras demandan especialmente que el fiscal controle su legalidad y efectúe peticiones concretas ante los jueces en defensa de los intereses generales de la sociedad. En este sentido, destaco que los concursos y las quiebras están especialmente expuestos al fraude y a la manipulación. Sin un control judicial instado apropiadamente por los fiscales, los concursos y las quiebras pueden convertirse en un instrumento para vulnerar los derechos esenciales de la más diversa índole, en vez de ser herramientas útiles para enfrentar el problema de la insolvencia de forma colectiva, equitativa y eficiente.

Por último, relato algunos casos concretos de fraudes concursales y describo qué han hecho los fiscales frente a ellos. Ello revela contribuciones concretas de la actuación fiscal para la sociedad.

El rol de Ministerio Público Fiscal

El artículo 120 de la Constitución Nacional le encomienda al Ministerio Público la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”. A esos fines, los constituyentes dotaron a ese organismo de independencia y autonomía funcional. En esta misma línea, los instrumentos internacionales abogan por la defensa de la independencia y de la autonomía de los fiscales en beneficio de la correcta administración del servicio de justicia⁵⁵.

La anterior Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946) especificaba sus

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas”, 5 de diciembre de 2003, párrafos 35 y ss.; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 7 de junio de 2012, especialmente, párrafos 26, 37 y 98; Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Directrices sobre la Función de los Fiscales, La Habana, 1990, párrafo 10.

tareas, haciendo hincapié en su función de promover la actuación de la justicia en defensa de la Constitución y de las leyes y de los intereses generales de la sociedad, sobre todo en los casos en que haya privación de justicia o se encuentre afectado el debido proceso.⁵⁶

Este año esa norma fue modificada por la ley 27.148, que precisa y profundiza las funciones de los fiscales en el ámbito del derecho no penal. Principalmente, el artículo 2 prevé que el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte. Además, los fiscales no penales pueden intervenir en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos (inc. c); en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente (inc. d); en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas (inc. e); en cuestiones de competencia y jurisdicción (inc. f); y, por último, en los casos en que una norma especial lo determine (inc. g). Luego, el artículo 31 precisa las facultades de los magistrados y los titulares de las unidades fiscales en materia no penal⁵⁷. En particular, cabe destacar su facultad de “peticionar” (inc. b) en las causas donde los intereses a su cargo estén involucrados.

⁵⁶ En particular, ver artículo el 25. El primer inciso de ese artículo, el a, reiteraba que es función de ese organismo promover “la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”; el inciso b contemplaba la tarea de representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera; el inciso d contenía la facultad de promover la acción civil en los casos previstos por la ley; el inciso f se refería a la intervención del organismo en los procesos en los que se alegue la privación de justicia y; finalmente se le encomendaba al Ministerio Público la función de velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes, y por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal (incisos g y h).

⁵⁷ El artículo 37 de la ley 27.147 contempla que los fiscales no penales tienen como función: “a) Velar por el debido proceso legal. b) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional. [...] d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan. e) Intervenir en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público. f) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombres de las personas, ventas supletorias y declaraciones de pobreza. g) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina [...] l) Ejercer las demás funciones previstas por leyes especiales”.

A su vez, hay facultades del Ministerio Público Fiscal que están previstas en otras leyes⁵⁸, como la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), que dispone que ese organismo es parte en la alzada, en la homologación del acuerdo preventivo y en la quiebra en los recursos en que sea parte el síndico⁵⁹; o el Código Civil y Comercial de la Nación, que contiene la facultad para peticionar la nulidad de actos jurídicos⁶⁰.

El diseño constitucional nacional confía la administración del servicio de justicia a los jueces, a los fiscales y a los defensores, pero estos actores participan de esta función desde lugares claramente distintos. Ello es destacado por el citado Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, donde se enfatiza que "...la función de los fiscales no debe confundirse con la de los jueces. También es importante que el público perciba que los fiscales y jueces desempeñan funciones diferentes, ya que la confianza pública en el funcionamiento adecuado del estado del derecho está mejor garantizada cuando cada institución estatal respeta la esfera de competencia de las demás. Esto es fundamental para mantener la confianza del público en el principio de igualdad entre una y otra función y en la administración imparcial de la justicia" (párrafo 40).

La característica definitoria del fiscal es la posibilidad de estimular la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales, esto es, la facultad de ejercer lo que se conoce como la facultad requirente⁶¹. Esa función distingue al fiscal del juez⁶², quien tiene la función principal de resolver con imparcialidad las disputas y las pretensiones concretas que le llevan las partes, quienes, de este modo, definen los contornos de un caso judicial. En el caso "Quiroga", el Juez de la Corte, Eugenio Zaffaroni, se refirió a nuestra forma republicana de gobierno basada en la división de poderes, cuyo objeto es garantizar el funcionamiento armónico del sistema a través de un delicado equilibrio de atribuciones específicas y controles recíprocos. Entendió que de ese modelo constitucional deriva el deslinde entre las competencias funcionales de acusar, defender y juzgar.

⁵⁸ Además, ver la Ley de Amparo, la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de la Inspección General de Justicia, entre otras.

⁵⁹ Artículos 51 y 276, LCQ.

⁶⁰ Artículo 387, Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶¹ Calamandrei, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", T. II, Ed. Ejea, p. 430 y ss.

⁶² Aunque en la quiebra el juez tiene algunas facultades instructoras y para impulsar la causa (art. 274, LCQ).

La razón de la intervención del fiscal en los procesos no penales (en particular, el comercial) se asimila a la que demanda su constitución como parte pública en los procesos penales. La sustitución de la acción privada por la acción pública en el proceso penal ha sido sugerida por el interés público en que la observancia de las normas de derecho penal no se remita a la iniciativa de los particulares ni se deje a merced de sus intereses. De igual modo, en los procesos no penales la participación del Ministerio Público Fiscal tiene la finalidad de suplir la no iniciativa de las partes privadas o de controlar su eficiencia, siempre que, por la especial naturaleza de las relaciones controvertidas, el legislador pueda temer que ese estímulo privado pueda faltar o dirigirse a fines distintos de la observancia de la ley y, a su vez, haya un fuerte interés en que eso no suceda.⁶³

En este sentido, Calamandrei afirma que en el proceso civil y comercial el fiscal debe suplir la inercia o la colusión de las partes privadas en los casos en que se encuentren involucradas cuestiones indisponibles por los particulares⁶⁴ o cuestiones donde haya un interés público⁶⁵. En esos casos, el fiscal no actúa en representación de los intereses del Estado ni de las partes, sino que actúa como parte en el interés superior "de la legalidad y los intereses generales de la sociedad"⁶⁶.

Antes de la reforma constitucional, el rol del fiscal en los procesos comerciales se confundía con la función del juez, desdibujándose de este modo la razón que justifica su existencia. La incorporación del artículo 120 a la Constitución Nacional viene a revalorizar el rol del Ministerio Público Fiscal, atribuyéndole no solo independencia y autonomía, sino también una función específica en la administración del servicio de la justicia. Desde entonces, los fiscales comerciales se han ido acomodando a sus nuevas

⁶³ Al respecto, Calamandrei expone que "Tanto en el proceso penal como en el civil, pues, la presencia del M.p. [Ministerio Público] responde en sustancia a un interés público de la misma naturaleza: hacer que, frente a los órganos juzgadores, que para mantener intacta su imparcialidad y, por tanto, su indiferencia inicial, no pueden menos de ser institucionalmente inertes (nemo iudex sine actore, parr. 31), se despliegue en forma correspondiente a los fines públicos de la justicia la función estimuladora de las partes" (ob. cit., p. 433).

⁶⁴ En las cuestiones de orden público es necesario que el proceso quede desvinculado de la iniciativa de las partes si no se quiere que la autonomía individual, limitada o suprimida por las leyes sustanciales, resurja de sus cenizas a través del proceso.

⁶⁵ Ob. cit., p. 440.

⁶⁶ Al respecto, Calamandrei expone que "[e]l M.p. está instituido para defender, no los intereses que están en conflicto dentro de aquella relación, sino para vigilar, situándose por encima de la lucha de esos intereses partidistas, el interés superior y genérico en la observancia de la ley. Su posición, pues, es intermedia entre la del juez y la de las partes privadas: actúa como una parte, pero en interés superior al de las partes, es decir, en el interés imparcial de la justicia" (ob. cit., p. 437).

funciones: no solo dictaminar, en defensa de la legalidad y de los intereses generales, cómo deben ser resueltos los casos judiciales, sino también adoptar un rol más protagónico en la defensa activa de esos intereses a través del ejercicio de la facultad requirente (iniciado acciones civiles, peticionando la declaración de nulidades, inconstitucionalidades, recurriendo decisiones, presentando denuncias penales, peticionando medidas cautelares y prueba, entre otros. En mi opinión, los fiscales deben seguir trabajando en esa línea y profundizando esos cambios, que son los que justifican su intervención en los conflictos sociales que se ponen de manifiesto en las contiendas judiciales. En esa línea fue sancionada recientemente la ley 27.148.

Los procesos concursales y el fraude

Las herramientas concursales y los intereses que demandan la actuación del fiscal

Cuando el sujeto no puede satisfacer a todos sus acreedores en el modo y el tiempo previsto se encuentra en estado de crisis o, más técnicamente, en cesación de pagos. La crisis es, en definitiva, un daño porque implica la reducción de los créditos de los acreedores, la pérdida de actividad económica y productiva, la pérdida de la fuente de trabajo, la posibilidad de que se desencadene la crisis de otros agentes económicos, y la pérdida de la confianza de los acreedores y de la población en el cumplimiento de las obligaciones, lo que repercute en la existencia y en el costo del crédito. Bisbal Méndez⁶⁷ explica que el sistema concursal trata de administrar y de distribuir de modo equitativo y eficiente esos daños. En particular, en la quiebra se liquida el patrimonio del deudor y se distribuye en forma igualitaria el daño que significa la reducción de los créditos de los acreedores. Las soluciones preventivas (los acuerdos preventivos judiciales y extrajudiciales) apuntan a la recuperación del deudor en crisis a fin de prevenir la concreción de esos daños o al menos de mitigar su magnitud.

De ello surge que los procesos concursales y falenciales no son conflictos entre particulares, sino que son conflictos que involucran los intereses generales de la sociedad en la conservación de las fuentes productivas, en el cumplimiento de los créditos, en el mantenimiento de las fuentes de trabajo y en evitar la crisis en cadena de otros agentes económicos. Ello justifica que las herramientas y soluciones concursales sean consideradas

⁶⁷ Bisbal Méndez, Joaquín, “La empresa en crisis y el derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)”, Publicación del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 58.

de orden público (esto es, indisponible por las partes), tal como lo ha destacado nuestra Corte Suprema en el caso “Florio s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de Niz”⁶⁸. Todo ello demanda justamente la intervención del fiscal para que, en defensa de la legalidad y de esos intereses generales, promueva la actuación de la justicia o, dicho de otro modo, supla o complete la iniciativa de las partes en la estimulación de la justicia.

El fraude y, en especial, el concursal

El fraude es entendido en forma genérica como un engaño. En algunos casos, la norma prevé una consecuencia desfavorable para su destinatario; entonces el engaño consiste en que ese destinatario intentará “salirse de la norma” o evitar su aplicación⁶⁹. En otros casos, la norma prevé una consecuencia favorable para un destinatario y el engaño se perpetúa cuando otro sujeto intentará “meterse en la norma”, aun cuando el legislador no quiso comprenderlo en la norma.

Los procesos concursales tienen diversas características extraordinarias que los tornan especialmente propensos para el “engaño”. Esas características hacen que los deudores tengan especiales incentivos para utilizar las herramientas concursales para fines diversos a los previstos por el legislador en perjuicio de sus acreedores y del orden público concursal.

En efecto, la ley concursal prevé ciertas características extraordinarias en aras de lograr la adopción de la mejor solución colectiva (esto es, la forma más equitativa y eficiente) a la insolvencia en beneficio de todos los intereses afectados. En este sentido, podemos mencionar: la vigencia de un sistema de mayorías para la adopción de decisiones; el fuero de atracción de juicios (que implica sacar a los juicios de los jueces competentes y con especialidad en la materia) y la suspensión de acciones de ejecución o re-

⁶⁸ CSJN, Fallos 327:1002. Además, esa noción fue recogida por la Corte Suprema en los casos registrados en Fallos 315:316; 318:2027 y 323:160.

⁶⁹ Con respecto al fraude, Peralta Reyes explica que “En sentido genérico, puede caracterizarse al fraude como aquella maniobra engañosa mediante la cual se pretende eludir una prohibición legal o causar un daño a terceros (o bien lograr ambos propósitos al mismo tiempo), realizando un acto jurídico real, en principio lícito, que le sirve de cobertura. O sea que un acto jurídico es fraudulento, cuando si bien sus otorgantes actúan amparados formalmente en una norma legal, lo que en realidad persiguen es eludir otra norma u otras normas, que les impedirían obtener el resultado o fin práctico que se han propuesto” (Peralta Reyes, Víctor, “Fraude a la ley y fraude a los acreedores. La acción revocatoria ordinaria o pauliana”, Rev. LL, 26.06.06, p. 1).

Asimismo, el citado autor recuerda la definición de Chardon, quien destaca que el fraude consiste en el arte pífido de desafiar las leyes con apariencia de someterse a ellas engañando con la exterioridad sobre el verdadero sentido de los actos o hechos (Chardon, “Traité du dol et de la fraude”, t. II, p. 1, citado por Peralta Reyes, ob. cit).

mante de bienes del deudor; la suspensión del devengamiento de intereses; la vigencia de medios de notificación, como los edictos, que se basan en la presunción del conocimiento por parte de los afectados, pero no en el conocimiento cierto; la rehabilitación de la quiebra, que puede implicar un límite a los activos del deudor sujetos al cumplimiento de sus obligaciones; entre otros.

Especialmente, en el concurso preventivo, la principal peculiaridad es que se dejan de lado principios fundamentales del derecho privado, como la autonomía de la voluntad y la regla según la cual las partes no pueden obligar a terceros. Las decisiones en el marco de un concurso son adoptadas por un sistema de mayorías, de acuerdo con el cual la mayoría de los acreedores puede imponer un acuerdo de pago (esto es, quitas y esperas, que implican una limitación al derecho de propiedad) a una minoría de acreedores disidentes y ausentes.

Estas peculiaridades del sistema concursal pueden confundirse con beneficios extraordinarios para el deudor. Sin embargo, no fueron pensados por el legislador en su beneficio directo y exclusivo, sino en el beneficio de todos los intereses involucrados en la situación de crisis del deudor (los trabajadores, los proveedores, la población en general, entre otros) y en aras de alcanzar la solución colectiva más equitativa y eficiente. Esas peculiaridades están particularmente expuestas al fraude por parte del deudor y de terceros. Hay fraude concursal cuando el deudor procura aprovecharse de esos beneficios para su propio provecho y en perjuicio de terceros o, dicho de otro modo, cuando procura utilizar la ley concursal para fines diversos a los previstos por el legislador en perjuicio de terceros o del orden público concursal. El fraude concursal se encuentra prohibido tanto por la ley concursal⁷⁰, como por las normas del código civil⁷¹ y del código penal⁷².

Estas circunstancias revelan que las soluciones concursales son una herramienta indispensable para lograr una solución colectiva equitativa y eficiente a la insolvencia, pero puede convertirse, si no existe un control judicial adecuado e instado apropiadamente por el Ministerio Público Fiscal, en un instrumento para vulnerar los derechos esenciales de la más diversa índole.

⁷⁰ Artículo 52.4.

⁷¹ Artículos 961, 1047, 1071 del CC.

⁷² Artículo 176 y ss. del CP.

⁸⁰ Revista Científica Virtual - RECAMPI -

¿Cómo combaten los fiscales comerciales el fraude?

Las consideraciones expuestas sugieren que los procesos concursales demandan la actuación del Ministerio Público Fiscal, tanto en virtud de los intereses involucrados y a su naturaleza de orden público, como en atención a la propensión a su utilización abusiva y fraudulenta. En muchos casos, ya sea por las particularidades del proceso, como por su utilización fraudulenta, los sujetos directamente afectados o los intereses generales involucrados quedan en un estado de indefensión, lo que acrecienta la necesidad de la actuación del fiscal. El fiscal debe controlar la legalidad del proceso y estimular la actuación de la justicia en defensa de los intereses a su cargo. A continuación voy a mencionar algunas situaciones y casos concretos que terminan de clarificar el concepto de fraude concursal y qué pueden hacer los fiscales para combatirlo.

El control de la legalidad de la apertura del concurso preventivo

En primer lugar, el fiscal comercial debe controlar que la apertura de un concurso preventivo, que desata la aplicación de las reglas peculiares y/o ventajas extraordinarias, obedezca a la necesidad de superar un estado de insolvencia o cesación de pagos.

En ciertos casos, los deudores se presentan en concurso preventivo para defraudar a sus acreedores y no para superar un estado de insolvencia. Para ilustrar esta situación, recuerdo el “V.M.J. s/concurso preventivo”⁷³, donde la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial consideró que el deudor —un sujeto que había heredado un patrimonio muy considerable— utilizó la presentación en concurso para incumplir las obligaciones provenientes del derecho de familia (esto es, un acuerdo de disolución de bienes de la sociedad conyugal y el pago de cuotas alimentarias fijadas judicialmente a favor de su hija, menor de edad) y para eludir el remate de bienes suntuosos. En ese caso, la ex mujer del Sr. “V” había litigado largos años ante la justicia civil en reclamo de sus derechos, y cuando obtuvo sentencia condenatoria e intentó ejecutarla en sede civil rematando un bien suntuoso, el deudor se presentó en concurso sin estar en cesación de pagos. Esa presentación impidió el remate del bien; causó que el conflicto saliera del fuero civil; hizo que la cónyuge tuviera que nue-

⁷³ Los casos citados son principalmente recogidos de mi experiencia como Secretaria en la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial a cargo en ese entonces de la Dra. Gils Carbó.

vamente mostrar la legitimidad de su acreencia frente a la masa concursal; así como dilató el incumplimiento del Sr. “V” durante otros largos años. Esas consecuencias que están previstas por la ley concursal para alcanzar la mejor solución colectiva se convierten en beneficios ilegítimos si el deudor pretende utilizarlos para su propio provecho y no para superar el estado de insolvencia. En ese caso, la Fiscalía dictaminó que la planificación de la insolvencia incluía la creación de acreedores falsos (una sociedad off shore, a través de la que se instrumentalizó un préstamo ficticio) a los efectos de obtener las conformidades necesarias para la homologación del acuerdo.

La utilización abusiva de las herramientas concursales causó en ese caso un daño a acreedores verdaderos (la ex mujer y sus hijos), al orden público concursal, y a las instituciones de derecho de familia.

Ello ameritó que la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial peticionara la nulidad de todo el proceso; el rechazo a la homologación del acuerdo; y la remisión de las actuaciones a la justicia penal a fin de que se investigue la comisión del delito de estafa procesal, desbaratamiento de derechos e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Además, denunció la violación de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y de la Convención sobre los Derechos del Niño ante el Consejo Nacional de la Mujer y el INADI. De este modo, la fiscal ejerció su función fundamental: puso en marcha la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales.

En el caso “Presedo s/ concurso preventivo”⁷⁴, el Sr. Fretes promovió una acción de daños y perjuicio en el fuero civil contra el Sr. Presedo a raíz de los daños sufridos en el accidente automovilístico perpetrado por la hija del concursado el 1.10.92. El 16.03.99 el Tribunal de Alzada fijó el monto de la condena en \$ 53.200 y el 15.03.00 se trabó un embargo sobre el inmueble del concursado. En este contexto, el Ministerio Público Fiscal encontró que el Sr. Presedo se presentó en concurso preventivo sin estar en cesación de pagos y con la connivencia de acreedores ficticios. La fiscal consideró que, a través de esa presentación, el deudor pretendió impedir la ejecución de la condena dictada por los jueces con competencia en lo civil. Además, a través de la imposición de un acuerdo aprobado por acreedores ficticios, el concursado modificó el monto de la condena, establecida por los jueces en lo civil con carácter de cosa juzgada. Frente a esa situación, el

⁷⁴ “Presedo Antonio Enrique s/ concurso preventivo s/ incidente (art. 250 CPR)”, expte. FG n° 95.752

Ministerio Público Fiscal peticionó la producción de prueba y el rechazo de la homologación del acuerdo.

En el caso, “La Capilla SA s/ concurso preventivo”, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial consideró que una sociedad que no estaba en cesación de pagos se presentó en concurso preventivo para impedir que su principal acreedor ejerza su legítimo derecho a ejecutar sus pagarés a través del juicio ejecutivo previsto por nuestro ordenamiento. Además, la fiscal entendió que el deudor planificó su presentación en concurso a los efectos de imponerle un acuerdo preventivo, sin que este pudiera, siquiera, participar de la votación. Una usual maniobra para detener un juicio ejecutivo, que fuera del contexto concursal, habría llegado a remate. Frente a ello, el Ministerio Público Fiscal planteó la nulidad del proceso, se opuso a la homologación del acuerdo e, incluso, acudió ante la Corte Suprema a través de un recurso extraordinario a los efectos de impedir el fraude concursal.

El control de la conformación de las mayorías

En segundo lugar, es importante que el fiscal controle cómo están conformadas las mayorías a través de las que se pretende imponer quitas y esperas a los acreedores disidentes y ausentes. Los acuerdos preventivos son exorbitantes del derecho común, porque se conciertan por mayorías legales y se aplican aún a quienes no han prestado su consentimiento. De este modo, a los efectos de que se homologue un acuerdo preventivo, es dirimente que una mayoría real y representativa de los acreedores considere que la solución preventiva es, para el colectivo de los intereses involucrados, preferible a la liquidación (quiebra) del deudor.

En el caso “Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo”, que llegó a la Corte Suprema⁷⁵ a instancia de la actuación del Ministerio Público Fiscal, ese tribunal fijó varios criterios para analizar la legitimidad de la conformación de las mayorías: (i) los acreedores deben poder participar en un proceso transparente y comprensible a fin de votar la propuesta; (ii) la propuesta debe ser votada por una mayoría real y representativa de la voluntad de la mayoría de los acreedores. Ello es una garantía para los derechos de las minorías. Ello asegura que la restricción a su derecho de propiedad es causada por el estado de insolvencia, y no por la decisión unilateral del deudor. En este sentido, hay que desentrañar si la propuesta no representa,

⁷⁵ CSJN, Fallos 332:2339.

en realidad, la voluntad del propio deudor (en muchos casos, el propio deudor es el que impone unilateralmente quitas y esperas a los acreedores a través de la creación de créditos falsos, de la compra o cesión de votos, y de la utilización de acreedores complacientes).

Con relación a la posibilidad de participar en un proceso transparente, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el mencionado caso “Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo” denunció que la concursada obstruyó, a través de diversos artilugios legales, la participación de una gran cantidad de acreedores (tenedores de obligaciones negociables) en la asamblea llevada a cabo en los términos del artículo 45 bis de la LCQ⁷⁶. En efecto, esa norma prevé un procedimiento especial para la obtención de las conformidades cuando los acreedores son titulares de obligaciones negociables. En ese caso, la Fiscalía entendió que la deudora pretendió que los bonistas presentaran un documento que era imposible de conseguir para participar en la asamblea. A través de esa exclusión consiguió la aprobación de una propuesta abusiva y que discriminaba justamente a los bonistas extranjeros excluidos. Ello fue considerado por la Corte como “una carrera de obstáculos”, en vez de un proceso transparente donde de buena fe se pretendiera obtener las conformidades.

Esa violación del debido proceso colocaba a los consumidores financieros en una situación de indefensión, que justificaba particularmente la intervención del Ministerio Público Fiscal, máxime cuando ello compromete la confianza y la seguridad del mercado de capitales necesarias para abaratar el costo del capital y aumentar el financiamiento. El Ministerio Público Fiscal entendió que ese caso implicó además el vaciamiento de la empresa, dado que Sociedad Comercial del Plata vendió (a través de un supuesto aumento de capital) a un precio vil el paquete accionario de la Compañía General de Combustibles, su principal activo. De este modo, el desbaratamiento de los derechos de los bonistas a través de la utilización de herramientas concursales y societarias y, la violación del orden público concursal, ameritó que la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial promoviera el rechazo a la homologación del acuerdo, efectuara denuncias penales contra todos los participantes de la maniobra,

⁷⁶ En otros casos, la Fiscalía General tomó conocimiento de la utilización abusiva del procedimiento previsto en el art. 45 LCQ. A los efectos de proteger adecuadamente el crédito, los prospectos de emisión de obligaciones negociables suelen establecer que las condiciones de pago sólo se modifican con la conformidad de la unanimidad de los acreedores. En cambio, el art. 45 bis de la ley concursal permite esa modificación con la sola conformidad de la mayoría de acreedores. En el caso de “TGN s/ acuerdo preventivo extrajudicial”, la Fiscalía General detectó que la sociedad pretendía utilizar esa figura para incumplir su prospecto de emisión y, más grave aún, en el marco de un acuerdo preventivo extrajudicial.

recurriera ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la homologación del acuerdo, peticionara medidas cautelares (como el apartamiento de los síndicos) y la producción de prueba.

Con relación al fraude en la conformación de las mayorías, podría enunciar muchísimos casos donde el Ministerio Público descubrió que el deudor intentaba imponer unilateralmente un acuerdo a través de la creación de créditos falsos (en muchos casos, utilizando sociedades off shore) o de la compra de votos⁷⁷. La compra de votos implica desinteresar a los acreedores renuentes por afuera de los términos del concurso preventivo. Todos los acreedores deben ser parte del proceso colectivo para que la regla de la mayoría funcione y garantice a los acreedores minoritarios que la solución preventiva es preferible a la quiebra. Si a los acreedores renuentes se los desvincula del proceso colectivo, no hay ninguna garantía para los minoritarios de que la solución preventiva atienda adecuadamente sus créditos. Asimismo, el otorgamiento de ventajas especiales a ciertos acreedores altera la *pars conditio creditorum*. Además de la idea de justicia distributiva que subyace en el principio de la *pars conditio creditorum*, la legitimidad del régimen de mayorías, en el que se sustentan los acuerdos preventivos, depende de la vigencia de ese principio.

En otros casos, el fraude consiste en la utilización de mayorías que no son representativas de los acreedores para imponer un acuerdo a los ausentes y disidentes. Por el ejemplo, el acuerdo preventivo para acreedores laborales de Ferrocarril Oeste es un claro ejemplo. Allí la fiscalía interviniente entendió que se sucedieron diversas anomalías: las conformidades de los acreedores laborales no fueron encontradas y, sin un control fehaciente sobre su existencia, se homologó un acuerdo con quitas y esperas abusivas (pago del 40% del crédito en diez cuotas anuales, sin intereses) y se decidió que era oponible a acreedores laborales, que no pudieron ser parte del acuerdo en tanto tenían a ese entonces juicios en trámite. En ese caso, la fiscalía planteó que la concursada utilizó dos maniobras fraudulentas para imponer el acuerdo abusivo, a saber, utilizó las conformidades de una minoría complaciente de acreedores laborales, que seguía trabajando en relación de dependencia, y compró los votos de los trabajadores renuentes. El deudor convenció a los trabajadores, que seguían estando en relación de dependencia y que, por lo tanto, tenían un gran interés en la conservación de la empresa y de su fuente de trabajo, de que renuncien a una parte sustancial de su acreencia. El monto de sus créditos era, en términos relativos,

⁷⁷ El concurso preventivo de Anedra, Europel, Metalúrgica Dakot; el acuerdo preventivo de Cablevisión SA, Romi SRL, Buenos Aires Tur, entre otros.

pequeño (en algunos casos, el crédito ascendía a 300 pesos). Ese acuerdo fue utilizado para imponer esas quitas y esperar abusivas a los más de 80 trabajadores, que tuvieran juicios en trámites y que, en virtud de ello, no pudieran participar del acuerdo. Cabe destacar que estos ex dependientes no tenían el mismo interés en la conservación de la empresa y de la fuente de trabajo, por lo que sus derechos fueron decididos por sujetos que tenían intereses contrapuestos. La cantidad de los acreedores que supuestamente prestó conformidad, comparada con los juicios en trámite, no refleja en forma adecuada que el acuerdo ofrecido fuera beneficioso para sus intereses. En ese caso, la fiscalía petitionó nulidades, planteó recursos extraordinarios federales, petitionó que los laborales, que no pudieron formar parte del acuerdo, no se vieran afectados por el acuerdo y que, en la quiebra, se les reconozca su derecho por el 100 % de su acreencia.⁷⁸

Casos de indefensión de los acreedores perjudicados

En muchos casos, los acreedores se encuentran en un estado de indefensión en el proceso concursal porque no tienen medios suficientes para controlar la legitimidad de la conformación del pasivo y del activo denunciado por el deudor, que se encuentra en un conflicto de intereses con los acreedores, o para controlar la legitimidad de la razón de la presentación en concurso, o porque no son notificados en forma cierta de la existencia del concurso o del acuerdo preventivo extrajudicial. La máxima expresión de la situación de indefensión se comprobó en el marco de acuerdos preventivos extrajudiciales (APE), que fueron cuestionados activamente por parte del Ministerio Público Fiscal (a través de planteos de nulidad, peticiones de inconstitucionalidad, recursos ante la CSJN, denuncias ante la justicia penal). Esos acuerdos son negociaciones privadas del deudor, en el mejor de los casos, con algún acreedor real para imponer en virtud del artículo 76 de la LCQ quitas y esperas a acreedores que no participaron de él y que, en general, ni siquiera tomaron conocimiento de su existencia. En ese proceso, donde los acreedores no tienen una posibilidad cierta de enterarse de su existencia (edictos) ni plazos ni información fehaciente para defender sus derechos y que tramita sin el auxilio de un síndico, los acreedores no tienen medios ciertos para controlar la existencia y la legitimidad de los pasivos, los activos, los fines de la presentación. A su vez, la ley prevé la

vigencia de ventajas tales como la suspensión de juicios y no establece claramente que el fracaso del APE conlleva el riesgo de la quiebra, lo que es una amenaza permanente para el deudor en el concurso y actúa como un incentivo adecuado.

⁷⁸ Otro caso de fraude a los acreedores laborales es el caso del concurso de Baloptik, donde la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial entendió que el deudor presentó un acuerdo abusivo aprobado por dos acreedores laborales y pretendió imponérselo a los 76 acreedores laborales en juicio. La fiscalía consideró que los derechos de los acreedores laborales no participantes fueron burlados con la simple estrategia de mandar a juicio laboral de pleno conocimiento a los acreedores con créditos significativos, mientras una minoría insignificante y dócil aprobó el concordato para acreedores privilegiados.

Conclusiones

Los fiscales no penales tienen un rol central en la administración del servicio de justicia, que difiere del asignado a los jueces. Tanto el artículo 120 de la Constitución Nacional como la actual Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148) confían a los fiscales el rol de promover, en forma activa, la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Los procesos comerciales y concursales demandan esa actuación activa en atención a los intereses generales involucrados y a las características de la Ley de Concursos y Quiebras que está particularmente expuesta al fraude y a la manipulación por parte del deudor y de terceros. Si bien las soluciones concursales son una herramienta indispensable para lograr una solución colectiva equitativa y eficiente a la insolvencia, puede convertirse en un instrumento para vulnerar derechos sino existe un control judicial adecuado e instado apropiadamente por los fiscales. El artículo trató de mostrar tanto desde la perspectiva teórica como práctica la importancia de la actuación de los fiscales no penales en el ámbito de los concursos y las quiebras. Los casos concretos comentados relevan qué pueden aportar los fiscales en la lucha contra el fraude comercial y concursal. A su vez, muestran cómo se complementan el rol de los fiscales y los jueces en la prestación del servicio de justicia y, más específicamente, en el control del uso legítimo de las normas comerciales y concursales.

Referencias bibliográficas

- Bisbal, J. (1986). La empresa en crisis y el derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas), Publicación del Real Colegio de España, Bolonia.
- Calamandrei, P. (1973). Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Editorial Ejea, Buenos Aires.
- Peralta Reyes, V. Fraude a la ley y fraude a los acreedores. La acción revocatoria ordinaria o pauliana. Revista La Ley, 26.06.06, página 1.
- Constitución Nacional.
Ley 24.946.
Ley 27.148.
Ley 24.522.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas, 5 de diciembre de 2003.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 7 de junio de 2012.
- Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Directrices sobre la Función de los Fiscales, La Habana, 1990.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 315:316; 318:2027; 323:160; 327:1002; 332:2339.
- Dictámenes de la Fiscalía General ante Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y fallos de ese tribunal. Disponible en www.mercadotransparencia.org.

EL ERROR DE PROHIBICIÓN Como una Cuestión Procesal

María Josefina Vargas

A bogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba (2002).
Procuradora de la Universidad Nacional de Salta (2001). Especialista y Magister en Universidad de Salta (2005). Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires (2010).

Resumen

Este artículo intenta a partir de un fallo, efectuar un análisis respecto de la incidencia que pueden tener la escasa cultura y condiciones de vida de una persona en torno al conocimiento de la “criminalidad” del acto y al problema de la evitabilidad del error de prohibición.

Se desarrolla una exposición en tres etapas: en primer lugar, el análisis de la cuestión elegida, las teorías dominantes y finalmente, la opinión sobre el tema.

El trabajo trata de establecer si puede o no considerarse vencible el desconocimiento que la acusada invoca y si se tiene como errónea la posición que ha encuadrado el hecho en un supuesto error de prohibición culturalmente condicionado; y por ende, invencible.

Por el contrario, se demuestra que en el objeto de estudio, existió un error de prohibición vencible al contar la imputada con todas las condiciones y medios necesarios y suficientes para vencer el error en el cual, supuestamente, se habría encontrado al momento de perpetrar el hecho por el cual fue acusada.

Se presenta un estudio que resume las teorías dominantes, detallando y analizando el caso en concreto, que puede ser de interés ante la falta de regulación legal sobre la materia.

En conclusión, se demuestra que la pena debe guardar un mínimo de proporción de acuerdo a la culpabilidad del agente, teniendo en cuenta el hecho concreto y las valoraciones que, en forma discrecional pero prudente,

debe considerar el juez ante la falta de una normativa expresa que la regule.

Palabras clave: prohibición, cuestión, procesal.

Abstract

On the basis of a judgment, this article aims at analyzing the effect that primitive culture and life conditions of an individual may have on their knowledge about the criminality of their acts and on the prevention issue of an unlawful error.

This article is developed in three steps: firstly, the analysis on the chosen subject, then, the dominant theories related to it; and lastly, the opinion on the topic.

This work will try to determine, on the one hand, whether it is possible or not to consider as vincible the ignorance appealed by the defendant, and, on the other hand, whether it shall be considered as mistaken the stand which frames the action as a false unlawful error, culturally conditioned and therefore, invincible.

On the contrary, it is shown that in the chose case of study, there has been a vincible unlawful error; this, on the grounds that the offender has evidenced all the necessary conditions and means to defeat the error she was supposedly immersed in at the moment of perpetrating the offence she was accused of.

This article summarizes the dominant theories, detailing and analyzing an actual case that might be of interest to the readers since there is no regulation on the subject.

In conclusion, it is demonstrated that the sentence shall maintain a minimum proportion in relation to the offender's guilt, taking into consideration the actual fact and the appreciations that, in a discretionary but reasonable manner, shall be regarded by the judge, in the absence of regulations on the matter.

Introducción

En el presente trabajo se intenta efectuar un análisis respecto a la incidencia que pueden tener la escasa cultura y condiciones de vida de una persona en torno al conocimiento de la "criminalidad" del acto y el problema de la evitabilidad del error de prohibición.

Se trata de una cuestión ampliamente abordada por la doctrina, jurisprudencia y muy controvertida, con enorme trascendencia práctica, por lo que se estima pertinente comenzar el tema con la mención de un caso particular que constituye la guía de este estudio.

Con ese propósito, se parte de un fallo en el que se examina la responsabilidad penal de una madre, que arrastrando una prostitución dinástica, fomentó y facilitó a su hija la práctica del mismo "oficio". Se tratará luego de indagar si el hecho investigado podría caer dentro de los parámetros de un "error de prohibición" y en su caso, si el mismo era "vencible o invencible" y de acuerdo a esas pautas determinar la pena que correspondería aplicar.

A fin de dar respuesta a los interrogantes referidos y por razones de método, resulta conveniente dividir el estudio en tres etapas: En primer lugar, el análisis del caso elegido, el desarrollo de las teorías dominantes y, finalmente, la opinión sobre el tema en cuestión.

Por último y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas en cada una de las etapas señaladas, se adoptará las mismas como premisas para la elaboración de una conclusión final que procure dar respuesta a la principal inquietud respecto a si el grado de instrucción de una persona y sus condiciones de vida pueden influir en el error de prohibición, con entidad tal que le impidan la comprensión del carácter antijurídico del acto.

Fallo analizado

El tema traído a consideración fue desarrollado por la Sala II, de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, al condenar a "S.D.A" por el delito de promoción y facilitación de la prostitución y lesiones leves a su hija, habiendo quedado acreditado que la acusada también había ejercido la misma "profesión" para subsistir, al igual que la abuela. La denuncia de la hija "E" por un hecho de violenta agresión de parte de su madre "S.D.A" y la intervención del funcionario actuante dio lugar a la iniciación

del sumario de prevención respectivo. Al respecto, la víctima relata que su progenitora a temprana edad la había incitado “a trabajar para parar la olla” (prostituirse); que a escasa edad se había fugado de la casa; que había trabajado en una boliche en la ruta y en clubes nocturnos en la localidad de Roca (provincia de Córdoba). Agrega que tuvo una criatura, quien fue entregada a una familia por el Juzgado de Menores; que estuvo en pareja con otra mujer, y que posteriormente volvió con su madre, adecuándose al régimen que ella le imponía.

En primera instancia, el a-quo incriminó a la madre por los delitos de promoción y facilitación de la prostitución de su hija menor de edad, en concurso con el delito de lesiones leves; pero consideró que hubo un error de prohibición vencible en las motivaciones de aquella, por lo cual estimó justo aplicar el mínimo de la pena prevista por el art. 125 bis, 3° parte del Código Penal, es decir, 10 años; resolución que a su vez fue apelada por la defensa.

En segunda instancia, la Cámara por mayoría de votos, resolvió revocar la condena en relación al delito de facilitamiento de la prostitución, dando argumentos distintos. El juez Mestres consideró que no hubo en la imputada el dolo típico delictual, ya que existió un error invencible sobre la criminalidad del acto. Por su parte, el juez Pronotto Laborde sostuvo que se trató de un error de prohibición culturalmente condicionado. El voto minoritario del Juez Ríos, se pronunció confirmando la condena de 1° instancia, aunque reduciéndola a 5 años, considerando las escalas penales como indicativas para el juez⁷⁹.

Planteamiento del problema

El interrogante a dilucidar en el presente caso se circunscribe entonces a establecer si puede o no considerarse vencible el desconocimiento que la acusada invoca, que ni siquiera se representa la posibilidad de cometer un injusto. O dicho en otros términos, si esa afirmación pretendidamente exculpatoria tiene virtualidad suficiente para justificar su conducta y liberarla de responsabilidad penal, teniendo en cuenta los antecedentes de la causa.

Como se advierte, un mismo hecho como el relatado, puede dar lugar a so-

⁷⁹ Texto encontrado: Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala II, partes “S.D.A”, de fecha 14/04/2008.
URL: <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2014/12/javier-a.-de-luca.-automotores.-secuestro-y-entrega-en-causas-penales.doc>

luciones disímiles entre los distintos magistrados, con los inconvenientes y el peligro que eso entraña, al no encontrarse expresamente regulado el error de prohibición en la normativa legal vigente.

Hipótesis de trabajo

Determinar si comete un error de prohibición vencible o evitable el acusado de un delito que no pudo tener conocimiento actual y potencial de que con su conducta incurre en un ilícito; atendiendo a las características personales, intelectuales, sociales y culturales del autor.

Objetivo general

Justificar si la escasa instrucción de la persona implicada puede incidir sobre la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición.

Marco teórico

Consiste en un estudio jurídico exploratorio y descriptivo en el cual se ha tenido en cuenta la doctrina y jurisprudencia argentina, como así también el derecho comparado.

Desarrollo del tema

Como es del conocimiento público, “Solamente excusa el error y la ignorancia de hecho, no el error y la ignorancia de normas”. Dicho postulado proviene del derecho romano, que presumía a las leyes conocidas por todos los ciudadanos.

La normativa legal argentina adopta ese principio, estableciendo que las leyes luego de su publicación son consideradas obligatorias, por lo cual se presumen conocidas por todos los habitantes de la Nación.

De allí que no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades. Sin embargo, en el derecho penal, el tema del error tiene matices particulares y muchos autores y jueces le reconocen poder exculpatario⁸⁰.

⁸⁰ Así Núñez, Ricardo “Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, t. II, p. 106; quien sostenía el obstáculo principal para admitir, con la eficacia de regla general, la eficacia exculpatoria del error de derecho, entendido como el que recae sobre la existencia del precepto incriminatorio de un hecho dado, sea que se ignore su vigencia o se yerre sobre su alcance real, es el art. 20 del C. Civil.

El sistema causalista tradicional nos habla de error de hecho y de derecho (es el sistema que adopta el art. 34 inc.1 del Código Penal), mientras que en el sistema finalista (acogido hoy por numerosos jueces en Argentina) se diferencia el error de tipo y error de prohibición.

Si bien es cierto que muchos casos de error de hecho constituyen también casos de error de tipo, y muchos casos de error de derecho constituyen a su vez casos de error de prohibición, de todos modos ambas categorías no pueden asimilarse automáticamente porque se trata de dos sistemas completamente distintos.

En efecto: la corriente causalista considera que el dolo y la culpa forman parte de la culpabilidad y por ende el error de hecho -cuando es invencible- elimina el dolo y la culpa, o sea, elimina la culpabilidad entera y con ello la conducta se torna impune. Pero si el error de hecho es invencible, solo elimina el dolo y deja subsistente la tipicidad culposa, si existe la forma culposa contemplada para ese delito; si no, también exime de pena. En cambio, al error de derecho no le reconoce poder exculpatorio alguno, teniendo en cuenta que la ley se presume por todos conocida.

Por otro lado, el sistema finalista considera que el dolo y la culpa forman parte del tipo penal. Por ende, el error de tipo cuando es invencible elimina el dolo y la culpa y la conducta es atípica e impune. Por el contrario, si el error de tipo es vencible, solo elimina el dolo y deja subsistente la tipicidad culposa si existe la forma culposa contemplada para ese delito, si no, exime de pena también. En cambio, el error de prohibición nada tiene que ver con el dolo ni tampoco con la culpa, dado que elimina la culpabilidad (atenúa la pena o sea atenúa el juicio de reproche) cuando se trata de un error de prohibición vencible.

Si la ley penal se presumiera *juris et de jure* conocida por todos, no tendría importancia que fuese previa o posterior, porque siempre se reputaría conocida. Sin embargo, la Constitución exige ley previa para que las conduc-

También Soler se refiere a este problema señalando que nuestra ley adopta la vieja distinción entre el error de hecho y de derecho, procedente del derecho romano. Sin embargo, menciona las críticas que ello apareja. (conf. Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tea, 1970, t.II, p.68).- Contra esta opinión ha reaccionado un amplio sector de la doctrina encabezado por Enrique Bacigalupo (el que puede consultarse en Sancinetti, Marcelo Agustín "Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino, ed. Hamurabi, Buenos Aires, 1990, pag. 27 y sig. Véase, también, Bacigalupo, Enrique "Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal, publicado en Revista Nuevo Pensamiento Penal N°1, enero-abril de 1972, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 45 y sig.- En similar sentido, Donna, Edgardo a. "El exceso en las causas de justificación. Estudio del art. 35 CPen", 1985, Ed. Astrea, p.22 y ss.

tas prohibidas queden estrictamente descritas ex ante la comisión de hecho, como corresponde a un derecho penal garantizador. Pero además, para que al juzgar casos concretos y respecto de la culpabilidad del agente, no pueda disociarse al conocimiento, de la existencia de la ley penal. Es que, en definitiva, como se ha resaltado, los principios *nullum crimen nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine culpa* son esencialmente complementarios e interdependientes⁸¹, y es precisamente en relación con la culpabilidad que el texto constitucional ayuda a afirmar el principio de la culpabilidad sin ficciones, pues si la ley penal debe ser previa para que todos puedan conocerla, su probado desconocimiento invencible -no imputable- debería ser acogido como causa de impunidad.

En principio, esta forma de razonar parecería dar sustento a los casos en que el error versa sobre la existencia misma de la ley penal (errores directos de prohibición), pero no a los demás casos (errores indirectos) en los que el error recae sobre la existencia de una causa de justificación no regulada legalmente o sobre los límites de una justificante regulada o finalmente, sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación legalmente regulada.

Sin embargo, todos ellos constituyen errores que impiden el conocimiento de la "criminalidad del acto". Pareciera que si nadie puede ser penado sino en virtud de la ley previa conocida, tal conocimiento debe abarcar no solo la existencia sino también los alcances de la prohibición legal.

Esta forma de interpretar la norma constitucional -atento la jerarquía jurídica de la disposición- supera toda la problemática que suscitó la aplicación de los principios contenidos en las disposiciones de los arts. 20 y 923 del Cód. Civil por un lado y el art. 34, inc. 1° del Cód. Penal, por otro.

Recordemos que el art. 18 de la C.N. en comentario, no impide que los ordenamientos particulares (derecho civil, comercial, entre otros) prohíban o limiten la admisibilidad del principio *error juris nocet*. En consonancia con ello, las disposiciones de los arts. 20 y 923 del Cód. Civil adoptan esa regla aunque, para ciertos casos expresos admiten excepciones, tales como las que consagran los arts. 858 y 3428 de la citada normativa legal, en donde se hace expresamente la distinción entre error de hecho y de derecho.

⁸¹ Cfr. Luis Cabral y Eduardo Marquardt, "Culpabilidad y responsabilidad penal", *Rev. LA LEY*, t. 104, p. 942; Norberto Spolansky, "Nullum crimen sine lege, error de prohibición y fallos plenarios". *Rev. LA LEY*, t. 124, p. 851)

En materia penal, en cambio, las consecuencias del dispositivo constitucional son diferentes, desde que la ley previa por una parte y por otro lado la ley previa conocida, son requisitos indispensables para poder imponer una condena. Desde esa perspectiva todo pareciera indicar la necesidad de tener que acudir a una diversidad de fuentes para las diferentes clases de error en materia penal, teniendo en cuenta que el art. 34, inc. 1º del Cód. Penal regula el error de hecho no imputable como causa de impunidad y la Constitución, art. 18, el referido al de la prohibición. Así, ambas normas se complementan a fin de llegar a la aplicación real y efectiva del principio de culpabilidad.

Denominación y evolución en el derecho comparado: el primero que denominó a este instituto fue Alexander Graf Zu Dohna en 1925⁸². *Verbotsirrtum* (error de prohibición) es el error sobre el carácter prohibido del acto⁸³.

En la legislación comparada se ha regulado expresamente el error de prohibición en el Código Penal alemán (párrafo 17); en el art. 6 bis a) tercer párrafo del actual Código Penal español y, muchísimo antes, aunque con otro contenido científico, en el Código Penal de Letonia de 1933. Ha sido decisiva para que se produzca la regulación del error de prohibición en Alemania, en el Proyecto Alternativo de 1966 (párrafo 20) y, después, en el actual texto, la Sentencia del Tribunal Federal del 18 de marzo de 1952, que expresamente dice: "...y el error sobre la prohibición legal, cuando es insuperable, excluye la culpabilidad, y siendo evitable, la reduce, sin excluir, empero, el dolo con respecto a la acción"⁸⁴.

Teorías del dolo y de la culpabilidad: se estudia al error de prohibición a partir del lugar que se le da al conocimiento de la antijuridicidad dentro de la teoría del delito. Así, podemos diferenciar las teorías que ubican la conciencia del injusto penal como elemento integrante del dolo en el estrato de la culpabilidad, de aquellas que le dan tratamiento autónomo como elemento de la culpabilidad, independiente del dolo, al que analizan dentro del tipo subjetivo. Así se distingue entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad con una doble variante en cada una de ellas. La teoría del dolo

⁸² Cfr. *Welzel Hans "El nuevo sistema de derecho penal". Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Catedrático de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) Madrid. España, p. 234.*

⁸³ *Hurtado Pozo. "Método de resolución de casos penales", p. 243. Contra la denominación "error de prohibición". Quintano Ripollés. Cfr. Jiménez de Asúa, Tratado VI, p. 532.*

⁸⁴ *Jiménez de Asúa. Tratado VI, p. 536.*

parte de la tesis de que éste incluye el conocimiento de la antijuridicidad y, como *dolus malus*, se ubica en la culpabilidad. Es decir, que el dolo para sus seguidores no se conforma con querer y saber el hecho ilícito, sino que a esto deberá sumarse el conocimiento del injusto. La teoría del dolo tuvo un gran auge en los años veinte y treinta del pasado siglo, siendo aceptada por la mayoría de la doctrina en Alemania. En España la admitían Cuello Calón, Antón Oneca, Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo y el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 19 de diciembre de 1962⁸⁵.

La teoría estricta del dolo entiende que el error invencible de prohibición, al excluir el conocimiento de la antijuridicidad, excluye el dolo –y por lo tanto–, la responsabilidad criminal– mientras que el error vencible de prohibición, aunque excluye igualmente el dolo al eliminarse la conciencia actual de la antijuridicidad, la omisión del deber de cuidado dirigido al conocimiento de la antijuridicidad del hecho, permite el castigo por imprudencia en los casos en que el delito correspondiente fuera susceptible de castigo en su forma culposa. La observación de que conforme a esta teoría se producen lagunas inadmisibles en el castigo del hecho, ya que no todos los delitos son punibles a título de imprudencia, ha provocado correcciones de la teoría del dolo incluso entre quienes conciben al dolo como elemento o forma de la culpabilidad. Así la teoría limitada del dolo, partiendo de la base de que el conocimiento de la antijuridicidad no necesita ser actual, sino que basta con la posibilidad de dicho conocimiento, entiende que en el error vencible de prohibición, cuando el desconocimiento procede de una absoluta despreocupación por el mandato jurídico (ceguera jurídica o enemistad hacia el derecho) no se podría excluir el dolo, castigando en ese caso el hecho con la pena correspondiente a este. La teoría limitada del dolo carece hoy prácticamente de adeptos, ya que el reproche de culpabilidad estaría basado en la conducta de vida derivada de la relación del sujeto con el Derecho.

La teoría de la culpabilidad fue formulada por Welzel en Alemania. Partiendo de la nueva distinción entre error sobre un elemento de tipo y error de prohibición, formula el postulado básico de la teoría de la culpabilidad: la conciencia de la antijuridicidad de la conducta no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad, es un elemento de la culpabilidad -de ahí el nombre de esta teoría- y por ello el error de prohibición o sobre la antijuridicidad de

⁸⁵ *Conf. Cerezo Mir José, "La Regulación del error de prohibición en los Códigos penales Español y Boliviano", Revista Digital de la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penal (en línea) RD. ABCJP N°1 04-2008:13-30 Disponible en Internet: http://www.nunezdearco.net/ABCJP/rd_1_cerezo.htm ISSN 1999-5377*

la conducta, no excluye el dolo. Si el error era vencible dará lugar simplemente a una disminución de la culpabilidad y de la pena del delito doloso. Si el error era invencible quedarán excluidas la culpabilidad y la responsabilidad criminal. Para la teoría de la culpabilidad en su versión estricta, el error de prohibición no elimina el dolo que se concibe como dolo simple o dolo natural formando parte del tipo del injusto, sino el conocimiento de la antijuridicidad. Se entiende a la misma como un juicio de valor según el cual se le puede reprochar al agente su conducta por no haberse motivado conforme a la norma, pudiendo haberlo hecho, ya que estaba en su capacidad la posibilidad de reconocer la contrariedad de ésta con la ley. De modo que si el error es invencible excluye la culpabilidad y si es vencible disminuye el grado de ésta en función del principio del poder actuar de otro modo. Para esta teoría -dominante en nuestro derecho- la culpabilidad está condicionada a la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, por lo que se admite que ese presupuesto decae cuando concurre un error de prohibición, al que se define como el que recae sobre el conocimiento o la comprensión de la ilicitud, y para el que se reconocen las mismas reglas, sin establecer diferencias entre sus distintas modalidades⁸⁶. Por lo tanto permite el castigo del error evitable de prohibición con una pena correspondiente al delito doloso pero rebajado, evitando de esta manera las falencias desde un punto de vista político criminal señaladas a las anteriores.

En otras palabras, para la teoría de la culpabilidad “lo procedente en caso de error evitable o vencible de prohibición es la atenuación de la pena correspondiente al tipo de delito cometido y no la conversión de éste, en caso de que sea doloso, en un delito imprudente”⁸⁷.

Teoría limitada de la culpabilidad: parte de los mismos presupuestos de la teoría estricta de la culpabilidad y, al igual que esta última, distingue en su tratamiento al error de tipo del de prohibición. Ahora bien, “la diferencia práctica fundamental entre ambas se aprecia en materia de error “evitable”, especialmente cuando el delito no tiene prevista la forma imprudente. Mientras que para la tesis estricta, el autor, aún cuando se le imponga una

⁸⁶ Conf. Righi, Esteban “La regulación del error de prohibición en el derecho argentino” que en este punto cita a Kaumann, *El Código Penal argentino: art. 35, inc. 1° y el error de prohibición. Jornadas Internacionales de Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, 1973, ps.206 y ss; Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito cit.*, p.76; *Derecho Penal. Parte General cit.*, p.435; Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1982, IV-183y ss; *derecho Penal. Parte General cit.*, ps. 692 y ss; Sancinetti, *error, dolo, y culpabilidad ¿un problema de lege lata? en Nuevo Pensamiento Penal*, Año 10, N°11, Buenos Aires, 1976, ps. 267 y ss., Righi-Fernández, *Derecho Penal cit.*p. 237.-

⁸⁷ Conf. Muñoz Conde, Francisco, “El error en derecho penal” *Colección Autores de Derecho Penal*, dirigida por Edgardo Alberto Donna. Rubinzal-Culzoni. Editores, p. 34.

pena atenuada, debe ser castigado, para la teoría restringida el hecho quedaría impune”⁸⁸. Por lo que la sistemática utilizada para los partidarios de esta doctrina es similar a la de los “elementos negativos del tipo”, quienes entienden que un error sobre un presupuesto objetivo de una causal de justificación, es un error que recae sobre el aspecto negativo del tipo, un error de hecho, y como tal, debe ser tratado como un error de tipo⁸⁹.

Para Fontán Balestra, “el supuesto más característico de error de prohibición es la creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, sea porque el autor desconoce la norma jurídica, o bien porque la conoce mal, acotando que no cualquier error sobre la prohibición excluye la culpabilidad, debido a que para que la ignorancia o el error de prohibición operen como causal de impunidad, no tienen que haberle sido exigibles al autor de acuerdo a sus pautas culturales, personales y sociales. Enseguida se deja ver -añade el autor- que resulta prácticamente imposible alegar que no se sabía que el hurto o el homicidio son hechos delictivos, en tanto que parece razonable que el jujeño que desde chico se ha dado al “coqueo” se lo reputa inculpa desde que, por su educación, condiciones de vida, y costumbres, debió considerar conforme a derecho y no antijurídico, el hecho de mascar coca”⁹⁰.

Completando esta idea, Hans Heinrich Jescheck nos dice que “configura error de prohibición no sólo la creencia positiva de que el hecho está permitido, sino también la falta de representación de la valoración jurídica del hecho”, y expresa que “si falta al autor en la comisión del hecho el conocimiento de que actúa jurídicamente, obrará sin culpabilidad”⁹¹.

A su vez, para Zaffaroni, hablar de evitabilidad o inevitabilidad del error es lo que en doctrina se conoce como vencibilidad o invencibilidad del mismo. “El que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder conocer la antijuridicidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que ésta conciencia sobre la antijuridicidad es diferente a la conciencia general exigida para la culpabilidad, ya que ésta última se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuridicidad”. Al analizar el artículo 34, inciso

⁸⁸ Ver Javier Esteban de la Fuente “Error sobre los presupuestos objetivos de justificación”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. Pág. Web www.juridicas.unam.mx

⁸⁹ Teoría que sería relevante en el caso de que se estudiara el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, que no es materia del presente trabajo.

⁹⁰ Fontán Balestra, “Derecho penal, Introducción y Parte General, undécima edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, Ed. Abeledo Perrot, p. 389 y ss.

⁹¹ Cfe. “Tratado de Derecho Penal.Parte General”, trd. De Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, volumen 1, p. 627, Ed. Bosch, Barcelona).

1º, entiende dicho autor que el mismo no elimina la culpabilidad, al exigir que el error eximente sea no imputable, e interpreta que además que la vencibilidad o invencibilidad del mismo son el límite del error exculpante⁹².

Como la culpabilidad no se funda en conocimiento efectivo sino en la mera posibilidad, se adhiere a la teoría de la culpabilidad, seguida por Welzel⁹³.

El error evitable tiene lugar cuando el autor obra pensando en una posible prohibición, existiendo una alta posibilidad de que su conducta esté repudiada por una norma. Se analiza así la capacidad del autor, o sea no ya el error en sí mismo, sino la posibilidad de comprender mínimamente la conducta delictiva; el grado de reproche y la razón del mismo. O sea, si el autor tuvo motivos como para caer en un margen de “duda” respecto de su comportamiento, o también, es aquél cuya superación puede exigírsele al autor y por consiguiente, es el error reprochable a éste.⁹⁴

Lo difícil en la doctrina y en la práctica es establecer cuándo el error es de una u otra clase, pero como no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible el error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto. Y como invencible, por el contrario, el que no le fue exigible superar dadas las circunstancias en que se desarrolló el hecho o las personales condiciones del agente. A un hombre de cultura media, física y psíquicamente sano, por ejemplo, le es exigible motivarse en la norma (por haberla comprendido), por lo que no se puede alegar la inevitabilidad en supuestos en que se lesionan normas sociales elementales, consistente en la mayoría de delitos contemplados en nuestro ordenamiento penal, tales como el homicidio, las lesiones o el abuso sexual.

A criterio de Marcelo A. Sancinetti, para resolver el problema, habría que optar entre dos posibilidades: o se está a favor de un derecho penal de culpabilidad, en el cual el agente solo responda en la medida de su capacidad de comportarse conforme a una comprensión posible de contrariedad al derecho, o se prescinde de él, y se consiente –en respeto a una decisión tal

⁹¹ Cfe. “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, trd. De Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, volumen I, p. 627, Ed. Bosch, Barcelona).

⁹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, ED Ediar, Ed 2000, p. 694

⁹³ Welzel, Ob. Cit. pág. 194.

⁹⁴ Zaffaroni, Eugenio, Ob. Cit. pág. 694.

vez no consciente del legislador– en la punibilidad del inocente. Concluyendo este autor, en decidirse a favor de un derecho penal rigido por un principio de culpabilidad de naturaleza constitucional (art. 18, CN), cuya vigencia y contenido no queden sujetos a normas de jerarquía inferior⁹⁵.

Al respecto, Mayer, citado por Basílico, refiere que “La afirmación de que la ley se dirige al pueblo se enfrenta con la indiscutida verdad de que el pueblo sólo conoce las normas jurídicas... Que algunos sepan algo del Derecho no desmiente el hecho de que la gran mayoría no lo conoce. Por cierto, cualquiera sabe que está prohibido perjudicar el cuerpo, la vida, la libertad y la honra del prójimo; para todos es conocido que se deben observar obligaciones de toda clase; pero éste conocimiento no es oriundo de la ley, sino desde la educación que cada uno recibe en la escuela, hogar, la profesión y el trato con los demás; en la tradición cultural es donde se funda el conocimiento de los mandatos y las prohibiciones que conforman el Derecho”⁹⁶.

Trasladados estos conceptos al ámbito penal, si bien el conocimiento resulta una condicio sine qua non para la validez real de las normas, la fuerza motivadora del Derecho positivo estriba en el hecho de ser reconocido como tal. Ello, sin duda, está relacionado con la capacidad de culpabilidad –imputabilidad– y el conocimiento de la antijuridicidad “...el conocimiento de la antijuridicidad como el resto de los elementos subjetivos de la teoría del delito, requiere de quien evalúa (el juez) una valoración de los componentes psicológicos y sociales que inciden en el actuar del individuo”⁹⁷.

Además, se debe tener en cuenta lo señalado por Jescheck, quien refirió que “...también la actitud interna del sujeto debe valorarse según las normas de la ética social (por ejemplo: actitud negativa respecto del bien jurídico protegido). Todas estas valoraciones deben ser hechas conforme a la conciencia valorativa de la comunidad y no conforme a las ideas morales del juez o de una doctrina o tendencia filosófica determinada”⁹⁸.

Dicho lo precedente y volviendo al caso analizado, se debe examinar has-

⁹⁵ Conf. Sancinetti, Marcelo A. “*Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*”. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 1990, p. 33/34.

⁹⁶ Mayer, Max E., “*Normas jurídicas y normas de cultura*”, 2000, Ed. Hammurabi, p.45, citado por Basílico, Ricardo A. “*Norma y error en el derecho Penal. La cuestión de la diversidad cultural*”, 2004, Ed. Mediterránea, ps. 20/21.

⁹⁷ Basílico, Ricardo A. “*Norma y error en el Derecho Penal. La cuestión de la diversidad cultural*”, cit., p.25.

⁹⁸ Jescheck, Hans H. “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”. T.II, ed. Bosch, Barcelona, p.1209.

ta qué punto la instrucción, el nivel de vida, la cultura son factores que pueden incidir sobre el conocimiento o desconocimiento de las normas penales. En ese marco, la imputada había referido que “Jamás creyó estar haciendo un mal a su hija y, menos aún, cometer un delito. Sólo transmitía lo que recibió, y en ese sentido el ejercicio de la prostitución la llevó a tener cinco hijos que debió anotar con su propio apellido, y sirvió para alimentarlos y darles vivienda”.

Sin perjuicio de ello, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error.

Por lo que debe partirse del análisis del caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación a la situación de quien podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivos y objetivos, para luego valorar la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se realiza mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

Es decir, se debe encarar la problemática como una cuestión probatoria que se puede expresar en el siguiente esquema planteado por Bacigalupo:

1- El acusado alega haber desconocido la antijuridicidad de su acción (ignoraba que era delito) y el Tribunal estima creíbles sus dichos.

2- ¿Pudo evitar el autor su error de prohibición?

a) ¿Tuvo razones para pensar en la antijuridicidad?

Las tuvo:

-si tuvo dudas sobre la antijuridicidad

-si sabía que producía un daño a otro o a la sociedad

-si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales

3- ¿Tuvo posibilidad de despejar el error?

Las tuvo:

-si pudo despejar el error mediante autoreflexión

-si pudo acudir a una fuente fiable de información jurídica que hubiera podido dar una respuesta adecuada a la cuestión jurídica planteada⁹⁹.

Ahora bien, si tomamos la postura adoptada por el 2º votante, ordinariamente el error de comprensión del culturalmente condicionado es un error de prohibición, que exime de toda responsabilidad al agente. Sin embargo,

en el caso analizado, no podemos referir que la imputada se encontraba culturalmente condicionada.

Al respecto, Castillo Dávila, siguiendo a Muñoz Conde, dice “la norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que este puede conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones, porque si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad”¹⁰⁰.

De allí que en el supuesto analizado, no nos encontramos frente a un error de prohibición invencible culturalmente condicionado, como podría ocurrir en el caso de los indígenas, el refugiado o el extranjero, por ejemplo, toda vez que los hechos se desarrollaron dentro de la comunidad a la que la encausada formaba parte¹⁰¹.

Sobre el punto, y de acuerdo al análisis efectuado para ese caso concreto, Rubén E. Figari¹⁰² nos dice “los hechos no se habían desarrollado en una comunidad alejada o que no tuvieran contacto con los pormenores de la vida cotidiana a la que tiene acceso todo ciudadano, ya que no se trata de un caso donde la formación de dudas era materialmente imposible, ni la mujer poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho. Si bien podría contemplarse como un hipotético error de prohibición invencible si la circunstancia se hubiera desarrollado en un medio rural alejado de la contingencia citadina, donde quizás y no sé hasta dónde, hay una predominancia de uniones precoces, desconocimiento de las verdaderas edades, habitual entrega sexual de menores, ello no resulta atendible en una sociedad urbana con acceso normal a la masiva comunicación social, no obstante las circunstancias que rodeaban a la acusada”.

Ahora bien, cabe resaltar que para que el agente alegue el error de prohibición, debe conocer que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento legal; esto es, que su accionar se encuentra jurídicamente

¹⁰⁰ Castillo Dávila; William Paco. “Teoría General del Hecho Punible. 1º edición. Imprenta Gráfica D’ Ayanis. Lima 2000, p. 414.

¹⁰¹ En ese sentido se pronunció la Corte de Justicia de Salta, 29/9/2006, “C/C.R.J.F –rec. de casación” haciendo lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, considerando que la situación investigada cobra especial trascendencia en tanto los arts. 75 inc. 17 CN y 15 Const. Prov. que garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta..”.

¹⁰² “La prostitución dinástica como factor de error de prohibición”.

⁹⁹ Conf. Bagigalupo, Enrique, ob. cit., p.151/152.

prohibido. No es necesaria en este caso la conciencia estricta del precepto prohibitivo, siendo suficiente que cuente con el conocimiento que tiene el hombre medio.

Por lo que la cuestión queda ceñida a establecer cuándo el causante que no tuvo una conciencia actual de la antijuridicidad, hubiera podido tenerla o dicho de otro modo, se debe tratar de determinar cuándo el autor hubiera sido capaz de alcanzar el estado de conocimiento, de representación, de conciencia, que antes no tenía.

Bacigalupo, parafraseando a Rudolphi, expresó “La evitabilidad de un error de prohibición se identifica con la conciencia potencial de la antijuridicidad, con la capacidad del autor de adquirir el conocimiento de la antijuridicidad que presupone la formulación de un reproche de culpabilidad sin reducción”¹⁰³. Ya al autor citado le llamó la atención que en la doctrina española la determinación de estos extremos no había merecido un tratamiento especial, a pesar de encontrarse expresamente regulado el error de prohibición dentro de su normativa penal (art. 6 bis a) del CP español). Así, dijo que la cuestión de la capacidad del autor concreto no es, en principio, un problema para la decisión sobre la evitabilidad del error de prohibición, toda vez que no se debía atender a la capacidad del autor en el momento concreto, sino a las “posibilidades de eficacia de la norma de determinación en el proceso de motivación del ciudadano medio”¹⁰⁴. Agrega que “este punto de vista nos lleva a problemas insolubles porque recurriendo como criterio al poder haber conocido el término medio, se llega prácticamente a la exclusión de toda inevitabilidad”.

Agrega que “en un sistema en el que el derecho penal es escrito y público, el término medio tendrá siempre –en abstracto– la posibilidad de haber conocido el derecho”¹⁰⁵. Asimismo, refiere que “esta teoría que entiende la evitabilidad como infracción de un deber requiere afirmar la existencia de un deber general de conocer el derecho, pero que este camino pareciera no tener salida en una teoría de las normas, porque de esta manera, el problema se volvería a plantear respecto del conocimiento de ese deber de conocer el derecho y ello requeriría otro nuevo deber de conocer el derecho, y así ad

¹⁰³ Conf. Bacigalupo, Enrique “La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición” en el libro “El Derecho Penal Hoy”. Julio B. Maier y Alberto M. Binder (comps). Editores del Puerto S.R.L Buenos Aires 1995. Pág. 133/153.

¹⁰⁴ Loc. cit., pág 139, citando a Horn, *Verbotsirrtum und vorwerfbarkeit*, 1969, pag.70 y siguientes.

¹⁰⁵ Loc. cit. p. 140, mencionando en esta dirección: Roxin, *Strafrecht, AT, I*, 1992, p. 597; agregando que esta tendencia se percibe en algunas sentencias del Tribunal Supremo.

infinutum”¹⁰⁶. Precisa, citando a Hardwig, que “nadie podría invocar el desconocimiento” del deber “de conocer sus deberes”, pues –dice– tanto el deber infringido sin conocimiento como el de conocerlo “se deducen directamente del sentido de una vida en común ordenada”¹⁰⁷.

Menciona otros autores españoles, quienes ofrecen distintas respuestas: Gómez Benítez estima que el juicio sobre la evitabilidad del error debe ser objetivo: “teniendo en cuenta la situación concreta del sujeto, cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado – antes de actuar típicamente– una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario al derecho del hecho; sin embargo, este criterio no coincide con el que mide si una conducta ha sido imprudente”¹⁰⁸.

Asimismo, agrega que Octavio de Toledo/Huerta vincula la cuestión de la evitabilidad con la capacidad del autor. De acuerdo con ese punto de vista, “el error evitable de prohibición podría definirse como aquella situación en la que el sujeto, hallándose en condiciones de conocer –al menos potencialmente– el carácter antijurídico de su conducta, no lo ha conocido; sin embargo, por causas a él achacables (descuido, indiferencia, desidia, precipitación, entre otros), es decir, por cuestiones subjetivas.

A su vez, el “error inevitable de prohibición será aquella hipótesis en la que el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo porque no se encontraba en condiciones de captarlo ni siquiera potencialmente”¹⁰⁹. Indica que esta formulación no es incorrecta, pero que probablemente no permitiría diferenciar adecuadamente entre el problema de la inevitabilidad y el de la inimputabilidad, porque si se vincula la primera con el “acceso a la motivación” sin más, es indudable que se superpondrá con la cuestión de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en sentido estricto¹¹⁰. Este autor refiere como fundamental la necesidad de una diferenciación más rigurosa de los presupuestos de evitabilidad y de la capacidad de

¹⁰⁶ Loc. cit. p.14^o, citando a Kaufmann, A. *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 144 y ss; Fest. F. Eb, Schmidt, 1961, p. 330. “El error de prohibición sólo sería culpable, se hubiera infringido un deber de comprobación de la antijuridicidad. Si el autor no tuvo conocimiento de este deber de comprobar la existencia del deber, aquél ha sido infringido, continuando así “la cadena de infracciones”. Coinciden en este punto de vista: Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 195 y ss; Horn, loc. cit. pp. 76 y siguiente.

¹⁰⁷ Loc. cit. p. 140.

¹⁰⁸ Loc. cit. p. 141.

¹⁰⁹ Loc. cit. p. 141

¹¹⁰ Loc. cit. p. 142

culpabilidad, toda vez que la inevitabilidad del error constituye un problema diferenciado, en la medida en que se presenta cuando el autor del hecho típico y antijurídico tiene, además, capacidad de comprender la norma y de obrar según esta comprensión, es decir, cuando es imputable y se encuentra, por lo tanto, en condiciones psíquicas de captar el sentido de la norma y de motivarse por ella¹¹¹.

Resulta interesante, el planteo en la doctrina alemana que efectúa Frisch¹¹² al decir que el verdadero problema consiste en la concreción de la norma, que es un descripción de la misma en dirección al universo mental y de experiencia del autor. Se trata de determinar cuáles son las circunstancias cuyo conocimiento por el autor da lugar a lo que el ordenamiento jurídico espera del individuo dispuesto a esforzarse en la evitación de lesiones de bienes jurídicos.

Por su parte, Roxin, al mencionar el objeto de la conciencia de la antijuridicidad, dice que “la conciencia de contravenir normas sociales o éticas supone a lo sumo un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no en este mismo conocimiento. Además, las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes en una sociedad pluralista que el Derecho no puede exigir la orientación incondicional por ellas, sino que por regla general sólo puede formular el reproche íntegro de culpabilidad cuando el sujeto desatiende conscientemente prohibiciones y mandatos jurídicos. No obstante, la confianza de la dañosidad social o del carácter de cualquier otro modo disvalioso de la propia conducta es un indicio de vencibilidad de un error de prohibición y en casos extremos puede conducir a la negación de cualquier atenuación de culpabilidad”¹¹³.

Por lo que sobre esta materia, la doctrina alemana concluye que el autor para acreditar la inevitabilidad del error, debía concentrar su conciencia en una medida que le fuera exigible o, en su caso, estaba obligado a eliminar eventuales dudas mediante el razonamiento o la investigación.

La medida de lo exigible debía ser “deducida de las circunstancias del caso y del círculo de vida y profesión de cada cual”. Posteriormente, por las di-

¹¹¹ *Loc. cit.* p. 142

¹¹² *Conf. Wolfgang Frisch “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”. En el libro “El error en derecho penal”. Editorial Ad hoc. Buenos Aires. Primera Edición: abril 1999, p.77.*

¹¹³ *Conf. Claus Roxin, “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito. Primera edición, editorial Civitas, 1997, p. 866/867).*

ficultades surgidas en la aplicación de dicha fórmula, se arribó a la conclusión de que “por concentración de la conciencia” se entiende la obligación del autor de “aplicar todas sus fuerzas espirituales cognoscitivas y todas sus representaciones valorativas éticas, cuando se trata de formarse un juicio acerca de la adecuación a derecho en su comportamiento”, tarea en la cual es exigible al autor que aún contra su convicción afirme aquellas representaciones valorativas de su entorno. También precisó que un juicio acerca de la medida procedente de la concentración de la conciencia y del conocimiento, solo se puede formar con consideración de los datos, aptitudes y apreciaciones precisamente del autor¹¹⁴.

En lo que hace al “motivo” para cerciorarse: Roxin distingue tres grupos: cuando al propio sujeto espontáneamente o por indicaciones de terceros, propia reflexión o por lecturas especializadas, le han surgido dudas; cuando el sujeto no tiene dudas, pero sabe que se mueve en un sector que está sujeto en particular a regulación jurídica específica; y cuando el sujeto es consciente de que su conducta perjudica a particulares o a la colectividad. El primer caso es el de duda sobre el injusto (sobre la antijuridicidad de la conducta). Cuando el sujeto no convierte las dudas en motivo de ulteriores indagaciones, no existirá por regla general un error de prohibición vencible, sino un caso de conciencia eventual de la antijuridicidad, al que no obstante se han de aplicar analógicamente las reglas del error de prohibición, a condición de que sea irresoluble. Solo existe aquí un auténtico error de prohibición cuando el sujeto reprime y no se toma en serio sus dudas sobre el injusto, de modo que confía negligentemente en la conformidad a Derecho de su conducta, siendo tal error vencible. También es vencible por regla general un error de prohibición cuando el sujeto no se esfuerza en alcanzar los conocimientos jurídicos necesarios, pese a que sabe que el sector en el que pretende actuar está sujeto a una regulación específica. Finalmente, un error de prohibición es vencible cuando el sujeto es consciente de que perjudica a otros o a la colectividad. Se lo formula diciendo que la infracción de normas sociales elementales” o del “orden moral” hace vencible un error de prohibición.

Añade que cuando no existe ninguno de los tres motivos, se habrá de apreciar un error de prohibición invencible a favor del sujeto que no ha conocido el injusto de su conducta¹¹⁴.

¹¹⁴ *Conf. Reinhart Maurach, Heinz Zipt, “Derecho Penal. Parte General”. 7ª. Ed. Trd. De Jorge Bofill Genzsch y Enrique Almone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, T.I, p. 645.*

¹¹⁵ *Conf. Roxin, ob. cit. p. 885, /887*

Según Welzel, “la posibilidad concreta de autodeterminación conforme a sentido a favor de la conducta jurídica es el elemento más importante de la reprochabilidad, al cual están subordinados los elementos intelectuales. Puesto que el contenido de la reprochabilidad consiste precisamente en que el autor debía y podía adoptar una resolución de voluntad conforme con el derecho en lugar de su resolución de voluntad antijurídica: en general, el derecho exige al autor imputable, que puede conocer la antijuridicidad de su decisión, que adopte su resolución de voluntad de acuerdo con este posible conocimiento. Hay situaciones, sin embargo, en que no se exige una conducta conforme con el derecho, ni siquiera al autor imputable que actúa con plena conciencia de la antijuridicidad. El derecho tiene que limitar, sin duda, mucho estas situaciones, en interés de la vigencia de sus normas”¹¹⁶.

Queda por resolver el tema de los efectos jurídicos del error de prohibición en el caso concreto. Sabemos que si el error de prohibición es inevitable debe excluirse la culpabilidad del autor y por lo tanto no corresponde imponer una pena. En cambio, el error de prohibición evitable, únicamente produce una reducción de la culpabilidad y de la pena y se discute si esta reducción debe ser obligatoria o meramente facultativa. Sin embargo, no existe consenso en el repertorio jurídico respecto de la forma en que será practicada la reducción de pena en el caso del error de prohibición vencible.

1.- Para algunos autores (Zaffaroni, Sloker, Alagia), la pena debe atenuarse teniendo en cuenta los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del CP.

2.- Otra postura considera que se debe buscar un sistema de atenuación que imponga una pena por debajo del mínimo legal. En este sentido, Bacigalupo entiende que en el caso concreto de error de prohibición evitable la pena debe atenuarse conforme lo dispuesto en el art. 35 del C.P (aplicación de la pena prevista para el delito por culpa o imprudencia). Si en el delito imputado no se encuentra tipificada la forma imprudente, “La atenuación deberá practicarla el juez, dentro de la escala penal del delito doloso y teniendo en cuenta las proposiciones que, en general, guarda el legislador en estas escalas respecto de las más leves y en especial las del art. 44 del C. Penal”¹¹⁷.

3.- Se considera acertada la opinión formulada por Javier de la Fuente, quien expresa que “como consecuencia de la ausencia de una regulación

¹¹⁶ Conf. Welzel Hans, *ob. cit.* p. 193/194.

¹¹⁷ Conf. Bacigalupo, Enrique, *op.cit.*, nota 56, p-101; misma posición Donna Edgardo, *op. cit.*, nota 5, p-283.

legal sobre el error de prohibición en nuestro sistema penal, no es obligatorio ajustarse estrictamente a alguna de estas soluciones, sino que el juez debe aplicar, en el caso concreto, la pena que se ajuste al verdadero contenido de culpabilidad del autor...” “...cuando el error es grosero y más bien demuestra un absoluto desprecio por las normas, puede que ni siquiera resulte adecuada la reducción de la pena. Fuera de estos casos, la solución debe atenuarse dentro de la misma escala penal o buscando algún mecanismo que permita una mayor disminución –el art. 35 para los casos en que se encuentra prevista la forma imprudente o la escala de la tentativa o de la complicidad secundaria para el resto de los supuestos –si la naturaleza del caso así lo exige”¹¹⁸.

En contraste, Donna dice que “esta solución no parece la más acertada, pues en rigor de verdad se deja librado el problema a la discreción del juez y se le otorgan demasiadas facultades, lo que, sin duda, aumenta el riesgo de arbitrariedad”¹¹⁹.

En cuanto a la penalidad, en el fallo analizado, la sentencia de primera instancia le impuso a la acusada la pena mínima de la escala penal -diez años de prisión-. En segunda instancia, al entender que existió un error invencible, por mayoría se decidió su absolución. En tanto que el voto disidente consideró aplicables al caso las previsiones del art. 41 del CP. Pero encontrando a su vez desproporcionado el mínimo legal de acuerdo a las constancias de la causa, aplicó una reducción a 5 años, del mínimo legal de 10 años que prevé la normativa.

Ahora bien, el error sobre la ilicitud de la conducta puede ser vencible, aunque en el momento de la realización de la acción u omisión el sujeto no pudiera ya superarlo, si con anterioridad no había adquirido los conocimientos jurídicos imprescindibles para el desarrollo de esa actividad social (el ejercicio de un oficio), sin que ello implique un recurso a la culpabilidad por conducta de vida.

En el marco de la culpabilidad por el hecho, para determinar si una acción u omisión típica y antijurídica le era reprochable o en qué medida le era exigible al sujeto, hay que tener en cuenta no solo los elementos objetivos o subjetivos de la conducta realizada, sino también todas las circunstancias

¹¹⁸ Conf. De la Fuente, Javier, “Error sobre los presupuestos objetivos de justificación”. Extraído de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹¹⁹ Ver Donna Edgardo, Alberto, “Derecho Penal.Parte General, Tomo IV Teoría General del delito-III Rubinzal-Culzoni Editors, Buenos Aires, 2009, p. 336.

en que se llevó a cabo y las que concurrían en el delincuente. En lo que a este respecta, hay que tener en cuenta todos los aspectos de su vida- el medio social del que procede, si pudo o no recibir una educación adecuada, si pudo o no conseguir trabajo, sus posibles antecedentes penales... y su personalidad¹²⁰. No es que el objeto del juicio de reproche sea la vida del delincuente (culpabilidad por conducta de vida) o su carácter, sino que estos datos resultan relevantes para determinar si su acción u omisión típica y antijurídica le era o no reprochable y, en su caso, en qué medida.

Por lo tanto, cabe señalar que el hombre al delinquir puede estar motivado por una serie de causas relativas a estados o situaciones que surgen de su vivencia en la comunidad social.

Además, y para apuntalar la validez de la reprochabilidad penal en la conciencia cultural de lo antijurídico, se debe mencionar que en la formulación de las leyes, como hecho sociológico, no escapan a las valoraciones culturales¹²¹. En buena medida son estas valoraciones culturales las que sirven de base para seleccionar qué comportamientos serán inadmisibles y por lo tanto sancionables en el ordenamiento jurídico operante. En este sentido, Binder señala: “El derecho penal es uno de los sectores más sensible a las valoraciones. Tanto en la creación de los delitos como en el funcionamiento concreto de todo el sistema penal, las valoraciones sociales cumplen un papel bastante fácil de detectar...en la misma base del derecho se encuentran “los procesos de selección”...este proceso de selección se funda en razones políticas, culturales, sociales, en puras valoraciones... esta selectividad fáctica del sistema penal se manifiesta en las orientaciones preferentes del poder penal, hacia ciertos delitos, hacia ciertos sectores, hacia ciertos métodos... Esas valoraciones, tanto sociales como individuales, no se producen en un ‘vacío social’. Al contrario, ellas son el resultado de una determinada cultura”¹²².

En este sentido, al finalizar la década de los 50, el antropólogo norteamericano Oscar Lewis publicó su obra “Antropología de la pobreza”¹²³, donde analizó la llamada “cultura de la pobreza” y manifestó que la misma radica

¹²⁰ A las circunstancias personales se remite expresamente la regla 6° del art. 66, de medición de la pena, del Código Penal español.

¹²¹ conf. “En realidad todo el derecho Penal no sólo es sensible sino que es producto de las valoraciones sociales. Tan es así que ha sido un tema recurrente de los juristas el buscar incorporar la dimensión valorativa dentro de las concepciones científicas del Derecho...Nota al pie de Binder Alberto, *Proceso Penal y Diversidad Cultural*, p.1, INECIP, 1992.

¹²² conf. Binder, Alberto, *Proceso Penal y Diversidad Cultural*, p. 1 a 3, INECIP, Buenos Aires, 1992.

¹²³ Lewis, Oscar. “*Antropología de la pobreza*”, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

no solo en la privación económica, sino también en una especial capacidad creativa que provee adaptaciones a los desposeídos frente a su posición marginal. Muchas de las particularidades subculturales de estas poblaciones, pueden considerarse como tentativas de solucionar localmente problemas que las instituciones de la sociedad global no resuelven, y es este aislamiento relativo una de las características más importantes que influyen en la conservación de la cultura de la pobreza.

A modo de ilustración resultan interesantes las conclusiones a que se llegó por medio de una investigación de campo desarrollada por un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, donde un sustancial porcentaje de los encuestados, mayores de edad íntimamente, no consideran ni comprenden como ilícitas, algunas conductas que se encuentran formalmente tipificadas como delictivas en los textos susceptibles de serles aplicados. Así, un 67% de los encuestados ignora que mantener relaciones sexuales con una persona menor de 15 años, aún en caso de que esta hubiera prestado su total consentimiento, configura el delito de violación “ope legis” al presumirse violencia y el 94 % de los mismos encuestados –en virtud de las pautas de su propio grupo cultural– no puede comprender que haya un ilícito en tal conducta, ya que en su ambiente constituye un imperativo subcultural categórico, el hecho de que las jóvenes se relacionen sexualmente a partir de los 12 años y con cierta vocación de estabilidad. De la misma encuesta resulta que el 82 % de las personas interrogadas al azar en esos mismos barrios manifiesta que no comprende la razón por la cual el contrabando y la ulterior comercialización de los productos así ingresados al país son considerados actividades delictivas en los códigos, cuando para ellos son un simple medio de vida que cuenta, por lo demás, con cierta aquiescencia de los terceros¹²⁴.

En función de ello, llama la atención que tanto en doctrina como en los pronunciamientos jurisprudenciales, en general, no se analiza el problema del conocimiento de la antijuridicidad del hecho ilícito sino que directamente se resuelve el tema de la vencibilidad del error; cuando en realidad el verdadero problema práctico reside en poder determinar el conocimiento o la ignorancia del autor.

Ello puede obedecer a que en circunstancias normales, la propia realización del hecho ilícito comporta la conciencia de la antijuridicidad del mis-

¹²⁴ Encuesta extraída del trabajo efectuado por Cervini, Raúl “*Acerca del principio del respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica*” Profesor Asistente de Derecho Penal (Uruguay).

mo. En este orden de ideas, se exige, generalmente, que sea el imputado quien presente los elementos probatorios que lleven a establecer que actuó en error de prohibición¹²⁵.

Resulta oportuno señalar asimismo que –como es sabido– existe una imposibilidad material y también jurídica de probar directamente el “estado de la mente” del acusado, que tuvo conciencia de la antijuridicidad del hecho investigado. Tal situación obliga a acudir a vías indirectas, a través de la denominada prueba de indicios en base a la cual el juez, a través de la sana crítica racional, pueda llegar al convencimiento de un determinado estado de conciencia del procesado.

Teniendo en cuenta que en nuestro sistema legal no se encuentra regulado expresamente el error de prohibición, es necesario mencionar qué elementos o indicios se deben tener en cuenta para establecer o rechazar su existencia.

En primer lugar, la naturaleza del ilícito, de acuerdo con la clase de un delito que sea más propenso a admitir la posibilidad de un error. Para ello se toman criterios como la ilicitud notoria y evidente de un delito, en el sentido de su conocimiento generalizado y desligado de la situación concreta. Se trata de efectuar una comparación entre la situación jurídica real y la situación jurídica supuestamente imaginada por el autor.

En el caso analizado, es cierto que el delito resulta complejo, toda vez que lo que se castiga es el facilitamiento o promoción de la prostitución, con la salvedad que la prostitución en sí misma resulta ser solo una contravención no susceptible de castigo, por lo que aquella conducta punible no constituye un delito de los llamados naturales (matar, violar, robar), tratándose, por ende, de un delito que, conforme los criminólogos italianos de la Escuela Positiva, se trataba de delitos de creación política del Estado.

En segundo lugar, corresponde atender a las circunstancias objetivas del hecho en concreto, por la forma en que se presentó el mismo, si fue posible su realización sin conocimiento de su antijuridicidad.

Según se vio, las actuaciones tuvieron origen en un hecho de violencia fa-

¹²⁵ La defensa en el caso analizado había planteado la nulidad y califica de complejo el caso por los siguientes motivos: 1) el vínculo existente entre las protagonistas; 2) el tiempo transcurrido desde el inicio de los hechos; 3) el modo y oportunidad en que los mismos surgen a la luz; 4) el déficit intelectual, la pobreza de estímulos, la indigencia, promiscuidad y el contexto socio cultural de los personajes de esta historia. A su entender, este es uno de los casos en los cuales, decida lo que se decida (absolución o condena), parece que se comete una injusticia.

miliar, sin que mediara denuncia por el delito en concreto de promoción y facilitación de la prostitución.

Por último, las condiciones personales del agente, las cualidades específicas del sujeto, en especial su naturaleza cultural y profesional, constituyen circunstancias que es preciso valorar para determinar en justicia la verosimilitud del error.

Sobre el punto, se analizó la especial situación de la imputada, de escasa educación, con instrucción secundaria incompleta, que percibe un Plan trabajar, con varios hijos a su cargo; y su relato al mencionar que: “...antes, debido a las necesidades alimentarias, se vio exigida a que las dosuviésemos que ofrecernos sexualmente a cambio de dinero. Además como ella lo hacía desde siempre, no lo veía mal a esto, sino como una forma normal de ganarse la vida porque desde chica no sabía hacer otra cosa. En realidad lo que hacíamos no nos parecía mal”.

Como se puede apreciar, en el ámbito del proceso penal resulta muy difícil poder diferenciar qué criterios son válidos para determinar la existencia del error de prohibición y los utilizados para establecer la vencibilidad del mismo; máxime si se tiene en cuenta que en la práctica la defensa estaría obligada a probarlo, por lo que se invertiría la carga de la prueba.

En este orden de ideas y para determinar la vencibilidad de un error, se debe examinar si un ciudadano medio estaba en condiciones de no incurrir en el error, si tenía motivos que lo hicieran sospechar sobre la ilicitud de la conducta que iba a desplegar. En este sentido, en muchos casos se han considerado las posibilidades que tuvo el agente de asesoramiento o instrucción¹²⁶.

Así, para determinar la existencia de un error de prohibición se utiliza muchas veces el criterio de la ilicitud notoria, cuando de manera natural o elemental se deba conocer sobre la ilicitud de determinada conducta, partiendo de la base de que algunas clases de delitos son notoriamente ilícitos,

¹²⁶ Conf. C. Nac. Crim y Corr. Fed. Sala 2º, “Bianchi, Ángel y otros s/ falsif. de documentos”, rta. el 5/04/1984. En este caso se analizó la conducta del imputado (falsificación de documento público) por sus aptitudes personales, por su experiencia anterior, por las circunstancias en que actuó no podía ignorar las reglas básicas a la que estaba sujeta la expedición de licencias para conducir. Pero aún desconociéndolas en concreto, por su posición social debía conocerlas. En este caso no se presenta un supuesto de inculpabilidad. Dice Welzel: “...Objeto y reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica, esta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción ... más difícil le resulta al autor comportarse de acuerdo a derecho cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía conocerla con un poco más de cuidado. Si hubiese podido conocer lo injusto de su hecho a través de un mayor esfuerzo de conciencia, consultas y otras formas semejantes, le debe ser reprochado aunque en medida menor (vale decir menor pena).”

son conductas que toda persona normalmente socializada sabe –o tendría que saber– que están prohibidos, con lo cual la alegación de cualquier error en esa clase de delitos, no podría llevar a invocar el “error de prohibición” para el caso concreto.

Pero ello en la práctica no resulta tan sencillo de aplicar, toda vez que pareciera como imposible que se alegara que el delito de promoción y facilitación de la prostitución pueda verse amparada por un error de prohibición, cuando concurrieran todos los presupuestos típicos de esa conducta. Sin embargo, en el ejemplo propuesto el ejercicio de la prostitución en sí mismo no es un delito, sino que se trata de una contravención, debiendo resaltar por otra parte que esa conducta había constituido el medio de vida de la imputada. En esa dirección y para dar otro ejemplo, cabe destacar que resulta igualmente intrascendente el desconocimiento que pudiera tener el tratante de personas de su accionar antijurídico, cuando medió el consentimiento de la mujer, desde que en esa clase de delitos dicho consentimiento –como se sabe– resulta irrelevante.

La misma crítica puede hacerse si tomamos como criterio el argumento de la existencia de una reprobación social, cuando se alega la existencia de un reproche ético-social, con la amenaza de que por su automatismo, no sirve para atender las circunstancias concretas que en un caso determinado puedan explicar un error. En este sentido, se podría rechazar la alegación del error de prohibición de la acusada que pretendió escudarse tras una cierta permisividad social de esa actividad. Normalmente, se trata de casos en los que existe un conocimiento general o sospecha de ilicitud, sobre todo por parte de personas que profesionalmente se dedican a tales actividades, todo ello reforzado por otros elementos como la ocultación de la actividad, la existencia de violencias o coacciones¹²⁷.

La jurisprudencia argentina no es unánime a la hora de admitir la existencia de un error de prohibición, adoptando un concepto flexible, teniendo en cuenta ciertos factores como la naturaleza del delito, la condición profesional del sujeto, la jurisprudencia argentina no es unánime a la hora de admitir la existencia de un error de prohibición, adoptando un concepto flexible, teniendo en cuenta ciertos factores como la naturaleza del delito,

¹²⁷ En este sentido, la Cámara rechazó el error de prohibición alegado por el imputado que cometió estupro con las hijas de su concubina. Se dijo allí que se excluye el error de prohibición porque el imputado posee instrucción primaria y residió más de cinco años en esta Capital antes de seducir a sus víctimas, de allí que el prolongado contacto con una sociedad urbana y el acceso normal a los medios de comunicación tornaba imposible el desconocimiento alegado de la norma que subyace tras el tipo penal realizado (conf. Cám. Nac. Crim. Y Corr., sala 1°, c.33005, “Prado, C.”, rta- el 14/4/1988).

la condición profesional del sujeto, la facilidad de cerciorarse de la calificación jurídica de los hechos, entre otros.

Sin embargo, no se puede hacer radicar la “invencibilidad del error de prohibición” en el desconocimiento por parte de la acusada de la norma penal, lo que importa confundir el “error de prohibición”, que constituye una causal excluyente o atenuante de responsabilidad penal, con la “invencibilidad o vencibilidad” del mismo, y, además, dejan de aplicar los parámetros elaborados por doctrina, ya señalados, que se centran en la persona del autor, que se traduce, en concreto, en analizar las características personales de aquel, las posibilidades de su integración en la sociedad, sus condiciones culturales, su sexo, edad, el grado de instrucción o educación, su fortaleza física y rasgos de personalidad.

Al respecto, Donna nos dice que “si bien la culpabilidad es normativa, no hay duda alguna de que tiene sus elementos psicológicos...”. Agrega que “... la culpabilidad por el hecho exige el conocimiento del injusto, que se basa en el conocimiento de la norma...”¹²⁸.

La desaprobación jurídico-penal incluye la punibilidad o amenaza penal para la realización del tipo y es más amplia que la antijuridicidad material del hecho cometido; el conocimiento de la desaprobación debe ser al menos potencial de la gravedad de la especie de amenaza. La capacidad de motivación, según Bacigalupo, requiere que el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico penal del hecho y comportarse de acuerdo a esa comprensión.

Toma de posición

Luego de la ponderación de la totalidad de las teorías anteriormente señaladas y su incidencia en el ámbito penal, se adopta o toma partido por aquella postura que resulta más apropiada para brindar una solución correcta a los distintos problemas que sobre el particular podrían suscitarse.

Así, se entiende que en el caso que fue objeto del juicio penal ya analizado, existió sin duda un error de prohibición. Tal afirmación significa que de manera previa, ya está decidido que hubo en el caso concreto una conducta típica. Igualmente para llegar a esa conclusión, debe haberse verificado anteriormente la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos y también el factor subjetivo: el dolo, expresado por las circunstancias fácti-

¹²⁸ Con. Donna, Edgardo Alberto, ob. cit, p. 314.-

cas y por la voluntad de realizar el hecho. Ello con prescindencia de que la autora haya conocido o no la existencia de la prohibición; lo que constituye un asunto vinculado a la culpabilidad.

En relación a este último aspecto, conforme surge de los antecedentes de la resolución mencionada, no cabe duda que las dificultades materiales que debía afrontar en su mísera vida la imputada y su escasa instrucción autorizan a suponer válidamente que la misma pudo no haber tenido una cabal comprensión del carácter antijurídico del acto, pudo haber ignorado que con su accionar (promoción y facilitación de la prostitución de su hija menor de edad) violaba la ley penal.

Sin embargo, estimo que nadie puede alegar desconocimiento del derecho al cometer un delito y ampararse en esas circunstancias pretendiendo la exclusión de su responsabilidad penal. La conducta antijurídica de la imputada –que por lo demás había pasado de generación en generación– se prolongó en el tiempo, haciendo de la misma su medio de vida, su manera corriente de obtener recursos.

No ignoraba la nombrada que el ejercicio de la prostitución constituye una contravención, aún cuando pudiera no conocer exactamente el alcance o las consecuencias de su accionar punible, en relación a la facilitación y promoción de dicho oficio.

En cuanto al carácter vencible o invencible del error de prohibición, y teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, se considera errónea la postura que ha encuadrado el caso en un supuesto de error de prohibición culturalmente condicionado y, por ende, invencible (como ocurre con los indígenas).

Y esto es así, ya que sin perjuicio del bajo grado de instrucción que poseía la madre y que siempre se mostró indiferente en ese aspecto, debe tenerse en cuenta que la vida de ambas mujeres no transcurría en un paraje desolado y alejado de la civilización, sino que, por el contrario, vivían en un centro urbano, teniendo acceso a todos los medios de comunicación social; por lo cual no es posible afirmar que estemos en presencia de un imputado con exclusión social y cultural absoluta, ya que ha contado con todos los medios existentes en la comunidad para su integración a la misma.

Siendo de ese modo, puede concluirse que en el caso, estamos frente a un error de prohibición vencible, ya que la imputada contaba con todas las

herramientas, condiciones y medios necesarios y suficientes para vencer el error en el cual, supuestamente, se habría encontrado al momento de perpetrar el hecho por el cual fue acusada.

Es cierto que por la mentalidad que poseía la misma, como ya se señalara, no había tenido una absoluta comprensión del carácter injusto del acto, más precisamente de su antijuridicidad. Sin embargo, en atención a las razones antes esgrimidas, sí podía exigírsele la superación de esa falencia, lo que no hizo y por lo tanto su accionar resulta reprochable.

De allí es que la vencibilidad, en este caso, radica precisamente en afirmar que quien intuye la posibilidad de realizar una acción antijurídica, es cuestionable que no haga todo lo posible para conocer la norma jurídica, pero para quien legítimamente no se representa siquiera esa posibilidad, ciertamente, resulta invencible.

Esto es lo que los finalistas llaman conocimiento actual, siendo relevante también analizar lo que ocurre con el conocimiento potencial del autor, es decir, si podía o no podía conocer la prohibición y, en tal sentido, dicho conocimiento aparece como posible, toda vez que dentro del contexto vincular de la acusada ella contaba con antecedentes que le permitieran conocer la circunstancia de que estaba cometiendo un delito, al haber pasado por las mismas vivencias que su hija.

En relación a la penalidad que corresponde en atención a las circunstancias del caso, al no existir una regulación expresa sobre la reducción legal de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, estimo que es el juez quien debe suplir esa laguna legal con base en la sana crítica racional y de acuerdo a los medios probatorios incorporados a la causa e imponer una pena que se ajuste con mesura a la exigencia constitucional de ser adecuada y proporcional para el caso concreto. Esto es precisamente lo que entiendo corresponde efectuar en el caso analizado, vale decir debe aplicarse una pena que guarde un mínimo de proporción de acuerdo a la culpabilidad del agente, teniendo en cuenta el hecho concreto, y las valoraciones que en forma discrecional pero prudente debe realizar el juez ante la falta de una normativa expresa que la regule.

Conclusiones

Teniendo en cuenta la importancia que reviste el estudio del error de prohibición dentro de la moderna teoría del delito, en orden a esclarecer aspectos hasta ahora confusos o carentes de regulación legal, se ha intentado exponer las teorías que dominan preferentemente la actual concepción y análisis del error de prohibición, es decir la teoría del dolo y de la culpabilidad en sus dos modalidades.

Y en tal sentido se tomó una postura y se decidió la aplicación de la que aparecía como la más favorable y acertada, sin desconocer que de la toma de posición en relación a una u otra teoría, derivan soluciones diversas y consecuencias jurídicas distintas.

Fue posible, además, extraer conclusiones importantes del estudio realizado. En primer lugar, la hipótesis planteada quedó demostrada, aunque solo para el caso específico, toda vez que se partió de probar la relación psicológica entre el autor del delito y la norma infringida. Pudo también advertirse, en forma general, cómo la escasa cultura de una persona puede afectar la comprensión de la antijuridicidad de una conducta y en forma específica, se analizó si se dieron las condiciones que permiten invocar un error de prohibición invencible.

Se concluyó asimismo que el error de prohibición no se agota en un mero análisis dogmático, sino que alude a principios y garantías constitucionales fundamentales en un estado de derecho; esto es, el principio de legalidad, de culpabilidad y de igualdad.

Quedó claro además que el error de prohibición tiene lugar, cuando existe un obstáculo que impide al sujeto internalizar la norma. Se trata básicamente de un problema procesal y para poder resolverlo con el mayor grado de certeza posible se debe tener en cuenta el bien jurídico protegido, como así también algunos elementos que configuran la tipicidad del comportamiento, como la insignificancia y la adecuación social del hecho.

Puede agregarse a lo dicho que el defecto se encuentra en el sistema, que no utiliza o no sabe utilizar los medios adecuados para conseguir el acatamiento social al precepto legal respectivo.

Por lo tanto, el juez no puede conformarse con un pronunciamiento general que determine qué conductas naturalmente deben ser conocidas como ilícitos por todos, sino que es preciso establecer en el caso concreto la conciencia

de la antijuridicidad que tuvo o pudo tener el imputado, para arribar así a una solución que resulte en definitiva equitativa y justa.

Referencias bibliográficas

Armaza Galdos, J. (1993) El error de prohibición. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.50, Lima, Perú.

Bacigalupo E. (1973) Tipo y error. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Fac. de Derecho (UBA).

Bacigalupo E. (1985). El Error sobre los Elementos del Tipo y El Error sobre la Antijuridicidad o la Prohibición en comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal Tomo V Vol I, p. 83, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid.

Binder A..M (1997). Política Criminal de la formulación a la praxis. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc.

Calvo Suárez D. G. Error de prohibición. <http://www.espaciosjuridicos.com.ar> Consultado el 31/05/2015.

Cerezo Mi J. (2008). La regulación del error de prohibición en los Códigos Penales Español y Boliviano. Revista Digital de la academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales ISSN N°1999-53777, abril 2008 <http://www.nunezdearco.net>

Donna, E.A. (2009). Teoría General del error. En Derecho penal. Parte General. Tomo IV. Teoría General del Delito III, pp. 219-357. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores.

Fakhouri Gómez, Y. (2009). Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad - Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho Penal. Barcelona. Publicado en InDret Revista para el análisis del derecho <http://www.indret.com>

Figari, E. (2008) La prostitución dinástica como factor de error de prohibición. Publicado en elDial – DCEC0 25/08/2008 www.pensamientopenal.com.ar Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Nova Tesis, año II – N° 10, 2008, p. 128. <http://www.rubenfigari.com.ar/la-prostitucion-dinastica-como-factor-de-error-de-prohibicion>.

Figari,E. (2007). Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Tomo III. Direc-

tores A. D'Alessio y P J. Bertolino.

Fontan B. (S/F). Derecho Penal, Introducción y Parte General. Undécima edición actualizada por G. Ledesma, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

Franco, C.H. (1988) El art. 18 de la Constitución y el error de prohibición. Publicado en: La Ley-B, 351.

Hidalgo L. (2015). La situación del “culturalmente condicionado” frente al derecho penal. Fundación para el estudio y difusión del Derecho Comparado. <http://www.derechocomparado.org/colaboraciones/chungahidalgo>

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal – Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación Traducido por Joaquín Cuello Contreras.2 Edición Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Madrid.

Kalinsky B. (1996). Diversidad sociocultural y formas punitivas del estado. En busca de respuestas antropológicas al sistema jurídico penal en el sur de la Provincia de Neuquén, Argentina. Alteridades, vol. 6, núm. 11, pp. 89-9. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa. Distrito Federal, México. www.uam-antropologia.info

Leguizamón F. y Leguizamón L. Error de prohibición a partir de un caso concreto. <http://www.laley.online.com.ar> Consultado el día 2 de mayo de 2015.

Maier J.B. y Binder A. M. (S/F). La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición. En El Derecho Penal hoy. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L.

Maurach Reinhart- Zipf Heinz. (1995). Derecho Penal – Parte General. Tomo 1 7ma Edición Buenos Aires, p. 19. Editorial Astrea.

Muñoz Conde, F. (2005). El error en Derecho Penal. En Colección Autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna, pag.19-136. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.

Núñez, R. (1960). Derecho Penal Argentino. Buenos Aires. Bibliografía Omeba.

Palacios Dextre, D. O. (2008). Las situaciones putativas de justificación y

ADULTOS MAYORES E INCLUSIÓN JUBILATORIA: La Experiencia Argentina

María Alejandra Laura Guillot

Investigadora formada (UBACYT). Postgrado en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Secretaria “ad-hoc” de la Fiscalía General N°2 ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. Docente de grado de la UBA, PUCA y El Salvador. Docente de postgrado de la UBA. Autora de numerosas publicaciones especializadas en seguridad social.

ADULTOS MAYORES E INCLUSIÓN JUBILATORIA: La Experiencia Argentina

María Alejandra Laura Guillot

Resumen

La inclusión es un nuevo paradigma en el orden, la seguridad social, a tener un impacto positivo en América Latina, que proporciona beneficios para todos (inclusive para las personas que no cumplen los requisitos). Este paso crea un efecto de incentivo importante y reduce los conflictos sociales y las desigualdades. Argentina cuenta con un “Plan de Inclusión Previsional”, un programa de la seguridad social que se extiende la cobertura e incluye adultos mayores vulnerables. Es una herramienta con resultados positivos y sostenibles en el largo plazo. El Ministerio Público tiene un papel proactivo, con la finalidad de defender la legalidad y la sostenibilidad del sistema. Este es el camino a la realización de los derechos humanos, seguridad social integral y la justicia social.

Abstract

Inclusion is a new paradigm in order, for social security, to have a positive impact in Latin America, providing benefits for all (inclusive for the people who do not meet requirements). This step creates an important incentive effect and reduces social conflict and inequalities. Argentina has a “Inclusion Pension Plan”, a program of social security that extends coverage and includes vulnerable older adults. It is a tool with positive results, sustainable in the longer term. Public Prosecutor has a proactive role in order to defend the legality and sustainability of the System. This is the way to realize the human right to comprehensive social security and thus social justice.

La vida no se produce. Hay que aceptarla y acompañarla. Es un misterio que exige respeto y dedicación. Tiene sus propios ciclos y sus tiempos”
(Fray Mamerto Menapace, “Cuentos rodados”).

Introducción

El envejecimiento es un proceso, en la vida de las personas, que trae como consecuencia la disminución de la capacidad física e intelectual y, junto a ello, paulatinamente se presenta una limitación para el desempeño del trabajo así como una restricción de los ingresos percibidos, debida a la reducción o al cese de las tareas.

La seguridad social procura amparar la contingencia de la vejez, dispensando a los adultos mayores una prestación de retiro, que posibilite el bienestar en este tramo de la vida.

En la Argentina, el sistema previsional tiene carácter contributivo¹²⁹ y por ello ofrece protección a aquellas personas que pertenecen al mercado laboral formal. Sin embargo, la realidad socioeconómica da cuenta que, pese a los esfuerzos efectuados desde el Estado, aún persisten sectores informales de trabajo y también personas que la mayor parte o la totalidad de su vida laboral se han desempeñado por fuera del sistema (“en negro”)¹³⁰. La propia heterogeneidad de la informalidad requiere profundizar estrategias que se ajusten a estas características.

La inclusión se logra mediante la ampliación y efectividad del acceso a las prestaciones a fin que todos los integrantes de una comunidad puedan tener, en igualdad de derechos, una eficiente cobertura. Su efectividad se asienta sobre dos pilares básicos, la solidaridad social y la justicia redistributiva, en la dinámica necesidad-cobertura.

La Argentina implementó, a partir de enero de 2005, el Plan de Inclusión

¹²⁹ *El carácter contributivo del sistema trae como consecuencia que las personas accedan a los beneficios de la seguridad social cuando existen aportes y contribuciones de acuerdo a los ingresos obtenidos por su trabajo, que puede ser dependiente o independiente.*

¹³⁰ *Desde el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se reconoció que, si bien el empleo no registrado había disminuido significativamente en los últimos años, aún se encontraba en niveles altos, ya que el 34,2% de los trabajadores asalariados estaba fuera del mercado laboral en el año 2011. Los datos muestran también que, a nivel nacional, más de un tercio de la población que vive en los grandes aglomerados urbanos, tiene un empleo no registrado. Esta situación se hace más grave en el Noroeste y Noroeste del país: Salta, Santiago del Estero, La Rioja, Gran Resistencia, San Miguel de Tucumán; todos ellos con alrededor de un 44% de empleo no registrado (Roca, E., Golbert L. y Lanari M., 2012).*

Previsional –ley 25.994, decreto 1451/2006, resolución de la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) n° 884/2006 y ley 26.970 y normas complementarias– con la finalidad de ampliar los derechos de aquellos sectores más vulnerables de la población que, por décadas, habían sido excluidos de los sistemas de protección social.

En el país, desde el año 1989, existe el fuero federal de la Seguridad Social, con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que comprende dos instancias judiciales, en las que interviene el Ministerio Público Fiscal.

Precisamente el Fiscal desempeña un papel de armonización entre el bien de la comunidad y el bien particular que solo se logra buscando la verdad jurídica objetiva, a la luz de la normativa aplicable y a los principios de la seguridad social, entre los que se encuentran la solidaridad, la igualdad y la justicia social que fundamentan la inclusión¹³¹.

El propósito de este breve trabajo es analizar, en el marco de la seguridad social, la normativa previsional argentina inclusiva de los adultos mayores desde el punto de vista de la ampliación de la cobertura, haciendo referencia a algunas pautas elaboradas a partir de dictámenes que enfatizan la función fiscal en la protección de derechos fundamentales.

Seguridad social e inclusión

La seguridad social ampara al hombre como tal y compromete a la sociedad, con fundamento en la solidaridad humana, en la cobertura de las necesidades derivadas de ciertos eventos –contingencias sociales– mediante el otorgamiento de prestaciones¹³².

El cumplimiento de su objetivo requiere recursos considerables, que se distribuyen en prestaciones y servicios. El mecanismo de redistribución consiste en repartir a cada uno, no en función de su aporte a la sociedad (rentas, salarios, beneficios, intereses), sino conforme a sus necesidades (Guillot, 2013).

¹³¹ *Se debe fomentar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, teniendo en cuenta que en este grupo se encuentran los adultos mayores, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres solas a cargo de hogares, etc., especialmente si se trata de personas en situación de pobreza o indigencia o viven en zonas aisladas del interior del país*

¹³² *Cabe recordar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó en 1952 el Convenio Relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social –Convenio 102– y este fue aprobado por la Argentina mediante la ley 26.678. A su vez, la ley 24.658 aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en El Salvador, el día 17 de noviembre de 1988, cuyo artículo 9° consagra el derecho a la seguridad social.*

La seguridad social posee principios propios, que caracterizan la finalidad tuitiva que la inspira y que posibilitan su carácter expansivo en pos de la inclusión. Ellos son:

1. Solidaridad: La solidaridad puede entenderse en dos sentidos: a) solidaridad general: es la cooperación al bien común, otorgada por los hombres que conviven en una sociedad; y b) solidaridad entre generaciones: a través de la cual cada generación activa provee la tutela a las generaciones pasivas (Etala, 2000).

2. Universalidad: el ámbito de aplicación de la seguridad social comprende a todos los hombres sin distinción, ya que su propósito es el de proteger ante un estado de necesidad, y esto constituye uno de los fundamentos de la inclusión previsional.

3. Integralidad: La Seguridad Social debe cubrir la totalidad de las contingencias a las que puede estar expuesta una persona, como también la totalidad de las necesidades que derivan de esa contingencia. Este principio constituye una herramienta de integración social que propicia la inclusión de sectores marginados, al brindar la posibilidad de una protección adecuada y al cubrir las necesidades básicas de quienes tienen menos ingresos.

4. Subsidiariedad: Encuentra sus bases en la dignidad y la libertad y en el reconocimiento del derecho asociativo natural que tienen las personas. Es el que lleva al Estado a intervenir cuando los individuos no están capacitados para cubrir una necesidad.

5. Principio de la suficiencia de las prestaciones: La cobertura debe ser suficiente, que altere en la menor medida posible –acorde con las posibilidades del sistema– el nivel de vida que se había alcanzado. En el derecho previsional, es indispensable que esta suficiencia de las prestaciones se armonice con la sustentabilidad del sistema.

6. Sustentabilidad: Todo régimen de seguridad social debe financiarse de manera que, llegado el momento, puedan pagarse las prestaciones que correspondan y los gastos.

7. Redistribución de la riqueza: La seguridad social requiere recursos considerables, que se distribuyen en prestaciones y servicios, observando los insoslayables principios rectores que orientan a la seguridad social, esto es la dignidad, solidaridad, inclusión y sustentabilidad del sistema.

8. Inmediatez y Unidad: Se deben suministrar las herramientas necesarias para que frente a una contingencia sufrida por una persona, la satisfacción de esa necesidad lo sea de manera rápida e inmediata. Se plantea la unidad desde tres puntos de vista: legislativo, administrativo y financiero.

9. Justicia Social: La normativa de la seguridad social, al avanzar en el propósito inclusivo a través de la ampliación de la cobertura y la mejora progresiva de las prestaciones previsionales, salvaguarda derechos humanos fundamentales y prioriza un modelo de sociedad solidaria.

En la Argentina, existe un Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS) que comprende al: 1. Subsistema Previsional, compuesto por el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) –ley 24.241 modificada por la ley 26.425–; 2. Subsistema de Asignaciones Familiares –ley 24.714–; 3. Subsistema de Desempleo –ley 24013–; 4. Subsistema de Riesgos del Trabajo –ley 24.557–; y 5. Sistema Nacional de Seguros de Salud, creado por la ley 23.661, el cual está integrado por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) –ley 19.032– y las obras sociales nacionales –ley 23.660–.

En América Latina, el “modelo bismarckiano”, entendido como un esquema de seguro financiado principalmente mediante contribuciones de los trabajadores asalariados, se impuso en las primeras décadas del siglo XX; sin embargo, este sistema tenía severas deficiencias. Bertranou y Rofman (2002) explican que desde las últimas dos décadas del siglo pasado hasta nuestros días, América Latina ha estado sumergida en procesos de cambios profundos, de índole económica, demográfica y social, y esto tuvo un alto costo social en la región, que se manifestó a través de una tendencia a la desigualdad socioeconómica.

Junto a la creciente informalidad de los vínculos laborales, se presentaba una injusta paradoja, puesto que, mientras los grupos más vulnerables de la población se encontraban desprotegidos, se establecían regímenes de privilegio, en beneficio de unos pocos. Esas circunstancias, en un marco de políticas de ajuste, obligó a revisar sus alcances y financiamiento, constituyendo una pieza fundamental en este proceso de cambio estructural las propuestas de los organismos crediticios internacionales.

La reforma que rigió a partir del año 1994 en Argentina –ley 24.241– siguió estas pautas y significó un cambio visceral respecto de la normativa anterior puesto que introdujo la gestión privada de la previsión social,

mediante las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. En efecto, los adultos mayores estuvieron expuestos a una situación de extrema vulnerabilidad a partir de la creación del sistema privado de capitalización individual, el aumento en la edad de jubilación y la mayor rigurosidad en los controles de aportes exigidos. Este fenómeno se vio agravado por la compleja situación coyuntural de desindustrialización y pérdida de empleo (Calabria y Gaiada, 2012).

El paradigma privatizador, entrado el nuevo siglo, comienza a perder fuerza en la medida que sus limitaciones, como señala Arza (2014), se hacen más evidentes y aparecen críticas y reconsideraciones desde variados sectores, aun desde aquellos que, años atrás, promovían este modelo. Además, ciertos factores políticos y económicos también contribuyeron a impulsar una reorientación de las prioridades de la política previsional¹³³.

Como consecuencia de ello, diversos países de la región emprendieron reformas del régimen previsional vigente entonces¹³⁴. Argentina, en ese contexto, a partir del año 2003 mejoró, en forma programada, las prestaciones previsionales en función de la disponibilidad de recursos, comenzando por los haberes mínimos y, progresivamente, continuó con el resto, bajo la observancia del principio de sustentabilidad (Anses, 2013).

En el año 2007, la ley 26.222 modificó diversos artículos de la ley 24.241, posibilitando la libre opción del régimen jubilatorio; y al año siguiente, la ley 26.417 –B.O. 16/10/2008– estableció un nuevo esquema de movilidad de las prestaciones, que rige en la actualidad, por el cual los beneficios previsionales se ajustan automáticamente en los meses de marzo y septiembre de cada año de acuerdo con las variaciones de los recursos tributarios de la seguridad social, los salarios de los trabajadores y los ingresos del organismo de gestión previsional –Anses.

Cabe acotar que las progresivas mejoras en los haberes previsionales y la

¹³³ En este sentido, desde algunos organismos internacionales se fueron consolidando y difundiendo conceptos tales como “el piso de protección social”, el “universalismo básico” y las “políticas basadas en derechos”, a fin de que se tendiese a la universalización del acceso a un nivel básico de seguridad social independientemente de la posición laboral o familiar en las personas.

¹³⁴ En Uruguay, en el año 1995, se sancionó la ley 16.713 sobre seguro social y cuentas individuales y con posterioridad la ley 18.395 –pub. D.O. 6/11/2008, que rige a partir del año 2009–, creó una flexibilización de las condiciones de acceso a los beneficios jubilatorios. Chile reformó su sistema de pensiones en 2008 y creó la Pensión Básica Solidaria, que es una prestación que otorga el Estado a los que nunca han cotizado, con una cobertura cercana al 60% de la población de menores ingresos; a diferencia del anterior Programa de Pensiones Asistenciales y Pensiones Mínimas, que solo cubría al 23% de la población más pobre.

vigencia de la ley 26.417 han contribuido, junto a la ampliación de la cobertura, a avanzar hacia un modelo de país más inclusivo.

Con posterioridad, al sancionarse la ley 26.425 –Sistema Integrado Previsional Argentino, SIPA–, cambió radicalmente el modelo de la ley 24.241, ya que se eliminó el régimen de capitalización, y queda un sistema de reparto puro. La creación del SIPA posibilitó que los afiliados al régimen de capitalización, que estaban inmersos en un sistema deficitario con deteriorados recursos debido, entre otras causas, a la crisis financiera internacional de 2008, pudieran ser incorporados al régimen público.

Por otro lado, existía una situación de desamparo social y exclusión respecto de los adultos mayores que estaban imposibilitados de acceder a una prestación por la falta de aportes al sistema previsional.

Frente a ello, el Estado decidió flexibilizar las condiciones de acceso a los beneficios jubilatorios a través de un sistema de facilidades de pago de aportes para los trabajadores autónomos o moratorias, en el que también se pudieron amparar quienes habían trabajado informalmente y no contaban con la totalidad de los aportes y aun aquellos que nunca habían efectuado aportes.

El principio de inclusión que suele regir las políticas de desarrollo, resulta enriquecido si se lo vincula también con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. Así, no solo se exige por parte del Estado una obligación de no discriminar, sino también, en ciertos casos, la adopción de medidas afirmativas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados (Abramovich, 2006).

La flexibilización implementada en la Argentina se efectuó a través del Plan de Inclusión Previsional que consolidó un nuevo paradigma de la seguridad social.

Plan de inclusión previsional y el rol tuitivo del Ministerio Público Fiscal

En Argentina, el Plan de Inclusión Previsional (llamado también “moratoria previsional”), tiene como propósito incorporar al ámbito de la seguridad social a aquellos adultos mayores que, como consecuencia de los cambios registrados en el mercado laboral y en el sistema previsional durante la última década del siglo pasado –en especial, respecto a la edad jubilatoria y los años de aportes necesarios para acceder a las prestaciones– se encon-

traban en situación de vulnerabilidad social.

Este Plan se instrumentó a partir de enero de 2005, motivado por la necesidad inmediata de poner en funcionamiento estrategias de inclusión de los adultos mayores, a través de la ampliación de la cobertura y como una forma de compensar el impacto que tuvieron en el mercado laboral las políticas de la década del noventa (Pautassi-Zibecchi, 2015).

Con el dictado de la ley 25.994, cuya prórroga fue dispuesta por el decreto 1.451/2006, se posibilitó el acceso a una prestación previsional al adulto mayor a través de la creación de la Jubilación Anticipada para personas (55 años las mujeres y 60 años de edad los varones, con treinta años de aportes) en situación de desempleo al 30/11/2004. Además –artículo 6–, se dispuso que los trabajadores que contaban con la edad para jubilarse (60 años las mujeres y 65 años los varones al 31/12/2004), pero no con los aportes suficientes, podrían inscribirse en un plan de facilidades de pago –moratoria previsional– para regularizar su situación. Asimismo, quienes ya se encontraban incluidos en una moratoria anterior, podían solicitar el beneficio a la par que cancelaban las cuotas de la moratoria.

La política de inclusión se complementó con otras normativas: el decreto 1.454/2005 amplió, una vez más, las facilidades para que todo adulto mayor –60 años las mujeres y 65 años los varones– y sus causahabientes previsionales (en caso de fallecimiento de aquel) pudiesen acceder a una prestación previsional. Para ello se dispuso que la regularización de la deuda por períodos anteriores al 30/9/93 –ley 24.476– se efectúe en condiciones muy convenientes. También se facilitó que, una vez otorgado el beneficio, el titular pueda solicitar el descuento en su propio beneficio, de las cuotas pendientes de pago del plan de regularización voluntaria.

Es dable aclarar que el acceso a la prestación previsional, conlleva la cobertura de salud por parte del Estado, a través del Programa de Asistencia Médica Integral (PAMI) perteneciente al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP).

En una segunda etapa, mediante resolución Anses 884/2006 se dispuso priorizar el acceso al sistema de las personas que no perciban ningún otro beneficio, por aplicación práctica de los principios de solidaridad y de redistribución de la riqueza¹³⁵.

¹³⁵ Pautassi-Zibecchi (2015) dan cuenta que el programa de inclusión previsional en la Argentina tuvo una rápida implementación, con un significativo impacto en la ampliación de la cobertura. Desde 2005 hasta el cuarto trimestre de 2010, sobre la base de datos suministrados por la Secretaría de Seguridad Social (2010), se incorporaron al régimen previsional algo más de 2,5 millones de personas, con un fuerte impacto operativo tanto en la Anses como en el PAMI.

En el año 2014, la ley 26.970 instrumentó un nuevo régimen de regularización de deuda previsional para aquellos trabajadores que hubieran cumplido a la fecha de su vigencia o dentro de los dos años posteriores, la edad jubilatoria (60 años las mujeres y 65 los varones), lo que demuestra la efectividad de este tipo de normativas que posibilitan la ampliación de la cobertura.

Cabe tener presente que el Ministerio Público Fiscal de la Nación, conforme el artículo 1° de la ley 27.148, tiene una función tuitiva al “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”¹³⁶.

La misión esencial de la labor fiscal es la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la comunidad; y su intervención se requiere cuando, entre otros casos, se trata de conflictos en los que se encuentren afectados el debido proceso, normas de orden público, una política pública trascendente, el acceso a la justicia y vulnerados los derechos humanos (artículo 31 inciso b, de la ley 27.148).

Esta tutela del derecho vigente por parte del Ministerio Público Fiscal, desde una actitud proactiva, conlleva el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas, entre los que se encuentra el acceso a una prestación de la seguridad social, que asegura al adulto mayor una calidad digna de vida.

El modelo inclusivo propiciado por la normativa previsional vigente, frente a un conflicto de intereses, requiere un rol tuitivo por parte del Fiscal en defensa de la aplicación equitativa del régimen, atendiendo especialmente a los adultos mayores que se encuentran en condición de vulnerabilidad y la sustentabilidad del sistema previsional.

De este modo, frente al cuestionamiento efectuado en sede judicial respecto del decreto 884/2006, el Ministerio Público Fiscal en el caso “Michou, Reinaldo c/ Anses” –dictamen de la Procuración General de la Nación del 21 de febrero de 2014¹³⁷–, resaltó, en defensa de su legalidad, que se plantea

¹³⁶ Mediante Resolución de la Procuración General de la Nación (PGN) n° 58/09 del 2/6/2009 se incorporaron como principios y reglas prácticas de actuación las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

¹³⁷ Puede consultarse en www.mpf.gob.ar.

una situación diferente entre quienes ya perciben un beneficio y quienes no lo reciben. Por ello, al considerar la escasez de los fondos previsionales, se señaló que se debe priorizar, al utilizarlos, a quienes no cuentan con un beneficio y se encuentran en estado de vulnerabilidad y, por tanto, requieren una urgente inclusión en el sistema.

En el dictamen se destacó también la existencia de un criterio objetivo y acorde con los fines tuitivos de la seguridad social, que presume que quienes gozan ya de un beneficio previsional están en una situación de menor vulnerabilidad y en mejores condiciones para abonar los aportes adeudados, que aquellos que aún no han sido incluidos y, por ende, están en una situación de mayor desamparo que justifica una protección prioritaria.

En un pronunciamiento anterior, el Ministerio Público Fiscal, con apoyo en los principios de la seguridad social y el paradigma inclusivo vigente, también había resaltado la finalidad del sistema previsional de mejorar prioritariamente la situación de los beneficiarios de la parte inferior de la escala, a través del otorgamiento de prestaciones de naturaleza distributiva. El rol tuitivo del Fiscal es manifiesto al ponderar, en el caso, que el derecho de cada persona individual no puede dejar de lado su impacto sobre el resto: el rasgo solidario del sistema justifica que el monto del haber a que tiene derecho cada beneficiario sea fijado con atención al impacto que su determinación tiene en los otros jubilados y pensionados, “cuya suerte comparten solidariamente” (dictamen de la Procuración General de la Nación en “Quiroga Carlos Alberto c/ Anses s/ reajustes varios” del 20 de agosto de 2013).

Las pautas interpretativas que surgen de ambos dictámenes de la Procuración General de la Nación son aplicadas por los fiscales que se desempeñan en las dos instancias del fuero de la seguridad social, al contestar las vistas e intervenciones pertinentes. De este modo se vela por la legalidad y se propicia una armonización de los derechos en juego, a fin de que pueda cumplimentarse la finalidad inclusiva del actual paradigma previsional.

Conclusiones

En la Argentina, en los últimos años se ha efectuado una profunda transformación de la seguridad social, a la luz de la inclusión social, la solidaridad y la sustentabilidad del sistema previsional.

A diferencia de las reformas estructurales de los años noventa del siglo pasado, que culminaron en un modelo de exclusión que afectó especialmente a los adultos mayores, el Estado ha implementado políticas públicas que posibilitaron atender las necesidades más urgentes de este grupo vulnerable de la población.

La sanción de diversas normativas como el Plan de Inclusión Previsional, la ley de movilidad jubilatoria y el SIPA se enmarcan en este nuevo paradigma de la seguridad social, que ha mejorado la distribución del ingreso en los adultos mayores.

El Plan de Inclusión Previsional ha tenido un impacto importante en la cobertura, ya que la Argentina es líder en la región. La cantidad de jubilaciones y pensiones (SIPA) creció de 3.158.164 en 2003 a 5.886.585 en enero de 2013 y el Plan permitió acceder al 45,3% de los beneficiarios relevados (Anses, 2013).

Esto constituye un hito fundamental respecto de los derechos de los adultos mayores en situación de vulnerabilidad que estaban excluidos del sistema por no haber efectuado aportes en tiempo oportuno (en la mayoría de los casos debido a su desempeño informal en el mercado laboral¹³⁸), ya que se consagra su cobertura desde la seguridad social, mediante la obtención de una prestación jubilatoria y el acceso a una obra social, en el marco de un sistema previsional sustentable¹³⁹.

La experiencia de vida de los mayores es rica y, como tal, el resto de la sociedad puede aprovecharla, favoreciendo su participación activa, en pro de su bienestar, el de su familia o la comunidad o de toda la sociedad, sin que tales acciones deban realizarse exclusivamente en función de la producción o el empleo remunerados (Walker, 2002).

¹³⁸ En este proceso de expansión de la cobertura, el camino ha estado condicionado por el contexto fiscal, el desarrollo de las instituciones de la seguridad social y las brechas de cobertura iniciales. Asimismo, no puede pasarse por alto que la informalidad laboral no solo afecta directamente la incorporación de los trabajadores a la seguridad social, sino que también es un obstáculo para la consecución de recursos tributarios para financiar las prestaciones. De allí que para la inclusión social con acceso general no solo a las prestaciones sino también al resto de los derechos sociales, económicos y culturales se debe fomentar el empleo decente y la formalización, junto con una coordinación respecto de los esquemas de prestaciones existentes (CEPAL/OIT, 2015).

¹³⁹ Cuando se habla de cobertura de los sistemas previsionales, se hace referencia a la proporción de adultos pertenecientes a la tercera edad protegidos por los sistemas: las mujeres presentan menores tasas que los hombres y los datos parecerían mostrar que la causa del sesgo de género en la cobertura no se debe principalmente al acceso diferencial de las mujeres al sistema contributivo, sino a diferencias en las tasas de actividad en el pasado (Rofman y Oliveri, 2012).

Tal como sostiene Grosman (2015), para un envejecimiento activo¹⁴⁰, la sociedad debe proporcionar a los adultos mayores oportunidades para permitir una posición participativa en la sociedad.

El acceso a un beneficio previsional, a través de la inclusión, facilita la cotidianidad y el bienestar del adulto mayor, mejora su calidad de vida y lo sustrae de la indigencia. Desde este punto de vista, puede sostenerse también que la inclusión promueve el reconocimiento de los mayores como actores sociales de la comunidad a la que pertenecen.

Tal como sostiene Grosman (2015), para un envejecimiento activo¹⁴⁰, la sociedad debe proporcionar a los adultos mayores oportunidades para permitir una posición participativa en la sociedad.

El acceso a un beneficio previsional, a través de la inclusión, facilita la cotidianidad y el bienestar del adulto mayor, mejora su calidad de vida y lo sustrae de la indigencia. Desde este punto de vista, puede sostenerse también que la inclusión promueve el reconocimiento de los mayores como actores sociales de la comunidad a la que pertenecen.

El Ministerio Público Fiscal defiende este paradigma inclusivo, desde un rol tuitivo de la legalidad y sustentabilidad del sistema previsional, especialmente respecto de los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Los dictámenes del Ministerio Público Fiscal respecto de la normativa inclusiva y la sustentabilidad del sistema previsional, esgrimen argumentos que sostienen la preponderancia de los principios que informan la seguridad social, para que el acceso a las prestaciones pueda sostenerse en el tiempo.

Esta posición, a favor de quienes se encuentran más desprotegidos, refuerza el compromiso con los derechos de los adultos mayores y efectiviza la justicia social.

Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de la CEPAL n° 88. www.cepal.org. Pp. 35-50.

Anses (2013) Aplicación Ley 26.417 de Movilidad Jubilatoria. Revista de Jubilaciones y Pensiones, Número 132. Pp. 836-838.

Anses (Administración Nacional de la Seguridad Social) (2013). Inclusión vs. Privilegios. Buenos Aires. Presidencia de la Nación. Anses.

Arza, C. (2013). La política previsional y la prevención de la pobreza: elementos salientes de la trayectoria latinoamericana reciente Voces en el Fénix. Pp. 102-110. www.vocesenelfenix.com (consultada el día 17/8/2015).

Bertranou, F. y Rofman R. (2002). La provisión de seguridad social en un contexto de cambios: experiencia y desafíos en América Latina. En Revista Internacional de Seguridad Social, Volumen 55. Pp. 73/89.

Calabria, A. y Gaiada, J. (2012). Análisis del Sistema Previsional Argentino: cobertura, distribución, y tasa de sustitución, XLVII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política (AAEP), Trelew, noviembre 2012.

CEPAL/OIT (Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Organización Internacional del Trabajo) (2015) Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Protección social universal en mercados laborales con informalidad. www.cepal.com (consultada 20/8/2015).

Etala, C. (2000). Derecho de la Seguridad Social Buenos Aires. Editorial. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Grosman, C. (Directora) (2015). Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia. Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni.

Guillot, M. (2013). Elementos introductorios de la seguridad social. En Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social dirigido por Goldin, A. Buenos Aires. Editorial La Ley. Pp. 850/890.

¹⁴⁰ *El envejecimiento activo es una reacción a la teoría del "desistimiento", en virtud de la cual se consideraba la vejez como un período inevitable de retraimiento respecto de papeles y relaciones anteriores (Grosman, 2015).*

Novick, M., Spagnolo, L. y Villafañe, S. (2013). Recuperando la inclusión social. Avances y cuestiones pendientes. En Voces en el Fénix N° 23. www.vocesenelfenix.com. Pp. 68/78.

Pautassi, L.-Zibecchi, C. (2015). Adultos mayores, cuidado e inclusión. En Grosman, C. Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia. Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni.

Roca, E., Golbert, L. y Lanari, M. (2012) ¿Piso o Sistema Integrado de Protección Social? Una mirada desde la experiencia argentina, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. 300 pp. en www.trabajo.gov.ar (consultado el día 17 de agosto de 2015).

Rofman, R. y Oliveri, M. (2012). La cobertura de los sistemas previsionales en América Latina: conceptos e indicadores. Revista de Jubilaciones y Pensiones, Número 127. Pp. 17/45.

Walker, A. (2002). Una estrategia de envejecimiento activo. En Revista Internacional de Seguridad Social. Volumen 55. Pp. 144-152.

Leyes, Decretos y Resoluciones Oficiales

Leyes:

Ley 19.032. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. Creación. Boletín Oficial n° 22.184 del 28/5/1971.

Ley 23.660. Obras Sociales. Nuevo régimen. Aprobación. Boletín Oficial n° 26.555 del 20/1/1989.

Ley 23.661, Obras Sociales. Sistema Nacional del Seguro de Salud. Boletín Oficial 26.555 del 20/1/1989.

Ley 24.013. Ley de Empleo. Protección del trabajador. Boletín Oficial n° 27.286 del 17/12/1991.

Ley 24.241. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Creación. Boletín Oficial n° 27.745 del 18/10/1993.

Ley 24.476. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Trabajadores Autó-

nomos. Regularización de deudas. Boletín Oficial N° 28.277 del 23/11/1995, p. 1.

Ley 24.557, Ley de Riesgos del Trabajo. Régimen legal. Boletín Oficial N° 28.242 del 4/10/1995, p. 1.

Ley 26.222. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Ley 24.241. Modificación. Boletín Oficial N° 31.111 del 8/3/2007, página 1.

Ley 26.417. Movilidad de las prestaciones en el régimen previsional público. Boletín Oficial N° 31.511 del 16/10/2008, p. 1.

Ley 26.425. Régimen Previsional Público. Unificación. Boletín Oficial N° 31.548 del 9/12/2008, p. 1.

Ley 26.678, Convenio relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social. Convenio 102. Aprobación. Boletín Oficial N° 32.148 del 12/5/2011, p. 1.

Ley 26.970. Sistema Integrado Previsional Argentino. Régimen de regularización. Boletín Oficial N° 32.965 del 10/9/2014, p. 2.

Ley 27.148. Ministerio Público Fiscal. Ley Orgánica. Boletín Oficial N° 33.153 del 18/6/2015, p. 21.

Decretos y Resoluciones

Decreto 1454/2005. Jubilaciones y Pensiones. Ley N° 24.476. Modificación. Boletín Oficial N° 30.797 del 7/2/2005, p. 1.

Decreto 1.451/2006. Prorrógase la vigencia de la ley 25.994. Boletín Oficial N° 31.016 del 23/10/2006, p. 4.

Resolución Anses N° 884/2006. Extiéndese el procedimiento “Jubilación Automática para Trabajadores Autónomos” para la solicitud de los trámites jubilatorios que deseen realizar los trabajadores autónomos que se hayan acogido al Plan de Regularización de deudas previsto por la ley 24.476, modificado por el decreto 1.454/2005. Boletín Oficial N° 31.018 del 25/10/2006, p. 21.

EL ROL ACTUAL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
En el Recupero de Activos
Roberto Omar Galiano

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (2015). Fiscal ad-hoc de la Fiscalía Federal N° 3 de Rosario (2015) y Secretario interino de la Fiscalía Federal N° 3 de Rosario.

EL ROL ACTUAL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL En el Recupero de Activos

Roberto Omar Galiano

Resumen

El fenómeno del delito organizado, en especial, el delito de Lavados de Activos, trae aparejada la novedosa tarea para los operadores judiciales de afrontar de manera eficiente el recupero de activos. Para ello, resulta necesario adoptar ciertas estrategias con el objeto de concentrar los esfuerzos y potenciar la capacidad investigativa de las investigaciones penales.

Abstract

The phenomenon of organized crime, especially the crime of Washed of assets, brings with it the novel task for judicial operators efficiently address the recovery of assets. For this purpose, it is necessary to adopt certain strategies in order to concentrate efforts and strengthen the investigative capacity of the criminal investigations.

Introducción

Para comenzar la presente exposición parece adecuado delimitar conceptos. Se entiende por recuperado de activos la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional orientado a privar a las personas imputadas de un delito, del producto económico de una actividad delictiva.

Ante esta inicial idea, cabe preguntar: ¿Por qué hablamos en la actualidad de este fenómeno con mayor protagonismo que años atrás?

Ello responde a las características que presentan los hechos criminales hoy en día. Años atrás la delincuencia se encontraba en cabeza de sujetos aislados o, a lo sumo, pequeños grupos de personas. En nuestros días, el delito ha mutado. Hoy se adoptó como actividad mediante la cual es posible obtener ganancias económicas. De la misma se ocupan organizaciones o “estructuras de personas”, dentro de las cuales existe tanto división de funciones como de jerarquías, cuyos integrantes pueden o no conocerse entre sí y que, incluso, actúan desde diferentes países: la criminalidad organizada¹⁴¹. Vale decir entonces, que al delito “tradicional”, hoy se le anexa –además de la estructura organizada–, los efectos propios de todo negocio: las utilidades económicas.

Ante esta “nueva forma” de delincuencia, el recuperado de activos emerge con gran fuerza. La finalidad perseguida por aquel proceso de recuperado de activos es emitir una respuesta eficaz por parte del Estado ante la “mutación” del fenómeno ilícito. Ya no es suficiente aplicar una pena de prisión a las personas imputadas, sino que es necesario poner en funcionamiento mecanismos que posibiliten “desarmar” aquellas organizaciones, con el objeto de impedir que aquellas maniobras –no obstante que algunos sujetos de ella estén privados de su libertad– continúen “funcionando” en cabeza de otros integrantes de las mismas. Recordemos en tal sentido que existen roles en ellas que son fungibles.

Ante la existencia de este tipo de delitos, y ahora sí, focalizándonos en el tema que profundizaremos a continuación, adquiere el recuperado de activos suma importancia a la hora de precisar la política criminal que un país llevará adelante como respuesta al accionar delictivo.

¹⁴¹ Galiano, Roberto Omar. “La construcción indiciaria: herramienta del órgano acusador para fundar su imputación en los delitos de criminalidad organizada”. XXX Cursos de Especialización en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo. Universidad de Salamanca (España). Enero 2012.

Es por ello que la finalidad de este trabajo es analizar –con la mayor claridad posible– la relación que podemos establecer entre recuperado de activos y Ministerio Público Fiscal, órgano encargado de delinear las pautas de persecución del delito en nuestro país. Finalmente, arribar a una conclusión en relación a los aspectos prácticos del recuperado de activos en cuestión al día de la fecha.

Recuperado de activos y Ministerio Público Fiscal

¿Cuenta con herramientas suficientes el Ministerio Público Fiscal de la Nación para llevar adelante aquella tarea? ¿La capacitación de los magistrados es una de las herramientas mencionadas?

La especialización y capacitación contribuyen a asegurar que el sistema judicial y los fiscales estén preparados para manejar los casos de decomiso de activos, como así también que la ley se aplicará con uniformidad.¹⁴²

Esto se vincula con la toma de conciencia por parte de los operadores de la “mutación” del delito. El recuperado de activos tiene como punto de partida ineludible una investigación patrimonial dirigida a detectar los bienes que posteriormente puedan ser inmovilizados, en miras a un futuro decomiso. Sin embargo, la realización de esa investigación no se ha destacado como un objetivo primordial en las prácticas forenses tradicionales.

En tal sentido, y con el objeto de modificar aquellas prácticas, el entonces procurador General de la Nación emitió las resoluciones N° 129/2009, del 6 de octubre de 2009, y N° 134/2009, del 13 de octubre del mismo año. En ellas, a efectos de lograr el recuperado de activos, se instruyó a los señores fiscales para que, una vez acreditados mínimamente los requisitos de procedencia de la medida cautelar, requieran al juez interviniente el embargo preventivo de los bienes que correspondan (Res. 129/09); y que, en el marco de las investigaciones que se lleven a cabo por hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos relacionados con la criminalidad económica, los Fiscales realicen –en forma simultánea a las medidas destinadas a lograr el esclarecimiento del hecho ilícito–, la investigación patrimonial de cada una de las personas involucradas (Res. 134/2009).

En tal sentido, consideramos que la adopción de medidas cautelares con fi-

¹⁴² Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena elaborado por el Banco Mundial. Año 2009.

nes de asegurar un eventual decomiso futuro, decretadas desde el inicio de las investigaciones criminales, resulta ser la herramienta de nuestro derecho interno que mejor se adecúa a los principios y compromisos asumidos por el Estado en el plano internacional.

En segundo lugar, otro aspecto esencial es la existencia de organismos especializados en la recuperación de activos que trabajen en forma conjunta con los Fiscales. Blanco Cordero sostiene que: “...es preciso que los Estados se doten de tales oficinas, que van a asumir el liderazgo en todo lo concerniente al embargo y comiso de los bienes”¹⁴³.

En este aspecto, la Procuración General de la Nación creó varias dependencias especializadas:

La primera de ellas fue la Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de Delitos contra la Administración Pública (OCDAP). Fue creada con el objeto de colaborar con los fiscales intervinientes en causas de corrupción (Res. PGN N° 86/09). Asimismo colabora con juzgados y fiscalías en el rastreo de bienes en el marco de causas en las que se investigan delitos contra la administración pública. Además fue la intermediaria entre varios organismos estatales estratégicos (tales como la Procuración del Tesoro de la Nación, Sindicatura General de la Nación y la Unidad de Información Financiera) y la Procuración General de la Nación, entre los cuales se celebraron convenios de colaboración y asistencia recíproca.

La segunda, la Unidad Fiscal para la Investigación de los delitos de lavado de dinero y financiamiento del Terrorismo (res PGN N° 130/06). Recibe las actuaciones labradas por la Unidad de Información financiera (sede administrativa) y las remite a la Fiscalía Federal competente en función del lugar en el que se habrían cometido los hechos investigados, ello en caso de estimar que corresponde ejercer la acción penal al respecto. Asimismo colabora en la elaboración de programas de prevención, nacionales e internacionales, y coordina con las autoridades correspondientes las actividades de capacitación y especialización de funcionarios y empleados.

Por último, recientemente se ha creado la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (res. PGN N° 914/12), que tiene por objeto generar estrategias unificadas de investigación, asesorando a los fiscales y coordinando el seguimiento de casos. Además, recibir denuncias y realizar

¹⁴³ Blanco Cordero, Isidoro. *La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos.*

investigaciones preliminares. Los funcionarios que la integran se encuentran facultados para elaborar programas de capacitación, proyectos de reformas legislativas, protocolos de actuación y convenios de cooperación con otros organismos.

Conclusiones:

Decimos entonces que para afrontar de manera eficiente el recupero de activos es necesario consolidar dos pilares: por un lado las “herramientas” con las cuales sea materialmente posible llevar adelante una investigación patrimonial sólida, y por el otro, la capacitación especializada de los operadores, con el objeto de que adquieran los conocimientos técnicos que les permitan utilizar de manera eficaz aquellas herramientas que tienen a su disposición.

Ahora bien, analizando la actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en la actualidad, consideramos que aquellos aspectos buscan ser cumplidos.

En tal sentido y tomando a modo de ejemplo la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos, su creación tuvo como fundamento los pocos resultados obtenidos en causas de fraudes financieros y bancarios como así también en causas relativas al delito de lavado de activos –datos advertidos de los relevamientos previamente efectuados. Ello demuestra –a criterio de la Procuradora– que hasta hoy no se ha logrado revertir el sesgo selectivo del sistema penal y se verifica un bajo impacto en la persecución de los casos complejos de criminalidad económica –en particular, de aquellos estructurales, altamente organizados, con efectos socio-económicos relevantes y capacidad para permear el dispositivo de prevención– con un notable déficit en la obtención de respuestas judiciales efectivas en tiempo razonable¹⁴⁴. Todas estas circunstancias revelaron la necesidad de adoptar nuevas estrategias que potencien la capacidad investigativa y la eficacia de la persecución penal en la materia, con el objetivo de centralizar las tareas de intervención, asesoramiento de fiscales, coordinación y seguimiento de casos.

En relación a nuestro tema, desde el Área de Asistencia Técnica de aquella Procuraduría se propone trabajar con dispositivos tendientes a asegurar el recupero de activos de origen ilícito, desarrollando e implementando

¹⁴⁴ BResolución PGN N° 914/12. *Procuración General de la Nación.*

políticas de aplicación general y medidas específicas cuya finalidad es la de evitar la frustración del recupero de esos bienes.

Luego de haber recorrido este camino vinculado a la relación recupero de activos y Ministerio Público Fiscal, retomando la pregunta disparadora introducida al inicio de estas hojas, cabe ahora insistir si: ¿Cuenta con herramientas suficientes el Ministerio Público Fiscal de la Nación para llevar adelante aquella tarea?

En relación a la situación actual, advertimos la existencia de fraccionamientos excesivos de las fuentes de información sobre la materia, insuficiencia de medios/recursos personales y materiales para llevar adelante aquellas investigaciones y ausencia de una coordinación estratégica en lo relativo a lucha contra la criminalidad organizada, tanto dentro del Ministerio Público Fiscal –ello, independientemente del último anuncio efectuado, vale decir, la creación de la Procuraduría de criminalidad económica y lavado de activos de origen ilícito– como en las principales fuerzas de seguridad del país.

Finalmente, consideramos que, no obstante hasta hoy existen falencias de diferentes intensidades, tanto en las herramientas que se tienen a disposición como en la capacitación adecuada para afrontar procedimientos de recupero de activos de manera eficiente, reconocemos que ello es una de las principales preocupaciones en la actualidad de la Procuración General de la Nación. Esto es posible visualizarlo, por ejemplo, en los fundamentos de la resolución PGN N° 914/12 que antes mencionamos. Entendemos que aquellas deficiencias se encuentran siendo trabajadas actualmente para poder presentar una propuesta superadora, en la que, la capacitación de los Fiscales y las comunicaciones con organismos públicos de control, fuerzas de seguridad, organismos internacionales y legislativos, sean el eje de la reestructuración.

Referencias bibliográficas

Acosta Aristizábal, Jairo Ignacio. La extinción de dominio como instrumento de lucha contra el crimen organizado. Revista Criminalidad- Local y el crimen organizado. Policía Nacional de Colombia.

Blanco Cordero, Isidoro. La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos.

Guía de Buenas Prácticas para el Decomiso de Activos sin condena. Recupero de activos robados. Elaborada por el Banco Mundial. Año 2009.

Informe 2010 elaborado por la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCO).

Informe elaborado por la Oficina Anticorrupción titulado: “Síntesis del recupero de activos en la causa “Skanska S.A.”. Año 2010.

Informe: Recupero de activos en casos de corrupción. El decomiso de las ganancias del delito. Estado actual de la cuestión. Oficina anticorrupción del Ministerio de Justicia de la Nación. Año 2010.

Manual de Investigación Patrimonial. Fuentes de Información. Elaborado por Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de delitos contra la Administración Pública. Año 2011.

Resoluciones PGN N° 130/06, N° 86/09, N° 129/2009, N° 134/2009 y N° 914/12.

**EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
EN EL ACCESO A LA JUSTICIA
DE LOS SECTORES VULNERABLES**

Juan Pablo Bonnet

Funcionario del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina, Prosecretario de la Fiscalía Nacional de Instrucción N° 6 de la Ciudad de Buenos Aires, Máster en Derecho Penal de la Universidad Austral, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Austral, y Alumno de la carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia y la Universidad de la Matanza.

EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS SECTORES VULNERABLES

Juan Pablo Bonnet

Resumen

La Procuradora General de la Nación Argentina estableció un programa de acceso comunitario al servicio de justicia, con la creación de nuevas oficinas que van a trabajar dentro de la esfera de la “Agencia Territorial de Acceso a la Justicia” (ATAJO).

Estas oficinas fueron y serán creadas en ubicaciones geográficas estratégicamente pensadas para facilitar el acceso de sectores postergados al sistema de administración de justicia. Esto es ejemplo de toda una corriente de pensamiento que analiza en forma crítica el desempeño del poder judicial, en lo relativo al rol social que deben tener los jueces y fiscales. A su vez, con su implementación se produce un cambio sustancial en las funciones clásicas de los organismos estatales involucrados, persiguiendo como fin último una reconfiguración institucional hacia una justicia más inclusiva.

Se buscará en el presente trabajo explicar la relación existente entre la idea de igualdad estructural (en el plano teórico) y políticas públicas como ATAJO (en el plano de la práctica). Esto, ya que se trata de decisiones que se dirigen hacia grupos subordinados y vulnerables, y a revertir las prácticas sociales de exclusión que estos padecen.

Con ese fin, se analizará la estrategia llevada adelante por el Estado Argentino con este tipo de medidas, y también los aportes que sobre esta temática brindan los autores De Sousa Santos en su obra “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”, Faria en “El Poder Judicial frente a los conflictos colectivos” y Saba en su obra “(Des) Igualdad estructural”.

Abstract

Through Resolution No. 1316/2014 PGN, Attorney General of the Argentine Nation established a program of Community Access to justice services, creating new offices that will work within the sphere of the Territorial Agency Access justice. These offices were and will be created in geographic locations strategically designed to facilitate access for disadvantaged sectors of the justice system.

This is an example of a whole school of thought that critically analyzes the performance of the judiciary. Also with regard to the social role that should have judges and prosecutors. In this order, its implementation is a substantial change in the classic functions of state agencies involved, pursuing the ultimate goal of inclusive justice.

It will seek in this paper to explain the relationship between the idea of structural equality and these public policies. Because, they are decisions about vulnerable social groups, in order to stop exclusion practices. For that purpose, the strategy implemented by the Argentine government is analyzed. And also, the inputs on the subject provided by the authors Sousa Santos, Faria, and Saba in their work.

Introducción

Por medio de la Resolución PGN N° 1316/2014¹⁴⁵ la Procuradora General de la Nación Argentina estableció un programa de acceso comunitario al servicio de justicia, con la creación de nuevas oficinas que van a trabajar dentro de la esfera de la “Agencia Territorial de Acceso a la Justicia” (ATAJO).

Estas oficinas fueron concebidas para ser emplazadas en ubicaciones geográficas estratégicamente pensadas para facilitar el acceso de sectores postergados al sistema de administración de justicia. En la actualidad, en la ciudad autónoma de Buenos Aires se crearon Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia en la Villa 21-24 (Barracas), en la Villa 31 (Retiro), en la Villa 1-11-14 (Flores), en Barrio Mitre (Saavedra) y en la Villa 20 (Lugano).

La decisión gira alrededor del problema del acceso a la justicia para secto-

res vulnerables, y es abordado institucionalmente, no como un problema normativo o jurisdiccional, sino que se lo afronta como un tema estructural, cultural o de prácticas burocráticas del poder judicial, tratando de ofrecer herramientas a ese problema concreto desde la lógica de políticas públicas inclusivas.

Si uno analiza la resolución citada, notamos rápidamente, que el orden jurídico vigente no solo no impide la decisión en ese sentido, sino que en una interpretación correcta exige una reformulación estructural de la institución para cumplir más eficazmente sus fines. Por ejemplo, se cita el artículo 120 de la Constitución Nacional, en lo relativo a la misión institucional de promover a la realización de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad. A esto se le suma la Ley orgánica del Ministerio Público, que faculta a la procuradora general para diseñar políticas destinadas a defender esos intereses de la sociedad dentro del sistema de administración de justicia.

Es claro que esta nueva estructura está orientada a facilitar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. La definición de persona vulnerable, tal como lo señala el documento: “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”, en su artículo 3, “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

Así, se busca generar nuevas acciones de carácter preventivo a fin de complementar las acciones represivas propias del Ministerio Público Fiscal. También cumplir con la obligación del Estado Argentino, de no impedir el acceso a los recursos judiciales (obligación negativa), y organizar los recursos para que todos puedan acceder a ese servicio esencial (obligación positiva). A su vez, se pretende eliminar obstáculos estructurales, obtener nuevas respuestas de prevención social del delito y recabar información que oriente la actuación del Ministerio Público y la administración de justicia en general.

Las principales funciones establecidas para este programa fueron: por un lado crear oficinas en las principales villas de emergencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para recibir denuncias, atención al público, brindar información, facilitar la resolución alternativa de conflictos, etc.;

¹⁴⁵ PGN - 1316/14 del día 23 de junio de 2014 Programa de Acceso Comunitario a la Justicia. “Artículo 1: DISPONER la creación, en el ámbito de la Procuración General de la Nación, del Programa de Acceso Comunitario a la Justicia”.

por otro lado generar equipos interdisciplinarios de trabajo para casos en los que se registren problemas de acceso a la justicia; y también el relevamiento y análisis de información “tipo Observatorio que identifique los problemas de acceso de los grupos vulnerables para incidir al interior del Ministerio Público y desde el organismo hacia otras instituciones del sistema de administración de justicia”¹⁴⁶.

Análisis del fenómeno

Teniendo en cuenta la definición dada¹⁴⁷, podría afirmarse a grandes rasgos que los grupos vulnerables son personas que por sus características de edad, sexo, estado civil, nivel educativo, origen étnico, situación económica, requieren de un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo y a la convivencia social en igualdad de condiciones.

Es necesario aclarar que se trata de un concepto relativo y dinámico, que hace necesario analizar la situación de la persona, o del grupo, en su contexto¹⁴⁸.

El marco teórico sobre desigualdad, exclusión y multiculturalidad expresado por el autor Boaventura de Sousa Santos (2004) ofrece por un lado, fundamentos para el análisis de la desigualdad propia del estado de vulnerabilidad, y por otro, la forma de encarar este problema, desde los instrumentos legales y las políticas públicas, como la creada por la Procuradora en este caso.

Respecto a la desigualdad explica que la regulación social de la modernidad capitalista está constituida por procesos que generan desigualdad y exclusión. Pero no solo eso, también forma mecanismos que impiden que esos procesos se acentúen al extremo, o sea, que intenta mantener la desigualdad dentro de ciertos límites. Sin embargo esta situación descrita se encuentra en crisis en la actualidad debido a las transformaciones del sistema capitalista a nivel mundial.

El autor, al tratar los instrumentos legales para el trabajo contra la desigualdad y la discriminación, plantea que la solución o camino a seguir sería la

¹⁴⁶ Resolución PGN 1316/2014

¹⁴⁷ “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”, en su artículo 3

¹⁴⁸ <https://www.ifrc.org/es/introduccion/disaster-management/sobre-desastres/que-es-un-desastre/que-es-la-vulnerabilidad/>

de articular políticas de igualdad y políticas de identidad.

Como veremos más adelante, es crucial entender desde el comienzo que se necesita establecer la diferencia, ponerla de manifiesto, entenderla. Ese es el primer paso, luego de eso se buscan herramientas para que la igualdad no sea solo formal. En el caso de análisis, se advierte la dificultad de un grupo de personas de ingresos bajos que habitan una zona geográfica; entonces se asigna a ese lugar una oficina especializada para que puedan alcanzar los derechos que otras personas tienen a disposición.

Los obstáculos que se presentan en este camino de cambio, exigen muchas veces la reinención del Estado. Pero no solo eso, sino que también se deberá construir donde hasta ese momento no existe la presencia de este.

Ambas situaciones se presentan en la implementación de ATAJO, que persigue ampliar el marco de actuación del Ministerio Público Fiscal, transformándolo en su rol, asignando recursos materiales y humanos, para que la presencia estatal se experimente en barrios donde esto antes no sucedía.

Todo esto se conecta con concepciones políticas más generales y abarcadoras de lo que se entiende como Estado y su función. El Estado para Boaventura de Sousa Santos, no debe ser abandonado como campo de lucha por la reivindicación de estos derechos, como el acceso a la justicia, ni se debe aceptar la finalidad que el modelo neoliberal diseño para él. Sostiene que el estado nacional no está en vías de extinción y continúa siendo el lugar de discusión y gestación decisivo para este tipo de problemas sociales.

El autor parece resaltar que toda esta problemática nos requiere innovar, ser creativos, y a pensar nuevas prácticas democráticas, siendo ATAJO un claro ejemplo de esto, dado que toda esta actividad para el autor, viene acompañada de una profunda reivindicación del estado.

En referencia a lo señalado en el párrafo anterior, lo cual se aplica perfectamente a la implementación del programa y las expectativas de su desempeño, Boaventura de Sousa Santos cree que no hay que temerle a la tonalidad utópica que algunas medidas puedan tener. El autor sostiene que una idea antes de realizarse tiene una extraña semejanza con la utopía.

Sucede que la apuesta de este tipo de políticas públicas como ATAJO, viene a llenar un vacío social muy grande y tiene como fin tratar de equiparar una desigualdad muy marcada en nuestro país, lo que puede llegar a ser en-

tendido por muchos como una empresa imposible y generar la confusión de sostener la poca utilidad de la medida.

El análisis de José Eduardo Faría (2009) en su obra sobre la intervención del poder judicial en los conflictos colectivos, es de suma utilidad para la valoración de ATAJO, ya que gira en lo relativo a la discriminación en el acceso a la administración de justicia, y el accionar del Poder Judicial frente a las necesidades de los grupos vulnerables y desaventajados.

Para Faría, el problema del acceso a la jurisdicción tiene origen en la industrialización, que provocó una diferenciación socioeconómica en diversas clases. Esto tuvo efectos que provocaron una crisis estructural en las instituciones gubernamentales. Toda esta dinámica social y económica derivó de distintas maneras en el incremento del compromiso y participación ciudadana respecto de ciertos valores comunitarios, el descubrimiento de usos alternativos del derecho vigente. También nacieron nuevas estrategias de socialización y articulación de grupos en los espacios colectivos de la vida cotidiana por fuera de los marcos establecidos por la constitución.

De lo antes dicho se infiere que el tema que desarrolla sería la Justicia entendida como obstáculo, situación que da origen a la necesidad de políticas públicas inclusivas como ATAJO, la cual toma mayor dimensión si se tiene en cuenta, que el autor aclara que todo este importante problema no mereció un adecuado tratamiento en los ámbitos académicos y judiciales.

En consonancia con la decisión de la Procuración General, el autor dice que hace falta una redefinición del estado, con una nueva representación de lo social y de lo político, es decir, una redefinición de la relación de la política y la sociedad. También se necesitan nuevos instrumentos jurídicos y procedimientos judiciales para poder canalizar los conflictos.

El autor acertadamente resalta que toda la problemática tratada está relacionada íntimamente con la cultura profesional, la sensibilidad social y la percepción política de la magistratura.

Se hace una pregunta ¿De qué manera podría actuar el poder judicial tanto en la reorganización del cuerpo social sobre las bases más igualitarias como en la consolidación de un sistema jurídico eficaz y al mismo tiempo reconocido y acatado por todos? La respuesta que ofrece es un acceso diferenciado a la justicia por parte de diversas clases sociales, y la transformación de los servicios legales tradicionales, solución buscada también con la

firma de la resolución en cuestión.

Por otra parte, desde la visión de Faría, la transición democrática en América Latina presenta un desafío. Sostiene que la democracia ya no es vista como una simple aplicación de normas procedimentales, sino un proceso de construcción permanente, y un reordenamiento institucional, lo que coloca al Ministerio Público Fiscal en la obligación de emprender nuevos caminos como el hasta aquí analizado.

Para completar el presente trabajo elegí el enfoque del autor Roberto Saba (2004), tratado con anterioridad, por su claridad al exponer la diferencia que existe entre el concepto de igualdad formal, como no discriminación, y el concepto de igualdad estructural, como protección de grupos vulnerables o subordinados.

Para el autor, como ya vimos, las exigencias de reconocimiento a las diferencias son integrar los reclamos de reconocimiento y redistribución, y esto resulta en la práctica, en un campo político complejo con poca coherencia programática. Aclara que la distinción entre una injusticia cultural o económica es de orden analítico, estas no ocupan ordenes distintos y cerrados, siendo útil que sus soluciones se persigan simultáneamente. Absurdo sería simplificar la problemática de las personas vulnerables alcanzadas por ATAJO a situaciones económicas, obviando otros problemas culturales y sociales existentes.

El autor Roberto Saba propone un nuevo marco para la idea de “igualdad ante la ley” que establece la Constitución Nacional Argentina. Hace referencia a dos tipos de igualdad, una “formal” ligada al pensamiento individualista que desde la perspectiva liberal clásica acaparó el debate en Argentina sobre el principio de igualdad. La otra forma “Igualdad Estructural” se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente “ciego” a las relaciones existentes entre diferentes grupos de personas en un determinado momento histórico.

De manera ejemplificativa e ilustradora de esta problemática, el autor explica que en el ordenamiento jurídico de nuestro país no hay casi normas que excluyan grupos a los “vulnerables”, del ejercicio de sus derechos, pero que sin perjuicio de esto, en los hechos, esos derechos son “solo palabras” producto de una situación de exclusión social de esos grupos.

Dicho todo esto, es momento de poner de manifiesto el reto que representa

para la interpretación individualista de la igualdad ante la ley, el establecimiento de acciones afirmativas o también denominadas “medidas de discriminación inversa”. Estas acciones afirmativas se corresponden con un “trato (estatal) diferente”, pero que busca efectos positivos como el caso de ATAJO.

En relación a esto Saba analiza a Dworkin, que afirma que no hay problema entre las acciones afirmativas y el principio de igualdad ante la ley, permaneciendo dentro de la igualdad como no discriminación (Igualdad Formal), pero incorporando el contexto social en el que el trato se presenta como desigual, abandonando la visión individualista y evolucionando hacia una visión de la igualdad más sociológica.

La Igualdad como no sometimiento, y la Igualdad como no discriminación, exige al que realiza el trato diferente, dependiendo que se base en una u otra, distintos niveles de exigencia argumentativa justificadora del trato desigual, se trate del estado o de particulares, y un tipo de análisis diferente. En el primer caso, deberá aclarar la no existencia de una situación de sometimiento, exclusión o de una relación de inferioridad. En el segundo, deberá explicar la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado por la regulación. Es el segundo caso en el que se debe ponderar la validez y utilidad de ATAJO, con el presupuesto incuestionable de la alta tasa de desigualdad que existe en esta parte del planeta.

Conclusión

Como conclusión se puede decir que la idea de igualdad estructural y políticas públicas como ATAJO, se dirigen hacia grupos subordinados y vulnerables y a revertir las prácticas sociales de exclusión que padecen, siendo esto un derecho reconocido a partir de la reforma constitucional de 1994, con las acciones afirmativas, confirmando la concepción de igualdad como no discriminación, guía para la interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional, a su vez complementada con la introducción del artículo 75, inciso 23, que implícitamente hace un reconocimiento de la igualdad en este sentido.

Por lo demás, la creación de la “Agencia Territorial de Acceso a la Justicia” (ATAJO), no es una decisión aislada, se encuentra inserta dentro de un proceso más amplio que se está generando en el sistema de justicia ar-

gentino. Así, el Ministerio Público de la Nación también inició una serie de programas especiales, para tratar las problemáticas propias de víctimas especialmente vulnerables. Trata y explotación sexual o laboral, maltrato y abuso sexual infantil, violencia de género y violencia institucional, son algunos ejemplos, todos ellos articulados por la Dirección de Orientación, Acompañamiento y Protección a Víctimas (DOVIC) de ese organismo.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina creó la Oficina de Violencia Doméstica (OVD), con el objetivo de facilitar el acceso a una vía rápida de resolución de conflictos a las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

La Defensoría General de la Nación Argentina, por su parte, se ocupó de generar mecanismos y dependencias diseñados con el objetivo de garantizar la igualdad en el acceso a la justicia de las personas, para la defensa de sus derechos, especialmente de cara a los sectores más vulnerables de la población. Así se crearon el Programa sobre Discapacidad y Adultos Mayores, Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, Programa contra la Violencia Institucional, Comisión de Cárceles, Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, Comisión para la Asistencia al Refugiado, entre otros.

Con estos últimos ejemplos, se busca poner de manifiesto el marcado proceso de cambio institucional que se está produciendo en el sistema de justicia, transformándose profundamente los roles de sus integrantes, que se encuentran cada vez más receptivos a las demandas ciudadanas emergentes de todos los estratos sociales.

En el caso del Ministerio Público Fiscal, el rol que este va a desempeñar con la implementación de ATAJO es claro. Se trata de una estrategia en la que la institución busca ligarse más intensamente con la sociedad. Sin intermediarios, y de forma desformalizada, persigue tener contacto directo con la gente, y hacerse presente en los barrios. Como resultado se pretende equilibrar desigualdades preexistentes que obstaculizan el acceso a la justicia de un sector de la población.

Referencias bibliográficas

De Sousa Santos, B. (2004). Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En Revista Interculturalidad. Año 1 Volumen N° 1°. Disponible en <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Desigualdad%20exclusi%C3%B3n%20y%20globalizaci%C3%B3n.pdf>. Pp. 9 a 44 .Consultado el día 27 de agosto de 2015.

Faría, J. E. (2009). El Poder Judicial frente a los conflictos colectivos. Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica. 2da. Edición. Buenos Aires, EUDEBA. P. 547.

Saba, R. (2004). (Des) Igualdad estructural. Visiones de la Constitución, 1853-2004. Disponible en [www.file:///C:/Users/jbonnet/Downloads/Des_igualdad_Estructural%20\(1\).pdf](http://www.file:///C:/Users/jbonnet/Downloads/Des_igualdad_Estructural%20(1).pdf). Pag. 479/514. Consultado el día 27 de agosto de 2015.

LA LEGALIDAD DEL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN EL HURTO

Viviana Mestres

Viviana Mestres es Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 2010. Cursó la totalidad de la Especialización en Derecho Penal en esa misma casa de estudios, quedando pendiente la defensa oral del trabajo final. Actualmente se desempeña en la Fiscalía Nacional de Menores N° 2 y como docente, designada Auxiliar de Segunda desde el año 2013, en la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, en la Universidad de Buenos Aires.

Resumen

El principio de Insignificancia en el hurto si bien muchas veces invocado, en la gran mayoría de los casos no es aplicado, con el argumento de la falta de legislación al respecto. A partir de ese argumento surgen otros ligados al cuestionamiento del principio de legalidad si se aplica este instituto al no estar regulado en la norma. Mediante la cita de diferentes fallos, mostraremos estos fundamentos, sobre los que se basan los detractores del principio. Luego se planteará que desde un análisis sistematizado de la tipicidad en la teoría del delito a la luz del Principio de Lesividad que deriva de nuestra Constitución Nacional, el principio de análisis no solo es legal, sino que su aplicación se torna obligatoria para los magistrados como controladores de los preceptos de nuestra Carta Magna.

Abstract

The Insignificance Principle in the steal offense, is often invoked but most times is not applied, based on the fact of its lack of legislation. From this argumentation, arise others, closely related to it and the question about if the fact of not being legally regulated, can be a risk for the Legality Principle. We will detail some Court Decisions, that show the mentioned arguments, in which the detractors of the Insignificant Principle base their conclusions. Thereafter, we will propose an analysis, based on the evaluation of harm from the “Theory of crime” of this particular offense, according to the Constitution Warranties, from which the application of the Insignificance Principle is presented not only legal, but mandatory for the judges, as Constitution Warranties controllers.

Introducción

La cuestión de la insignificancia en el derecho penal, ha sido un tema trabajado por varios autores, esgrimido en varios casos por alguna de las partes, pero casi siempre sus propulsores quedaban en soledad, en meras disidencias que no alcanzaban a torcer la balanza hacia su aceptación.

Los argumentos que se esgrimen en contra de su aplicación son mayoría y cuestionan fuertemente que el principio no esté legislado, pues ello impide su utilización por significar una intromisión de un poder en otro, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello acarrearía.

Desde la perspectiva del derecho penal liberal en un estado constitucional de derecho, se entiende que las conductas deben evaluarse mediante un análisis sistematizado de la teoría del delito, en donde se analice la tipicidad no en un mero ejercicio de subsunción de una conducta en el tipo, sino a la luz del principio de lesividad que emana de la Constitución Nacional.

El análisis realizado en clave constitucional permitirá evaluar el grado de lesividad desde una visión más inclusiva que permita ponderar el grado de lesión a fin de confirmar que la conducta evidencie un menoscabo relevante del bien jurídico, para que sea perseguido penalmente. De lo contrario, no se habilitaría la intromisión del Estado en conflictos bagatelares por resultar atípicos.

Según podrá observarse en los antecedentes de nuestros tribunales, los casos de pequeñas afectaciones receptados por la jurisprudencia argentina son, en su mayoría, aquellos perpetrados por los más vulnerables de la sociedad. El criterio de selección y de criminalización de este sector, hoy no está puesto en duda¹⁴⁹.

La pugna del poder de policía por instalarse en el ordenamiento social, encuentra sus limitantes a través de los principios constitucionales, que actúan como permanentes diques de contención para proteger las garantías de los ciudadanos, de los abusos coercitivos irracionales que significa el autoritarismo penal.

¹⁴⁹ Me refiero al desarrollo sobre criminalización primaria y secundaria, vulnerabilidad, y la descripción de cómo actúan las agencias policiales, legislativas, judiciales, de opinión, etc. en este proceso; descrito en Zaffaroni, E.R., Alagia, A., Slokar, A. *Derecho Penal, Parte General Ed. Ediar, 2002.*

En virtud de ello, y luego de exponer los argumentos que propugnan por la falta de implementación del principio de insignificancia, expondré otros que lo presentan no solo viable, sino también como un mandato constitucional, cuyo control está en manos del Poder Judicial. De los antecedentes que se presentan a favor de la aplicabilidad del principio, puede apreciarse que los fundamentos detractores, se tornan incompletos, pues desde un análisis sistematizado de la teoría del delito, en conjunción con los principios republicanos, la aplicación es legal y necesaria, con la debida consideración del carácter de última ratio del Derecho Penal.

La lesión relevante del bien jurídico como base de la tipicidad

El tipo penal previsto para el hurto, habilita poder punitivo hacia aquellas conductas que pongan en peligro al bien jurídico propiedad. La normativa que establece el art. 162 del Código Penal Argentino prescribe sanción “a quien se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

Si consideramos el literal sentido de la definición de este tipo legal, existiría un sinnúmero de acciones que podrían ser captadas por esa normativa y por ende serían susceptibles de ser consideradas “hurto”, con el consiguiente presupuesto de responsabilidad penal. Cabe preguntarnos entonces si frente a la conducta contraria a la norma, la mera adecuación al tipo es suficiente para habilitar el poder punitivo estatal o si el derecho penal tiene el propósito de punir aquellas acciones con mínimos resultados lesivos.

Las respuestas a esos interrogantes, entiendo son negativas. En primer lugar, el simple encuadramiento de una conducta en el tipo penal, no la hace típica, pues la determinación de ello, amerita algo más que un simple análisis de subsunción, debe representarse en el caso, una conducta que resulte en una lesión. Como siguiente paso, será necesario constatar que esa lesión presente entidad relevante, de modo que permita la intervención penal.

El derecho penal en un Estado Constitucional de Derecho, funciona como un limitante del ejercicio de la violencia estatal, nunca para justificarla.

Desde esta perspectiva, los casos concretos deben evaluarse no solo a la luz de las leyes penales, sino también fundamentalmente en un modo armónico donde se priorice el respeto de los preceptos supremos emanados de la

Constitución Nacional, como los principios de racionalidad, lesividad, humanidad, legalidad, entre otros; sin perder de vista su carácter de ultima ratio.

La teoría del delito es un modo de contener ese gran caudal de violencia que intenta salir y captar sin discriminación las conductas contrarias a la norma. Aunque no siempre se trate de acciones que ameriten la intervención penal, el análisis desde una perspectiva de mínima intervención, constituye una herramienta imprescindible al momento de establecer si una acción queda o no atrapada en el sistema penal.

Los análisis sistemáticos de la teoría del delito imponen la necesaria existencia de lesividad, para la constitución de la tipicidad. Es decir, si no se advierte una lesión relevante del bien jurídico, la tipicidad no se configura, y por ello esa conducta no debería ser perseguida penalmente. El análisis de la tipicidad sostenida por Zaffaroni, Alagia y Slokar, expone la necesidad de existencia de una relevante lesión del bien jurídico para constatar la tipicidad, en tanto que su inexistencia implicará la impunidad (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, p. 494/495 y Ferrari, 3).

Enseña el Profesor Luigi Ferrajoli tres requisitos que deben considerarse para establecer que una acción sea típica. En primer lugar, debe constatar el principio de utilidad penal, que pugna porque se limiten las prohibiciones únicamente a aquellas conductas que deben ser desalentadas, por lesionar bienes jurídicos de terceros. El derecho penal debe prevenir las afectaciones individuales y sociales más graves, puesto que solo van a justificar que se prohíban determinadas conductas y se apliquen penas por pasar esos límites. Aquellas situaciones que no impliquen una lesión a otra persona, deberán ser toleradas por la sociedad, puesto que es necesario separar el derecho de la moral.

Además, es necesario considerar el principio de necesidad, el cual plantea que el derecho penal sea la vía a la cual recurrir, solo ante casos extremos, en un claro posicionamiento de ultima ratio; por cuanto la sanción punitiva conlleva una grave consecuencia que se traduce en la limitación de la libertad y dignidad de los derechos de los ciudadanos.

Por último, es menester atender al principio de lesividad, el cual demanda que debe existir una lesión a terceros para que se habilite una sanción penal a una persona. Es decir, que el Estado no debe criminalizar aquellas conductas que no signifiquen una afectación a un bien jurídico que lesione a un terce-

ro, o al menos que lo ponga seriamente en riesgo. Asimismo, este principio exige que esa afectación sea relevante, puesto que en caso contrario, puede aplicarse el principio de insignificancia, y de ese modo la conducta devendrá en atípica (Ferrajoli, 2009)¹⁵⁰.

El principio de insignificancia, entonces nos trae una palabra clave en el análisis, la lesividad. De modo que la acción cometida por el sujeto activo debe tener consecuencias que se traduzcan en una lesión a un bien jurídico, para que se ponga en marcha el aparato judicial. Ahora bien, cuando esa afectación es mínima o insignificante y, por consiguiente, no alcanza un daño relevante, no debería ser captado por las agencias penales.

¿Por qué no se aplica el principio de insignificancia como excluyente de la tipicidad?

En la práctica, el principio de insignificancia no es asiduamente receptado, basta observar las decisiones tomadas al respecto, para advertir la reticencia a su utilización.

Esta resistencia se advierte en variados fundamentos sobre los cuales se sustentan los motivos que llevan a tomar la decisión de su inaplicabilidad. Las razones que se esgrimen giran en torno a que el principio de análisis no está previsto en la norma, de modo que su aplicación, constituiría una violación al principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Un recorrido por algunos antecedentes de la jurisprudencia, pone en evidencia los fundamentos propiciados por los detractores del principio.

Por ejemplo, con respecto a la falta de legislación, en un caso de la Cámara Nacional Criminal de Capital Federal, expuso el Dr. González, en el antecedente “P.R. Maximiliano s/hurto - CNCrim. sala IV, 14/3/2005”:

...corresponde el procesamiento del imputado por hurto en grado de tentativa (de seis potes de helados), toda vez que nuestra Corte Suprema no ha aceptado, por no estar expresamente legislado, el criterio de Insignificancia o bagatela.”¹⁵¹ Asimismo “...el bien jurídico protegido en

¹⁵⁰ De lo contrario se estaría afectando el principio incluido en el art. 19 de la Constitución Nacional.

¹⁵¹ CNCrim, Sala I, voto del Dr. Barbarosch, en “Valga, Miguel Angel Calixto”, 9/8/2006.

el Título VI, Capítulo Primero, del Código Penal es la tenencia de las cosas muebles, y esta calidad no puede ser excluida siquiera por su valor ínfimo, sino para deducir, en ciertas circunstancias, el consentimiento o abandono del tenedor de ellas...

En este sentido, también se ha aludido a la falta de seguridad jurídica que podía acarrear su aplicación, en el antecedente de la Sala V, de la Cámara Nacional Criminal y Correccional “Morales Sandoval, Sergio”:

...el principio de insignificancia...resulta incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica al dejar la delimitación de los casos que entran bajo su órbita en manos de quienes están llamados a decidir y de los doctrinarios, por lo que su aplicación por parte del intérprete generaría incertidumbre, ya que la dogmática se asienta en puntos de vista lógicos pero muy personales.

La secuencia argumentativa se mantiene en un sentido similar, cuando se analiza específicamente la figura del hurto. Se destaca especialmente que hay que analizarlo en “un sentido amplio”, frase que significaría que en las decisiones judiciales, no debe ponderarse la magnitud de la afectación patrimonial. En este sentido se pronunció el Dr. Geromé de la Cámara del Crimen, en el antecedente Bargas, Matías E. s/hurto en tentativa, quien expuso que

...entiendo que la tutela al derecho de propiedad debe ser interpretada en sentido amplio, independientemente de la magnitud de la afectación patrimonial. Así, el escaso monto de lo sustraído, no empece a la tipicidad del hecho, habida cuenta que los efectos, dotados de valor económico, constituyen cosas en el sentido del art. 162 del código sustantivo, en razón a que, no es el valor del bien lo que debe ponderarse sino su naturaleza.

En idéntico sentido se argumentó en el fallo Álvarez, Martín (CNCRim, rta., 31/1/2008), un caso sobre la sustracción de un Mantecol y una colonia, en el que los Dres. Rimondi y Lucini refirieron:

...no corresponde la aplicación del llamado principio de insignificancia, pues en el caso concreto la conducta disvaliosa precedente se ha visto acompañada de una efectiva afectación al bien jurídico protegido por la norma –nótese que más allá de poder argüirse el escaso valor económico de los productos en cuestión, de ningún modo es posible, sostener la

‘carencia’ de éste...

Esta posición la tomó la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso Adami, al destacar que

...de la manera que se encuentra legislado el hurto, cualquiera sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido art. 162. La insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación del derecho de propiedad...

Igual planteo se postuló ante el desapoderamiento de cuatro embutidos y un pan de manteca, al apuntar que “Todo injusto penal requiere la afectación... del bien jurídico. La afectación al bien jurídico existe o no existe, se da o no se da. Aun cuando la lesión a él sea mínima, en alguna medida ha sido vulnerado...” (CNCRim, Sala IV, en “Pérez Reyes, Maximiliano”, 14/3/2005, Lexis Nro. 12/136639).

Los antecedentes mencionados ponen en evidencia la importancia que se le da a la prescripción del tipo legal, lo cual conduce a posicionar la conducta prohibida prevista en él, por encima de la razonabilidad de su aplicación. Es decir, no se analiza la cuestión desde una mirada integral, para analizar el filtro de la tipicidad.

Desde esta postura, se ha sostenido que no es necesario ponderar el valor del objeto vulnerado, y que solo es necesario verificar que en el caso, se haya ejecutado la conducta disvaliosa a la que hace referencia el artículo 164 del CP es decir, un mero ejercicio de subsunción.

Así, se abre el caudal de poder punitivo, sin limitaciones, pues como la norma que describe al tipo, nada dice sobre la necesaria lesividad para configurarse, se entiende que su aplicación se da en forma automática; sin contextualizarla en el ámbito de un Estado Constitucional de Derecho.

El principio de insignificancia es legal y un mandato constitucional

Los fundamentos expuestos en el punto anterior, apoyan la inaplicabilidad del principio de insignificancia, basándose en cuestiones consideradas “legales”, pues toman en cuenta la literalidad de la norma escrita en el tipo penal.

Es cierto que el tipo legal del hurto no prevé una aplicación del principio de insignificancia, pues nada dice sobre el grado de afectación del bien jurídico exigido. Pero tampoco establece que se persigan conductas con lesiones ínfimas; sin embargo, a nadie se le ocurriría perseguir penalmente a alguien por tomar un fósforo de una caja.

El análisis estricto de encuadramiento de la conducta en el tipo, lo despoja del contexto normativo que la enmarca. Es decir, aparta la norma penal de las limitaciones constitucionales que actúan como contenedoras de la coerción estatal (Zaffaroni, 1998, p. 248).

En un análisis sistemático desde la teoría del delito, la evaluación de la tipicidad debe considerarse a la luz de la normativa constitucional. Los derechos y garantías contenidos en la ley suprema, actúan como vallas contenedoras del irracional despliegue del poder punitivo estatal. Por eso, es menester corroborar en el plano de la tipicidad, si la conducta a evaluar en el caso concreto efectivamente resultó lesiva y, en caso afirmativo, constatar que la misma sea de entidad suficiente. Esta dinámica permite acotar el sometimiento de los justiciables al sistema penal de modo que obligue a evaluar si las consecuencias punitivas se condicen con el disvalor de la acción y del consiguiente resultado. Porque si tal relación es palmariamente desproporcionada, entonces no será viable la habilitación del poder punitivo.

Seguramente los legisladores, al tipificar la conducta prevista en el hurto, no tenían en miras sancionar aquellas que afectaran en modo mínimo la propiedad, como dos quesos o cuatro pesos¹⁵².

Por ese motivo, la interpretación de la ley penal en clave constitucional, ayuda a arribar a una decisión más armónica, desde donde seguramente se podrá aceptar en un modo más amplio, la aplicación del principio de insignificancia en el hurto (García Vitor, 2000)¹⁵³.

En este sentido, desempeña un papel primordial la confluencia del principio republicano con el carácter de última ratio del derecho penal; pre-

¹⁵² CNCrim, Sala VI, *Bargas, Matías E. s/hurto en tiva* y CNCrim. Sala I, “*Gamboa, Juan Carlos*”. En el primer caso el imputado sustrajo la suma de cuatro pesos en monedas de un teléfono público. En el segundo, Gamboa tomó del Supermercado “Coto”, dos quesos y salió corriendo del local.

¹⁵³ En este sentido también FINKELSTEIN NAPPI, Juan “*Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósitos del fallo Sepúlveda*” en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nro. 13, Sept. 2005

ceptos que exigen que exista proporción entre la lesión y la punición (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2005, p.372).

El principio republicano que deriva en la división de poderes, habilita a los jueces a ejercer el control de constitucionalidad, monitoreando que en el caso concreto la aplicación de las leyes inferiores no entren en conflicto con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la propia Carta Magna (Gelli, 2005, 17).

Afortunadamente sí existen algunos magistrados que han tomado decisiones, en miras a esta mínima proporcionalidad que debe existir entre el bien menoscabado y el castigo a aplicar. Desde ahí, destacaron que la aplicación del principio de insignificancia se basa en el principio republicano, de donde se derivan los lineamientos de proporcionalidad y razonabilidad, que exigen que exista una mínima afectación del bien jurídico que permita que el estado se introduzca en el conflicto.

En este sentido, destacó la Dra. Garrigós de Rébora (fallos P.R. Maximiliano CNCrim, sala IV, rta. 14/3/2005 y B.R.H (CNCrim., Sala V, B.R..H., 8/3/2007):

...del principio republicano, en el que se asienta nuestro Estado de derecho, se deriva directamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad que exigen una determinada relación entre la lesión al bien jurídico que habilitaría la intromisión del órgano jurisdiccional en los conflictos de particulares y la punición que se desplegara por la comisión de aquella. En este sentido debe atenderse que las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva, pues, los principios aludidos precedentemente resultan un necesario límite o contención del ejercicio del poder punitivo estatal, que deviene insoslayable considerando la naturaleza de este último...”

En la misma dirección se pronunció el Dr. Diez Ojeda al tratar la cuestión del apoderamiento de una botella de vino en un supermercado, la que a su criterio se ajustaba con los postulados del principio de insignificancia (CNCP, Causa 9736, Sala IV, Toledo, Carlos s/recurso de casación, rta. 20/10/2010):

“Del artículo 19 de la Constitución Nacional, se desprende el principio de lesividad, conforme al cual el poder penal no puede castigar sino delitos que reconozcan como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, es decir: acciones que produzcan un daño en el marco

de un conflicto relevante. También corresponde recordar que, del pilar fundamental del Estado de derecho...se desprenden los principios de proporcionalidad y razonabilidad...

Además cita a Alberto Binder cuando destaca que:

El primer significado del principio de proporcionalidad es que nunca, bajo ninguna circunstancia, la reacción punitiva puede causar más daño que el acto al cual responde.

Desde esta perspectiva, confirmar la proporcionalidad entre la sanción y la lesión, no significa una intromisión de un poder en el ámbito de otro, sino que es una obligación del magistrado en aras de proteger el mandato constitucional al que se comprometió.

En nuestro país, donde el control de constitucionalidad es difuso, una de las funciones jurisdiccionales es controlar que las normas a aplicar estén alineadas con los preceptos máximos emanados de la Constitución Nacional. Velar que no se exceda la habilitación de poder punitivo, en tanto norma de inferior categoría, es entonces potestad del magistrado.

Como destaca Ferrajoli, la ley muchas veces implica una violencia intrínseca consentida desde ella misma, pero no está legitimada si se la toma en el contexto de modelo constitucional del Estado de Derecho (Ferrajoli, 2005, p. 95). Precisamente, el hecho de considerar a la ley en el contexto constitucional, es una labor que solo pueden realizar los jueces, sin importar ello intromisión en un ámbito ajeno, ni inseguridad jurídica.

Con respecto a la cuestión de la seguridad jurídica, sostuvo la Dra. Garrigós de Rébora (CNcrim. Sala V, M.S. Sergio y en CNCrim. Sala V, I. Matias, rta. 6/11/2006) que la aplicación del principio de insignificancia, o la interpretación y aplicación de las leyes de ningún modo podrían per sé, acarrear inseguridad jurídica, puesto que siempre los conocimientos estarán teñidos de subjetividad, no puede pretenderse en ningún ámbito de las ciencias sociales o del derecho una subsunción mecánica de ningún principio o norma, porque todos esos elementos están inmersos en una sociedad dinámica, en donde las personas toman decisiones e interpretan las normas.

Al analizar el art. 19 CN, María Angélica Gelli expresa que todos como parte de la sociedad, afectamos a nuestros semejantes con las acciones

que realizamos, destacando la dificultad en identificar cuáles lesiones resultantes de esas conductas son tolerables y cuáles no. Esta cuestión plasmada al abordar las limitantes que impone este artículo, pone de manifiesto que no toda lesión es plausible de ser receptada por el Estado en general y en el caso específico que nos ocupa, por el ordenamiento penal. Si el texto constitucional determina la constatación de la lesión relevante para habilitar la intromisión estatal en un conflicto, mucho más debe considerarse ese permiso en el caso del derecho penal, precisamente por su carácter de última ratio.

Conclusiones

Reflexiones en torno a la aplicación del principio de insignificancia

Es notable que en la gran mayoría de los casos tomados en consideración, los bienes afectados hayan sido alimentos o una escasa cantidad de dinero. Este dato, en mi opinión, no es menor puesto que en estas acciones se está poniendo de manifiesto la desproporción existente en la aplicación del derecho.

Adviértase que el tema que nos ocupa es el principio de insignificancia en el hurto. Ello revela que no solo existe un mínimo disvalor de resultado, sino que tratándose del tipo en cuestión, donde también el disvalor de acción es pequeño (supone la carencia de violencia o fuerza), la habilitación de poder punitivo debe analizarse en modo que no se torne desproporcionada e irracional.

Desde el punto de vista del derecho penal liberal, el principio de insignificancia es un instituto adecuado para acotar el poder punitivo. El principio de lesividad consagrado en el art. 19 CN constituye la base para su aplicación, en tanto que desde esta premisa, el perjuicio no es tal si la lesión es irrelevante. Si no se configura el daño suficiente, entonces no se confirma la tipicidad y por ende, el hecho deviene impune.

Es claro que los jueces son quienes tienen la potestad jurisdiccional para decidir en el caso concreto el grado de afectación y su adecuación típica, teniendo en miras los principios republicano, de racionalidad, de mínima intervención del derecho penal y su carácter de última ratio, en una interpretación armónica entre las normas a aplicar y la Constitución Nacional.

La conducción de un proceso penal por la sustracción de dos quesos o de cuatro pesos, desde el sentido común, es inviable, y desde la realidad social es cuanto menos incómodo o debiera llevarnos a reflexionar si ese es el objetivo legal pretendido por el legislador al establecer las conductas que debieran ser penalmente sancionadas. Más aún, si se tiene en cuenta la vulnerabilidad de aquellos que casi siempre son alcanzados por las agencias penales.

El proceso penal somete al justiciable a una situación demasiado hostil, que se torna desproporcionado para aquellos casos analizados, en los que las lesiones son mínimas. El poder punitivo engendra un gran caudal de violencia, razón por la que su habilitación debe soportarse solo en aquellos casos que estén estrictamente alineados con la Constitución Nacional. En este sentido, aluden Zaffaroni, Alagia y Slokar a Carlos Nino, quien sostenía que el Estado no debía intervenir en cuatro supuestos, uno de los cuales se daba cuando la lesión era insignificante, comparado con la centralidad de la acción para el plan de vida del sujeto (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, p. 130, Ediar).

Referencias bibliográficas

Ferrajoli, Luigi (2009). Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta,

Ferrajoli, Luigi (2005). El Garantismo y la Filosofía del Derecho, Ed. Universidad Externado de Colombia.

García Vitor, Enrique (2000). La insignificancia en el Derecho Penal, Los delitos de Bagatela, Ed. Hammurabi.

Gelli, María Angélica (2005). Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, Ed. La Ley.

Zaffaroni, Eugenio (1998). En busca de las penas perdidas, Ed. Ediar.

Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro (2000). Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar.

Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar.

Ferrari, E. (1999). El principio de insignificancia y la disponibilidad de la acción. Reflexiones de un Fiscal, en Revista de Colegio de Magistrados y Funcionarios del Depto. Judicial de San Isidro, N° 4.

Finkelstein Nappi, Juan (2005). Apuntes sobre lesividad e insignificancia a propósitos del fallo Sepúlveda, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 13.

