

# El Derecho Penal del Siglo XXI

Libro homenaje al Profesor  
Dr. Esteban J. A. Righi

COORDINADORES

Omar Palermo

Marcelo A. Riquert

Gabriel A. Bombini



Editores  
del Sur

---

El derecho penal del Siglo XXI: libro homenaje al Profesor Dr. Esteban J. A. Righi / Stella Maris Martínez... [et al.]; coordinación general de Gabriel Adrián Bombini; Marcelo A. Riquert ; Omar Palermo.- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8418-31-5

1. Derecho. I. Martínez, Stella Maris. II. Bombini, Gabriel Adrián, coord. III. Riquert, Marcelo A., coord. IV. Palermo, Omar, coord.

CDD 345.0092

---

Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo  
Dirección editorial: Hernán Simkin

---



editores\_del\_sur



editoresdelsur



contacto@editoresdelsur



editoresdelsur.com

---

---

## Contenido

A la memoria del Prof. Dr. Esteban Righi, maestro ..... 6  
**Omar Palermo**

La vigencia de los principios y la palabra empeñada ..... 11

En homenaje al Prof. Dr. Esteban Righi ..... 11  
**Gustavo Bruzzone**

### VIOLENCIA DE GÉNERO

Género y estrategias de defensa de mujeres infractoras ..... 21  
**Stella Maris Martínez**

La irrupción de la perspectiva de género en los juicios  
de lesa humanidad en la Argentina ..... 31  
**Daniel Eduardo Rafecas**

La perspectiva de género en el derecho penal ..... 44  
**Paz Lloria García**

*Cyberstalking* y nuevas realidades ..... 78  
**Avelina Alonso de Escamilla**

Perspectivas de género en la enseñanza del derecho penal ..... 96  
**Jorgelina Camadro**

Repensar la dogmática penal con perspectiva de género.  
El caso de las autoras-víctimas de trata de personas  
con fines de explotación sexual ..... 106  
**Natalia Eloísa Castro**

Niñez, maternidad y prisión.  
La privación de libertad extendida en caso de mujeres  
con hijos menores de cinco años o embarazadas ..... 135  
**Gabriel Bombini**

La propuesta de medida de seguridad post-penaen casos de violencia de género.....	162
<b>Marcelo A. Riquert</b>	

### **RÉGIMEN PENAL JUVENIL**

Obstáculos para pensar la imputabilidad .....	184
<b>Ernesto E. Domenech</b>	

La justicia penal juvenil desde la perspectiva del niño víctima.....	195
----------------------------------------------------------------------	-----

Hacia un cambio de paradigma .....	195
<b>Daniel Eduardo Adler</b>	

Deudas pendientes del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires en materia de Ejecución Penal .....	215
<b>Esteban Viñas</b>	

Del interés superior del niño al interés superior del Estado .....	272
<b>Solange J. Capuya</b>	

La posibilidad de conciliación y reparación integral en el Proceso Penal Juvenil .....	289
<b>Fernando Vásquez Pereda</b>	

### **DISCUSIONES ACTUALES**

La noción de injusto (ilícito) no culpable y el concepto personal de lo ilícito .....	298
<b>Enrique Bacigalupo</b>	

Contra el oxímoron “dolo eventual” y en favor de la categoría “culpa grave” o “temeraria” .....	315
<b>Luis Fernando Niño</b>	

Delitos contra el Orden Internacional en el Nuevo Código Penal .....	357
<b>Javier Augusto De Luca</b>	

Los delitos contra el orden económico y financiero en el Proyecto de Código Penal.....	368
<b>Carlos Julio Lascano</b>	

Leyes de amnistía y delitos políticos .....	381
<b>Eugenio C. Sarabayrouse</b>	

Posición de garante como competencia excluyente y la responsabilidad en  
comisión por omisión de los funcionario públicos ..... 412

**José Milton Peralta**

Consideraciones sobre la responsabilidad penal de auditores ambientales.  
Nuevos enfoques para resolver cuestiones vinculadas a su nivel  
de intervención delictiva ..... 432

**Nicolás Eduardo Ayestarán**

---

## A la memoria del Prof. Dr. Esteban Righi, maestro

El *XIX Encuentro anual de la Asociación de Profesores y Profesoras de Derecho penal* se llevó a cabo en la ciudad de Mar del Plata durante los días 26 y 27 de septiembre de 2019. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata fue la excelente anfitriona de estas jornadas celebradas en homenaje al Prof. Dr. Esteban Righi. Debo expresar aquí nuestra gratitud con las autoridades de esta casa de estudios por la impecable organización del evento. En particular, quiero agradecer la dedicación, el compromiso y la seriedad profesional de mi querido amigo y respetado colega, el Profesor Marcelo Riquert. Mi gratitud hacia él no solo tiene que ver con la realización de estas jornadas, sino por su constante apoyo a lo largo de los dos años en los que ejercí la no siempre sencilla tarea de presidir nuestra asociación.

Fue un encuentro de emociones contrapuestas. Por un lado, el orgullo y la inmensa alegría que significó que la asamblea convocada para la elección de autoridades, proclamara por primera vez a una profesora mujer como presidenta. La Dra. Matilde Bruera, Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad Nacional de Rosario, fue electa por unanimidad. Asimismo, la asamblea aprobó, también por unanimidad, nuestra propuesta de alternancia de géneros en el ejercicio de la presidencia y paridad de géneros en la integración de la comisión directiva.

Se trata de un hecho histórico que tiene un doble significado para nuestra institución. Por un parte, importa el reconocimiento expreso de las discriminaciones históricas y estructurales generadas por el sistema hegemónico dominante sobre las mujeres y diversidades. Por la otra, la elección de una profesora mujer como presidenta, la alternancia de género en el

ejercicio de la presidencia y la paridad de géneros en la integración de la comisión directiva, es una manera de comenzar a dar respuesta inmediata a parte de las urgentes demandas de los feminismos y movimientos feministas de realizar *acciones afirmativas* concretas y efectivas en clave de *igualdad real*. De este modo, expresamos nuestro compromiso genuino con la construcción de una sociedad más igualitaria.

Por otro lado, las jornadas estuvieron atravesadas por el nostálgico recuerdo del Prof. Righi, lo que nos produjo una profunda e inocultable tristeza. Tuvimos el honor de contar con la presencia de su familia, quienes con fina amabilidad aceptaron nuestra invitación al encuentro. Nos acompañaron y sentimos que pudimos acompañar a Ana María García, su esposa; Federico Righi, su hijo; María Paula Righi, su hija; Roberto Righi, su hermano; Noemí López Giacinti de Righi y Liliana García, sus hermanas políticas; Ana Juárez, su sobrina, junto con algunos de sus más queridos amigos, amigas y colegas.

Se ha dicho tanto del Bebe –si se me permite llamarlo de ese modo, aunque por el inmenso respeto que sentía por él jamás pude siquiera tutearlo– que es casi inevitable caer en lugares comunes. Se ha subrayado, en relación con su carrera política y profesional, su indiscutible calidad como jurista y su valentía en el ejercicio de la función pública, en especial cuando fue Ministro del Interior (1973) y Procurador General de la Nación (2004-2012). Ahora, más allá de que el Prof. Righi fue un importante hombre de la política, quisiera rescatar aquí un rasgo de su personalidad académica: tenía, casi a pesar suyo, un inexorable carácter de maestro.

Son varias las razones que me llevan a formular esta afirmación. Si bien no es requisito indispensable para serlo, un maestro suele tener una amplia trayectoria. El Prof. Righi tuvo una brillante carrera académica, enriquecida por su aguda visión política y su experiencia en el ejercicio profesional. Sin ánimo de exhaustividad y solo por mencionar algunos de sus antecedentes más relevantes, hay que decir que fue discípulo del profesor español Luis Jiménez de Asúa y perteneció, junto a otros reconocidos juristas argentinos, a la denominada «*generación dorada del Derecho penal*». En 1973 fue designado Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Luego se exilió en México donde ocupó numerosos cargos académicos como profesor de Derecho penal en diversas universidades mexicanas. Fue Profesor Titular en la Universidad Autónoma del Estado de

México (1976) y en la misma universidad obtuvo por concurso las cátedras de Derecho Penal I, Derecho Penal II, Criminología y Derecho Penitenciario (1983).

Ya de regreso en nuestro país, luego de diez años de exilio, obtuvo por concurso el cargo de Profesor Asociado primero y Profesor Titular después del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (1996). En el año 2006 fue nombrado Profesor Consulto y en el año 2016 fue designado Profesor Emérito. Como puede advertirse, esta mera enunciación de algunos de sus antecedentes académicos demuestra la vasta trayectoria del Prof. Righi en este ámbito.

El Prof. Righi fue, además, autor de numerosas obras científicas de trascendencia. Sus líneas de investigación se orientaron fundamentalmente a la teoría del delito y al Derecho penal económico. Su primera aproximación global a la teoría del delito fue a través de la obra *Elementos de Derecho penal y procesal penal* (1988, en coautoría con Alberto Fernández y Luis Pastoriza). Sus trabajos sobre *Teoría de la pena* (2001), *Imputación subjetiva* (2002), *Antijuridicidad y justificación* (2002), *La culpabilidad en materia penal* (2003), fueron los antecedentes que luego se plasmaron en las dos ediciones de su respetado manual de *Derecho penal. Parte General* (2007 y 2016).

Su interés por el Derecho penal económico se manifestó tempranamente en un trabajo de Derecho comparado que fue publicado en Madrid en 1991, titulado *Derecho penal económico comparado*. Sus posteriores esfuerzos estuvieron dedicados a la interpretación de los tipos de la parte especial del Derecho penal económico. Así, sus sucesivas aportaciones como, *Delitos por emisión ilegal de cheques* (1997); *Los delitos económicos* (2000) *El régimen penal del cheque* (2014, en coautoría con Ana Juárez); *El delito de estafa* (2015); *El delito de administración fraudulenta* (2017), demuestran su temprano interés por una temática que aún hoy sigue siendo poco trabajada en nuestra región. Los textos mencionados, así como los numerosos artículos publicados en revistas especializadas, ponen de relieve la existencia de un trabajo científico ininterrumpido que se coronó con la obtención del premio Konex en el año 2016.

Sin embargo, un maestro no lo es solo por su formación y sus conocimientos, sino también por los valores que representa. Un maestro no puede preciarse de tal si carece de compromiso con los valores democráticos

y republicanos. Pues bien, el Bebe dio sobradas muestras compromiso democrático. Tan es así, que después de casi cincuenta años, todavía se recuerda el histórico discurso que, como Ministro del Interior, ofreció a la Policía Federal. Allí interpeló a las fuerzas de seguridad advirtiéndoles que *«ningún atropello será consentido. La policía tendrá la obligación de no reprimir los justos reclamos del pueblo, respetar a todos sus ciudadanos, considerar inocente a todo ciudadano mientras no se demuestre lo contrario y comportarse con humanidad, incluso frente al culpable»*. Un claro mensaje republicano sobre los deberes de las fuerzas de seguridad, su subordinación al poder político, el imperio de la ley, así como un enérgico repudio a la violencia institucional y a la criminalización de las protestas sociales.

El compromiso del Bebe con los valores democráticos le generó una hostil y persistente persecución política que lo obligó a abandonar el país y exiliarse en México durante todo el tiempo que duró la dictadura cívico-militar. Una muestra de esa violencia estatal de la que fue víctima es que la Comisión Nacional de Reparación Patrimonial (CONAREPA) confiscó todos sus bienes y se decretó su «muerte civil», con la pérdida de derechos civiles y políticos que ello significaba. Lo paradójico es que tras la recuperación democrática se mantuvo excluido del padrón electoral, por lo que no pudo ejercer su derecho al voto en 1983 y en 1985.

Finalmente, según creo, un maestro debe tener compromiso con la defensa y en la protección de los Derechos humanos. El Bebe no renunció nunca a ese compromiso. Como Procurador General de la Nación, además de dictaminar a favor de la declaración de nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, creó la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado (Res. PGN N°14/07). La tarea de esta Unidad Fiscal resultó fundamental para lograr el avance de los juicios de lesa humanidad en todo el país. El proceso de memoria, verdad y justicia por el que tanto han luchado los organismos de Derechos humanos, encontró en el Bebe Righi un impulsor fundamental. A tal punto ello fue así que las posteriores políticas de persecución penal de la Procuración General de la Nación se han respaldado en un modelo que de algún modo replica el de la Unidad Fiscal de lesa humanidad.

Dicho a modo de síntesis, la gran trayectoria académica del Prof. Righi, su obra científica de trascendencia, su compromiso con los valores democráticos y con la protección y defensa de los Derechos humanos, reflejan lo que, en efecto, fue: un verdadero maestro. Logró tener el respeto y el reconocimiento de sus pares y de sus discípulos, algo que perdurará por siempre. Como legado nos deja su humildad, su andar cansino, su hablar reflexivo y pausado y su integridad, aun en su hora más difícil. Ese legado nos dejará viva su presencia a quienes compartimos con enorme cariño y admiración algún trayecto de su vida. El Bebe Righi fue un ser humano inolvidable y un gran maestro. Te vamos a extrañar, querido Bebe.

*Omar Palermo*

Profesor Titular de Derecho penal, UNCuyo

Presidente de la AAPDP 2017-2019

---

## La vigencia de los principios y la palabra empeñada

En homenaje al Prof. Dr. Esteban Righi

### GUSTAVO BRUZZONE

En primer lugar quiero agradecer la invitación para estar acá a los organizadores de este encuentro y, muy especialmente, al presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Prof. Dr. Omar Palermo.

Pero quiero contar, en primer lugar, que hace algo más de cuarenta años (más de cuarenta años...), la primera vez que participé como asistente a un congreso de derecho penal fue en uno de derecho penal juvenil. Y el primer expositor era un jovencito Luis Niño, y yo estaba ahí escuchándolo y me emociona recordar ese momento –en este día de fuertes emociones donde aparte del motivo de la convocatoria también me reencontré con muchos viejos y queridos amigos–. Por distintos motivos toda mi vida vinculada al derecho penal está relacionada con el querido Luis, a quien luego traté en la Facultad de Derecho y, luego de algunos años tuve el honor de trabajar con él como pares en la Cámara Nacional de Casación Penal y hoy, estamos acá cerrando este congreso donde me puedo ocupar de homenajear a un gran amigo y maestro. Estuve en los últimos años en cierta medida alejado de la enseñanza del derecho penal, del derecho penal duro, de la dogmática... Hace un tiempo que no me entusiasmo de la misma manera que me entusiasme en algún momento, pero lo que quería empezar a compartir en esta charla son algunas vivencias con un señor que cada vez que me veía me decía: “*Pinche Negro ¿Cómo dice que le va?*”.

Y quiero compartir con Uds algo que ocurrió hace 23 años (VIDEO de 1996 DE ESTEBAN RIGHI EN LA PANTALLA).

En el video se ve que le estoy pidiendo el discurso que leyó ante la Policía Federal cuando era Ministro del Interior del presidente Cámpora, para leerlo en un curso sobre “*La situación del imputado en el proceso penal*”. De ahí en adelante comencé a dar clases de Derecho procesal penal y, como todos ustedes saben, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires estamos todos ahí adentro de la materia Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal. Entonces el mismo curso era sobre la situación del imputado y se me había ocurrido que podía trabajar ese discurso.

Lo que quería compartir con Uds para recordar al Profesor Righi era tomar pequeños grandes momentos de su vida, y el discurso brindado ante la Policía Federal, que en realidad es una lección de política criminal, me parecía de lo más oportuno para transitar un Curso de Derecho Procesal penal y para compartir hoy con Uds..

Fue en 1973 cuando Righi leyó esto ante la policía federal y les dice cuál va a ser la política institucional que va a seguir y cuál era el rol que se espera de esa fuerza. Algunos años después, cuando fue asesor del Procurador General federal de México consideró adecuado, como primer propuesta, sugerir que la policía que trabajaba para los fiscales, *no tenía que detener para investigar sino que tenía que investigar para detener*. El discurso ante la Policía Federal tenía esa consigna implícita porque lo que demandaba era un cambio de mentalidad de lo que la policía tenía que hacer acompañando a un gobierno democrático. Recientemente, estaba en Santa Fe y un abogado que no sabía de mi relación con Righi, me decía que había sido *un adelantado a su época*. Y, debo decir, que efectivamente lo era, porque si pensamos lo que representa y significa el “*Discurso ante la Policía Federal*” y si pensamos en los tiempos contemporáneos, advertimos que las actuales decisiones político criminales o mensajes político criminales tienen un abismo de por medio acerca de lo que esperamos de las fuerzas de seguridad. Probablemente, sea lo mismo respecto a la discusión que teníamos hoy sobre los montos de pena que hoy en el código ya somos insensibles a la cantidad de años de prisión que se establecen como pena para casi todos los delitos y como se discutía en otra época. Tendríamos que reflexionar y tendríamos que ver en la historia reciente qué fue lo que ocurrió en estos últimos 30 años, donde se señala que no es un problema exclusivo de Argentina, que es un problema mundial. Es un problema donde van avanzando otro tipo valores y expectativas que hace 40 años

discutíamos, y donde hubo un momento donde pensábamos que la cárcel no iba a existir más (!) y, después, fue todo lo contrario. Podemos recordar libros como el de Nills Christie, donde se habla de *la industria del control del delito* y nos explica cómo fue creciendo todo el aparato de control, y aplicado a nosotros, lo explica también Zaffaroni cuando nos habla de los modelos de control y cómo lo vamos a llevar adelante, donde lo que se advierte no es una *grieta*, sino un *abismo tecnológico* para llevar adelante el control que por escasez de recursos tecnológicos, humanos y materiales no se va a poder implementar de la manera en que lo proponen.

Cómo vamos a llevar adelante un control eficaz de las pautas de conducta impuestas en el marco de una *probation* (suspensión de juicio a prueba), es un misterio, porque no existe una Oficina de Oficiales de *probation* que lo pueda llevar a cabo. Cómo van a controlar después de 25 años a quien le aplicamos una pena por un delito en contra de la libertad sexual (¿!).

Como síntesis de lo que decía al comienzo y que servía para aquel curso que yo empezaba a dar de procesal penal, tenía que ver con que *no se podía detener para investigar y que se tenía que investigar para detener* y que se manifiesta, claramente, en que una persona no tiene que estar privada de su libertad por estar imputada de la comisión de un delito, sino que tienen que existir *razones procesales* (*peligros* para la concreción de los fines del proceso) y que no tienen que ver estrictamente con el delito imputado en su aspecto sustantivo. Daniel Pastor nos explicó en su momento en su artículo sobre *encarcelamiento preventivo* cómo debíamos aproximarnos a la diferencia entre lo sustantivo y lo procesal a la hora de decidir medidas de coerción a lo largo del proceso penal.

Todos sabemos por qué Righi dejó la Procuración General de la Nación, pero él nunca habló públicamente del tema, en realidad hubo un tiempo en el que se guardó a silencio. Y el día que habló públicamente fue para hablar en contra del abuso que se estaba haciendo del encarcelamiento preventivo, y todos sabemos quién era uno de los que estaban detenidos con prisión preventiva en aquel momento. El responsable de que Righi se haya tenido que ir de la manera que se fue del cargo de Procurador General, Amado Bodou, indirectamente se veía alcanzado por sus palabras críticas a la forma en que se comenzó a utilizar el encierro preventivo. Acá se puede reconocer toda una línea de pensamiento y conducta coherentes y lo que a mí siempre me llamo la atención que aprendí del Bebe, es que cualquiera

puede enseñar conceptos jurídicos; podemos enseñar principios jurídicos en abstracto (por ej., las diferencias entre culpa temeraria, culpa grave, culpa simple), podemos enseñar lo que sea, pero lo que no podemos enseñar y, esto si va dirigido especialmente a profesores de derecho penal, es a *ser honestos, a tener temple* cuando están ejerciendo el cargo que sea, porque conviene repetirlo una vez más: los cargos por sí solos no son nada. Mucha gente está desesperada por *los cargos*. El cargo hay que honrarlo, al igual que los abogados que se reciben les decimos que el título de abogado es importante, pero lo que deben hacer es honrar ese título con su trabajo.

Esto si lo aprendí de Righi, por eso el día que se cuestionó su honorabilidad dijo, con claridad que *él no era ni Redrado ni Alberto Fernández*, aludiendo a episodios que tenían que ver con salidas de funcionarios del gobierno de CFK que se habían suscitado un tiempo antes. Cuando se informó de qué había pasado, y le explicaron, ese mismo día después de volver de aquella Semana Santa de descanso, renunció al cargo que había honrado y se fue sin hacer ninguna clase de declaración, y nunca habló tratando de obtener rédito de esa situación. Alguna vez le pregunte si no lo habían tentado en aprovechar políticamente esa situación para obtener rédito personal y me confesó que sí, hasta senador por CABA alguien le había propuesto, pero que nunca le importó ni le interesó.

Había una línea de conducta y una manera de pensar que venía de cuando era joven, de cuando se hizo peronista, y comprometer la palabra también tenía que ver con él y con la generación de la que formó parte. Nosotros somos los nietos o bisnietos de Jimenez de Asúa, ellos fueron sus hijos y, debemos destacar, les tocó vivir momentos muy difíciles de la historia reciente de la Argentina.

El segundo episodio que tengo intención de recordar es lo que pasó en 1973. Righi formó parte de un gobierno que duro solo 49 días y que, por el contrario, parece que duro mucho más tiempo por la intensidad de aquellos días y todo lo aconteció en ese breve período. En la entrevista que está en su libro de homenaje, que hicimos junto con Mario Wainfeld, le preguntamos cómo se había formado el *Grupo Calafate*, que fue el grupo inicial que comenzó a alentar el proyecto político de Néstor Kirchner. Bebe contó que lo invitó Alberto y que la intervención más importante que tuvo fue, precisamente, compartir algo de su experiencia personal, destacando que en política era muy importante *cumplir con lo que se promete*. Para

él, como una cuestión generacional, había tenido que sufrir la traición a la palabra que había supuesto el gobierno de Arturo Frondizi.

El gobierno de Frondizi que se presentó diciendo determinadas cosas pero después hizo todo lo contrario cuando fue presidente, y no estamos discutiendo si hizo bien o hizo mal, lo que estamos señalando es un hecho en la historia de la Argentina incontrovertible: Frondizi prometió y se comprometió a ciertas cosas cuando era candidato que después no cumplió cuando fue presidente.

Por eso, lo que consideró imposible de revertir una vez que llegaron al gobierno eran los compromisos asumidos previamente. El discurso ante la Policía Federal era una consecuencia natural de la forma de pensar de un sector importante de los que estaban llegando al gobierno y, debemos destacar, en aquel momento nadie lo criticó; ninguna institución lo criticó en aquel momento, lo criticaron después.

Por la palabra empeñada había tres cuestiones que había que llevar a cabo en el gobierno de Cámpora de 1973. Una era *la amnistía de los presos políticos*, la segunda era *eliminar un tribunal especialmente creado para llevar a cabo las leyes represivas antisubversivas de ese momento* (el Camarón) y en tercer lugar, *la modificación de la legislación penal* dictadas durante los gobiernos ilegítimos que surgieron después del golpe de estado de 1955.

*El Camarón* no fue reinstaurado nunca más y sería conveniente efectuar un estudio, en proyección histórica, de qué lo originó y cuáles fueron sus méritos y críticas, porque se trata de un momento de la historia reciente de nuestro país poco transitado, por la oscuridad que lo rodea y por los lamentables episodios que concluyeron en lo que la historia argentina recuerda como “*La masacre de Trelew*” y el posterior homicidio del juez Quiroga y las tentativas de hacerlo con otros ex jueces de ese tribunal, que permitieron sostener a algunos responsables de la represión criminal de la dictadura de Videla, que como *los jueces tenían miedo de que los maten*, la opción por la desaparición de personas era una solución adecuada para resolver el problema que presentaban las organizaciones armadas clandestinas. Los presos políticos fueron liberados y todos sabemos qué ocurrió, y cuál fue la decisión de política criminal, *criminal*, que se tomó para solucionar ese problema durante el gobierno militar 76/83.

Las leyes que se habían dictado en esos años fueron derogadas. Pero es entre diciembre de 1973 y enero de 1974 que las leyes derogadas son sancionadas, nuevamente, ahora a propuesta del Presidente de la Argentina, Juan Domingo Perón con todo lo que ello representó para un sector importante de los que lo habían votado como presidente, modificando lo previamente convenido.

La palabra empeñada, para Righi, fue siempre igual. Fue hacer honor a palabra empeñada lo que llevó a cabo al momento de irse de la Procuración General. Cuando tuve que pensar el título que teníamos que ponerle a la desgrabación de la entrevista que le habíamos hecho, surgió natural que nos encontráramos ante un personaje histórico, por eso le pusimos a la conversación el título de “*Un jurista atravesado por la historia*”, porque su dimensión de jurista se cruzaba con otras.

No todos tenemos, y los que estamos acá recordándolo tuvimos la suerte de haber estado un rato con él de haber charlado, de haber participado de cosas con él. Y yo tuve la suerte de generar una revista los *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* de la editorial *Ad-Hoc* y que muchos de los que están acá escribieron y que muchos deben haber leído. En el 96 estábamos fuertes con todo eso, y puedo decir que *hacer la historia de las revistas de derecho penal de la Argentina* es hacer la historia también de cómo era la Argentina. A finales de los 50’ y comienzos de los 60’ un grupo de jóvenes, que me imagino correteando atrás del viejo profesor español –que debía ser una *prima dona*–, todos los que estaban alrededor de él fundan una revista, que fue la *revista amarilla* de la editorial La ley y en ella lograron editar un par de números, se publicaron algunos artículos y como en uno escrito por David Baigún, se criticaba *La Ley Anticomunista de Onganía* y en otro Ricardo Núñez criticaba el Proyecto de Código Penal de Sebastián Soler, las autoridades de la editorial consideraron que ello no se podía hacer. “*Acá no se puede criticar a Onganía, y tampoco se admiten críticas a Soler*”, por ello la revista se cerró.

Años después, se fundó en la editorial De Palma, *Nuevo Pensamiento Penal* que nace con la consigna de que no se va a censurar nunca más por razones ideológicas, ya que solo primaria la calidad jurídica de los trabajos. Años después, ¿cuál fue el censurado? Esteban Righi, quien para 1976 no podía publicar en la Argentina un artículo sobre tentativa, siguiendo la línea

del que había publicado en el 72', y que Marcelo Ferrante en su aporte en el Homenaje a Righi nos recuerda.

Cuando en 1996 comenzamos a pensar en una nueva revista de derecho penal, yo quería que Righi fuera su director, y parte de nosotros, como nueva generación, los herederos de aquella historia. Quiero reconocer que aceptó las sugerencias y propuestas de temas y jóvenes autores, a quienes entusiasmaba con su permanente actitud abierta, gentil y docente. Hasta cambios innovadores en el diseño gráfico que tenía la revista, ilustrada con obras de arte de artistas argentinos contemporáneos que miraba y se sonreía, pero lo aceptaba de buen grado.

Pero lo más relevante era que publicara gente joven, lo que no solo aceptaba, sino que alentaba. Controlábamos, por delegación, una serie importante de secciones, y él decidía la sección doctrinal de la revista y, considero, que fue un buen producto para la discusión que tuvimos en aquel tiempo.

Si constatamos que Righi no podía publicar en Buenos Aires a comienzos de 1976, no parece correcto hablar de *la grieta* como un invento la señora que fue presidenta hace poco; se olvidan de la *Zanja de Alsina*, del peronismo y antiperonismo que comienza a mediados del siglo XX, son grietas profundas ya instaladas hace años en el imaginario nacional. Sufrió *macartismo* por la posición que había tenido, por eso es bueno recordar y destacar que cuando *los Cuadernos* estaban en su mejor momento, un día me cita para alcanzarme un artículo que, "*si bien no es muy bueno quiero que se publique*", me dijo. Y así fue. Era de Eduardo Aguirre Obarrio, quien se lo había hecho llegar y el Bebe me decía que debíamos estar honrados de que Aguirre Obarrio hubiese mandado un artículo a la revista. Se conocieron cuando era Ministro del Interior del gobierno de Lanusse y Righi acababa de ser designado en ese cargo por Cámpora. Como ministros del interior tomaron contacto y tuvieron una buena relación. Righi nunca hizo diferencias ideológicas, por lo menos para valorar la calidad técnica de otros colegas.

*Macartismo* hacen ahora; porque una persona forma parte de un partido político u otro y se lo descalifica solo por ese motivo. Personalmente estoy avergonzado con la política judicial que ha tenido esta administración de gobierno en la designación de cargos judiciales. Para cargos de todo tipo, gente que formaba parte de la agrupación *Justicia Legítima* era eliminada

de las ternas en donde habían ganado los concursos respectivos... Esta administración del gobierno de Macri es muy hipócrita en ese sentido. Esto lo estoy diciendo en un congreso de profesores de derecho penal. Para el tiempo que Righi era un abogado que no había llegado a la función pública, también había una *grieta*, porque para el tiempo que existía el *Camarón* existía la *Gremial*, que era un grupo de abogados que actuaban ante el Camarón defendiendo presos políticos. Todos formaban parte de eso y lo tenían que hacer y discutían de determinada manera. Tanto Righi como Enrique Bacigalupo que no tenían nada que ver ideológicamente pero respetaban y apreciaban mucho a Enrique Ramos Mejía que no tenía nada que ver con el peronismo o posiciones de izquierda, pero era una persona honesta y trabajaba bien. Para ese momento las designaciones se hacían en el Poder Judicial eran de determinada manera donde los que enseñan derecho penal tenían alguna incidencia, y lamentablemente esto no siguió pasando con el tiempo y las designaciones se comenzaron a hacer de otra manera. En la anterior administración se cometieron muchísimo errores, la Secretaria de Inteligencia de Estado, La SIDE, incidía en la designación de funcionarios lo que quedó evidenciado con la salida de Gustavo Beliz del gobierno de Néstor Kirchner, donde lo echaron, lo persiguieron y comenzaron a cometer importantes errores en materia de política judicial. Y cuando llegó esta administración siguieron haciendo lo mismo, pero hoy es un poco peor porque los jueces son designados por el presidente del Club Atlético Boca Juniors, lo que solo nos puede producir vergüenza.

Considero que los profesores de derecho penal deben tomar el mando y hacer algo al respecto, para que esto no siga ocurriendo o no vuelva a ocurrir. Yo sé que el Bebe me hubiera dicho que no diga este tipo de cosas, pero hay momentos en la vida donde hay que aclarar ciertas cuestiones, que todos sabemos pero no decimos con la vehemencia que corresponde, guardando las formas que nos evitan problemas, pero que no dejarán nuestra conciencia tranquila.

El no hacía estas cosas y le pido disculpas, pero hay cosas que hoy quería decir. Uno transitó tribunales y recuerdo cuando frente a algún planteo técnico me decían en el *fuero penal económico* que eran cosas para la facultad "*pero acá estamos en tribunales*", como si lo que enseñamos en la facultad no tuviera aplicación en la praxis. Pero, no se trata de eso, de aplicar lo que estudiamos en el lugar donde trabajamos, decía yo. Este

punto de vista el Prof. Righi lo defendió siempre y a lo largo del día de hoy lo tuve muy presente. Estoy muy emocionado y muy contento con estar acá.

Creo que nunca nos vamos a cansar de celebrar haber tenido la suerte de transitar en nuestra vida con una persona como el Bebe Righi. Muchos de los que están presentes tienen una anécdota con él y de él saben algo que guardan como un recuerdo importante y fue así que nos enseñó montones de cosas y nunca reprochó nada, como el día que se volvió con la presidente CFK, que lo quiso ver y lo llamó. Luego del encuentro le pregunté si le había dicho algo de su salida de la Procuración General y me contestó que no había nada para reprochar. Que no se reprocha nada, en política o en la vida. Toda una lección y yo no lo podía creer, era una cosa que había hecho toda la vida, porque del exilio hizo virtud, y por defender determinados principios sufrió persecuciones, pero cuando volvió a la Argentina, no volvió con ánimos de venganza o con bronca. Al contrario, volvió para encontrarse con Aguirre Obarrio y darle la mano sin rencores y cuando se encontró con CFK no le dijo nada de nada de nada, como si se hubieran visto el día anterior. Quiero recordar aquellas cosas, aquel ejemplo de nunca reprochar, nunca quejarse y siempre... y siempre tener el temple correcto y la palabra adecuada en todos los momentos. Podríamos recorrer la historia de Righi y podríamos hacer la historia de la Argentina de los últimos tiempos y en donde este señor salvo por ser hincha de River, va a salir siempre bien parado.

Un abrazo a todos y nos seguimos viendo.

Mar del Plata  
27/9/2019

---

Violencia de género

---

---

## Género y estrategias de defensa de mujeres infractoras<sup>1</sup>

**STELLA MARIS MARTÍNEZ\***

La Defensoría General de la Nación, con apoyo de Eurosocial<sup>2</sup>, ha venido trabajando en la elaboración, implementación y difusión de estrategias de defensa de mujeres infractoras víctimas de violencia de género o en situación de vulnerabilidad.

El objetivo general del proyecto es el desarrollo de estrategias de defensa específicas para mujeres que afrontan acusaciones en la justicia penal, buscando como resultado esperado respuestas judiciales sensibles a la problemática de género.

Y los objetivos específicos son:

- a) visibilizar el sustrato discriminatorio de la persecución penal a las mujeres, muchas de ellas víctimas de violencia de género o en especial

\* Defensora General de la Nación.

1 Síntesis de la exposición presentada en el XIX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Mar del Plata, 26 y 27 de septiembre de 2019.

2 Es un programa de cooperación entre la Unión Europea y América Latina que contribuye a la reducción de las desigualdades, la mejora de los niveles de cohesión social y el fortalecimiento institucional en 19 países latinoamericanos, mediante el apoyo a sus procesos de diseño, reforma e implementación de políticas públicas, focalizando su acción en las áreas de igualdad de género, gobernanza democrática y políticas sociales. Se trata de un programa, financiado por la Unión Europea, que desde el 2005 ha venido ofreciendo un espacio para el aprendizaje entre pares y el intercambio de experiencias entre instituciones homólogas de ambas regiones, favoreciendo el uso de un amplio catálogo de herramientas pertinentes para cada proceso.

- situación de vulnerabilidad por la superposición de múltiples factores (pobreza, migración, edad, entre otros);
- b) identificar puntos críticos de las argumentaciones judiciales para deconstruir categorías dogmáticas presuntamente neutrales, a la luz de criterios de imputación y reproche sensibles a la cuestión de género;
  - c) desarrollar estrategias de defensa técnica eficaces para este tipo de casos, con un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género.

Ahora bien, existen grupos de casos donde los condicionantes de género juegan un papel relevante:

1. Los llamados “delitos de estatus”, vinculados con roles marcadamente femeninos, tales como el papel de madre-cuidadora.
2. El homicidio de una pareja por quien previamente ha sufrido situaciones de violencia grave y continuada.
3. Conductas relacionadas con el tráfico de drogas, especialmente venta al menudeo o transporte a pequeña escala (“mulas”).

## 1. DELITOS DE ESTATUS

Se vinculan con roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad.

La construcción ideológica de la maternidad como el destino natural del género femenino ha servido de base para atribuir a las mujeres un deber primigenio de cuidado y responsabilidad sobre sus hijos/hijas que influye de manera relevante en la valoración jurídica de sus actos.

Si una mujer agrede o no protege a sus hijos/hijas frente a algún peligro grave que les acecha, su conducta no solo se valora desde el punto de vista de los bienes jurídicos afectados (vida, salud o integridad) sino también como una forma de desobediencia a una norma moral asociada al rol de madre-cuidadora.

Según se trate de conductas activas u omisivas es posible distinguir dos grupos de delitos de estatus:

- a) los supuestos de no evitación de lesiones u homicidio de los hijos/as causados por un tercero, generalmente la pareja de la acusada. Estos hechos suelen calificarse, según las circunstancias concretas, como delito de abandono de personas (en su caso, con resultado de muerte o lesiones) o como homicidio en comisión por omisión agravado por el vínculo.
- b) Desde el punto de vista de los comportamientos activos, destacan los casos en los que una mujer da muerte a su hija/hijo recién nacida/o, un supuesto que, ante la ausencia de la figura de infanticidio, da lugar a su tipificación como delito de homicidio agravado por el vínculo.

### *1.1. Tipicidad*

En los delitos de omisión, los contextos de violencia de género pueden desplegar efectos relevantes en dos espacios diferentes: en el tipo objetivo, para delimitar el alcance de la función de protección del garante que genera el deber de actuar y, en el tipo subjetivo, para decidir si hay dolo.

### *1.2. Culpabilidad*

Un historial de violencia severa y continua puede generar en la víctima un temor fundado de represalias si contradice la voluntad del maltratador, el que sin duda puede explicar que la mujer no se encuentre en condiciones de motivarse por la norma que le impone el deber de proteger a sus hijos/as o, al menos, que su capacidad de motivación esté fuertemente disminuida, lo que ha de repercutir necesariamente en la graduación de la culpabilidad, pudiendo llegar a excluirla en los casos más severos de violencia de género, aquellos en los que su voluntad está seriamente condicionada por la actitud amenazante y violenta del maltratador.

## 2. HOMICIDIO O LESIONES A LA PAREJA MASCULINA VIOLENTA

Otro de los casos judiciales paradigmáticos en los que entran en juego los contextos de violencia de género es el de las mujeres que matan a una pareja que las tiene sometidas a una situación de intenso maltrato.

Si hay una institución en el Derecho penal que puede resultar discriminatoria para las mujeres en caso de aplicarse de forma rígida y formalista es precisamente la legítima defensa porque sus requisitos se elaboraron sobre el modelo de confrontación hombre/hombre, pensando en personas con fuerzas semejantes y posibilidades de respuesta también similares, lo que deja fuera del “grupo de referencia” a la mayoría de las mujeres, cuya menor potencialidad física para repeler un ataque violento puede exigirle otro tipo de estrategias menos directas. (cfr. Larrauri, E., 2008. Mujeres y Sistema Penal. Violencia doméstica. Buenos Aires. Euro Editores)

La relación matrimonial –o de pareja de hecho– no implica ninguna limitación del derecho de defensa, ni por la vía de imponer a la persona agredida algún tipo de asunción de riesgos ni mucho menos exigiéndole la huida.

## 2. 1. Problema: falta de inminencia de la agresión

Dos supuestos:

- a) En primer lugar, el caso de la mujer que, estando frente a frente con su agresor, opta por una acción defensiva antes de que este llegue a tocarla o cuando apenas ha iniciado el episodio de golpes;
- b) En segundo término, el supuesto –mucho más complejo– de legítima defensa sin confrontación directa, esto es, cuando la mujer ataca al hombre violento en un momento en el que no la está agrediendo, por ejemplo, mientras duerme.

a) Cuando una mujer mata a una pareja que la viene maltratando sistemáticamente el historial de violencia siempre debe formar parte del material probatorio de la legítima defensa, siendo obligatorio para los jueces incorporar ese dato en el proceso de valoración de la conducta defensiva.

Y no solo para valorar la necesidad de la defensa sino también la *racionalidad del medio empleado*, porque en situaciones de violencia aprendida –como sucede en los ciclos propios de la violencia de género– una mujer es capaz de detectar cuándo un primer golpe, aunque objetivamente parezca leve, es el inicio de una agresión muy intensa que puede exigir una

respuesta lo suficientemente contundente para evitar que el ataque se vuelva incontrolable y sea imposible repelerlo.

b) Más complejos son los casos de defensa en los que no hay una confrontación directa entre la mujer y su maltratador, porque es cierto que en tales situaciones faltará la inmediatez de la agresión propia de la “inminencia”.

Por eso, parte de la doctrina, prefiere hablar de “actualidad” de la agresión y no de inminencia, entendiéndose por tal que en el momento de la acción defensiva exista un peligro originado por el comportamiento anti-jurídico del agresor que “haga preciso e inaplazable actuar porque de lo contrario existe el riesgo de que una posterior defensa sea insegura o ineficaz” (Luzón Peña, D., 2015. Aspectos Esenciales de la legítima defensa. 2º Edición. Buenos Aires. Edit. BdeF)

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia comparada tiende a negar la actualidad del peligro en todos los casos donde falta la confrontación directa entre agresor y agredida, partiendo de que en tales supuestos la mujer no estaría defendiéndose de una agresión actual sino futura, por lo que prefieren acudir a la llamada legítima defensa preventiva, una fórmula que en realidad no da lugar a una causa de justificación autónoma sino que remite para su evaluación a los requisitos del estado de necesidad, sea en su forma justificante o exculpante.

En el derecho penal español algún sector de la doctrina acude en estos casos a la eximente de miedo insuperable, encontrando su fundamento en la inexigibilidad de otra conducta por razón del fuerte obstáculo motivacional que implica el temor fundado y razonable a sufrir una agresión grave en un futuro cercano.

Ahora bien, cuando en estos casos se niega la actualidad de la agresión solo porque en el momento de la acción defensiva no se está produciendo uno de los habituales ataques directos del maltratador es, sencillamente, porque se ignora sin más el dato de la violencia latente –tan característica del maltrato de género– y la situación se observa de forma descontextualizada y simplista, como si cada episodio de violencia fuera un hecho aislado.

## *2. 2. Agresión al maltratador en contextos de violencia de género: ¿un supuesto de legítima defensa calificada?*

Veamos los elementos de la legítima defensa:

### a) Existencia de una agresión ilegítima

El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem Do Pará, también conocido como el CEVI<sup>3</sup>, sostiene que no cabe duda de que la violencia basada en el género es una agresión ilegítima, que no solo se encuentra sancionada en todas las legislaciones de nuestra región sino que además se encuentra definida y sancionada en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará).

La misma establece que el concepto de violencia incluye la violencia física, sexual y psicológica: 1. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; 2. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y 3. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

### b) Inminencia o actualidad de la agresión

El CEVI pone de manifiesto que el requisito de inminencia debe ser considerado desde una perspectiva de género, ya que lo opuesto conllevaría la negación para las mujeres de librarse de este tipo de enfrentamientos.

Por ello, el CEVI recuerda que la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que

<sup>3</sup> V. LEGÍTIMA DEFENSA Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará) Número 1.

se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica.

La inminencia permanente de la agresión en contextos de violencia contra las mujeres, se caracteriza por dos elementos.

En primer lugar, existe continuidad de la violencia ya que la conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; consecuentemente, la mujer víctima tiene temor, preocupación y tensión “constantes” lo que causa que continuamente espere una agresión.

En segundo lugar, existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo.

El CEVI sostiene que se debe comprender la violencia en relaciones interpersonales como una problemática que tiene un carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, por lo que es un “mal inminente” para las mujeres que la sufren.

El Comité recuerda que entre los deberes de los Estados Parte se encuentra el de tomar todas las medidas apropiadas para modificar prácticas jurídicas que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra las mujeres.

Lo último implica la comprensión y análisis del requisito de inminencia desde las desigualdades estructurales existentes para las mujeres, así como las dinámicas particulares de la violencia contra las mismas, especialmente en el ámbito doméstico o de relaciones interpersonales.

#### c) Necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión

El CEVI sostiene que en los casos en los que mujeres víctimas de violencia argumenten legítima defensa, los tribunales deben asumir la perspectiva de género en su análisis de las alternativas con las que contaban las mujeres.

En esta línea, debe reconocerse que la proporcionalidad se encuentra ligada con la continuidad de la agresión sufrida por las mujeres.

Es decir, que la proporcionalidad responde a un hecho permanente y continuado que supone ser víctima de violencia.

Resalta que juzgar con perspectiva de género implica considerar el contexto en el cual se da la agresión y la respuesta.

Hay que considerar la desproporción física; la socialización de género o la falta de entrenamiento para el manejo de armas, así como la dinámica propia del ciclo de violencia, donde las mujeres se encuentran desprovistas de herramientas emocionales para reaccionar de acuerdo al estándar masculino propuesto por el derecho penal tradicional.

### *2. 3. Conclusiones y recomendaciones*

Aplicar la perspectiva de género en los procesos de juzgamiento donde las mujeres víctimas de violencia son acusadas de matar o lesionar a sus agresores en legítima defensa de sus derechos o en defensa de terceros, exige un cambio de paradigma o cristal con el que se deben valorar los hechos e interpretar la ley penal y procesal, erradicando de todo razonamiento la aplicación de estereotipos de género que imperan en nuestra sociedad y en el sistema de justicia en particular.

## 3. MUJERES EN CONTEXTO DE EXTREMA VULNERABILIDAD EN EL MARCO DE LA LEY DE ESTUPEFACIENTES

El 60% de las mujeres encarceladas en prisiones federales lo son por delitos de drogas. La condición femenina es un factor trascendente para explicar la participación de las mujeres en este tipo de delincuencia y las funciones que habitualmente cumplen en la cadena de narcotráfico.

Todos los estudios sobre mujeres encarceladas por delitos de drogas coinciden en dibujar un perfil de alta vulnerabilidad y condiciones extremas de exclusión social, definido por la marginalidad, bajo nivel educativo, historias familiares marcadas por distintas formas de violencia, inserción en el mundo del trabajo desde la infancia –principalmente en la economía informal–, embarazos en la adolescencia y una ausencia de los mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos por parte del estado, añadiendo en muchos casos la responsabilidad de ser cabeza de familias monoparentales con hijos/hijas y personas mayores a cargo.

Este perfil explica por qué las mujeres de sectores socialmente oprimidos son útiles a las redes de narcotráfico.

Su alta vulnerabilidad y la necesidad económica acuciante las hace fácilmente manipulables y al mismo tiempo prescindibles, razón por la cual se sitúan en los niveles más bajos de las operaciones de transporte (o venta) de droga que al mismo tiempo son las actividades más expuestas al control policial.

Incluso es frecuente que sean “sacrificadas” por los narcotraficantes utilizándolas como “cebo” para distraer a las fuerzas de seguridad en los controles fronterizos, tanto terrestres como en aeropuertos, con el fin de asegurar el paso simultáneo de cargamentos importantes por la misma frontera.

Si bien la valoración de estos datos nos conduciría a postular como estrategia de defensa la operatividad del estado de necesidad justificante, la jurisprudencia suele ser muy restrictiva en la aplicación de esta causa de justificación en los delitos de tráfico de drogas por a) la extrema gravedad que se atribuye a cualquier operación de tráfico de drogas; y b) los riesgos implícitos en la posible declaración de impunidad de ciertas conductas.

En el ámbito de la culpabilidad, en el caso de mujeres en situaciones económicas precarias que aceptan pasar droga oculta en su propio cuerpo o en otras condiciones semejantes, no se puede perder de vista la posibilidad de que concurra un supuesto de trata de personas subsumible en la modalidad de captación con fines de explotación laboral, concretamente, para obligarlas a realizar trabajos o servicios forzados.

La Sala I, de la Cámara Federal de Casación Penal en el fallo “Martínez Hassan, del 18 de octubre de 2018, claramente apunta a la aplicación de la eximente de pena prevista en el art. 5 de la Ley N° 26.364 (“las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata”, una eximente que parece responder al principio de inexigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho en los supuestos en los que la libertad del autor/a del hecho ilícito se encuentra gravemente constreñida –o sencillamente anulada– por el comportamiento coactivo de un tercero) en un supuesto de tráfico de drogas cometido por una mujer en un contexto de trata.

En resumen, en estos casos la fuerte restricción de la capacidad de autodeterminación genera una situación anormal en la que el autor/a no está en condiciones de motivarse por la norma, excluyendo así la culpabilidad.

La inmensa mayoría de las mujeres que realizan operaciones de transporte de drogas por encargo de redes criminales de narcotráfico *no forman parte de esas organizaciones* y por tanto no se les pueden aplicar las circunstancias agravantes por pertenencia a organización criminal tan frecuentes en la legislación penal comparada.

---

# La irrupción de la perspectiva de género en los juicios de lesa humanidad en la Argentina

**DANIEL EDUARDO RAFECAS\***

La violencia ejercida desde el Estado autoritario sobre las mujeres, en especial en contextos de privaciones de la libertad, ha tenido un creciente grado de atención y reconocimiento en la lucha por la consolidación de los derechos humanos, que ha permitido no solo tomar conciencia en torno de esta cuestión, sino también adoptar las políticas y respuestas adecuadas frente a ésta.

Con referencia al abordaje, desde distintas perspectivas, del terrorismo de Estado, la violencia específica contra la mujer ha permanecido invisibilizada durante décadas, tanto en la indagación, como en la narración y en las políticas reparatorias posteriores. Así, la perspectiva de género, ha contribuido no solo a hacer visible el impacto diferenciado sobre las mujeres de las prácticas de violencia política, sino también a proyectar su influencia en las políticas de justicia, memoria y reparación.

La Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer sostuvo, respecto de la situación de las mujeres detenidas, que: “El elemento más particularizado en la violencia contra las mujeres bajo custodia es la sexualización de la tortura. Aunque los aspectos físicos de la tortura tienen en cuenta la anatomía sexual de los hombres y de las mujeres, la violación

\* Doctor en Derecho Penal y Profesor Adj. Regular (UBA). Juez Federal, a cargo de la causa del Primer Cuerpo de Ejército. Su última obra publicada ha sido “El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de Derecho”, Ed. Didot, Bs. As., 2016.

y la amenaza de violación, y otras formas de violencia sexual... se utilizan más especialmente contra las mujeres detenidas”<sup>1</sup>.

En el caso argentino, Vezzetti destaca el dilema desgarrador al que debían enfrentarse las mujeres cautivas en los CCDT, ya que en un entorno de represión dominado por el hombre –y que además, era un agente militar o policial–, “...si se mostraban firmes podían recibir las agresiones más brutales, y si se conducían con docilidad podían desencadenar diversas manifestaciones patológicas... desde la protección salvadora a la servidumbre sexual...”<sup>2</sup>.

El desafío ha sido entonces, el de incorporar a la noción de “víctima” del terrorismo de Estado, abarcativa de una innumerable cantidad de singularidades objetivas y subjetivas, la perspectiva de género, con la finalidad de correr el velo ínsito en esa forma de construcción discursiva que ha ocultado la violencia sexual contra la mujer, como un afluente más de un esquema de dominación que se viene transmitiendo de generación en generación.

Estos ultrajes a las mujeres en su integridad sexual, no se desarrollaron, obviamente, de un modo abstraído del resto del cúmulo de atentados que se cometieron contra las víctimas, sino que se encuentran transversalmente relacionadas con otras prácticas criminales que sirvieron de contexto, en especial, con los secuestros y las torturas.

En los ámbitos de cautividad propios del Estado autoritario, al despliegue de violencia generalizada, de humillación y denigración constantes, de exploración hasta lo indecible del límite entre la vida y la muerte a través de los padecimientos y del dolor, en el caso de las mujeres, se sumó su condición de tales y la reproducción de un modelo sociocultural de hegemonía de la masculinidad<sup>3</sup>.

1 Cfr. ONU, Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social: Informe presentado por Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión, E/CN.4/1998/54, 26/1/98, parágr. 130-131, publ. en *Human Rights Documents*, [www.ap.ohchr.org](http://www.ap.ohchr.org), versión en español.

2 Cfr. Vezzetti, Hugo: *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*. Siglo XXI Editores, Bs. As., 2009, p. 178.

3 “Es difícil encontrar exposiciones más dramáticas de la desprotección y la vulnerabilidad que aquellas que genera la violencia ejercida brutalmente en sus cuerpos, en tanto representan su condición sexual, su identidad de género y su posibilidad de descendencia. La ruptura brutal de barreras primitivas constitutivas de lo humano, como el pudor y la

En efecto, vale señalar que: “El paradigma interpretativo según el cual podemos entender el cuerpo de las mujeres desde la perspectiva de la teoría [política] de la soberanía, nos lleva a abordarlo como un espacio-territorio sobre el que los varones disputan, negocian y ejecutan prácticas políticas de ejercicio de soberanía”, y en esa dirección, “si pensamos que una de las marcas fundamentales de la soberanía entendida en términos modernos se relaciona con la potestad decisoria, todo acto de violación sexual es un pequeño ejercicio de esa prerrogativa soberana”<sup>4</sup>.

Concordantemente, se ha hecho referencia a la violencia sexual como una metodología superlativa de supresión del otro, pues se encamina al aniquilamiento de la voluntad de la víctima, caracterizada por la pérdida del control, por parte de la mujer violada, sobre su espacio-cuerpo.

En el caso argentino, la militancia y la cuestión de género implicaron razones complementarias para la opresión:

la calificación negativa de la mujer, en especial si era militante, se trasladó sin obstáculo a las prácticas represivas del poder concentracionario, por lo que algunas conductas delictivas adquirieron un plus de violencia con un claro vestigio de discriminación por género... Las mujeres víctimas de la represión ilegal, según la concepción de los represores, habrían configurado un tipo de mujer doblemente transgresora, ya que por un lado cuestionaban los valores sociales y políticos tradicionalmente constituidos, y por el otro rompían las normas que, según el imaginario social, rigen la condición femenina: las mujeres en su condición de madres y esposas desarrollan su existencia en el ámbito de lo privado/doméstico, quedando reservado el espacio público/político para los varones. Por eso fueron «doblemente castigadas»<sup>5</sup>.

vergüenza, fueron prácticas habituales de los torturadores en su intento por doblegar a las víctimas”, cfr. Balardini, Lorena, Oberlin, Ana y Sobredo, Laura: “Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina”, publ. en CELS-CEJIL: *Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo XXI Editores, Bs. As., 2011, p. 175.

4 Cfr. ONU, Informe sobre Violencia de la Mujer, cit., pp. 21 y 26.

5 Cfr. Aucía, Analía: “Género, violencia sexual y contextos represivos”, publ. en: *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, Ed. Cladem, Rosario, 2011, p. 32.

No obstante ello, fue recién en los últimos años que esta cuestión comenzó a emerger en los abordajes que, desde los distintos ámbitos de las ciencias sociales, fueron tratando sus distintos aspectos, en simultáneo con una creciente atención sobre el tema en los procesos judiciales, a medida que éstos se volvieron más penetrantes en el análisis de las distintas aristas del vasto y complejo fenómeno criminal en cuestión. Superadas las primeras etapas de encandilamiento con las cuestiones generales, que incluso abrumaba a las propias afectadas<sup>6</sup>, a medida que la contemplación de los casos –y de sus consecuencias– se volvió más detenido, la cuestión del particular sufrimiento de las mujeres comenzó a surgir con estridencia.

Es más, el ominoso vacío en la reconstrucción histórica y judicial acerca de este tipo de violencia específica, de género, muestra a las claras que se trata de un problema cultural que atraviesa las décadas y llega hasta nuestros días, y que refleja, por la fuerza de sus carencias, estas prácticas consolidadas de opresión hacia la mujer<sup>7</sup>.

En definitiva, la discriminación hacia la mujer, frente a sus especiales padecimientos por violencia sexual en situaciones de cautividad, en el contexto del terrorismo de Estado, se ha venido concretando a partir de una actitud de indiferencia y ocultamiento –cuando no de negación, desconfianza y hasta de recriminación<sup>8</sup>–: “...hubo violaciones, se supo, pero... no

6 “Las palabras mismas de las sobrevivientes confirman que, históricamente, han minimizado sus padecimientos personales durante su cautiverio frente al trato que padecieron sus parejas, familiares o compañeros de militancia durante la detención, la mayoría de los cuales se encuentran desaparecidos. En particular, en relación con la violencia sexual, este delito ha sido muchas veces ocultado para no desviar la atención de –según sus propias palabras– «lo más importante», conocer el destino de sus seres queridos” (cfr. Balardini, Oberlin y Sobredo, p. 175).

7 Ello, como un reflejo más de una intersubjetividad varón-mujer arraigada en nuestra cultura, con rancios anclajes morales y religiosos, cimentada sobre la base de una naturalización (perversa, discriminatoria, autoritaria) del rol inferior y subalterno que aquélla está llamada a interpretar y asumir dentro de la sociedad. Véase el repudio y el compromiso internacional a dismantlar esta práctica cultural, consagrada en el art. 5° inc. a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU, sancionada el 18/12/79, incorporado al plexo constitucional en 1994 a partir de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, CN.

8 “[L]a entrega del cuerpo a los perpetradores fue visibilizada como traición y se significó como un hecho político... las mujeres secuestradas y detenidas en campos de concentración son traidoras –en los relatos sobre las traiciones– por haber establecido una relación amorosa con el represor. No son traidoras porque hayan confesado datos,

constituyeron un dato que fuera necesario visibilizar específicamente en los testimonios. La disputa que se inscribió en el cuerpo de las mujeres y las secuelas de esas violaciones se resolvieron –debieron resolverse– o no se resolvieron, en el espacio de la intimidad”<sup>9</sup>.

Volveremos sobre esta cuestión en el punto IV.3.10), al abordar el tratamiento autónomo de los abusos sexuales graves respecto del delito de tortura.

## ABUSOS SEXUALES GRAVES: TIPIFICACIÓN AUTÓNOMA

Una de las consecuencias más notables de los procesos de memoria, verdad y justicia que emprendió nuestro país, respecto de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la era del terrorismo de Estado, fue el paulatino pero firme camino de reconocimiento del especial sufrimiento por las violaciones y otros ataques sexuales graves, padecidos por mujeres que permanecieron cautivas, a lo largo y ancho del país, en los CCDT.

En tal sentido, la perspectiva de género se abrió paso en un contexto ciertamente adverso, dominado por una cultura machista y desigual, en reproducción hasta nuestros días. Pese a dichas resistencias, se lograron generar notables ajustes en el modo en que la agencia judicial ha abordado los hechos y los encuadres jurídicos relacionados con aquellas experiencias vividas por mujeres en recintos de características concentracionarias.

Un aspecto clave en este camino, ha sido el de impulsar una mayor concientización del inigualable grado de sufrimiento, y las devastadoras secuelas físicas y psicológicas que quedan frente a episodios graves de abusos sexuales en las condiciones dadas en los CCDT.

La llamada de atención sobre esta cuestión, ha llevado en la última década, a un ajuste en la contemplación de los tipos penales y bienes

lugares, porque hayan delatado a sus compañeros. La traición radica en haber entregado su cuerpo a los perpetradores.” Cfr. Sonderéguer, María y Correa, Violeta: *Análisis de la relación entre violencia sexual, tortura y violación a los derechos humanos*, Cuaderno de trabajo, Proyecto Violencia Sexual y Violencia de Género en el Terrorismo de Estado, UNQ y UNL, Pcia. de Bs. As., 2008, p. 17. Ver asimismo, Balardini, Oberlin y Sobredo, p. 181.

<sup>9</sup> Cfr. Sonderéguer y Correa, pp. 16-17.

jurídicos que deben reconocerse como alcanzados, para colmar la verdadera dimensión de injusto de este tipo de sucesos.

De este ajuste en la adecuación del derecho penal a esta realidad –que insisto, siempre estuvo allí, desde el mismo momento de los sucesos, pero que recién en estos últimos años ha comenzado a ser descubierta, reconocida y asumida en todas sus consecuencias– se ha hecho eco la doctrina y la jurisprudencia, en lo que parece un camino ya irreversible, y que durante más de treinta años permanecieron ocultos<sup>10</sup>.

En el ámbito internacional, para encontrar la primera definición convencional de violencia sexual, debemos remontarnos al Estatuto de Roma que dispuso en 1998 la creación de la Corte Penal Internacional. Es allí donde encontramos explicitada una definición específica de lo que, en el Derecho Penal Internacional, se considera *violencia sexual*, diferenciada del crimen de tortura<sup>11</sup>.

Ahora bien, pese a las iniciativas legales tendientes a hacer retroceder las prácticas culturales de dominación y discriminación a la mujer<sup>12</sup>, estos patrones persisten hasta nuestros días.

En los procesos judiciales, la invisibilidad del particular sufrimiento de las mujeres cautivas en los CCDT desde la perspectiva sexual recién comenzó a quebrarse en los últimos años, a partir de que, finalmente, muchas mujeres testigos-víctimas se decidieron a declarar acerca de estos aspectos, incluso en debates orales, lo cual ha llevado a una mayor sensibilización

<sup>10</sup> Este autor, en tanto actor involucrado en estos procesos, como académico e integrante de la agencia judicial, no ha sido ajeno a esta sensibilización y por lo tanto, de dicha evolución, y esto se ve reflejado en la modificación de nuestra postura sobre el particular, que apenas sí había sido tratada en la tesis doctoral originaria.

<sup>11</sup> Cfr. art. 7, ap. 1.g y cc. En el documento anexo del Estatuto se establece que habrá violación cuando el autor: "...haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual, o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto y otra parte del cuerpo", sumado a "...que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento".

<sup>12</sup> Un hito importante en este sentido ha sido la ratificación por ley N° 24.632 (B.O. 1/4/1996) de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer* ("Convención de Belem do Pará"), de la OEA, que ha sido ratificada por 27 estados del continente, cfr. [www.oas.org](http://www.oas.org).

de jueces y fiscales a partir de la recepción directa de los hechos de parte de quienes, hasta la actualidad, padecen las secuelas de aquellos ultrajes sufridos contra su integridad sexual.

A partir entonces de poner el foco de atención sobre esta cuestión, se viene abriendo paso en la jurisprudencia, una postura decidida en pos de la ya citada visibilización de los delitos sexuales graves, y que ha establecido que éstos deben tipificarse autónomamente respecto del delito de tortura.

Es que les asiste razón en considerar que un acto de violación, u otro ataque sexual equiparable, en las condiciones de cautividad e indefensión ya señalados, con su carga de machismo y desigualdad, genera en la víctima un arrasamiento de su integridad e integridad sexual de tal magnitud, con una secuelas tan particulares, por lo profundas e imborrables, que no deben encuadrarse en figuras genéricas, como lo son la tortura o los malos tratos, sino que necesariamente deben estar contemplados en los delitos específicos que afectan a ese bien jurídico en concreto, los cuales, justamente están allí disponibles para reflejar este particular grado de disvalor de injusto, y atrapar, en su correcta dimensión, el insuperable sufrimiento de la víctima y las terribles e indelebles consecuencias –físicas y psicológicas– que ocasiona.

La primera sentencia en la que se registró una condena por delitos de índole sexual cometido dentro de un CCDT, calificados como tales, fue en 2010, en el fallo “Molina” de Mar del Plata, pcia. de Buenos Aires, en el cual el imputado fue condenado por seis hechos que fueron encuadrados como violación, uno de ellos en grado de tentativa. A partir de allí, muchos otros tribunales del país fueron marcando esa misma senda<sup>13</sup>.

**13** Cfr. TOCF Mar del Plata, sentencia en la causa “Molina, Gregorio”, N° 2086, resuelta el 16/6/2010, confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, reg. N° 162/12, resuelta el 17/2/2012. Ver asimismo, TOCF 4 Bs. As., causa “Cacivio, Gustavo A. y otros”, N° 1838, del 26/3/2015; TOCF Santiago del Estero, caso “Musa Azar”, N° 960/11, resuelto el 5/3/2013; TOCF San Juan, *in re*: “Martel, Osvaldo y otros”, causa N° 1077 y acum., sentencia del 3/9/2013; TOCF Santa Fe *in re*: “Sambuelli, Danilo A. y otros”, causa N° 21/10, del 25/9/2013 –con casos de abusos sexuales particularmente aberrantes–; TOCF Tucumán, en la sentencia de la causa conocida como “Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía”, caratulada “Varela, Luis O. y otros”, N° 36/92 y acumuladas, resuelta el 19/3/2014; TOCF Salta, *in re*: “Mulhall, Carlos A. y otros”, causa N° 3799/12, del 28/10/2014 –con un caso inaudito de esclavitud sexual de una niña de 15 años, quien tuvo dos hijos en forma sucesiva como producto de las violaciones a las que era sometida en forma sistemática–; TOCF 5 San Martín, PBA, causa del CCDT “Mansión

Como punto de partida, se viene sosteniendo en estos fallos judiciales recientes, que los abusos sexuales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, son crímenes contra la humanidad. El que un acto de abuso sexual quede capturado por la categoría de los crímenes contra la humanidad no depende de la frecuencia, sistematicidad o generalidad con que hayan ocurrido actos de este tipo. La circunstancia dirimente para subsumir un acto determinado en la fórmula de los delitos de lesa humanidad es que haya formado parte del ataque que opera como contexto de acción en este tipo de crímenes.

En tal sentido, los distintos tribunales que han contribuido a visibilizar la violencia de género han sostenido que la violencia sexual ejercida durante el cautiverio a que fueron sometidas las víctimas deben considerarse parte del ataque, dado que fueron fruto del dominio –prácticamente absoluto– que los agentes de la represión ilegal tenían sobre las víctimas, sin que éstas pudieran recurrir, obviamente, a ningún tipo de auxilio.

Esta conclusión no depende del hecho de si la violencia sexual en particular fue ordenada o no por los mandos superiores. Es sabido que las personas que participaban de los secuestros o ejercían el poder dentro de un centro clandestino podían recurrir y, de hecho recurrieron, a toda forma de maltrato y de sometimiento de las víctimas. Ciertas prácticas de

Seré” , caratulada “Barberis, Marcelo E. y otros”, N° 1861/2011, del 18/9/2015; y TOCF San Luis, *in re*: “Menéndez, Luciano B. y otros”, causa N° 2460, veredicto del 10/4/2015, todas publicadas en el *Centro de Información Judicial (CIJ)*. Acerca de esta evolución, ver Balardini, Oberlin y Sobredo, pp. 222-224 y Mallimaci Barral, Paula: “Violencia de género en los centros clandestinos de detención. Testimonios, respuestas y silencios del Poder Judicial”, en Anitua, Gabriel I., Álvarez Nakagawa, Alexis y Gaitán, Mariano (Comps.): *Los juicios por crímenes de lesa humanidad*. Ediciones Didot, Bs. As., 2014, pp. 231-262. En los juicios que se sustanciaron en la ciudad de Córdoba, las violaciones contra mujeres en los CCDT “D2”, “La Perla” y “La Ribera” emergieron en el primero de los debates orales de la causa “Videla” en el año 2008, y a partir de allí se sustanció una causa específica por esta cuestión con las cientos de violaciones cometidas, entre ellas, a Alejandra Jaimovich, de 16 años –desaparecida–, a quien en “La Perla”, según un testimonio recogido en el juicio, la “mancillaron sistemáticamente y día tras día durante meses” (cfr. estos y otros casos dramáticos en Platía, Marta: “La peor herida. Terribles testimonios sobre los crímenes sexuales en la megacausa de Córdoba”, publ. en *Página 12*, edición del 10/5/2015, pp. 20-21).

violencia sexual fueron concordantes y muy extendidas en diversos lugares del país<sup>14</sup>.

Un impulso fundamental a esta propuesta lo dio el Ministerio Público Fiscal de la Nación, que en 2011 emitió un dictamen en el cual postuló la tipificación autónoma de los delitos contra la libertad sexual frente al delito de torturas. En este documento se acometen, de un modo solvente, los distintos desafíos que enfrenta dicha propuesta, a saber, el riesgo que se corre de que los delitos que reprimen abusos sexuales queden al margen de la definición de delitos de lesa humanidad (al no probarse por ejemplo, su carácter generalizado o sistemático) y por lo tanto, se los declare prescriptos por el paso del tiempo; el obstáculo al progreso de la acción penal que preveían los arts. 71 y 72 CP, que los declaraba delitos de instancia privada –salvo muerte o grave lesión–; los densos problemas de autoría y participación a partir de una visión tradicional de estos delitos como delitos de propia mano –que se rechaza–; con más las lógicas dificultades probatorias de cada acto en concreto constitutivo de abuso sexual<sup>15</sup>.

Y en punto al posible concurso aparente con el delito de torturas, allí se sostiene que “...es claro que no hay una relación de especialidad entre los tormentos y los abusos sexuales... Para que prevalezca el delito de tormentos sobre el de abuso sexual en virtud de una relación de especialidad debería ser verdad que el tormento es un delito especial respecto del cual el abuso sexual es más básico...”, lo cual se descarta en el documento. Además, sostiene que “...tampoco existe una relación de consunción...”

14 Al respecto, se afirmó que “[l]os abusos sexuales denunciados por las víctimas han tenido lugar en el marco del plan de ataque generalizado y sistemático implementado contra una parte de la población civil. Este contexto facilitó su comisión y la impunidad de sus autores, en tanto brindó las condiciones de indefensión y absoluta vulnerabilidad de la víctima y la detención por parte de sus captores de un dominio ilimitado y ávido de abusos sobre ella, con el aseguramiento de su impunidad...” (cfr. TOCF San Juan, en la causa “Martel, Osvaldo y otros”, causa N° 1077 y acum., rta.: 3/9/2013, fs. 1083 del fallo). Ver una fundamentación similar por parte del TOCF Tucumán, *in re*: “Arsenal Miguel de Azcuénaga y Jefatura de Policía”: “...si no existía una orden expresa, los superiores conocían y toleraban ampliamente estos actos por parte de sus subalternos como medios de instrumentar el miedo y degradar a las víctimas...”, ya citado.

15 Cfr. Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones de los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado: *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, 7/10/2011, que por resol. PGN 557/2012 del 14/11/2012 fue dada a conocer en carácter de Instrucción general, ambas publ. en [www.mpf.gov.ar](http://www.mpf.gov.ar).

dado que ni son menos graves (en especial la violación), ni tampoco es posible considerar que los abusos sexuales sean casos característicos o prototípicos de tormento...”, y concluye que “...el delito de tormentos no expresa de ninguna manera la esencia particular que tiene una agresión de índole sexual... Precisamente, el modo de expresar la especificidad de la afectación a la libertad sexual sufrida por la víctima es aplicar efectivamente los tipos penales con ese fin”.

Para ello, además, se toma como un parámetro objetivo a considerar, que la calificación legal de violación –en su versión anterior–, con su escala penal de 6 a 15 años de prisión, ostentaba un mínimo legal mayor a la del delito de imposición de tormentos agravada –también en su versión previa–, cuestión aún más pronunciada al considerar su modalidad agravada, del art. 122 (en su versión previa a 1999) que preveía una pena de 8 a 20 años cuando –entre otras situaciones– “resultare un grave daño a la víctima”, o fuera cometida “con el concurso de dos o más personas”, circunstancias muy recurrentes, prácticamente ineludibles en el contexto de los CCDT, lo cual refuerza la tesis de hacer concursar el delito de violación con los restantes delitos contra la libertad y la dignidad.

Las mismas razones hasta aquí apuntadas llevan a considerar también el concurso entre la tortura y otros abusos sexuales graves que no encuadran en el tipo de violación del art. 119, CP, pero que sí lo hacen en el art. 127, CP –versión anterior–, que castigaba con penas de hasta cuatro años de prisión a quien “abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del art. 119, sin que haya acceso carnal”. Aquí deberán encuadrarse, por ejemplo, los casos de *fellatio in ore*, o episodios de similar gravedad, que no encajan en el tipo del art. 119 –por aplicación del principio de estricta legalidad–, pero que hayan significado un nivel de ultraje a la integridad sexual equiparable al de una violación, con las mismas, nefastas consecuencias en la *psique* de la víctima. En tal sentido, no hay razones valederas para que, en estos casos, no se proceda de la misma forma en uno o en otro caso<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Ver condenas por torturas en concurso con abusos deshonestos en los casos “Barberis” del TOCF 5 San Martín, PBA; “Arsenal/Jefatura” del TOCF Tucumán; y “Martel”, del TOCF San Juan, todos ya citados.

Fuera de estos casos, los restantes padecimientos de connotación sexual, de menor intensidad, han de quedar subsumidos en el delito de vejaciones, o en el de torturas: “Distinto debe ser el tratamiento de los hechos que configuran violencia sexual –someter a las mujeres a la desnudez, a manoseos que no llegan a ser [atrapados en] figuras penales existentes, a simulacros o amenazas de violación– que sí pueden subsumirse en el tipo penal de tormentos, ya que, en su mayor parte, carecen de tipos penales autónomos o resulta imposible determinar la existencia de los elementos requeridos para su configuración”<sup>17</sup>.

Conforme la jurisprudencia dominante, y en un todo acorde con lo hasta aquí señalado en punto a las razones que han llevado a esta evolución en la calificación legal de estos sucesos, se viene apreciando la figura del concurso real (art. 55, CP) para vincular el delito de abuso sexual grave<sup>18</sup>, por la sencilla razón de que debemos descartar aquí que estemos hablando *del mismo hecho*, sino que, precisamente, de lo que se trata es de que el abuso sexual grave conforma un hecho distinto, con unas características –y unas implicancias– muy especiales, y con un momento de ejecución y de consumación que resultan independientes. Por lo tanto, no podemos definir esta situación como un concurso ideal, esto es, como *un mismo hecho que cayere bajo más de una sanción penal* (art. 54, CP), sino más bien como dos hechos distintos, que afectan a bienes jurídicos personalísimos diferentes, y que convocan entonces, al concurso material para expresar en su justa dimensión el disvalor de injusto que debe ser considerado.

No cambia esta afirmación, la circunstancia de que el acto de violación, u otro ataque sexual de gravedad similar, sea perpetrado en el contexto de una tortura ubicua, puesto que, en realidad, “muchos delitos permanentes... pueden prolongarse durante espacios de tiempo muy amplios; si

17 Cfr. Balardini, Oberlin y Sobredo, p. 210. En el mismo sentido, recientemente, TOCF 4 Bs. As., en la sentencia de la causa “Cacivio” (circuito Club Atlético, Banco y Olimpo), cit., al sostener que este tipo de padecimientos, “...revisten suficiente contenido de ilicitud como para integrar aquellas vejaciones que habrán de ser considerados como una especie de tormento, al igual que la exposición a la desnudez y restantes padecimientos de tal índole, que caracterizaron la permanencia de los cautivos dentro del CCD objeto de autos...” (cfr. fs. 416 del fallo).

18 Así en los fallos “Molina”, “Sambuelli”, “Arsenal/Jefatura”, “Musa Azar”, “Mulhall”, “Cacivio”, “Barberis” y “Menéndez”, ya citados. En “Martel”, en cambio, se apreció concurso ideal.

todo el resto de delitos cometidos entretanto estuvieran en unidad de hecho con ellos, ello llevaría a un desbordamiento total del concurso ideal”<sup>19</sup>.

Tampoco modifica este parecer el hecho de que dicho ataque sexual se posibilite por el cuadro de violencia general habilitado por la tortura ubicua: “...es correcta la posición de la jurisprudencia cuando... no permite que una relación medio-fin, es decir, el caso en el que el delito permanente cree los requisitos para la comisión de un delito de estado, sea suficiente para el concurso ideal”<sup>20</sup>.

El delito de violación, además, viene siéndole imputado a los autores mediatos que controlaban el aparato de poder bajo cuyo ámbito se cometieron estos delitos. Así se sostuvo en 2013 en una sentencia condenatoria que:

...en el delito de violación... es válida la misma argumentación que en lo referido a los otros ilícitos que se les imputan como autores mediatos, en la medida en que desde la posición funcional que desempeñaban, posibilitaron desde un aparato organizado de poder, mediante la ilegalidad de los procedimientos, la clandestinidad a la que sometieron a los detenidos, el aislamiento tanto de familiares como de abogados, el elevado grado de impunidad en que realizaron sus acciones, la realización de ilícitos como una violación sexual y en tal sentido es que deben responder.

Y con cita del Cap. VII de la sentencia a los ex Comandantes de 1985, se sostuvo que:

...el plan de represión ejecutado por la dictadura militar habilitó la comisión de ilícitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema de clandestinidad adoptado... Fueron los miembros de esta estructura ilegal de poder... quienes crearon el clima propicio, mediante la clandestinidad y garantía de impunidad, que posibilitó que el

19 Cfr. Roxin, Claus: *Derecho Penal - Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito*. Trad. a cargo de Luzón Peña, Diego-Manuel (Dir.). Ed. Civitas-Thomson Reuters, Bs. As., 1ª. ed., 2014, p. 972.

20 *Ibidem*.

personal que actuara en la órbita de sus competencias cometieran los delitos sexuales<sup>21</sup>.

Como vemos, se trata de una saludable adaptación de la jurisprudencia argentina a las demandas y pretensiones de justicia con relación a esta clase de delitos y a estas víctimas en particular, respetuosa a la vez de las garantías y principios básicos del Derecho Penal, como lo son el de estricta legalidad, el de lesividad y el de culpabilidad, que constituyen un aporte más a la consolidación de las políticas de Memoria, Verdad y Justicia en cuyo contexto estos procesos se desenvuelven.

21 Cfr. TOCF Santiago del Estero, sentencia de la causa “Musa Azar”, cit., p. 228; ver asimismo De Luca, Javier - López Casariego, Julio: “Delitos contra la integridad sexual”, en AA-VV, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (Dir.): *Código penal y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, tomo IV, pp. 488 y ss. Con similares argumentos, TOCF Tucumán en la sentencia de la causa “Arsenal/Jefatura”, cit., fs. 1967 y ss. del fallo; TOCF Salta, causa “Mulhall”, cit., fs. 453 y TOCF San Juan, causa “Martel” –aunque definiendo a los autores mediatos como coautores–, cit., fs. 1096 del fallo: “[s]e trata de delitos de dominio, sin que quepa exigir que la autoría se restrinja solo a quien cometió los abusos sexuales personalmente, mediante el dominio de su acción; admitiendo de este modo las diversas formas de autoría y participación como en cualquiera de los tipos comunes de la parte especial del Código Penal, dejando de lado la superada tesis de los delitos de propia mano”.

---

# La perspectiva de género en el derecho penal<sup>1</sup>

**PAZ LLORIA GARCÍA\***

## 1. INTRODUCCIÓN

El abordaje del análisis de la perspectiva de género es una cuestión que nos ocupa en los últimos tiempos en muchas facetas. En el ámbito jurídico se presenta como una categoría analítica a tener en cuenta tanto en el momento de nacimiento de las normas como en el de su aplicación.

Una vez sentado que el derecho tiene una naturaleza fundamentalmente androcéntrica<sup>2</sup>, pues fue creado por y para los hombres, no queda otro remedio que intentar conjugar dicha formación normativa con una interpretación acorde a las necesidades propias del momento histórico que estamos viviendo de defensa de los derechos de la mujer, reconocidos como derechos humanos<sup>3</sup> pero sin vulnerar los principios esenciales que limitan el poder punitivo del Estado y que no pueden ser obviados si queremos mantener una concepción del derecho penal, y de la pena, propios de un Estado democrático de derecho que concibe el injusto como objetivamente neutro y la culpabilidad por el hecho, dejando al margen del castigo

\* Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Valencia.

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC”, de la Generalitat Valenciana (Proyecto AICO 002/2017).

<sup>2</sup> Ver análisis realizado en este encuentro de profesores en Mar del Plata, por Andrea Zarini.

<sup>3</sup> Así, recientemente se ha pronunciado de manera contundente el Convenio de Estambul.

consideraciones morales que no pertenece al Estado reprobar, algo que, parece, en los últimos tiempos se está olvidando.

En el ámbito penal, varias son las vertientes en las que esta perspectiva puede aplicarse y que pueden generar dudas con el planteamiento de inicio:

- la primera ha de observar el comportamiento de la mujer infractora, perspectiva que debe analizarse desde un punto de vista criminológico, –por qué y cómo delinquen las mujeres, lo que escapa de esta intervención<sup>4</sup>- desde el punto de vista penal, teniendo en cuenta cómo la situación por razón de género de estas mujeres puede influir en supuestos de atenuación o incluso de exención de la pena, y también su tratamiento penitenciario<sup>5</sup>.
- la segunda, tiene que ver con la mujer víctima de violencia. Es necesario, por un lado, analizar el tratamiento social e institucional que se proporciona a las mujeres víctimas, para evitar, por un lado, su re-victimización y la interpretación de sus comportamientos en clave de culpabilidad y por otro, para evitar su hiper-protección que nos lleva al paternalismo.
- por último, cómo se puede justificar (si resulta necesario) un tratamiento punitivo diferente para los varones cuando atentan contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Aquí hay que desglosar de nuevo, dos realidades, los sistemas de protección de las mujeres frente a los ataques de sus parejas, y los sistemas de protección frente al ataque que procede de otros hombres<sup>6</sup>.

4 Se puede ver la obra de Maqueda Abreu, M.L.: *Razones y sin razones para una criminología feminista*, Dikynson, 2014, *passim*.

5 Que tampoco corresponde tratar aquí. *Vid.*, Cruz Márquez, B.: “Configuración legal y desarrollo normativo de la práctica penitenciaria frente a la delincuencia de género”, en Juanatey Dorado, C. y Sánchez Moraleda, N. (Dir.): *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, 2019, págs. 346 a 352; Todo ello sin olvidar, las torturas específicas que sufren las mujeres en tiempos de guerra, que tienen claramente contenidos sexuales con la finalidad de causar una mayor degradación de la integridad moral y la dignidad.

6 *Vid.*, Lloria García, P.: “La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”, en Lloria García, P. (Dir.) y Cruz Ángeles, J.: (Coord.): *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, Derecho y TIC*, Aranzadi, 2019, págs. 26 a 32.

Los primeros aspectos no plantean excesivas dudas desde el punto de vista de las garantías. La víctima de violencia de género debe ser tratada con una especial sensibilidad y formación y hay que huir de las distintas situaciones que la llevan a la re-victimización, del mismo modo que se realiza con otro tipo de víctimas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, lo que no significa que se destruyan las garantías del derecho de defensa del imputado (investigado) ni la presunción de inocencia.

Tampoco han de surgir muchas dudas en relación con la necesidad de valorar las diferentes circunstancias que rodean a las personas a la hora de cometer delitos debe incluir, en el caso de las mujeres, un análisis de su situación por el hecho de ser mujeres. Tal y como se puede explicar, debería tomarse en cuenta la necesidad, o bien de realizar una correcta interpretación de las circunstancias que afectan a la imputabilidad o a la exigibilidad cuando se trate de mujeres que se encuentran en situación de desigualdad o de explotación, o bien, de establecer supuestos específicos de atenuación o exención de las penas en atención a las circunstancias que han llevado a las mujeres a cometer ciertos delitos.

Sin embargo, en el ámbito puramente punitivo, a la hora de castigar los hechos que cometen los varones sobre las mujeres por razones de discriminación de género, es donde más problemas nos podemos encontrar. Las diferencias de trato, cuando se refieren a una elevación de las penas, siempre plantean dudas sobre la necesaria aplicación objetiva de la norma que la dota de seguridad jurídica (proyección ineludible del principio de legalidad) y el resto de garantías. En este ámbito, dos son, al menos, los principios que se pueden ver afectados con una interpretación automática y acrítica de la perspectiva de género como categoría analítica: el principio de igualdad, el principio de culpabilidad y el de presunción de inocencia.

Con estas premisas, mi propósito en esta intervención es doble:

- por un lado, creo necesario concretar qué es “la perspectiva de género”; de qué hablamos cuando nos referimos a este planteamiento desde el punto de vista normativo y si puede servir o no como categoría analítica en el derecho penal.
- por otro lado, se trata de analizar cómo la jurisprudencia aborda estas cuestiones y, sobre todo, comprobar si resulta posible o no, realizar una interpretación de las normas sancionadoras que sea respetuosa

con dichas garantías y que no sirva de excusa para fomentar derechos penales autoritarios que conviertan a los hombres en enemigos convenientes, dando así paso a una fundamentación feminista del populismo punitivo lo que sería contradictorio en sí mismo.

## 2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO CATEGORÍA ANALÍTICA

La perspectiva de género se presenta como una categoría analítica tradicionalmente empleada en la sociología y la antropología que hoy debe trasladarse al ámbito de la interpretación del Derecho, aunque no de una manera absoluta, automática y acrítica como he adelantado.

Ciertamente, es necesario recordar que la creación del Derecho como conjunto normativo dispuesto para resolver los conflictos de convivencia está pensado por y para el hombre, en una sociedad regida por el principio de que es el varón el que ostenta el poder y, por lo tanto, el que tiene capacidad para involucrarse en dichos conflictos y resolverlos. El patriarcado hace mella en el orden objetivo y en el subjetivo del derecho.

Desde un punto de vista objetivo, el orden normativo es un mecanismo de socialización patriarcal. El Derecho crea diferencias de género en su regulación ordinaria: atribuye roles, sexualiza y prima a un rol sobre otro. Y, aunque se presente de una manera aparentemente neutra, como una creación aplicable a sujetos que se encuentran en posición de igualdad, lo cierto es que existe una importante desigualdad estructural, que debe ser equilibrada desde el momento de creación de la norma, o en el momento de su aplicación.

Recuérdese la presencia de los delitos *honoris causa* hasta hace poco (en términos de evolución histórica del derecho) como el infanticidio o el aborto *honoris causa*, el castigo del adulterio en las mujeres que solo tenía un correlativo en el amancebamiento, y las graves afrentas contra el honor de una mujer, si su honestidad se veía puesta en entredicho.

En este sentido creo que se puede traer a colación la STS de 21 de mayo de 1951, en el que se trata un supuesto en el que una vez que la mujer ha accedido a tener un encuentro sexual con promesa de matrimonio, no quiere seguir con las relaciones, y el hombre amenaza con contarlo. Esa situación de afectación del honor de la mujer, que en el año de referencia

de la Sentencia tenía que ver con la consideración de la mujer como un ser de “sexualidad adormecida”<sup>7</sup>, se sigue produciendo en la actualidad, ahora no contándolo, sino enseñándolo.

Si se analiza el caso del art. 197.7 que recoge el delito de difusión incontestada de imágenes íntimas, en el marco del sistema de protección de las conductas que afectan a las mujeres en nuestro Código penal, con una especial referencia al *sexting* ajeno como *pornovenganza*, se detecta un sutil abandono de la perspectiva de género y se incluyen en el tipo agravado la equiparación de sujetos –hombre/mujer– como si la conducta fuera de igual gravedad, cuando es un caso claro en el que si se difunden las imágenes de una mujer practicando sexo las consecuencias para su honor son más lesivas que para el hombre, teniendo en cuenta la concepción social que sigue imperando de la mujer como sujeto pasivo sexual<sup>8</sup>.

Todo esto tiene que ver con que normativamente se sigue ignorando la realidad social<sup>9</sup> y con la consideración de la mujer con roles diferentes a los hombres, lo que el legislador debe valorar a la hora de establecer la norma.

La visión androcéntrica denunciada históricamente se perpetúa, también, en la idea de que los conflictos que no se resuelven de manera privada o en los que existe un interés público, son los que deben regularse normativamente, quedando en la esfera de lo privado los conflictos a resolver por aquel que tiene potestad para hacerlo: el varón. Así, por ejemplo, hay que recordar que queda fuera del ámbito de intervención del derecho y, en concreto, del Derecho penal, todo aquello que el Estado considera que puede encontrar solución de una manera más liviana, incluso dentro del propio ámbito familiar, y considera que no existe un interés público en la persecución, lo que lógicamente tiene que ver con el principio de intervención mínima, pero también con otros factores.

7 Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1974.

8 Cfr. Lloria García, P.: “La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico”, en *RGDP*, núm. 31, 2019, págs. 30 y 31, siguiendo a Alonso de Escamilla, A.: “La reforma de los delitos contra la intimidad” en Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J.M. y García Albero, R. (Coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, 2019, págs. 767 y 768.

9 No se pueden olvidar los casos de Tiziana Cantone y de Verónica Rubio, dos mujeres que acabaron suicidándose como consecuencia de la difusión de videos en los que aparecían en actitudes sexuales explícitas.

Recuérdese, por ejemplo, la previsión del art. 298 del CP que contiene una cláusula personal de exclusión de la pena por los delitos patrimoniales no violentos cometidos entre sí por determinados familiares. El fundamento de esta exención radica en que la familia contiene mecanismos de resolución del conflicto suficientes como para que no haya injerencias estatales, siempre que no hablemos de una situación de violencia, lo que ha sido criticado por la doctrina.

En primer lugar, porque hay que abandonar la idea de que el *pater familias* puede resolver todo con su *autoritas* (primera interpretación con perspectiva de género).

En segundo lugar, porque nos podemos encontrar con situaciones límites, en las que no se podrá perseguir el hecho, y este constituirá, precisamente, una situación de violencia de género en forma de violencia económica. Piénsese en situaciones en las que, dentro del matrimonio, o constante la relación de pareja, se sustrae el dinero del control de la mujer o los bienes de la pareja, o incluso los privativos de la misma, como una medida de control y dominación, en la que resulta muy difícil demostrar la existencia de violencia o intimidación. No habría posibilidad de intervenir penalmente, salvo que se llegara a la conclusión de que se está ejerciendo alguna forma de violencia física sobre la mujer.

Ello nos lleva a recordar que la creación de la norma, y por lo tanto su aplicación, corresponde tradicionalmente a los hombres, retomando la idea ya expuesta de la naturaleza androcéntrica del derecho.

Por otro lado, es común advertir que las normas han de ser interpretadas según el momento histórico en el que han de ser aplicadas, y si una disciplina debe beber de dicha regla, esa es el Derecho penal.

El Derecho penal se presenta como ese espejo de la sociedad que regula las peores acciones que un ser humano puede cometer contra sus congéneres y, por ello, establece sanciones que, en consecuencia, deben ser adecuadas al daño producido a bienes jurídicos esenciales<sup>10</sup>.

Todo ello, sin perder de vista que en un derecho penal democrático el propio Estado se ve limitado por los principios que disciplinan el poder de

<sup>10</sup> Esto es, atendiendo al principio de proporcionalidad, al de intervención mínima y *última ratio* y al de ofensividad.

castigar. Límites de los que no escapan los operadores jurídicos, y especialmente los jueces, cuando han de establecer sus sentencias.

Y, aquí, es donde resulta necesario recordar la importancia de creación y aplicación del derecho de la manera más neutra posible, sin olvidar, claro está, que una sentencia acaba siendo redactada por una persona, que resulta influenciada por su propia formación, entorno social, educativo, etc. Los jueces tienen una experiencia de la vida y una concepción de las personas y de las cosas, por lo que, como claramente afirma RUIZ-RICO<sup>11</sup> “participan de los mismos prejuicios que existen en la sociedad en que se encuentran y para la cual administran justicia”.

Es decir, lo que se denomina la perspectiva subjetiva. La labor del operador jurídico no es mecánica, es creativa cuando han de aplicar la norma (que es general) a unos hechos concretos (que son particulares) y su subjetividad está lógicamente condicionada por el patriarcado (y por el capitalismo)<sup>12</sup>.

Si vivimos en una sociedad patriarcal, no cabe la menor duda de que muchas aplicaciones normativas lo serán.

Los prejuicios que adornan a algunas resoluciones judiciales nos hacen entrar en el mundo de los estereotipos de género contra los que hay que luchar, en una sociedad que se pretenda más justa y que busque la igualdad como directriz imprescindible a seguir. Si desde el punto de vista objetivo la norma ha de ser general y lo más neutra posible<sup>13</sup>, en el ámbito subjetivo el operador jurídico, sin vulnerar garantías, ha de atender a las circunstancias concretas del caso, y en el tema que ocupa esta intervención, a las circunstancias que afectan a la mujer por el hecho de ser mujer.

Lo que ocurre es sencillo de explicar y difícil de cambiar, sobre todo teniendo siempre los límites al poder de castigar como elementos ineludibles de la aplicación normativa.

11 Ruiz Rico, J.J.: *El sexo de sus Señorías*, 4ª ed., mayo-2011, Madrid, Comares, pág. 2.

12 Lloria García, P.: “La expansión del Derecho penal en su aplicación judicial: la violencia de género como ejemplo paradigmático”, en García Rivas, N. y Riquert, M.A.(Directores): *Garantías penales en Argentina, España y sus sistemas de inserción regional*, Ediar, Buenos Aires, 2011, págs. 79 y ss.

13 Lo que me lleva a optar por un sistema de protección penal que escape del simbolismo y busque el equilibrio mediante la creación de una circunstancia genérica que pueda prever la desigualdad y corregirla y no a través de un sistema de derecho penal sexuado.

La perspectiva de género, encuentra su origen en el *gender mainstreaming*<sup>14</sup>, y ha sido empleada tanto en la Plataforma de la acción de Beijing<sup>15</sup>, como en otros cuerpos normativos, como el Convenio de Estambul. Este último contiene indicaciones para los Estados en el sentido de que deben incluir dichas perspectivas en sus normativizaciones con el fin de alcanzar la igualdad material en la regulación de derechos. Se indica, igualmente, cómo dichos derechos, se recogen en sus textos legislativos.

Pero no es suficiente. También hay que tenerla presente a la hora de interpretar y aplicar las normas que ya han sido creadas en el entorno androcéntrico, con la finalidad de dar cumplimiento al mandato de economía legislativa y al de interpretar las normas según el momento histórico en el que han de ser aplicadas.

Un análisis de la jurisprudencia, sobre todo en materia de libertad sexual nos muestra cuál es la pulsión de los tribunales sobre cuestiones delicadas cómo los lugares en los que se practica sexo, o las tipologías de hombres y mujeres y los roles que les son asignados socialmente según el momento en que han de ser aplicadas.

La perspectiva de género a lo que nos obliga es a interpretar la norma olvidando dichos prejuicios. No se trata, como algunos pretenden, de establecer normas que supongan necesariamente una discriminación positiva que favorezca a las mujeres a base de vulnerar el principio de igualdad (lo

14 La expresión es confusa y ha generado muchas críticas por la dificultad de su traslación al castellano. En esencia, implica la necesidad de que todas las acciones públicas o privadas, aunque especialmente las políticas públicas, sean entendidas de un modo transversal tomando en cuenta las específicas necesidades de la igualdad de género. Como afirma GARCÍA PRINCE, se trata de que el *gender mainstreaming* en "(...) las políticas públicas representa una completa y real inserción de la perspectiva de igualdad de género (...) en todas sus fases, (diseño, formulación, adopción y ejecución), y en todas ellas, habrá que admitir que todas las políticas públicas, cualquiera que sea el sector de que se trate, son políticas de igualdad y no reservar esta denominación a unas cuantas políticas públicas. Esto es lo que en futuro plantea el propósito de igualdad a través del *mainstreaming* de género" (García Prince, E.: *Políticas de Igualdad, Equidad y Gender Mainstreaming. ¿De qué estamos hablando?: Marco Conceptual. Edición revisada y actualizada*, disponible en [http://www.americlatinagenera.org/es/documentos/doc\\_732\\_Políticasdeigualdad23junio08.pdf](http://www.americlatinagenera.org/es/documentos/doc_732_Políticasdeigualdad23junio08.pdf)).

15 Que se refirió al concepto como "la necesidad de tener en cuenta el impacto de género antes de que las decisiones sean adoptadas" (*Vid.*, Poyatos, G. "Prólogo", en Gisbert S.: *Balanza de género*, Lo que no existe, 2018, p. 9, nota 3).

cual sería muy discutible, por otra parte) ni a crear un principio de presunción de culpabilidad o de olvidar el derecho de defensa<sup>16</sup>.

La perspectiva de género solo implica que las normas deban ser aplicadas atendiendo a la situación de discriminación que sufren las mujeres por su propia condición de tal manera que se garantice una aplicación igualitaria de la norma (no uniformadora) y que deje de lado las consideraciones subjetivas prevalentes en la sociedad sobre los papeles que las mujeres deben cumplir y que se relacionan con los tradicionales mitos de la mujer madre, del amor romántico y de la pasividad sexual femenina, así como de la idea del control por parte del Derecho a las propias mujeres a las que no se permite autodeterminarse libremente ni, por lo tanto, tomar decisiones que tengan que ver con su propio cuerpo o su propia libertad de pensamiento, religiosa e incluso económica<sup>17</sup>.

El abandono de los estereotipos de género será un primer paso para poder analizar y aplicar las normas con esa perspectiva de género que, no es más, que entender las normas tomando en consideración las desigualdades que sufren las mujeres y obviando los estereotipos de género.

Pues bien, la perspectiva de género es entonces, como afirma POYATOS<sup>18</sup>, una técnica de análisis holístico, contextualizado, que obliga a cumplir con el principio de que las normas han de ser interpretadas según el momento históricos en que han de ser aplicadas. Y este momento histórico

<sup>16</sup> Este discurso está calando hondo en la sociedad española. Desde la Sentencia del denominado caso de la Manada en instancia, se está generando un movimiento social que va más allá de la petición de justicia, sustituyéndolo por el de venganza, en una sutil manipulación de las masas, que viven el dolor de las víctimas como propio, produciéndose una transferencia que implica que se olviden los principios garantistas y se convierta al agresor en enemigo carente de derechos, dentro de la lógica expansiva del derecho penal autoritario. Las advertencias de SILVA SÁNCHEZ sobre el curioso cambio que se está produciendo, donde los grupos más progresistas, los feministas, adoptan roles de autoritarismo propio de las dictaduras lo empezamos a vivir, tristemente. (Silva Sánchez, J.M.: *La expansión del Derecho penal : aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, 2011, epígrafe 2.8).

La recentísima sentencia del denominado “Caso de la Arandina” con una pena absolutamente desproporcionada y una valoración de los hechos más que dudosa con el principio de presunción de inocencia puede dar al traste con las legítimas aspiraciones de crear una justicia con perspectiva de género correcta.

<sup>17</sup> Toda esta idea esta presente en la obra de Facio, A.: *Cuando el género suena, cambios trae: (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, Ilanud, 1992.

<sup>18</sup> Poyatos, G.: “Prólogo”, en Gisbert S.: *Balanza...*, cit., p. 9.

exige que, en cumplimiento, además, de mandatos normativos como el contenido en el art. 49.2 del Convenio de Estambul<sup>19</sup>, las normas se orienten desde la perspectiva de género.

Por lo tanto, existe obligación de desprenderse de los estereotipos e introducir como elemento de la interpretación la perspectiva de género.

### 3. LA APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO-PENAL

Los operadores jurídicos han de tomar como punto de partida la idea de que han de abandonar los estereotipos de género. Esta premisa me parece ineludible, pero, también me parece irrenunciable la idea de que esta obligación no nos puede llevar a justificar incrementos de pena o renuncia a principios penales (materiales y procesales) que conduzcan a utilizar la categoría analítica como excusa para adoptar tesis autoritarias o funcionalistas que deriven en la consideración del hombre como “enemigo”<sup>20</sup> o en la creación de derechos penales de excepción.

Volviendo a las vertientes a las que aludía en la introducción, quiero intentar explicar cómo se podría aplicar la perspectiva de género sin hacer el juego a posiciones penales incompatibles con un Estado Democrático y de Derecho.

La perspectiva de género ha de ser tomada en consideración como un elemento más del análisis, y no puede suponer una aplicación automática y acrítica del principio de discriminación positiva, en lo que hace al Derecho penal.

<sup>19</sup> Dispone:

“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio”.

<sup>20</sup> Se toma la idea que Jakobs ha defendido, como es sabido, en relación con sujetos que se consideran peligrosos y a los que se castiga por los riesgos que pueden llegar a causar, en un sistema penal de varias velocidades con una relajación evidente de las garantías, hasta el punto de hacerlas desaparecer. (Günther, J./ Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, *passim*). Un análisis de este posicionamiento y sus implicaciones en relación con la violencia de género se puede ver en Orejón Sánchez de las Heras, N.: *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, *lustel*, 2019, págs. 103 a 138.

Con esta premisa resulta necesario analizar los diferentes aspectos anunciados.

### *3.1. El caso de la mujer infractora*

No hay ningún problema en aplicar dicha perspectiva en el caso de la mujer infractora (algo poco explorado por nuestra doctrina y jurisprudencia). No cabe duda que la mujer víctima de violencia puede reaccionar de manera que pueda ser calificada de delictiva frente a los ataques de su agresor, o bien, puede cometer delitos bajo la presión del agresor. La cuestión es si dichas acciones merecen algún tipo de atenuación y de qué clase.

En este sentido, se puede traer a colación la SAP de Madrid, 806/2018, de 17 de diciembre. Los hechos son más o menos los siguientes: A y B, matrimonio, en presencia de la hija discuten. Él le da un empujón, un puñetazo y le causa lesiones. La acorrala contra la pared, ella cree que existe riesgo para su vida “como consecuencia de evidencias de maltrato sufrido a lo largo de su vida con una pareja anterior, y re-experimentando dichas situaciones traumáticas, con ánimo de defenderse y acabar con la vida de él, con visión túnel, coge un cuchillo y se lo clava”.

La condena es por una tentativa de homicidio con atenuante de legítima defensa incompleta y miedo insuperable.

Recurrida la resolución, el TSJ acaba condenando con una eximente de trastorno mental transitorio, y no por legítima defensa con falta de proporcionalidad del medio o por error. Esta condena puede implicar no actuar con perspectiva de género: la elección de la atenuante supone que, en lugar de aplicar la pena se aplica una medida de seguridad, lo que lleva de nuevo a considerar a la mujer como una incapaz que no sabe manejar sus emociones.

La mayoría de las sentencias analizadas en que se producen hechos asimilables aplican el trastorno mental transitorio u otras circunstancias que toman como base la inimputabilidad de la mujer, con esa idea de incapacidad que, a primera vista, puede pasar por algo justificado pero que lleva a pensar en la afectación subjetiva por parte del juzgador y el olvido de la perspectiva de género, pues quizá, las causas de justificación incompletas pudieran ser más adecuadas para resolver el conflicto, pero se opta por

las causas de inculpabilidad muchas veces de una manera inconsciente, atendiendo a prejuicios de género.

La única resolución que, hasta ahora, he encontrado que alcance una respuesta como la propuesta (legítima defensa incompleta) es la Sentencia del Tribunal Supremo 22/2019, de 8 de enero. En ella se ventila un asunto en el que el varón pega a su pareja, le pone un cuchillo en el cuello, la amenaza de muerte y de agresión sexual. Deja el cuchillo cerca, ella lo coge y se lo clava provocándole una lesión leve. Él es condenado por un maltrato puntual y ella por unas lesiones con instrumento peligroso con eximente incompleta de legítima defensa<sup>21</sup>.

Otros casos que se pueden traer a colación son aquellos en los que la mujer comete delitos coaccionada por el hombre que la somete a maltrato. Son ejemplificativos los supuestos en los que las mujeres son obligadas a actuar como “mulas” de narcotráfico o cualquier otro delito, por sus parejas, bajo amenaza de mal constitutivo de delito para ellas o sus hijos.

Para estos casos, se reclama la posibilidad de establecer alguna cláusula similar a la exclusión de la pena prevista en el art. 177 bis<sup>22</sup> para las víctimas de trata que se ven obligadas a cometer delitos.

No creo que haya ningún problema en incluir estas consideraciones a la hora de valorar la situación de las mujeres infractoras. No se vulnera ninguna garantía, sino que, por el contrario, se trata de adecuar la realidad de la situación que influye en su comportamiento y que desde luego está impregnada de sesgos de género.

21 Obviamente la situación es similar a la anterior. Ella teme por su vida/integridad, ha vivido episodios anteriores de violencia, y, sin embargo, no se aplica la idea de la disminución de la imputabilidad.

22 En este precepto se dispone:

*“(...) 11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.*

### 3.2. El caso de la mujer víctima

Este sería otro aspecto que considero que resulta imprescindible analizar en materia de perspectiva de género en el derecho penal.

La perspectiva de género ha de ser adoptada en este caso para evitar la re-victimización y la culpabilización por el hecho sufrido. Estoy pensando, sobre todo, en delitos donde los ataques estadísticamente generan que hablemos de bienes jurídicos de eminente titularidad femenina: fundamentalmente los delitos sexuales.

Ilustrar este epígrafe con algunos casos, puede dar una idea de cómo se ha ido evolucionando (o no), en esta materia.

Son tristemente famosas algunas sentencias históricas donde la víctima acaba siendo culpabilizada por el ataque sufrido. La conocida “Sentencia de la Minifalda” (SAP de Lleida de 17 de febrero de 1989), confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo<sup>23</sup>, en la que se dice que, si bien el acusado aprovechó su condición de patrono y jefe para realizarle tocamientos por encima de la ropa, ella con su vestido, quizá inocentemente, provocó la reacción en el hombre.

Aunque se podría pensar que esto son cosas del pasado, lo cierto es que, muy recientemente ha sido también noticia las preguntas de un fiscal a una víctima sobre la ropa que vestía en el momento de la situación del abuso denunciado<sup>24</sup>, o el caso también conocido por la prensa de unas menores que fueron a denunciar un atentado sexual y no solo no fueron creídas por las agentes de policía que les tomaron la denuncia, sino que les reprocharon su actitud<sup>25</sup>.

En este escenario resulta necesario traer a colación la Sentencia del conocido como caso de “La Manada”<sup>26</sup>, aunque solo sea en su voto par-

23 Se puede ver la noticia en [https://elpais.com/diario/1990/05/24/sociedad/643500002\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1990/05/24/sociedad/643500002_850215.html)

24 <https://www.publico.es/sociedad/agresion-sexual-fiscal-denunciante-violacion-pantalon-corto.html>

25 <https://www.publico.es/actualidad/trato-vejatorio-menor-denuncia-mossas-trataron-denunciar-violacion-puedes-perrear-debes-defenderte.html>

26 SAP de Navarra, 38/2018, de 20 de marzo.

ricular<sup>27</sup>. El pronunciamiento del magistrado disidente es una muestra de la necesidad de formación en género que requieren algunos operadores jurídicos, para poderse desprender de estereotipos absolutamente interiorizados y que no pueden ser trasladados a la hora de llevar a cabo la interpretación normativa.

Una exégesis con perspectiva de género no hubiera autorizado dicho voto particular. De hecho, la STS 2200/2019, de 4 de julio que casó la de la Audiencia, atiende, precisamente a la situación en la que queda la mujer cuando es introducida en aquel lugar angosto para justificar la existencia de intimidación ambiental y poder castigar por un delito de violación a la pena de quince años de prisión<sup>28</sup>.

En esta vertiente, por tanto, es importante recordar dos aspectos: por un lado, el tratamiento que hay que dar a la víctima durante las exploraciones en fase de investigación y también en el juicio oral, que han de llevarse a cabo con una especial sensibilidad y la credibilidad de la víctima y no culpabilizarla, sin vulnerar el principio de presunción de inocencia<sup>29</sup>.

Es el caso también de Tiziana Cantone, la joven italiana que practicó *sexting*, fue acosada, denunció y, una vez que se reconoció su derecho a que los videos fueran retirados se le condenó al pago de 20.000 euros en costas, dado que se había desprendido voluntariamente de su intimidad sin haber tomado en consideración las consecuencias que se derivarían de su

27 No quiero entrar en el cuerpo de la Sentencia donde, desde mi punto de vista, se realizó una interpretación acorde a los principios garantistas del Derecho penal. *Vid.*, entre otros, AAVV.: *Las huellas de "La Manada"*, *Monográfico de la Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, IUSTEL, 2018, núm.77; también, Orejón Sánchez de las Heras, N.: "Derecho penal y cultura de la violación con ocasión del caso de "La Manada""", en Lloria García, P. (Dir.) y Cruz Ángeles, J. (Coord.): *La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: género, derecho y TIC*, págs. 113-136.

28 Lo que podría dar lugar a problemas con el principio de proporcionalidad. *Vid.*, *diferentes opiniones* en <https://www.youtube.com/watch?v=utni4GUY9OY>

29 Sin olvidar otras consideraciones que se siguen teniendo en cuenta en otros delitos como los de lesiones. Recuérdese también el asunto Carvalho Pinto de Sousa, resuelto por el TDH en Sentencia de 25 de julio de 2017, donde el tribunal nacional había entendido que se podía rebajar la indemnización por las lesiones sufridas por una actuación médica imprudente en la medida en que el sexo para una mujer de 50 años había perdido importancia. Sobre este asunto se puede ver Dabove, M.I. y Arrubia, E.: "¿Demasiado vieja para el sexo?", en *Derecho y Ciencias Sociales*; núm. 19, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/70779>

actuación (en el ejercicio de su libertad sexual), lo que la llevó, finalmente, al suicidio<sup>30</sup>.

La falta de cuidado de la víctima, a la que se culpa de lo que le ocurre sigue estando muy presente. Incluso en las formaciones de prevención en escuelas, se advierte a las menores de que no deben practicar *sexting*, pues corren el riesgo de que luego sus imágenes sean utilizadas en su contra, lo que supone rebasar la idea de autoprotección para llevarla a la de autopuesta en peligro, con todas las cuestiones dogmáticas que ello plantea y que, desde luego, he de rechazar<sup>31</sup>.

El mensaje sigue siendo entonces, equivocado. La atención y empatía con la víctima no trae problemas desde el punto de vista de las garantías del investigado, ni supone necesariamente una vulneración del derecho

<sup>30</sup> [https://verne.elpais.com/verne/2016/09/15/articulo/1473924999\\_823409.html](https://verne.elpais.com/verne/2016/09/15/articulo/1473924999_823409.html)

<sup>31</sup> Como es sabido, la autopuesta en peligro actúa como criterio delimitador de la responsabilidad penal, cuando se atribuye a la víctima la falta de cuidado exigible para que el Derecho penal la tutele. En los casos analizados jurisprudencialmente de autopuesta en peligro se excluye la responsabilidad del autor cuando la víctima pudo elegir entre someterse al riesgo que se deriva en lesión o no. Por ejemplo, en la STS 2518/2017 de 21 de junio de 2017 se dice:

“La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

“El segundo requisito exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “ autopuesta en peligro “ o “principio de la propia responsabilidad”. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva”.

Sobre esta discutidísima cuestión en Derecho penal se pueden ver, entre otros, Gimbernat Ordeig, E.: “ Imputación objetiva y conducta de la víctima”, disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2005-30073300806](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2005-30073300806)

de defensa. La cuestión, entonces, se puede plantear, en relación con la credibilidad de la víctima cuando su testimonio es el que vertebra todo el procedimiento por no haber otros medios de prueba.

Dado que en la mayoría de casos de atentados contra la libertad sexual no suele haber testigos más allá de los autores y la víctima, es esencial atender a su testimonio, y en estos casos la intermediación es fundamental. Como también lo es evitar la re-victimización, y tratar de fundamentar la prueba atendiendo a su situación, para poder verificar la veracidad de sus declaraciones teniendo en cuenta, por un lado, el estado de trauma en el que la mujer se encuentra, pero sin llegar a paternalismos absurdos, ni a posiciones que vulneren el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Y aquí, hay que tomar en consideración no solo la problemática de la credibilidad de la víctima que puede incurrir en contradicciones o que puede llegar a no querer declarar haciendo uso de la dispensa que le concede el art. 416 de la LeCrim<sup>32</sup>, sino también el de la *credibilidad de la víctima* que está empoderada, que aparentemente no se encuentra lo afligida que debía estar según los estereotipos de género<sup>33</sup>.

Esto se deriva de la confusión que existe también en torno al concepto de víctima, cuando se olvida que es un concepto normativo y no sociológico y de su vulgarización<sup>34</sup>.

En todo caso, recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión. En la STS 678/2019, de 6 de marzo, se ventila un caso en el que se discute si el esposo ha llevado a cabo malos tratos habituales alegando que no existe voluntad de someter a la esposa y que el hecho de consumir alcohol habitualmente debería llevar a calificar los hechos como

<sup>32</sup> Recientemente, con un estudio sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, se puede ver Beltrán Montoliu, A.: “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LeCrim: evolución jurisprudencial”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, núm. 19 (enero de 2018), págs. 13 a 46.

<sup>33</sup> De nuevo hay que traer a colación el caso de “La Manada”, en el que determinadas pruebas sobre cómo la víctima se comportaba en su vida ordinaria tras la agresión fueron aportadas para desmentir su testimonio. Desde mi punto de vista, dichas pruebas eran necesarias para la determinación de la responsabilidad civil, pero no para determinar la culpabilidad o inocencia de los hoy condenados.

<sup>34</sup> *Vid.*, un resumen de las distintas concepciones en Pérez Rivas, N.: *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 1 a 38.

lesiones comunes y no género específicas<sup>35</sup>. Por su parte, la Audiencia entendió que no podía condenar por abuso sexual, puesto que no existía ninguna prueba que corroborase la versión de la víctima, por lo que debía absolver.

Ante esta tesitura, el TS analiza cuáles son los requisitos que deben concurrir para dotar de veracidad a la declaración de la víctima de tal modo que sea suficiente para enervar el *principio de presunción de inocencia*. Para ello, en primer lugar expone cuáles son los requisitos que, con carácter general, se exigen para fundamentar que el testimonio de la víctima es válido, según el proceso valorativo-subjetivo de los jueces, que disfrutan, además, de la inmediación:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.- “Lenguaje gestual” de convicción (...).
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos
- 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del “iter” relatado de los hechos.
- 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.- La declaración no debe ser fragmentada.
- 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

<sup>35</sup> La defensa se apoya en la idea de la no aplicación automática de los tipos género específicos, sino en la necesidad de demostrar que existe una voluntad de sometimiento que es lo que caracteriza las actuaciones machistas, en una interpretación sistemática de los tipos de derecho penal sexuado y el art. 1 de la LO 1/2004.

Ahora bien, en el caso de las víctimas de violencia de género establece, que, dada su situación, hay que tomar en consideración el temor de las mismas:

(...) a revivir lo sucedido al contarlo de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

- 1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
- 5.- Deseo al olvido de los hechos.
- 6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

Ciertamente esta tesis viene a destruir el antiguo principio "*testis unus, testis nullus*", vigente en los sistemas de prueba legal o tasada, lo que puede resultar en algunos casos razonable tal y como afirma la STS 88/2015, de 17 de febrero. Pero, no se puede olvidar, que el testimonio único puede plantear serios problemas si la libre valoración de la prueba no viene condicionada por una motivación suficiente como para enervar el principio de presunción de inocencia, por lo que, en estos casos, procede la absolución<sup>36</sup>. Algo así ha ocurrido, a mi entender, en el caso

<sup>36</sup> Un desarrollo de la idea de que no resultan aceptables los testimonios únicos sin corroboración para establecer una condena, y mucho menos cuando existen dudas razonables, se puede consultar en Ramírez Ortiz, J.L.: "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género", en *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, Vol. 1, 2019, págs. 1 a 46, disponible en <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288/26046>

conocido como “La Arandina”, del que se ha ocupado la SAP de Burgos 379/2019<sup>37</sup>.

La aplicación de la perspectiva de género resulta clara, en la medida en que se atiende a que la idea de que la mujer por el hecho de acudir a un lugar privado (el domicilio de los chicos) no está demostrando su consentimiento para mantener la relación sexual grupal, a pesar de su comportamiento previo o sus manifestaciones<sup>38</sup>.

Sin embargo, en la resolución de Burgos se incurre en el temor que he manifestado anteriormente: la presión social sobre estas cuestiones, desde mi punto de vista ha llevado a dictar una sentencia que resulta muy peligrosa para las garantías, y en la que, de alguna manera, se ha instrumentalizado la legítima petición feminista de que la interpretación normativa se realice con perspectiva de género al punto de justificar una aplicación de la norma con vulneración de garantías penales (materiales y procesales básicas).

En primer lugar, la desproporción de la pena es evidente. Castigar unos hechos como los narrados con 38 años de prisión aplicando un concurso

**37** Los hechos relatan que una menor de 15 años, toma contacto con un jugador de un equipo de fútbol de su pueblo, joven pero mayor de edad, con el que quiere entablar una relación. Después de tener conversaciones con él a través de redes sociales y por teléfono, bromea con él y dos amigos sobre la posibilidad de tener sexo grupal. Finalmente, quedan un día en casa de los jóvenes, y después de grabar un video musical en el que participan todos, se apagan las luces y ellos se desnudan, la desnudan a ella y les practica felaciones y masturbaciones. Cuando la chica va al cuarto de baño después de estos hechos, mantiene relaciones sexuales completas con uno de ellos en una habitación, con consentimiento, según el Tribunal. Se absuelve de esta última acción, pero se condena por una agresión sexual a cada uno de ellos por cada una de las felaciones, al entender que la joven de 15 años no tiene capacidad para consentir. Además, condena en concurso real como cooperador necesario a cada uno por las dos felaciones de los otros. La participación consiste en generar con su presencia lo que se conoce como “intimidación ambiental”, lo que lleva a la aplicación de una pena de 38 años de prisión a cada uno, con el límite de cumplimiento de 20. Sin embargo, se absuelve de la relación sexual con penetración vaginal producida inmediatamente después, pues entiende que el consentimiento de la menor en ese caso sí fue válido, al estar próxima en edad con el chico con el que mantuvo el coito (ella 15 y el 19), según lo que dispone el art. 183 quater del CP español. Toda la resolución se fundamenta en las declaraciones de la víctima, quién denuncia después de contarles a sus padres los hechos negando que ella consintiera, aunque en la causa constan conversaciones de ella con sus amigas participándoles lo que ha ocurrido con agrado e incluso amenazando con denunciar y “contar mentiras” si los chicos difunden lo que ha pasado entre ellos.

**38** Interpretación similar realizó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra respecto del caso denominado “La Manada” SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo.

de normas, en un caso donde existe una unidad natural de acción que hubiera debido llevar a la aplicación de la figura del delito continuado, prevista en el art. 74 del CP, que castiga con la pena de la infracción más grave en su mitad superior pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado<sup>39</sup>, lo que hubiera llevado a una pena de 10 a 12 años en el caso de considerarse abuso, o de 13 años y seis meses a 15 en años si se contempla que la acción es constitutiva de agresión sexual, debe ser discutida.

En segundo lugar, tampoco resulta clara la aplicación de la situación de intimidación ambiental, que es la que fundamenta, según el Tribunal, tanto la apreciación del delito de agresión, en lugar del de abuso como el castigo como autores y cooperadores en concurso real.

Según la jurisprudencia aportada por el propio tribunal (Sentencia 609/2013, de 10 de julio), para apreciar la intimidación:

(...) lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquella. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquel. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de

<sup>39</sup> El art. 74 establece:

"1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

"2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

"3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, *salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo*. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima<sup>40</sup>.

Sin negar el sentimiento de la víctima, una chica de 15 años que quiere demostrar madurez sexual y estar liberada, según se dice en la propia sentencia, sí considero que no atender a este criterio para contemplar, al menos la duda sobre la efectiva concurrencia del elemento intimidatorio, puede vulnerar el principio *in dubio pro reo*. Siendo que las pruebas indiciarias circundantes a las manifestaciones de la propia víctima (alardeando ante sus amistades de que había estado con los tres, y que no podían contar nada pues entonces ella mentiría sobre los hechos y estaban avisados de las consecuencias), la propia manifestación de la perito psicóloga del juzgado diciendo que no tenía la madurez que quería aparentar, etc., considero que el principio de *presunción de inocencia* no queda totalmente desvirtuado en este caso.

Ciertamente no disponemos de la inmediatez del Tribunal, y desde luego no es mi intención sustituirlo, pero sí es cierto que parece dudoso que en una situación como la descrita (están bailando y grabando videos en una casa, ella charla animadamente y les ha dicho previamente que quiere mantener sexo con los tres) *objetivamente* se pueda dar el requisito de la intimidación ambiental (sí, *subjetivamente*, pero esto no es suficiente).

Es decir, se puede creer que, *objetivamente* la víctima en aquel momento por su grado de madurez o por cualquier otra razón, no supo manejar la situación, por lo que, subjetivamente, ella pudo sentir que no quería hacer aquello que previamente había dicho que sí quería. Y esto, en su caso, y con muchas dudas, podría conducir a un abuso, pero no a una agresión, porque, *objetivamente*, no basta con la declaración de la víctima que es absolutamente contradictoria y que no se ve reforzada por pruebas periféricas, a aplicar la intimidación, pues objetivamente nada demuestra que los autores llevaran a cabo ningún tipo de actuación o creación de clima amenazante o intimidatorio.

Por lo demás, y aun en el caso de que se considerara que existe dicha intimidación ambiental por las declaraciones de la víctima que, según la inmediatez del tribunal y a pesar de la prueba indiciaria en contrario, son

40 Fundamento de derecho octavo

persistentes y coherentes, aplicar la teoría de la cooperación necesaria nos llevaría a un doble *bis in ídem*.

Por un lado, se produce la vulneración de la prohibición de doble incriminación porque el tribunal aplica el tipo agravado del art. 183.2 y 3 (agresión sexual –intimidación ambiental– con penetración), con la agravante específica de actuar en grupo (183.4. b, cuando el hecho se produzca por la actuación conjunta de dos o más personas).

Por otro lado, si esta actuación conjunta es la que permite calificar el hecho como agresión, porque la presencia de más de dos es lo que genera el miedo, y por lo tanto la intimidación, no puede volverse a utilizar para aplicar la agravación, que de suyo incrementa al injusto por la indefensión de la víctima. El fundamento es el mismo y siendo así, parece que la calificación vulnera el principio *ne bis in ídem*. Aun admitiendo por tanto dicha concurrencia, o el hecho se califica como abuso agravado, o como agresión sin agravar.

Pero, además, se aplica esta circunstancia (la presencia de varios autores) para fundamentar la cooperación necesaria, pues se entiende que es cooperador necesario,

(...) no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que se realiza.

La vulneración de estos principios materiales, no debe olvidar la cuestionable consideración de la culpabilidad de los autores fundamentándose en la declaración de la víctima que resulta contradictoria con las pruebas

aportadas por los testigos de la defensa, consistentes en grabaciones de audio y mensajes de WhatsApp en la que la víctima relata lo ocurrido como algo en lo que quiso participar y advierte que su mayor temor es que se sepa que tales hechos se han producido.

A mi entender, el principio *in dubio pro reo*, hubiera debido llevar a una valoración más correcta del principio de presunción de inocencia.

Sin necesidad de dudar de la veracidad del sentimiento de la víctima quien, por edad y por falta de una educación afectivo-sexual adecuada, seguramente no supo manejar la situación en la que se vio involucrada, no se puede enervar el principio de presunción de inocencia cuando las pruebas de culpabilidad no resultan contundentes, y más en los casos como este, en los que el propio tribunal incurre en una contradicción, al absolver por la relación sexual completa, entendiéndolo que ahí sí que existe consentimiento, y condenar por la acción inmediatamente anterior, considerando que no lo hay.

La perspectiva de género en este caso nos debe llevar a considerar que la víctima actuó con determinados sentimientos subjetivos de temor y vergüenza, por la propia consideración social de las mujeres que se muestran activas sexualmente, pero ello no debe conducir a vulnerar los derechos fundamentales de los imputados, ahora ya condenados.

La flexibilización de las garantías, la consideración de elementos subjetivos de interpretación en las valoraciones que deben ser objetivas, o al menos mixtas, conducen a la imposición de modelos penales autoritarios que son utilizados como excusa por la extrema derecha para derruir todo el entramado de principios asentados por los grupos feministas respetando las garantías<sup>41</sup>.

41 Así está ocurriendo en España con los discursos misóginos de la extrema derecha que niega la existencia de perspectiva de género calificándola despectivamente de "ideología de género". Las actuaciones políticas de la extrema derecha en nuestro país son absolutamente negacionistas y justamente en este 25 de noviembre han impedido las, hasta ahora, declaraciones institucionales en contra de la violencia de género en diferentes ayuntamientos españoles, por ejemplo.

La presión social del populismo punitivo<sup>42</sup>, alentados por los medios de comunicación el “otro brazo armado del populismo punitivo”<sup>43</sup> de forma maniquea puede llevar, por un lado, al sostenimiento de derechos penales autoritarios, que conviertan al hombre en un enemigo, acusando de ello al feminismo y, además, victimizando al victimario también de manera generalizada y, todo ello, además, utilizando argumentos morales que se pueden volver en nuestra contra.

Precisamente el hecho de que una menor que se comporta de manera correcta no pueda consentir en mantener relaciones sexuales con varios jóvenes es la argumentación que utilizan tanto aquellos que entienden que hay que castigar muy duramente estos actos (ella jamás hubiera podido hacerlo) como los que defienden que la culpa es de ella por no cumplir las normas sociales de comportamiento sexual adecuado (es una tal o una cual, y si no hubiera acudido no le habría pasado).

42 Resulta necesario traer a colación las manifestaciones que se produjeron a propósito del caso de “La Manada” frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra que calificó los hechos como abuso y no como violación, con tal presión que desde el ejecutivo se encomendó a la Comisión de Codificación Penal que elaborará un informe sobre la necesidad de hacer desaparecer las figuras de abuso y que todos los atentados sexuales fueran denominados agresión, en una clara manifestación de la presión popular sobre el legislativo, dando alas a las peticiones punitivistas bajo un pretendido enfoque de género. Este riesgo, materializado en una posible reforma del Código penal había sido advertido por MORALES PRATS, tomando como guía un artículo de Fernando Savater titulado “Por una justicia impopular”, publicado en El País, el 27 de noviembre de 1986 (disponible en [https://elpais.com/diario/1986/11/28/opinion/533516412\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1986/11/28/opinion/533516412_850215.html)). Vid., Morales Prats, F.: *La utopía garantista del Derecho penal en la nueva “Edad Media”*, Collección Reial Academia de Doctors, Barcelona, 2015, págs. 31 a 38.

43 Resulta especialmente interesante este pasaje de la obra de MORALES PRATS (págs. 36 y 37) citada en la nota anterior:  
“Se trata de demostrar que el Estado puede hacer frente a los nuevos retos, de tranquilizar a la ciudadanía. Interesa la masa, el mensaje que llega al pueblo. Poco importa el individuo sometido a proceso; en la nueva cruzada punitiva importan los símbolos frente a la herejía criminal. Que el Derecho penal asuma una función simbólica es un postulado plausible; frente a la incertidumbre, a los tambores que anuncian la llegada de la nueva Edad Media, el Imperio en su declive se expresará en clave punitiva. La función de protección de bienes jurídicos, el principio de proporcionalidad en las respuestas punitivas, entre otros, no son valores que cotizan al alza, son un engorroso obstáculo para la eficacia punitiva. El poder judicial es asaeteado en un lógica en espiral (...) si se obstina en mantener la cultura garantista será criticado por los medios de comunicación, erigidos en otro brazo armado del populismo punitivo. El heroísmo no siempre es exigible y la magistratura no puede ser un colectivo inmune al proceso, porque lo que se le demanda, en muchas ocasiones no es justicia, sino la justicia popular, el justicialismo”.

Los audios de la menor a los que hace referencia la sentencia, a mi modo de ver, lo que ponen de manifiesto es el temor a las consecuencias que de sus acciones se derivan en el plano social, y al reproche que puede sufrir por los que pueden ejercer el control formal sobre su comportamiento sexual desde un punto de vista moral: sus padres y maestra.

Ello nos obliga a recordar que la perspectiva de género como categoría analítica ha de servir para realizar una correcta interpretación de las normas atendiendo a la necesidad de no re-victimizar, de creer a la víctima, pero no de que ello conduzca a la creación de derechos penales de excepción.

La perspectiva de género es un elemento más de la interpretación normativa, que debe ser tomada en cuenta por parte de los operadores jurídicos para eliminar la proyección de los roles y los estereotipos en la aplicación de la norma, pero no para eliminar las garantías. El hecho de no condenar, o de condenar con penas proporcionales y en atención a los criterios de presunción de inocencia, de legalidad, de proporcionalidad y de seguridad jurídica, no significa no creer a la víctima. Significa que el Derecho penal, el instrumento represor por excelencia en manos del Estado, sigue siendo un arma imperfecta que no puede (ni debe) cumplir la función promocional que algunos pretenden asignarle.

Como tantas veces he dicho, la verdadera transformación social ha de producirse por otras vías, y no por la que destruye el Estado de Derecho.

#### 4. OTRAS CONSIDERACIONES. UNA APROXIMACIÓN A LA POSIBLE VUNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Si en este punto se retoma la cuestión planteada en la STS 678/2019, de 6 de marzo, en la que, recuérdese, se discutía si el hecho de que la pareja de la mujer hubiera tomado alcohol debería llevar a calificar los hechos como lesiones comunes y no género específicas, porque no existe voluntad de someter a la esposa<sup>44</sup>, nos enfrentamos a la cuestión de si la perspectiva de género obliga a establecer sistemas de protección reforzados o derechos penales de excepción, que cumplan una función simbólica y promocional.

<sup>44</sup> La defensa se apoya en la idea de la no aplicación automática de los tipos género específicos, sino en la necesidad de demostrar que existe una voluntad de sometimiento que es lo que caracteriza las actuaciones machistas, en una interpretación sistemática de los tipos de derecho penal sexuado y el art. 1 de la LO 1/2004.

No se trata de valorar si en los autores de los delitos de malos tratos concurre o no un error de tipo o de prohibición, por estar inmersos en un mundo patriarcal que no les deja ver con objetividad la realidad, sino de si se puede hablar de una aplicación automática de los delitos género específicos siempre que un hombre maltrata a una mujer.

En todo caso, hay que exponer estas ideas por separado.

En relación con la primera cuestión (si existe un error de tipo o un error de prohibición), creo importante traer a colación la cuestión que se planteó en una de las sesiones que tuvo lugar en el Encuentro de profesores de Mar del Plata (sept. 2019)<sup>45</sup>. La interesante cuestión versaba sobre si se podría aplicar un error en aquel hombre que, tras recibir varias negativas de la mujer a mantener relaciones, el hombre entendió que su “no” era un sí por su propia educación machista. La cuestión, desde un punto de vista de género es clara: no cabe aplicar el error, pues el no, siempre será no, a pesar de la influencia patriarcal de la educación en aquel hombre, que, se afirmaba, sí podía actuar bajo un error de prohibición.

Justo esta cuestión se ha planteado en la SAP de Burgos 379/2019, que acabamos de comentar.

El error, en este caso, se plantea sobre si la joven emitió un consentimiento válido o no, teniendo en cuenta que acude voluntariamente al domicilio donde residen los tres chicos y luego comenta con sus amigas lo que ha pasado sin indicar que fuera en contra de su voluntad, lo que en principio si existiera una gran diferencia de edad entre los implicados sería irrelevante<sup>46</sup>, y también si se produce un error o no sobre la edad de la víctima<sup>47</sup>.

Queda descartado con base probatoria suficiente que los condenados conocían que la chica no alcanzaba los 16 años, por las relaciones que tenían ellos con familiares de la chica. Sin embargo, y lo interesante a estos efectos, es si pudo concurrir error de prohibición, considerando los autores

45 Justo el que origina estas páginas.

46 La edad de consentimiento sexual penal son los 16 años (art. 183 del CP) si bien existe una cláusula de exención de responsabilidad para los casos en los que los sujetos involucrados sean cercanos en edad y madurez, con el fin de permitir a los menores de esa edad tener relaciones sexuales, pues de otro modo les quedarían absolutamente prohibidas.

47 En España la edad de consentimiento sexual penal son los 16 años (art. 183 CP).

que obraban lícitamente apoyándose su error en el convencimiento de que su actuación era lícita al ser el consentimiento de la menor válido.

A esto responde el Tribunal que las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quien alega el error deben demostrar que el sujeto desconocía la ilicitud del hecho.

En este caso afirma que para aplicar el error el sujeto debería tener la certeza (no solo la probabilidad) de que la conducta no era ilícita, lo que ocurre en el supuesto de hecho actual pues los acusados, quienes:

(...) no podían ignorar que actuar en forma conjunta para realizar actos sexuales con la denunciante, cuya minoría de edad conocían, pudiera ser constitutivo de infracción penal, habida cuenta de que no existió en ningún momento un consentimiento expreso y se realizó con la luz apagada, y en forma conjunta, debilitando la defensa de la víctima.

El referido error entendemos que solamente cabría en aquellos supuestos de relaciones sexuales consentidas, con una menor de edad, y atendiendo a las circunstancias personales del acusado. Así no debemos olvidar que los acusados tienen una cultura media, son españoles, y por los medios de comunicación han tenido la posibilidad de conocer, (por su gran difusión) el enjuiciamiento y condena de un grupo de personas, por un delito contra la libertad sexual.

La invocada alegada ignorancia de ilicitud, la cual no ha sido objeto de prueba, puesto que habiendo negado la realización de los actos sexuales, en ninguna de las formas reflejadas en el Código Penal, las acusaciones no han podido interrogar sobre los posibles motivos del error invocado, y si bien ha sido introducido en el trámite de conclusiones por las Defensas, al tratarse de una circunstancia que exime de la responsabilidad criminal deberá ser objeto de probanza por la parte que la alega<sup>48</sup>.

Queda claro pues, que el hecho del error resulta difícil de aplicar, si se atiende a los criterios apuntados que no me resultan desacertados y que, desde luego, pueden incardinarse en una interpretación despojada de estereotipos de género. Es decir, si efectivamente por la situación del sujeto

<sup>48</sup> Fundamento Jurídico décimo de la SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019.

se pudiera demostrar su error invencible, teóricamente no habría ningún problema en aplicarlo, pero, parece difícil, y es misión del tribunal motivar porque no concurre.

Todo ello conduce, de nuevo, al primer planteamiento: ¿es posible realizar una interpretación de las normas del derecho penal sexuado que nos lleve a una aplicación automática de las mismas en todos los casos en los que un hombre agrede a una mujer?

La primera valoración ha de dirigirse a reflexionar sobre qué modelo de protección se establece en los sistemas penales frente a los atentados que sufren las mujeres<sup>49</sup>, lo que ha planteado algunas contradicciones en Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo a propósito de la aplicación de la nueva agravante prevista en el art. 22.4<sup>50</sup> del CP, en las que no es posible entrar en este trabajo, por que voy a señalar simplemente.

La STS 565/2018, de 19 de noviembre establece que, en este sistema mixto es posible aplicar la agravante de discriminación por razón de género tanto a las agresiones que se producen en el ámbito de la pareja como las que acaecen fuera de él, cuando un hombre agrede a una mujer por el hecho de ser mujer, siempre que se compruebe que dicho acto lo fue por razón de discriminación de género, lo que no puede resultar más coherente<sup>51</sup>.

Sin embargo, se plantea un problema de incoherencia en relación con lo expuesto anteriormente, cuando se afirma que para los casos de violencia de género en la pareja no es necesario atender a la prueba de dicha situación de discriminación, puesto que ésta es estructural y supone la aplicación automática de los tipos género-específicos (por ejemplo, en la STS 678/2019, de 6 de marzo comentada anteriormente).

Así, la STS 99/2019, de 26 de febrero dice que, para la aplicación de la agravante prevista en el art. 22.4 (discriminación por razón de género) en

49 Lo que ya he tratado y remito a mi trabajo Lloria García, P.: “La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Sistemas de protección...”, *cit.*, págs. 26 a 32.

50 Sobre esta circunstancia se puede ver, *in extenso*, Orejón Sánchez de las Heras, N.: *La circunstancia...*, *cit.*, *passim*.

51 Fundamento de derecho octavo *in fine*:  
“(..) la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad”.

el caso de que el hecho se produzca en el ámbito de la relación de pareja, no es necesario demostrar el ánimo de dominación. Acude para justificar esta posición a toda la doctrina emitida sobre la necesidad o no de fundamentar un elemento subjetivo del injusto en los tipos que, en atención a la perspectiva de género en la fase legislativa, ya tuvieron presente el plus de antijuridicidad que supone que el hecho se produzca con ánimo de dominación machista<sup>52</sup>.

Afirma el Tribunal, atendiendo al voto particular emitido en la STS del Pleno 677/2018, que el ánimo de dominación no hay que demostrarlo en las relaciones de pareja, porque las agresiones de los varones a sus compañeras siempre son una manifestación de poder y de desigualdad. No se trata de una presunción *iuris et de iure*. Se trata de que basta con que el autor conozca que con su conducta coloca a la mujer en una posición de humillación y subordinación, sin que sea necesario que la busque de propósito. Esto es, lo importante no es que el sujeto sepa si tiene o no una actitud machista. Lo importante es que los hechos de agresión producen en sí mismos discriminación. Acudiendo a la doctrina sentada por el TC<sup>53</sup> en relación con el art. 153, confirma que la asimetría hombre-mujer que ha de existir para castigar más gravemente la actuación en los delitos género específicos se refleja en las relaciones de pareja.

Recorre al fundamento de los arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.8 para “predecir (que) para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4. el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer víctima”<sup>54</sup>, pero esto, no se puede extender más allá de las relaciones de pareja, donde afirma que “habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-victima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal”<sup>55</sup>.

Sin embargo, cuando no existe relación de pareja ¿qué ocurre? Pues que hay que acudir a demostrar el elemento de dominación, en el entendimiento dado: basta con que el sujeto conozca que así coloca a la mujer en una situación de subordinación aunque no lo busque teleológicamente.

52 Fundamento de derecho tercero, número 2.

53 STC 59/2008, entre otras.

54 Fundamento jurídico Tercero, 3.2.

55 *Ibidem*

Ello conduce a afirmar, de nuevo, que la perspectiva de género no puede realizarse de manera objetiva y acrítica.

La perspectiva de género no autoriza a que se deba aceptar la existencia de una culpabilidad colectiva que derive en la aplicación automática de los delitos especiales sin demostrar la existencia de dicho elemento de dominación.

El Derecho penal de la culpabilidad normativa exige la imputación individual a un sujeto por un hecho concreto, y se le reprocha dicho hecho con los elementos y circunstancias que lo rodearon. De otro modo, el principio de culpabilidad se ve puesto en entredicho, y tiembla, de nuevo, un pilar básico del Derecho penal de los estados democráticos.

Como afirma Lorenzo Copello, no se puede construir la aplicación más grave de la norma por razones de discriminación a todo el colectivo porque entonces, la culpabilidad, dejaría de cumplir su función<sup>56</sup>.

## 5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Estas breves pinceladas solo ponen encima de la mesa un problema que merece de mayor atención y reflexión del que se puede dedicar en estas páginas. En todo caso, tras la exposición realizada, creo que resulta indudable la necesidad de incluir la perspectiva de género en las interpretaciones de las normas penales, pues resulta indiscutible que hay que tomar en consideración los derechos de las mujeres como colectivo tradicionalmente discriminado.

Aplicar la perspectiva de género como categoría analítica supone que, desde los órganos jurisdiccionales, no solo se ha de atender a las necesidades de las denunciadas desde el punto de vista procesal y asistencial, sino que los y las juezas han de despojarse de los estereotipos de género a la hora de dictar sentencias y aplicar las normas.

Esta razonable petición es la que se puede deducir de manifestaciones sociales de grupos activistas, como es el caso de “Las tesis” y su performance “El violador eres tú” que ha dado la vuelta al mundo, y también de las peticiones normativas de órganos supranacionales, que indican a los

<sup>56</sup> Lorenzo Copello, P.: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), págs.817 a 822.

Estados que deben orientar su legislación y la interpretación de sus normas con dicha perspectiva de género, como ya he señalado.

Pero ello no supone el establecimiento automático de criterios de hiper-protección de la mujer, pues no se debe confundir el reclamo social de atención efectista orientado a resaltar las situaciones de discriminación a las que las mujeres nos hemos vistos sometidas históricamente, con la traslación acrítica de dichas demandas al ámbito técnico para conseguir su efectividad. El activismo es y ha de ser generalista e impositivo y, por lo tanto, efectista. Por el contrario, la técnica jurídico-penal ha de buscar soluciones globales, adecuadas, válidas y eficaces.

Ciertamente, en el contexto actual, las presiones mediáticas sobre la justicia son muchas y muy importantes. Y por eso se hace necesario aclarar que no se puede atender a cualquier tipo de demanda, por mucha presión social que se produzca, si ello implica abandonar las tesis progresistas de mantenimiento de las garantías que son propias del Estado de Derecho.

La perspectiva de género no puede servir de excusa para justificar la implementación de sistemas autoritarios que flexibilicen tales garantías al punto de que se enerve el principio de presunción de inocencia con pruebas débiles que generan dudas y llevan a olvidar el principio *in dubio pro reo*. Tampoco para justificar la aplicación de penas desproporcionadas al mal causado, ni por supuesto para justificar la existencia de un derecho penal de autor que olvide el principio de culpabilidad.

Si obviamos dichas consideraciones las consecuencias pueden ser muy graves.

En primer lugar, se destruye la confianza en el Estado de Derecho y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, algo irrenunciable desde una visión democrática y progresista como la que debe empapar a las feministas. Además, esto proporciona argumentos a los grupos de extrema derecha para victimizar al victimario y ensalzar los estigmas de la “ideología de género”. Llegándose, incluso, a la propia destrucción del Estado social y democrático de derecho tal y como se entiende en clave liberal<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Como afirma MORALES PRATS, “Esta apuesta del Estado por el Derecho penal eficaz, en detrimento de las garantías, probablemente constituye una apuesta autodestructiva para el propio Estado. El abandono del modelo del Estado de Derecho y de sus límites, en favor de un Derecho penal expansivo de la nueva “Edad Media”, puede llegar a constituir un factor importante de

En segundo lugar, se coloca a las mujeres en una posición de fundamentalismo, que para nada debe identificarse con la legítima defensa de argumentos que nos permitan alcanzar la igualdad material, también en la aplicación de las normas penales.

Los motivos que llevan a realizar dichas interpretaciones acrílicas aupadas por las olas de lo políticamente correcto y como respuesta a peticiones populistas, acaban siendo un campo de minas que nos perjudica a todos.

## BIBLIOGRAFIA

Morales Prats, F.: *La utopía garantista del Derecho penal en la nueva "Edad Media"*, Col.lecció Reial Academia de Doctors, Barcelona, 2015.

García Prince, E.: *Políticas de Igualdad, Equidad y Gender Mainstreaming. ¿De qué estamos hablando?: Marco Conceptual. Edición revisada y actualizada*, disponible en [http://www.americalatinalgenera.org/es/documentos/doc\\_732\\_Politicadeigualdad23junio08.pdf](http://www.americalatinalgenera.org/es/documentos/doc_732_Politicadeigualdad23junio08.pdf)

AAVV.: *Las huellas de "La Manada"*, Monográfico de la Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, IUSTEL, 2018, núm. 77.

Alonso de Escamilla, A.: "La reforma de los delitos contra la intimidad" en Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J.M. y García Alberó, R. (Coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, 2019.

Beltrán Montoliu, A.: "Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LeCrim: evolución jurisprudencial", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.a Época, núm. 19 (enero de 2018).

Cruz Márquez, B.: "Configuración legal y desarrollo normativo de la práctica penitenciaria frente a la delincuencia de género", en Juanatey Dorado, C. y Sánchez Moraleda, N. (Dir.): *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, 2019.

aceleración en la descomposición del propio Estado-nación. La pérdida del modelo no se produciría entonces tan solo por factores externos de la nueva época (movimientos migratorios masivos, interdependencia de la economía al margen del Estado, auge de contrapoderes localistas...), sino por factores de descomposición interna, por la propia lógica desmedida de la intervención punitiva, por el abandono de los signos de identidad del propio modelo de Estado social y democrático de Derecho." Morales Prats, F.: *La utopía...*, *cit.*, pág. 38.

- Dabove, M.I. y Arrubia, E.: “¿Demasiado vieja para el sexo?”, en Derecho y Ciencias Sociales; núm. 19, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/70779>
- Facio, A.: *Cuando el género suena, cambios trae: (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, Ilanud, 1992.
- Gimbernat Ordeig, E.: “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2005-30073300806](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2005-30073300806)
- Laurenzo Copello, P.: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015).
- Lloria García, P.: “La expansión del Derecho penal en su aplicación judicial: la violencia de género como ejemplo paradigmático”, en García Rivas, N. y Riquert, M.A.(Directores): *Garantías penales en Argentina, España y sus sistemas de inserción regional*, Ediar, Buenos Aires, 2011.
- Lloria García, P.: “La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico”, en *RGDP*, núm. 31, 2019.
- Lloria García, P.: “La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”, en Lloria García, P. (Dir.) y Cruz Ángeles, J.: (Coord.): *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, Derecho y TIC*, Aranzadi, 2019.
- Maqueda Abreu, M.L.: *Razones y sin razones para una criminología feminista*, Dikynson, 2014.
- Orejón Sánchez de las Heras, N.: “Derecho penal y cultura de la violación con ocasión del caso de ‘La Manada’”, en Lloria García, P. (Dir.) y Cruz Ángeles, J. (Coord.): *La violencia sobre la mujer en el S. XXI: Género, Derecho y TIC*, Aranzadi, 2019.
- Orejón Sánchez de las Heras, N.: *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, 2019.
- Pérez Rivas, N.: *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, 2017.
- Poyatos, G.: “Prólogo”, en Gisbert S.: *Balanza de género*, Lo que no existe, 2018.

Ramírez Ortiz, J.L.: “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, en *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, Vol. 1, 2019, disponible en <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288/26046>

Ruiz Rico, J.J.: *El sexo de sus Señorías*, 4ª ed., mayo-2011, Madrid, Comares.

Silva Sánchez, J.M.: *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, 2011.

---

## Cyberstalking y nuevas realidades

**AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA\***

### I. CONCEPTO DE STALKING

El término *stalking*, acuñado por el derecho anglosajón, se puede traducir como una conducta intencionada y maliciosa de persecución obsesiva (*obsessional following*), acecho o acoso respecto de una persona a la que se convierte en objetivo. Constituye, por tanto, un patrón de conducta, una suerte de estrategia de hostigamiento anormal de larga duración y dirigida específicamente a una persona (Meloy y Gothard, 1995, p. 259).

Por ello, debe consistir en más de un acto manifiesto de persecución no querido por la víctima y percibido como intimidatorio. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: cercar, vigilar, perseguir, merodear, aproximarse, comunicar, telefonar de forma reiterada, enviar cartas o mails, encargar objetos o servicios a nombre de la víctima, efectuar pintadas en su vivienda o en algunas de sus propiedades, allanar su vivienda, realizar falsas acusaciones o formular amenazas, acometer o asaltar a la víctima o retenerla, entre otras.

Como se puede observar, las conductas son variopintas, es decir, de muy diversa gravedad, ya que algunas son constitutivas de delito, otras irrelevantes y otras, incluso, son aceptadas socialmente. Además, no se puede ignorar las nuevas formas de *stalking* a que ha dado lugar la llegada de Internet, como el envío de correos electrónicos constantes y repetitivos, mensajes en redes sociales (*Facebook* o *Twitter*) de carácter amenazante,

\* Catedrática de Derecho Penal de la Universidad CEU de San Pablo.

entradas en páginas *web* personales o profesionales para difamar o atentar contra la dignidad de su titular o interceptación del correo electrónico, etc. Las conductas muchas veces quedarán amparadas por el anonimato o la suplantación de personalidad que permite la Red, impidiendo la identificación del autor. A su vez, el hospedaje tendrá lugar incluso sin que la víctima haya visto nunca a su acosador ni pueda imaginar siquiera quién es.

Los autores no son unánimes a la hora de determinar los caracteres necesarios a los fines de incriminar estas conductas. Algunos consideran que lo definitivo es el número de ataques sufrido por la víctima (diez veces en cuatro semanas o dos veces a la semana durante seis meses) y no la gravedad de la conducta en sí (Pathe, 1997, p.12). Frente a estas opiniones, otros consideran la necesidad de consensuar qué conductas son relevantes, a efectos de su tipificación como delito, (Kamphuis y Emmelkamp, 2000, p. 207).

La regulación del *stalking* surgió en los Estados Unidos de América, donde su definición exigía una conducta dirigida de forma repetitiva contra un individuo concreto, que le resulte intrusiva o no deseada y le cause miedo o preocupación. Tal definición recuerda a la metodología basada en la constatación de una serie de criterios que emplea el DSM IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Disorders* de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, cuarta edición) (Westrup, 1998, p. 279).

En resumen, se consideran elementos del *stalking*: una serie de actos concatenados que constituyan un patrón de conducta, sin anuencia de la víctima, que le produzcan sentimientos de temor, malestar, desasosiego, vergüenza, inquietud y/o peligro, etc. y le impidan llevar una vida normal y/o derive en cuadros clínicos de ansiedad u otro daño psicológico. Es precisamente la idea de persecución sin tregua ni descanso la que interesa al derecho penal. Por su parte, algunos sistemas de derecho comparado tipifican la conducta como un supuesto de violencia doméstica si se produce en ese ámbito particular. Sin embargo, deviene insuficiente ya que el universo de modos de acoso es variado y diverso, por lo que muchos quedarían excluidos por suceder fuera de esa esfera.

El perfil criminológico del acosador no suele responder a las características clínicas comunes, por lo que resulta difícil confeccionar un cuadro psicológico acerca de su personalidad. En ocasiones, se cree que la víctima desea estar con él; en otras que es presa de una obsesión amorosa y

quiere estar con su víctima por encima de todo. Es frecuente que el acosador persiga a una persona con la que ha tenido una relación previa, negándose a reconocer que la misma ha terminado. El listado de motivaciones que dicen tener los acosadores para justificar sus conductas es inagotable. Precisamente, esas “justificaciones” producen que la víctima minimice sus comportamientos, crea que es pasajero o se sienta culpable, impotente o ansiosa.

## II. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL *STALKING* EN EL DERECHO COMPARADO

### *II.i. El stalking en los países anglosajones*

#### II.i.i. Estados Unidos de América

La incriminación del *stalking* proviene de los Estados Unidos de América y tiene lugar en los años noventa. Si bien algunos estados tenían leyes que regulaban el *harassment* o *assault*, resultaban poco idóneas para proteger a las víctimas de acoso. Posteriormente, diversos sucesos atrajeron la atención de los medios de comunicación por afectar a personajes muy conocidos, como el asesinato del cantante John Lennon a principios de los años ochenta o el de la actriz Rebecca Schaeffer, a finales de esa década. A su vez, el asesinato de cuatro mujeres a manos de sus exmaridos en Orange County o las persecuciones y acosos a otras actrices como Jodie Foster, Theresa Saldana o la cantante Madonna causaron una gran conmoción en la sociedad americana.

En consecuencia, el Estado de California aprobó la primera ley *antistalking* de los Estados Unidos en 1990. Esta decisión fue seguida por más de treinta Estados norteamericanos, quienes ese mismo año aprobaron leyes similares. En 1993, los diecinueve restantes lo hicieron también, así que en la actualidad todos los Estados que integran la Confederación, más el Distrito de Columbia, tienen su correspondiente tipo penal.

Como las respectivas leyes contemplaban de forma diferente el acoso y incluso denominaban de forma diversa –*stalking*, *criminal harassment*, *criminal menace*–, en 1992, el Congreso de los Estados Unidos comisionó al *National Institute of Justice* para elaborar un *Model Stalking Code* que

sirviera de patrón para los diferentes Estados (De La Cuesta Arzamendi y Mayordomo, 2011, p.27). Recientemente, se introdujo una modificación para adaptarse a las nuevas formas de comisión de este delito, particularmente aquellas que constituyen supuestos de ciberacoso. En 1996, el delito de *stalking* se convirtió en delito federal y se incluyó en el *United States Code (Interstate Stalking Punishment and prevention Act)*.

#### II.i.ii. Canadá

En Canadá, el *harassment* constituye delito desde el año 1993. Con posterioridad (1997), se publicó *A Handbook for Police and Crown Prosecutor in Criminal Harassment*, una guía que incorpora múltiples supuestos, conclusiones y recomendaciones.

#### II.i.iii. Reino Unido

*The Stalking Law* entró en vigor en 1997 para Inglaterra y Gales e introdujo dos delitos: el de acoso propiamente dicho y otro que se configura cuando una persona hace temer a otra que le va a causar algún tipo de violencia, al menos en dos ocasiones. Como vemos, la ley combina el criterio del temor con el de la frecuencia de los actos. Además, en el *Common Law* se puede perseguir a los acosadores si le ha causado daños psíquicos a la víctima, aunque no la haya agredido de forma física.

En Escocia, la *Protection from Harassment Act* considera el acoso como una infracción civil, que permite a la víctima solicitar una especie de orden de alejamiento. Su quebrantamiento supone un ilícito penal.

De este modo, el *stalking*, antes de convertirse en delito federal en los Estados Unidos de América, ya se había extendido a Canadá y a Australia y, después de ello, a Reino Unido y Nueva Zelanda.

### II.ii. El *stalking* en los países de Europa Continental

Si bien el *stalking* procede de los países de tradición jurídica basada en el Common Law, lo cierto es que su influencia se ha dejado sentir en varios países de la Europa continental como Irlanda, Alemania, Austria, Holanda, Dinamarca, Bélgica o Italia.

### II.ii.i. Alemania

El acoso se regula en el Código penal, parágrafo 238, donde contempla diversas conductas: buscar la proximidad de una persona, intentar establecer contacto con ella, encargar mercancías o servicios a nombre de otra persona mediante la utilización abusiva de sus datos, amenazar con dañar la vida, la integridad, la salud o libertad de una persona o sus allegados, o cualquier otra análoga. Como se aprecia, se trata de conductas que carecen de denominador común y que, en algunos casos, incluso, son socialmente aceptadas, pero se realizan sin la voluntad de su víctima. De todos modos, debe producir una grave perturbación en la vida de la víctima, por lo que se trata de un delito de resultado.

### II.ii.ii. Austria

El Código Penal austríaco regula el acoso en el parágrafo 107 y, a diferencia del Derecho alemán, lo considera un delito de mera actividad, por lo que basta con la expresa oposición de la víctima a las conductas reguladas. Queda abarcado el supuesto de buscar la proximidad de una persona, establecer contacto con ella, usar sus datos para encargar mercancías o servicios o para hacer que un tercero entre en contacto. Como se observa, son conductas prácticamente idénticas a las del código alemán.

### II.ii.iii. Italia

Tras los estudios llevados a cabo por el *Osservatorio Nazionale Stalking*, creado en 2002, y por el *Centro Nazionale Stalking* (2006), se ha incorporado un delito específico de acoso *atti persecutori*, regulado en que el artículo 612 bis del Código Penal italiano. Su conducta típica consiste en amenazar o molestar a otro de modo que pueda producirle un estado permanente y grave de ansiedad o miedo o que le haga modificar sus patrones de conducta, por lo que se estructura como una conducta que exige reiteración (Villacampa Estiarte, 2009, p.20).

## II.ii.iv. España

El Código Penal español introdujo el *stalking* en la reforma operada por LO 1/2015, regulado en el artículo 172 ter. Su inclusión sigue con la línea iniciada en la reforma de 2010, que incorporó diversas modalidades de acoso como el *mobbing*, *bullying*, *blockbusting* o *child grooming*. Muchos de los problemas que surgieron con la inclusión de estas conductas en el Código Penal se reiteran en la redacción del artículo, el cual es manifiestamente mejorable. Su incorporación en el Código Penal, consecuencia de la voluntad legislativa, debería haberse acompañado de estudios empíricos sobre la materia, que habrían facilitado, sin lugar a dudas, claves para mejorar la redacción actual del delito.

### III. MANIFESTACIONES DE LA CONDUCTA DE ACOSO. SU DELIMITACIÓN DE OTROS DELITOS REGULADOS EN NUESTRO DERECHO

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos los legisladores optaron por ubicar el *stalking* entre los delitos contra la libertad de obrar. Así sucede en Holanda, Austria, Alemania o Italia. La libertad de obrar se entiende de forma amplia y abarca todas las fases del proceso volitivo: libertad de formación, decisión y ejecución de la voluntad, o bien libertad de obrar propiamente dicha (Villacampa Estiarte, 2010, p.41).

Aún cuando el *stalking* supone un atentado contra la libertad de obrar, se observa que los actuales tipos de coacciones y amenazas no resultan suficientes para incluir estas conductas de acoso predatorio entre las manifestaciones de su conducta típica, tal como se establece en la Exposición de Motivos del Proyecto.

Por su parte, el delito de amenazas supone un atentado contra la libertad de formación de la voluntad, por lo que resultaría adecuado para subsumir algunos de los supuestos de *stalking*. No se puede olvidar que, en muchos casos, el acoso obliga a la víctima a cambiar sus pautas de comportamiento y condiciona, por ende, su voluntad. Pero hay otros supuestos que no podrían reconducirse, ya que el delito de amenazas exige una manifestación verbal, el anuncio de un mal serio y real que depende de la voluntad del sujeto pasivo o víctima. Lo cierto es que en múltiples

supuestos el acoso no se produce de esa manera, pues lo que busca el *stalker* es entablar una relación con la víctima o continuar la que ya cesó. Su conducta podrá resultar de claro hostigamiento, persecutoria o intimidatoria, pero no amenazante.

Otros son los problemas que plantea su inclusión en el delito de coacciones –práctica frecuente de la jurisprudencia– ya que, por un lado, fuerza el sentido de la ley para interpretar el término “violencia” que exige su estructura típica, no solo como sinónimo de fuerza física (*vis física*), sino también como intimidación (*vis psíquica*) o incluso como fuerza en las cosas, lo cual lesiona el principio de legalidad. Por otro lado, ignora que las coacciones suponen un atentado a la libertad de obrar propiamente dicha y que las conductas de *stalking* pueden ir mucho más allá y consistir en un ataque a la libertad de formación o decisión de la propia voluntad. Por tanto, aún cuando se intentara utilizar el delito de coacciones como una cláusula de recogida, muchos supuestos de *stalking* serían excluidos.

También, podría plantearse la inclusión del *stalking* dentro de los delitos de trato degradante o contra la integridad moral, por tratarse de una modalidad de acoso y por su similitud con otras formas, como el *mobbing* o *bullying*. Para ello, antes se debe distinguir entre el acoso moral y el acoso psicológico. El primero, busca humillar o envilecer a la víctima, mientras que el segundo apunta a producir preocupación, temor, inseguridad o desasosiego, entre otros. Es con el acoso psicológico donde parecen identificarse muchas de las conductas del *stalker*. Pero si se observan algunas de las conductas típicas de este delito, se advierte que su inclusión dentro del *mobbing* resulta problemática, al conducirlo al acoso entre compañeros de trabajo o personas que mantengan algún tipo de relación laboral.

El delito de maltrato doméstico habitual, ubicado dentro de esos delitos, consiste en tratar a una persona de forma degradante, lesionando su integridad moral. Ésta es entendida como el derecho a actuar conforme a la propia voluntad, ideas, pensamiento o sentimientos (Alonso De Escamilla, 2013, p. 164). Muchas de las conductas que llevan a cabo los *stalkers* podrían producir en la víctima ese menoscabo. Sin embargo, aquellas que produzcan sentimientos de temor, intranquilidad o ansiedad propios del *stalking* quedarían fuera del tipo penal. Por no hablar de la necesaria relación de parentesco o análoga de afectividad que exige el código en este tipo penal y que tampoco tiene por qué existir en los supuestos de *stalking*.

El delito de acoso sexual tampoco puede dar respuesta los supuestos de *stalking*, al estar configurado como delito especial y exigir una relación laboral, docente o de prestación de servicios entre el autor y la víctima y consistir en solicitar favores de naturaleza sexual. Menos aun, contemplar el *childgrooming* como forma de *cyberstalking*, ya que limita el delito a sujetos menores de dieciséis años.

Por lo tanto, aunque algunos de sus supuestos puedan subsumirse en delitos que ya recoge nuestra legislación, parece que en nuestro derecho penal no hay un precepto que recoja todo el desvalor de esta conducta que analizamos. Esto lleva a plantear si debería haberse incluido en el Código Penal el nuevo delito y, en caso afirmativo, con qué contenido.

#### IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL ART. 172 “TER” DEL CÓDIGO PENAL

La Exposición de Motivos del Proyecto por el que se modifica la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal, del 23 de noviembre, dedicó su apartado XXX a justificar la inclusión del delito de acoso, sobre la base de las siguientes consideraciones

También, dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podrían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas u otros actos continuos de hostigamiento.

La redacción del tipo penal de *stalking*, que se incorporó al Código Penal en el art. 172 *ter*, es la siguiente:

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada y sin estar legitimamente autorizado, alguna de las

conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1°. La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2°. Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas.

3°. Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4°. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En la mayor parte de los ordenamientos europeos en los que se ha tipificado el *stalking*, ha sido ubicado entre los delitos contra la libertad de obrar, entendida de forma amplia como libertad de formación, decisión y ejecución de voluntad. El Código Penal incluye el acoso predatorio en el Capítulo III (que regula las coacciones) del Título VI, donde tipifica los delitos contra la libertad.

Hasta la presente iniciativa legislativa, en nuestro derecho se apreciaba una laguna en lo relativo a la tipificación de los comportamientos genéricos de acoso, muy a pesar de la insuficiencia para su adecuado tratamiento dentro de otros preceptos del ordenamiento jurídico penal, como se expuso anteriormente.

Sobre el análisis de su contenido, cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, su estructura típica es de delito común, es decir, lo puede cometer cualquier persona, ya que el texto utiliza la fórmula “el que” para referirse al sujeto activo y el término “persona” para definir al sujeto pasivo. Además, es de resultado debido a que exige una grave alteración en el desarrollo de la vida cotidiana, mediante la realización de las conductas que el tipo recoge, a semejanza del Código Penal alemán. Recientemente, el Pleno de la sala en lo penal ha declarado en la STS 324/2017, de 8 de mayo, que no resulta suficiente para la aplicación del delito de *stalking* la mera reiteración de actos de hostigamiento, sino que estos han de tener una vocación de cierta permanencia y debe probarse la concreta repercusión en los hábitos de la víctima y en el desarrollo de su vida cotidiana.

Por lo que se refiere a la descripción de la conducta típica, nuestro derecho opta por seguir el modelo europeo de incriminación y evita referir un número mínimo de ocasiones en que se han llevado a cabo estas conductas (como hace el anglosajón). Adopta una fórmula que abarca las modalidades de conducta, es decir, la alusión a una serie de comportamientos variados, aun a sabiendas de que un listado cerrado de los mismos resulta difícil.

El texto del Anteproyecto, modificado en el Proyecto, fue informado de forma positiva por la Fiscalía General del Estado, la cual utilizó argumentos semejantes a los de la Exposición de Motivos. Sin embargo, realizó una serie de precisiones.

Por un lado, propuso suprimir el requisito “sin estar legítimamente autorizado”, pues el acoso nunca podría estar respaldado por el ordenamiento jurídico. Al respecto, cabe decir que tal previsión se recoge de igual modo en el delito de coacciones (art. 172, *CP*), debiendo tenerse en cuenta la interpretación que doctrina y jurisprudencia han venido dando a su significado. Por otro lado, tanto el Código Penal alemán (§ 238) como el austríaco (§ 107a), recogen dicho requisito.

En segundo lugar, el informe de la Fiscalía censuró el uso del verbo “acechar”, proponiendo en su lugar referirse a quien “vigile, persiga o busque su cercanía física”, objeción que tuvo en cuenta la última redacción dada por el anteproyecto y ahora mantiene también el texto del proyecto.

De igual forma, el Consejo General del Poder Judicial informó positivamente su inclusión en el texto del Anteproyecto, aludiendo, además, a su

larga trayectoria en los países anglosajones y en los europeos que lo regulan e insistió en el contenido de su Exposición de Motivos.

Por último, el Consejo de Estado también se pronunció, y sugirió la necesidad de dar una nueva redacción a la expresión “sin estar legítimamente autorizado”. En su opinión, parece dar a entender que existe algún acoso legítimo, cuando lo único que podría resultar legitimado, en su caso, sería alguna conducta concreta (por ejemplo, la llevada a cabo por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el caso de actos de vigilancia o persecución para investigar la comisión de hechos delictivos). Además, el informe plantea cuál será la interpretación de la expresión “conducta análoga”, ya que la considera ambigua y contraria al art. 25 de nuestra Constitución Nacional. El texto que recogió el Proyecto de 2013 no consideró la mayoría de estas objeciones por lo que tampoco se han tenido en cuenta en el texto definitivo.

### *Algunas cuestiones problemáticas*

La redacción del art. 172 *ter* del Código penal que regula el *stalking* presenta una serie de cuestiones problemáticas que se comentarán a continuación.

En primer lugar, el acoso predatorio, persecución o acecho obsesivo se tipifica mediante la utilización de medios específicos (pero no con una cláusula de *numerus clausus*). El texto de la ley suprimió – con buena fortuna – la cláusula abierta que permitía la realización de cualquier otra conducta análoga a las anteriores (art. 173 *ter*, 1, 5º). Lo cierto es que resultaba poco acorde con el principio de seguridad jurídica, tal como adelantó el informe del Consejo de Estado y cierta doctrina especializada (Muñoz Conde, 2011).

Algunos autores han propuesto la supresión de la expresión “sin estar legítimamente autorizado” y su sustitución por la de “de modo ilegítimo”, para excluir del tipo las persecuciones que se lleven a cabo en el seno de una investigación criminal o en el caso de las realizadas para hacer efectivo el derecho a la libertad de información (Villacampa Estiarte, 2013, p. 603). En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado, en su informe al texto del Anteproyecto.

El tipo, siguiendo al Código Penal alemán, exige un resultado que ha de ser “la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana”, pero nada dice acerca de qué se entiende por dicha expresión. Tampoco va a poder

arrojar luz el Tribunal supremo en su labor de intérprete de doctrina penal pues, por la pena que tiene asignada en su última redacción (prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días) no podrá llegar, vía recurso, a esa instancia jurisdiccional.

Se consideran conductas típicas alternativas las de vigilar, perseguir o buscar, cuando no responden a realidades ni siquiera similares (art. 172 *ter*, 1, 1º). La vigilancia y la persecución son las formas más comunes de acoso y se pueden llevar a cabo en cualquier ambiente e infligir temor y angustia a la víctima, incluso sin comunicación directa. Sin embargo, el término “búsqueda” alude a un estadio previo a la realización de conductas de acoso propiamente dicho, lo que llevaría a cuestionar su idoneidad como conducta típica alternativa.

También, el texto de la ley recoge como conductas típicas alternativas el establecer o intentar establecer contacto con la víctima (art. 172 *ter*, 1, 2º). En consecuencia, se castiga de la misma manera la tentativa de delito y la consumación del mismo, lo que contradice las reglas generales acerca de la punición de las formas imperfectas de ejecución.

El ap. 4º del nº 1 del precepto recoge como modalidad de acoso el atentado contra la libertad o patrimonio de la víctima o de otra persona próxima a ella. Al respecto, cabe plantear si solo será delito el atentado propiamente dicho, sin ser suficiente, en consecuencia, con la amenaza. Igualmente, impone preguntarse si no deberían incluirse entonces y con más motivo los atentados a la vida y la integridad.

El texto de la ley añade una agravación genérica de la pena para los supuestos en los que el delito se cometa contra una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y le establece una pena de seis meses a dos años. Esta cláusula, que en el texto del Anteproyecto se incluía en el nº 2 del precepto, debería haberse conservado en aquel lugar en el que ahora se incluyen como ofendidos las personas referidas en el art. 173.2 del *CP*, pues no se justifica su último cambio de ubicación.

Además de las presentes observaciones, se destaca que la lucha contra el *stalking* debería acometerse no solo desde el derecho penal, sino también desde otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como el civil. De este modo, permitiría una mejor protección de las víctimas de acoso, como

ya ocurre en otros países. Al respecto, deben destacarse las “órdenes de protección”, que fueron ampliamente desarrolladas por la legislación estatal de los Estados Unidos de América, donde se conocen como *civil protection orders or temporary restraining orders* y que se encuentran recogidas en las legislaciones de los cincuenta Estados y del Distrito de Columbia. Lo curioso de ellas es que se pueden acordar por el juez civil cuando encuentra conductas susceptibles de ser calificadas como maltrato familiar o acoso. Para ello, no es necesario previo procedimiento civil o penal, sino que se adoptan de forma independiente y a través de un procedimiento autónomo que permite aplicar medidas de prohibición de acercamiento o de contacto con la víctima y/o los miembros de su familia, prohibición de acercamiento a la vivienda de la víctima, suspensión de la patria potestad o incluso medidas de carácter económico, entre otras (De La Cuesta Arzamendi y Mayordomo, ob. cit, pág. 47).

El delito de acoso predatorio incorpora un supuesto cualificado, que permite agravar la pena de prisión (de uno a dos años) y añade como pena alternativa la realización trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del CP. Cabe plantearse si no sería, también, conveniente incluir dentro del apartado el que los hechos se realicen en presencia de menores. Ello acaba de hacer el Estado de California, a propuesta de un colectivo de actores que ven cómo sus hijos sufren las consecuencias del acoso al que se somete a sus progenitores, cuando no son ellos mismos víctimas, que les impide llevar una vida normal (Galaz, 2012). Tal previsión específica se podría añadir a la que incorpora la ley relativa a las personas recogidas en el art. 173.2 del CP. Con ello, además, se cumpliría la obligación para con los Estados Parte, como el nuestro, que supone la firma del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

La disposición del nº 4 establece que los hechos recogidos en el precepto solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, debiendo completarse dicha cláusula con la referencia expresa al perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal, al igual que en otros preceptos del Código Penal, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos de delitos contra menores o incapaces.

Con fortuna, el texto de la ley ha suprimido el nº 5 del artículo 172 *ter* que otorgaba al juez la potestad de imponer una medida de libertad vigilada, además de la correspondiente pena privativa de libertad. Como se sabe, la libertad vigilada se incorporó al Código Penal en la reforma de 2010 y ha dado lugar a una enorme contestación por parte de la doctrina científica (Nuñez Fernández, 2011, p. 921). Consiste en una medida de seguridad que el tribunal impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para su ejecución posterior a la excarcelación, que se hace efectiva en función de un pronóstico de peligrosidad acerca del sujeto, que deriva del específico perfil de personalidad del mismo o del hecho cometido. Su contenido se concreta en una serie de obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta que se pueden aplicar de forma separada o conjunta y se modifican atendiendo a la evolución del sujeto.

Por su parte, la duración de la libertad vigilada puede llegar hasta diez años, aunque el Proyecto en su nuevo art. 104 *ter* establece una duración máxima de cinco años, plazo que “podrá ser prorrogado por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos”, cuando haya incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas o indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión de nuevos delitos. Esta previsión la convierte, según los casos, en una medida de seguridad de duración ilimitada, algo insólito en nuestro ordenamiento jurídico penal y que sin duda se someterá a juicio de constitucionalidad. Hasta el momento, la libertad vigilada se aplicaba a los autores de delitos contra la libertad e indemnidad sexual y a los de terrorismo, supuestamente sobre la base de dos argumentos: su consideración como infracciones gravísimas del ordenamiento jurídico penal y el alarmante aumento de casos en los últimos tiempos. Desde ahora, se aplicará, si el juez así lo decide, a los autores de *stalking*. Tal decisión legislativa que se incorporaba al texto del proyecto no parecía tener justificación alguna en un delito que se iba a introducir por primera vez en el Código Penal y que de ninguna manera se asemeja a los delitos sexuales o de terrorismo, ni por la gravedad de la conducta ni por el alarmante aumento de casos, pues tal realidad sería imposible de constatar empíricamente de momento (Alonso de Escamilla y Nuñez Fernández, 2010, p. 72). Tampoco se sabe aún si el perfil criminológico del autor de acoso predatorio será más resistente al efecto rehabilitador de la pena o si demostrará un alto grado de reincidencia. Ambos argumentos se

daban, para la aplicación de esta medida, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/10, del 22 de junio, que introdujo la libertad vigilada en el Código Penal.

De todo lo expuesto, se deduce que la redacción del art. 172 *ter* del Código penal adolece de serios defectos técnicos que deberían corregirse. Y ello porque la inclusión de un nuevo delito en el ordenamiento jurídico penal debería responder a estudios empíricos que justifiquen tal decisión que, además, debería llevarse a cabo con la suficiente reflexión y el rigor necesario como para lograr, una vez que forme parte del ordenamiento penal, cierta permanencia. La constante reforma y modificación del Código Penal le resta eficacia y credibilidad frente a la sociedad, que es a quien va destinado.

## V. CYBERSTALKING Y NUEVAS REALIDADES

Como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías, de su avance y generalización y del enorme crecimiento de Internet durante la última década, se plantea la necesidad de regular los sistemas de transmisión y flujo de toda la información que circula por la red. Ésta ha crecido tanto que el acoso cibernético se transforma en un problema global muy difícil de controlar. Así, el *cyberstalking* se considera una conducta de acoso u hostigamiento repetitivo que se lleva a cabo en contra de la voluntad de la víctima, utilizando alguna de las herramientas que proporciona Internet, como son *e-mail*, *chat*, mensajes de texto, *WhatsApp*, redes sociales como *Facebook* o *Twitter*, *webpages* o cualquier otro medio de *cyberstalking*.

La nueva forma de *stalking* tiene características especiales que determina el medio en que se lleva a cabo y que serán analizadas a continuación

En primer lugar, el anonimato que proporciona la Red sirve como pretexto para que el lenguaje del acoso cibernético sea mucho más directo o violento que el que se usa en la vida real.

En segundo lugar, la situación de poder en la que se encuentra el acosador gracias a ese anonimato. La puede utilizar tanto respecto de personas que ya conoce, como de aquellas a las que conoce a través de *chats* o foros de la más variada naturaleza.

En tercer lugar, la importante información de la víctima que puede recibir el acosador a través de sus perfiles, que puede referirse a su vida personal o privada y que resulta fundamental para el *stalker*.

A su vez, la circunstancia de que la propia Red proporciona los diferentes medios que utiliza el *stalker*. Sirva como ejemplo el envío de mensajes *on line* de contenido variado (insultante, amenazante, etc.) y de cadencia variable, sistemática o masiva (*mail bombing*). Puede ser de carácter anónimo, a través de *email* gratuito, por ejemplo, o manipulados para parecer enviados por la propia víctima, lo que puede colocarla en muy difícil situación.

Por último, la posibilidad de manipular fotografías o imágenes de la víctima que se encuentren en Internet, es decir, que fueron facilitadas por ella misma en alguna de sus redes sociales o *chats*. Otra posibilidad puede ser colgar contenidos ofensivos dedicados a la víctima o utilizar servicios de mensajes (sms) desde la red, pues no pueden identificarse fácilmente.

Todas estas circunstancias, y otras más que podríamos imaginar, colocan al acosador en una posición de fuerza proporcional a la indefensión en la que se encuentra la víctima del ciberacoso.

Para paliar la indefensión, se puede adoptar alguna medida de protección, como elegir una cuenta de *email* lo mas aséptica posible, en la que no se pueda distinguir el sexo de la persona (ya que las mujeres conforman el grupo más numeroso de víctimas de *cyberstalking*), restringir al máximo el perfil de los *chats* en los que se participa, eliminar la información personal y privada o configurar el programa de correo electrónico para que no incluya en la cabecera datos personales, como el nombre o la dirección. También, es importante guardar todas las pruebas del hecho y evitar entablar relación con el acosador, para que no se considere que fue consentido.

En consecuencia, la irrupción y el aumento progresivo de las nuevas tecnologías han modificado las formas en las que puede llevarse a cabo la conducta de acoso, que antes buscaba el contacto y ahora puede evitarlo de forma deliberada. Es decir, el contacto personal o visual entre el acosador y su víctima puede darse o no, pero habrá que plantearse que ya es prescindible la proximidad física entre el acosador y la víctima para satisfacer la definición de acoso. El contacto se produce, ahora, de otra manera, pero resulta igual de intimidante para la víctima, ya que cada vez que tenga que utilizar su teléfono o su ordenador para leer su correo electrónico o para utilizar sus redes sociales, lo hará con temor a encontrar un nuevo

mensaje, es decir, a sufrir un nuevo contacto no deseado con el acosador. Además, las nuevas formas de tecnología a distancia como los GPS, las *spycam* o los programas *spyware* permiten localizar a la víctima. Todo ello abre nuevos campos a la investigación en esta materia, que servirá de punto de partida a las posibles modificaciones a los fines de adecuar las legislaciones a las nuevas realidades de *stalking*.

En este sentido, muchos son los problemas que surgirán a la hora de legislar sobre estos novedosos supuestos, como el relacionado a los límites que han de imponerse a las leyes para que no resulten inconstitucionales como consecuencia de su excesiva generalidad, su vaguedad o imprecisión. El reto, por lo tanto, consiste en elaborar leyes que den respuesta a los supuestos de *stalking* que se lleven a cabo a través de las tecnologías existentes y las que aparecerán en el futuro.

## REFERENCIAS

- Alonso De Escamilla, A. (2013). *Torturas y otros delitos contra la integridad moral en Delitos y faltas* (2ª ed.). Colex.
- Alonso De Escamilla, A. y Núñez Fernández, J. (2010). *Fundamentos de Derecho penal*. Colección Praxis. Universitas.
- De La Cuesta Arzamendi, J. Y Mayordomo Rodrigo, V (2011). Acoso y Derecho Penal. *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, 25.
- Kamphuis, J. y Emmelkamp, P. (2000). Stalking-a contemporary challenger for forensic and clinical psychiatry. *British Journal of Psychiatry*, 176.
- Meloy, R. y Gothard, S. (1995). Demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders. *American Journal of Psychiatry*, 152 (2).
- Muñoz Conde, F. (2011). Diversas modalidades de acoso punible en el Código Penal. En Martínez Gonzalez, I. (dir.) *El acoso: tratamiento penal y procesal*. Tirant lo Blanch.
- Núñez Fernández, J.(2011). *Curso de Derecho penal. Parte General*. Dykinson.
- Pathe, M. Y Mullen, P. E. (1997). The impact of stalkers in their victims. *British Journal of Psychiatry*, 174.

- Villacampa Estiarte, C. (2009). La introducción del delito de «atti persecutori» en el Código penal italiano. La tipificación del stalking en Italia. *InDret* (3), 20. <https://indret.com/la-introduccion-del-delito-de-atti-persecutori-en-el-codigo-penal-italiano/>
- Villacampa Estiarte, C. (2010). La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro. *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV* (4), 33-57. <http://www.uv.es/reccrim>
- Villacampa Estiarte, C. (2012). Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter. En Álvarez García, Francisco (dir.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch reformas
- Westrup, D. (1998). Applying functional analysis to stalking. En Melody, R. (Ed) *The psychology of stalking: clinical and forensic perspectives*. New York Academic Press.

---

## Perspectivas de género en la enseñanza del derecho penal<sup>1</sup>

**JORGELINA CAMADRO\***

En la presentación del fascículo “Poder académico y educación legal”, el profesor Roberto Bergalli (2008) advierte:

Los conocimientos que se imparten en las facultades de Derecho son de naturaleza jurídica, es decir propios del mundo de una cultura específica que presenta rasgos muy particulares, adquiridos dentro de los límites dados por la enseñanza y la metodología aplicada. En tal tipo de enseñanza, en general, no tienen gran cabida aquellas disciplinas sociales desde las cuales es posible desarrollar enfoques con los que se pueda analizar intereses que tienen incidencia en los procesos de gestación de normas y preceptos jurídicos.

La extensión del poder académico al marco de la educación legal, no hace más que reproducir los vínculos entre el poder y el saber que investigó Michel Foucault tanto en su procedencia genealógica cuanto en sus contactos arqueológicos. Semejante reproducción, transportada a los terrenos de la cultura jurídica moderna, es aún más enfática pues el derecho, como particular forma de conocimiento, ilustra de manera ostensible hasta qué punto quienes disponen de una información experta sobre las normas, preceptos, decisiones jurídicas o jurisdiccionales, y sobre todo emplean el lenguaje propio de los juristas, disponen de un instrumental imprescindible para ejercer poder o transmitirlo. Así es

\* Profesora titular de *Derecho Penal Parte General* en la UNMdP.

1 El presente texto se corresponde a la exposición oral en el Panel “Perspectivas de género en los Programas de Estudio de Derecho Penal”, en el marco de las XIX Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (2019).

porque el ejercicio del poder genera saberes, mientras el saber se estructura y consolida como poder. A su vez, cuando se hace referencia al “poder académico” se está queriendo también destacar un poder que no queda circunscripto por el marco de la universidad, aunque sea esta la que le da origen, lo determina y muchas veces lo legitima.

Finaliza diciendo que “en reiteradas ocasiones «el poder académico» extralimita los márgenes de la Universidad y entra en contacto (cuando no se mezcla o confunde) con el poder económico, el político y con áreas más amplias de la cultura estrictamente jurídica” (p. 5 y ss).

A su vez, en el fascículo “Género y Dominación. Críticas Feministas del Derecho y el Poder”, nuestro maestro enfatiza que “...el feminismo o los feminismos se han ido configurando desde mediados del siglo XIX como movimientos sociales reivindicadores” (2009, p. 11). Resalta, del trabajo de Encarna Bodelón González, el concepto de que el feminismo ha sido responsable de hacer entender las estructuras jurídicas de las sociedades modernas y post, como una parte de nuestras relaciones sociales. También, destaca que el empuje del feminismo logró la incorporación de las mujeres a una elevada cantidad de dispositivos legales, nacionales e internacionales, por parte de un crecido número de países de la comunidad occidental europea, en particular. No obstante, los derechos y garantías reconocidos en esos instrumentos no han sido totalmente trasladados a niveles de cabal eficacia, más aún, el desarrollo de las interpretaciones sexuadas del derecho se replica aún con decisiones jurisdiccionales implantadas en los tradicionales valores masculinos.

En razón de lo expuesto, resulta loable la posibilidad que se nos brinda de formular, en este encuentro de profesores, sugerencias y/o propuestas para la introducción de perspectivas de género en los programas de estudio de derecho penal. Implica reconocer que la universidad es, al mismo tiempo, reflejo de la sociedad y generadora de cambios, como bien mencionó Rolando García<sup>2</sup> –ferviente defensor de una universidad comprome-

2 Rolando García fue co-organizador del CONICET, decano de la Facultad de Ciencias Exactas de la UBA bajo cuya gestión se comenzó a construir la Ciudad Universitaria y quien trajo la primera computadora académica, docente perseguido político durante los gobiernos militares –la primera vez con el golpe de Onganía en 1966.

tida con valores democráticos– quien intentó construir una universidad que fuera la conciencia crítica y política de la sociedad.

En esta línea de pensamiento, se plantean objetivos de nuestra cátedra de Derecho Penal Parte General, que serán analizados a continuación.

En primer lugar, se debe provocar reflexiones en los estudiantes en relación a los distintos momentos e instancias de aplicación del poder punitivo estatal, esto es, del *sistema penal*. Está configurado, en palabras de Bergalli (1996), por el conjunto de normas penales, procesales, policiales, jurisdiccionales y ejecutivo-penales (sistema penal estático); y por las instancias de aplicación de aquéllas: policía, jurisdicción y cárcel (sistema penal dinámico). Es objeto de conocimiento plurifacético, al que no se puede acceder mediante su única descripción normativa y del que muchas veces resulta difícil percibir los intereses sociales que impulsan su complejo funcionamiento, en el sentido que en ocasiones se distancia de la filosofía con la cual fueron previstas sus bases constitucionales y del cual no es posible hablar sin referir a un ámbito histórico y cultural concreto.

A partir de tal horizonte, se torna imprescindible enmarcar toda propuesta en torno a la temática de “género y derecho”, “feminismo y derecho”, que en nuestro programa se encuentra en la primera unidad del programa de estudio, en los puntos 1.1 y 1.2, denominados “Derecho penal y control social. Derecho Penal, control social y Género (...)” y “La dogmática penal. La Ciencia del derecho penal y su relación con la política criminal. La Criminología crítica o radical. Críticas al derecho penal. El abolicionismo. Derecho penal mínimo. Victimología. Discurso feminista y poder punitivo”.

La temática debe enmarcarse dentro de los infranqueables límites del derecho penal que rige en un Estado constitucional, social y democrático de derecho, ya que no existe una desvinculación entre el modelo de Estado y el derecho penal aplicable. En el caso argentino –de conformidad a la ley fundamental y pactos internacionales de derechos humanos (art. 1º, 18, 75 inc. 22 CN)– se corresponde al sistema que Luigi Ferrajoli (1995) denomina *garantista o de estricta legalidad*, que incluye axiomas o principios inderivables entre sí y, no obstante, encadenados de manera que cada uno de los términos implique a su vez al sucesivo. Tales principios responden a tres preguntas que expresan las garantías relativas a la *pena*, al *delito* y al *proceso*. A saber:

- A) *Cuándo y cómo castigar*: principio de retribución o de la sucesividad de la pena respecto del delito, principio de legalidad –en el sentido lato o estricto– y el principio de necesidad o de economía del derecho penal.
- B) *Cuándo y cómo prohibir*: principio de lesividad o de la ofensividad del acto, principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción y el principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal.
- C) *Cuándo y cómo juzgar*: principio de jurisdiccionalidad, principio acusatorio o de la separación entre el juez y la acusación, principio de la carga de la prueba o de la verificación y el principio del contradictorio, de la defensa o de refutación.

En tercer lugar, es necesario sacar a la luz la imposibilidad de desvincular el tema “género y derecho penal” de “feminismo y derecho”. Por ello, se le debe proporcionar al alumno lecturas y herramientas que le permitan efectuar una opción por la postura feminista que resulte más ajustada al modelo de Estado en el que insertamos nuestro estudio de dogmática y política criminal. A título de ejemplo, la lectura del trabajo de Frances Olsen en “El sexo del derecho” (2000), en la que la autora explica que desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestras ideas se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos. En este sistema, los dualismos están sexualizados, es decir, una mitad se considera masculina y la otra, femenina. Los términos no son iguales, sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el identificado como “masculino” es privilegiado como “superior”, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Finalmente, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos (p. 25-43).

De las estrategias expuestas en el texto, es conveniente hacerle analizar al alumno cuál es, a su entender, la más fructífera. Desde mi punto de vista, la que rechaza tanto la sexualización de los dualismos –que lucha para identificar a las mujeres con el lado favorecido *racional/irracional, activo/pasivo, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular*–, como la jerarquización que los hombres han establecido entre los dos lados de los dualismos y acepta la identificación de las mujeres con lo irracional, lo pasivo, etc. pero afirma el valor de esos rasgos.

En cuarto lugar, promover el pensamiento crítico, plantear qué ventajas y desventajas ofrece vincular *feminismo y derecho*<sup>3</sup>, no sin antes reiterar que hay muchos feminismos, incluso muy diferentes entre ellos, pero que todos tienen en común la referencia a un horizonte que conjuga reflexión y política o, mejor dicho, una reflexión que parte de la política y la retroalimenta (Pitch, 2009, p.117).

En lo personal, hago pública la opción que entiende el feminismo como un movimiento que comprende todas aquellas expresiones colectivas o individuales de las mujeres, con diferencias organizativas, ideológicas y políticas, que ha contribuido, por un lado, a reflexionar sobre las causas o factores determinantes de la situación de relegamiento social y, por otro, a procurar –por el costoso camino que implica toda lucha emancipatoria– un cambio a través de distintas estrategias, entre ellas, las de carácter legal, que le permita mejorar a la mujer sus condiciones en diferentes áreas sociales.

De este modo, siguiendo distintas propuestas de las autoras hasta aquí citadas, se pueden formular las siguientes preguntas. En principio, cuestionar si el movimiento feminista ha logrado, a través de la denuncia de las situaciones de violencia contra las mujeres y la creación de espacios específicos para abordar el problema, la profundización de la discusión teórica sobre el Estado y el derecho. Por otro lado, indagar si se han obtenido cambios legislativos reivindicativos de los derechos de las mujeres. A partir de allí, preguntar qué limitaciones reconoce, vgr. en particular porque el problema de la violencia sexista se encuentra en la estructura social que subordina a las mujeres. Finalmente, ¿el discurso femenino refuerza el discurso legitimante de la intervención del derecho penal como forma de control social? Si su respuesta es afirmativa, explique la razón. Por ejemplo, reivindica una mayor represión –leyes penales irracionales, ineficaces para sus propósitos, etc.– y violación de los derechos humanos, favoreciendo paralelamente la jerarquización social discriminante.

En otro orden de ideas, en lo que respecta al *género definido como una construcción social*, proponer la apertura del espacio para reflexionar cómo, a partir de la diferencia biológica del sexo (femenino/masculino) en

3 Se replica un ejercicio dado por la Profesora Diana Maffía en un Seminario sobre “*Genero y Derecho*” dictado en la Facultad de Derecho de la UNMDP en el año 2006.

una determinada cultura y sociedad, se atribuye a los dos géneros diferentes cualidades y roles y se establecen dicotomías artificiales propias de un modelo androcéntrico de la ciencia y el poder masculino. En función de ello, las mujeres pasan a ocupar el lugar de subordinación en las esferas de la producción, la reproducción y la política, ocasionando un círculo vicioso que perpetúa las condiciones y las consecuencias de las desigualdades (Baratta, 2000, p. 39 y ss.). A título ilustrativo, en el estudio de la unidad sobre tipicidad, desentrañar el rol de mujer y de madre cuidadora en la figura del adulterio (art. 118 del CP derogado por ley n°24.453 BO 7-3-95), el bien jurídico “honestidad” (derogado por ley n°25.087 BO 14-5-99) y reemplazado por el actual título “delitos contra la integridad sexual”, que comportaba un control de la sexualidad femenina al diferenciar mujer honesta de prostituta.

Del mismo modo, con las respectivas citas de fuentes al referirnos a feminismo y derecho, frente al interrogante qué ventajas y desventajas ofrece vincular *género* y *derecho*, pueden formularse las siguientes preguntas:

1. ¿Considera que a partir de la vinculación género y derecho penal pueden plantearse políticas públicas antidiscriminatorias y de reconocimiento de la dignidad humana?
2. ¿Cree que discurso feminista es susceptible de penetrar en todas las agencias, clases, corporaciones e instituciones, o bien de complementarse y compatibilizarse con todos los otros discursos de la lucha antidiscriminatoria? Fundamente la respuesta (vgr. pues la violencia contra la mujer es una manifestación de discriminación social, de una estructura social desigual y opresiva).
3. Reflexione si la lucha por la igualdad de los géneros, limitada a un reparto más igualitario de los recursos y de las posiciones entre ambos sexos, apunta o no a la “destrucción” de la conexión ideológica, que coloca a las personas de sexo femenino como miembros de un género subordinado al poder de los varones. Ello en la medida en que, en una sociedad o en una cultura determinadas poseer ciertas cualidades y el acceso a ciertas funciones son percibidas como naturalmente vinculadas a un sexo biológico (funcionamiento del sistema penal como reforzamiento de estereotipo).

Por ejemplo, la percepción masculina de la mujer víctima y de la mujer transgresora o bien la justicia penal como justicia masculina.

En quinto lugar, es fundamental proporcionar al alumno las herramientas que le permitan descubrir el funcionamiento del sistema penal y analizar y cuestionar las posibles contradicciones. En tal orden, resultan interesantes algunos de los tópicos expuestos en el trabajo “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, de la Dra. Encarna Bodelón González, profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona. A partir de los debates y cambios producidos por los movimientos feministas, extrae las siguientes conclusiones que cuestionan profundamente el sistema penal.

- I– La utilización del derecho penal implica en muchos aspectos la legitimación de los instrumentos represivos. Cuando los movimientos de mujeres comenzaron a pedir la criminalización de determinadas conductas, pretendían designar problemas que hasta aquel momento no eran ni tan solo percibidos como tales. Criminalizar una conducta como la violencia familiar o la violación implicaba un reconocimiento social amplio de su negatividad social. Asimismo, significaba abrir el derecho penal a las nuevas demandas sociales y condenar el tratamiento discriminatorio que, hasta entonces, habían recibido las mujeres en los códigos penales.  
Ahora bien, no se puede olvidar que los sistemas penales continúan utilizando la pena privativa de libertad como la sanción básica ni que las prisiones continúan acogiendo mayoritariamente población marginada, es decir, que continúan siendo utilizadas como contenedor social. Por ello, aunque se utilice el significado del derecho penal como un instrumento que señala determinadas vulneraciones de derechos que sufren las mujeres, entiende que es necesario denunciar los problemas que comporta y sus insuficiencias, impulsando otras estrategias sociales que reivindiquen los derechos de las mujeres.
- II– El desplazamiento de la perspectiva de las mujeres debido a la centralidad del análisis jurídico del problema. Las demandas sociales, políticas y culturales son simplificadas –desplazadas y olvidadas– con la utilización del discurso jurídico penal.

III– La pérdida de centralidad del binomio conflicto individual versus conflicto social. Las estructuras jurídicas del procedimiento penal se caracterizan por la individualización del infractor. Dentro del procedimiento penal, la violencia de género es reconducida a la conducta concreta del agresor contra la víctima. De esta manera, el conflicto social que se encuentra bajo el problema de agresiones contra la mujer se reduce a un problema de violencia interpersonal, cuando se trata de un problema mucho más complejo.

En sexto lugar, es necesario mantener la vigía para no caer en el uso simbólico del derecho penal, con demandas de mayor severidad. Como lo advierte la reconocida antropóloga jurídica italiana Tamar Pitch:

El recurso al potencial simbólico del derecho penal nunca es inocente y hay que ser conscientes de las consecuencias simbólicas y culturales, como prácticas que ello pueda generar. La legitimación que las mujeres y el feminismo pueden dar al derecho penal puede tener efectos perversos, tanto sobre la autoconciencia, el sentido de sí de las mujeres, como sobre el tipo de acción política a llevar a cabo y, por último y más en general, sobre un clima cultural ya muy afectado por la respuesta represiva que se da al sentido de inseguridad difusa (2009, p.123).

Son necesarias buenas leyes, sea desde el punto de vista de la tutela empírica que pueden ofrecer o desde su significado cultural y simbólico. Sin embargo, no son ellas ni las campañas para obtenerlas quienes pueden producir una subjetividad femenina libre sino, en definitiva, la implementación de los derechos sociales a partir de la autonomía individual, entendida como posibilidad de proyectarse, no en abstracto, sino a partir de una misma. Por ejemplo, el rol de la mujer en la elaboración de políticas alternativas a la pena privativa de libertad, como la suspensión de juicio a prueba.

Finalmente, se debe aprender a contextualizar e historizar los hechos criminales, deben ser investigados profundamente y comprometer a los poderes del Estado (judicial y ejecutivo) a cumplir, mediante una articulación de recursos, la obligación estatal de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género, tal como expuso

la profesora Diana Maffia en una de sus tantas entrevistas<sup>4</sup>, pues comparto la opinión de quienes afirman que si no hay respuesta del Estado o su discurso cae en el vacío, la violencia de género se transforma en violencia institucional.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Los objetivos en un programa de derecho penal que incluya una mirada de género, entre otros aspectos, deben advertir lo siguiente. En primer lugar, el derecho penal no resulta por sí solo un instrumento capaz de enfrentar y resolver los conflictos de violencia contra la mujer que originan su intervención, por lo que es necesario impulsar otras estrategias culturales, sociales y económicas en defensa de los derechos de las mujeres.

A su vez, debe reconocer que no resulta una solución la mayor represión a través de la promulgación de más leyes penales y/o el endurecimiento de las sanciones. Por el contrario, se debe procurar recurrir para los hechos menos graves a alternativas a las penas privativas de libertad, como suspensión del juicio a prueba, condena de prisión reemplazada por instrucciones judiciales, prohibición de residencia con reglas de conducta de carácter preventivo especial. A su vez, se debe garantizar una infraestructura adecuada para su estricto control judicial, con la participación de cuerpos interdisciplinarios con profesionales de la psiquiatría, psicología y asistentes sociales (art. 7). Sobre este punto, comparto la opinión que con medidas coactivas eficaces dictadas en el marco de un proceso penal, en el que se asegure a las víctimas el acceso a la justicia y se profundice la investigación, el Estado Argentino no incumple sus obligaciones.

A su vez, la inflación de tipos penales y sanciones punitivas más severas no resulta sinónimo de una mayor protección y seguridad para la víctima, a quien se la debe orientar y prestar ayuda en el plano social y humano.

Por último, la respuesta punitiva no puede justificar el desprecio de los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen los límites de todo reclamo de las víctimas mujeres.

Finalizo las propuestas expuestas en este Encuentro de Profesores de Derecho Penal, convocado bajo el título “Cambiando de paradigmas...”.

4 Ver sitio web: <http://dianamaffia.com.ar> sobre observatorio de género.

recordando las palabras del profesor Nils Christie quien, sin disimular su preocupación por la universidad del mundo globalizado, resaltaba que las buenas universidades “deben funcionar como bases de exploradores en tierra desconocida y prevenir cuando acechan los peligros” (2004, p. 177).

## REFERENCIAS

- Baratta, A. (2000). El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión de humana. En Birgin, H. *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*, p. 39-83. Buenos Aires, Biblos.
- Bergalli, R. (2008). *Poder Académico y Educación Legal*. Barcelona. Anthropos.
- Bergalli, R. (2009). *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona. Anthropos.
- Bergalli, R. (1996). *Control Social punitivo, Sistema Penal e Instancias de Aplicación*. VIII-IX. Bosch.
- Bodelón González, E. (2009). Feminismo y Derecho: Mujeres que van más allá de lo jurídico. En *Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema pena* p. 97-116. Barcelona. Anthropos.
- Christie, N. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires. Editorial del Puerto.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.
- Olsen F. (2000). El sexo del derecho. En Ruiz, A. *Identidad femenina y discurso jurídico* p. 25-43. Biblos.
- Picht, T. (2009). Género y dominación, Justicia penal y Libertad femenina. En *Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema pena* p. 117 y stes. Barcelona. Anthropos.

---

## Repensar la dogmática penal con perspectiva de género

El caso de las autoras-víctimas de trata de  
personas con fines de explotación sexual

**NATALIA ELOÍSA CASTRO\***

### PRESENTACIÓN

En las líneas que a continuación presento efectuaré un resumen de mi participación en el marco del XIX Encuentro de Profesores de Derecho Penal y las IX Jornadas Nacionales de Derecho Penal: “Cambiano paradigmas: Reforma Penal, Violencia de Género y Régimen Penal juvenil”, en homenaje al Profesor Dr. Esteban Righi, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, durante los días 26 y 27 de septiembre del año 2019.

En esa oportunidad destacué la importancia de promover, en el ámbito académico y en el interior de las universidades públicas, conocimientos y estudios críticos que generen herramientas con capacidad de interpelar los discursos y la aplicación normativa con perspectiva de género.

En la actualidad, la formación obligatoria en temas de género y violencia es una cuestión de agenda académica, fruto de la implementación de la Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que Integran los Tres Poderes del Estado, a partir de la sanción de La “Ley Micaela” nro. 27.499 (publicada en el BO el 10/1/2019) que tiene como objetivo “...

\* Profesora Adjunta Regular por concurso de Derecho Penal Parte Especial de la Facultad de Derecho de la UNMdP y Defensora Pública Oficial ante el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata.

capacitar y sensibilizar a quienes integran los diferentes estamentos del Estado a los fines de dar cumplimiento a un deber que asumió nuestro país al firmar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”.

De esta manera, los espacios de formación, además, concretan las obligaciones establecidas en las convenciones internacionales (art. 8 inc. e de la Convención de Belem do Pará, y arts. 5 inc. a y 10 inc. c de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) y en la legislación local (ley 26.485). Normas que, en muchas ocasiones, son desconocidas, aplicadas escasamente o mal interpretadas. Por esta razón, insisto en la importancia de profundizar mayor conocimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos que abordan de forma específica las problemáticas que involucran la situación de las mujeres y otras identidades sexo-genéricas, en la conceptualización y la implementación de los contenidos; ello con la finalidad de contar con herramientas que permitan analizar y comprender la existencia de prejuicios y estereotipos, además de estimular el desarrollo de las habilidades y prácticas para incorporar la perspectiva de género en la enseñanza universitaria y en las prácticas institucionales en general.

Así, quienes ejercemos la docencia somos “*c/aves*” en toda política educativa (Morgade, 2009a); ocupamos un lugar privilegiado para ayudar a difundir las necesarias acciones de protección basadas en el intercambio y diálogo cotidiano con estudiantes y el compromiso que se asume en su educación.

Como Docentes de la Facultad de Derecho, tenemos la responsabilidad de educar y formar a futuros operadores, a sujetos con autonomía moral y juicio crítico y, principalmente, teniendo en cuenta la importancia de la atención a las demandas particulares de las mujeres. Por ello la necesidad de una mirada transversal en la organización curricular, en casi todas las materias.

Claramente esto implica un desafío que intenta promover cambios “en los fines y sentidos de la educación dentro de un contexto que demanda imperiosamente respuestas eficaces e imaginativas para la formación de las nuevas generaciones” (Bonder, 2001: 16).

Por tanto, “Es imprescindible que el principio de equidad de género atravesase transversalmente todos los contenidos curriculares, conceptuales,

procedimentales y actitudinales, y lo haga desde un saber informado por el corpus de conocimiento que ya se ha acumulado en todas las disciplinas” (Bonder-Morgade, 1994), y ponerlo en práctica de manera efectiva, con todos los problemas advertidos por Graciela Morgade en su trabajo “Hacia una pedagogía para una educación sexuada con perspectiva de género: un enfoque superador de las tradiciones medicalizantes, moralizantes y sexistas en América Latina” (2009b).

Este desafío debe tener como objetivo, también, eliminar las distancias entre el aula y la vida e implica fomentar la crítica a la invisibilización de ciertos temas dentro del paradigma dominante de la enseñanza legal, incorporando la perspectiva de género e incluso generando habilidades para enfrentarse a las resistencias. Es decir, conlleva un replanteo de la manera en que estamos enseñando “el derecho”, considerando que durante mucho tiempo se ponderó una formación teórica y abstracta sin las contingencias que requiere el verdadero ejercicio frente a un conflicto de seres humanos “reales” con problemas “reales”.

Las universidades han sido uno de los espacios más activos para la producción de un discurso feminista y progresista; sin embargo, la incorporación en las Facultades de Derecho ha sido más lenta o más resistente (González, 2019).

No debe perderse de vista el potencial transformador que tienen las instituciones de educación superior hacia el conjunto de la sociedad. “El Derecho y el sistema judicial cumplen un rol fundamental de control y regulador social, lograr desentrañar mecanismos explícitos o no de construcción de estereotipos basados en el género en el sistema judicial, resultaría un aporte a nivel teórico/práctico para romper la cultura jurídica hegemónica” (González, ob. cit.: 289).

Y, por ello resalto la propuesta del título de este Encuentro: “Cambiar paradigmas”, porque, en definitiva, emprender este camino demanda un cambio cultural, y en el campo del derecho esto no se logra con solo enseñar la ley; se debe entrenar a los operadores jurídicos para que aprendan a estudiar y trabajar con perspectiva de género (González, ob. cit.: 287)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En fin, no solo comporta la provisión a los futuros operadores jurídicos y políticos (legisladores, asesores, funcionarios de diverso rango con responsabilidad política o institucional, jueces, fiscales, defensores públicos, asesores, o sus auxiliares, abogados, miembros de las policías o los servicios penitenciarios, etc.) de las herramientas discursivas

## 2. GÉNERO Y DERECHO PENAL

Ahora bien, para iniciar cualquier debate crítico, debemos partir de la premisa que el derecho fue diseñado e implementado atendiendo a las necesidades masculinas. Por ello, tanto las normas como las instituciones y las prácticas jurídicas tienden a invisibilizar las experiencias y los requerimientos específicos de las mujeres.

La posición desigual de la mujer en el derecho penal –tanto en su rol de autora de delitos como en su condición de víctima–, pasó a ser un tema analizado desde los años setenta a partir de una creciente literatura jurídica, sociológica y principalmente criminológica (Baratta, 2000: 39; Bodelón, 2003: 452; et al.).

Bergalli y Bodelón señalan que no se puede olvidar que el sistema penal ha ejercido ciertas funciones de control social en relación con las mujeres y que “...ha asimilado una percepción de género de la mujer como sujeto no digno de tutela en las mismas condiciones que el varón” (1993); convirtiéndose, por ello, en un instrumento de control social discriminatorio por definición. Sin embargo, advierte Bodelón, que el sistema penal construye relaciones de subordinación y lo hace discriminando o igualando, reforzando, en el caso de las mujeres, una determinada identidad del ser social mujer sumada a otras relegaciones (2003: 451).

Desde los años 80 la “teoría legal feminista” se ocupa de un conjunto de saberes que estudian la relación entre género y derecho, a partir de conocimientos aportados por otras disciplinas como la sociología, la antropología, la economía, etc. (Bodelón, ob. cit.: 465-466) para lograr comprender de qué forma se consolida y construye la subordinación sexual en la aplicación sexista del derecho penal.

El discurso del control social formal, por su parte, ha evolucionado desde aquella concepción positivista en que la transgresión femenina era percibida como consecuencia de una particular “naturaleza” psicobiológica

y prácticas que permitan una evaluación crítica, sino también el ofrecimiento de ciertos elementos básicos para el desarrollo de otras tareas de tipo teórico o empírico relacionadas con la docencia, investigación, la extensión universitaria (futuros profesores, ayudantes, investigadores, gestores universitarios, etc.), o para el análisis desde ópticas o inserciones societarias más amplias (periodistas, miembros de Ong’s, foros comunitarios, etc.).

(Larrandart, 2000: 86) y no enfocada como una verdadera construcción social; pero es fácil advertir que aún hoy la operatoria del sistema penal –en las instancias policial, judicial y penitenciaria– se sustenta, fundamentalmente, en el rol de madre o sexual y en el estereotipo de “mujer normal”, porque teniendo en cuenta del papel que se les asigna a las mujeres en nuestra sociedad, el control que pesa más fuertemente sobre ellas es el informal, dado que tiene mayor eficacia para condicionar el accionar femenino (Larrauri, 1994; Otano, 2000: 133; et al.) y de esta forma, la agencia penal se transforma en una especie de control de tipo residual.

Los criterios que se aplican dejan entrever, al menos, que son neutrales o iguales, pero sin duda responden a la normalidad objetiva analizada desde lo masculino. Esta teoría se remonta –para buscar solución a este interrogante– a los orígenes del Estado liberal y a sus formas jurídicas, para demostrar la complejidad del funcionamiento de la justicia penal y para comprender como se produce la discriminación de forma compleja.

Ya Di Corleto (2013), viene afirmando que el derecho penal ha sido uno de los grandes desafíos de la teoría legal feminista porque históricamente se trató de un ámbito especialmente sometido al dominio masculino. Así, el análisis del derecho denominado sexista, “...no se refiere únicamente a la idea de hombres en el derecho, sino a la presencia de elementos relacionados con la masculinidad en sentido cultural” (Bodelón, ob. cit.: 466), mediante interpretaciones con sesgos masculinos de normas supuestamente neutrales (Larrauri, 2009 : 10; Smart, 2000: 39), y de esta forma consolidar la idea de que el derecho tiene género (Nuñez, 2018: 20-21)<sup>2</sup>.

En el campo jurídico, una misma norma o práctica adquiere significados diferentes para hombres y mujeres, porque es leída a través de discursos diferentes (Smart, ob. cit.: 39) y porque están en una situación de desigualdad. De allí la necesidad de incorporar una perspectiva de género, que no es otra cosa, insisto, que prestar atención a cómo ciertas normas y prácticas, en apariencia neutrales, tienen un impacto diferencial en las mujeres, y refuerzan de esa manera la desigualdad preexistente.

Aclara Larrauri que “incorporar la variable género implica analizar cómo ésta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que

2 De esta manera, tiene la posibilidad de crear identidades con ciertas significaciones de género y de construir el sujeto de protección de la norma.

están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros nos sean 'idénticos'. Así, el género produce una diferencia no solo en los casos en que explícitamente se distingue, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal y también en los castigos" (2009: 10).

Ahora bien, se cuestionó la falta de consideración del punto de vista de las mujeres y se demostró cómo el derecho penal no solo ha encubierto la perspectiva de las mujeres y las desigualdades de género, sino que también ha reproducido las prácticas sexistas que sustentan la violencia (Di Corleto, 2010).

Y en este contexto crítico resulta sumamente esclarecedor Bergalli cuando sostiene que:

No obstante, es de toda evidencia que las diferentes teorías feministas del XIX y XX han sido, aun insistiendo en las categorías del derecho liberal, de un extraordinario vigor como para poner en el centro de la crítica de las teorías y de las prácticas jurídicas a los empleos discriminatorios que aún se hacen en la interpretación del derecho. Fuerza es reconocer que el empuje del feminismo decimonónico logró la incorporación de las mujeres a una elevada cantidad de dispositivos legales, nacionales e internacionales por parte de un crecido número de países de la comunidad occidental, en particular. Pero, también es absolutamente cierto que los derechos y garantías reconocidos en esos instrumentos, no han sido totalmente trasladados a niveles de total eficacia. Todavía más, debe decirse que al desarrollo de las interpretaciones sexuadas del derecho, se replica aún en los tiempos que corren con decisiones jurisdiccionales implantadas en los tradicionales valores masculinos (2009: 13-14).

Completa la idea Facio, al expresar que:

lo importante aquí no es la nomenclatura sino tener claro que el derecho no se compone solo de la norma o de las normas formalmente promulgadas, sino que se compone también de normas creadas al administrar justicia, es decir, al seleccionar, interpretar y aplicar el derecho legislativo o normas formalmente promulgadas y de las normas derogadas pero vigentes en las mentes de la gente, de las normas creadas por la costumbre, la doctrina, las creencias y

actitudes, así como del uso que se le da a las normas legislativas y a las judiciales (2002: 86).

Desde los primeros discursos feministas que analizaron la ley evidenciaron el efecto discriminatorio que las normas tenían sobre las mujeres, como antes mencioné, no solo en el ámbito penal<sup>3</sup>. No obstante, actualmente, subsiste un segundo plano de interés para el discurso feminista con relación a la ley, donde se busca establecer cómo las normas son dotadas de contenido (Mackinnon, 1987) y cuál es el trato que, desde el derecho y el sistema judicial, han recibido históricamente las mujeres en la interpretación y aplicación de un derecho con claros sesgos patriarcales. De esta manera, se evidencia que "...la dominación que ejercen unos individuos sobre otros se ejerce, entre una variedad de recursos, mediante el empleo de los preceptos jurídico-normativos de derecho escrito o de los mandatos que emergen del derecho jurisprudencial (*case Law*)". (Bergalli, ob. cit.: 7).

Así, la teoría legal feminista demostró cómo el derecho penal reproduce el sistema patriarcal, tanto a través de lo que criminaliza como de lo que deja de criminalizar (Di Corleto, 2010). La crítica feminista al derecho penal no se detuvo ahí. Se emplearon además muchos esfuerzos en demostrar cómo la selectividad del derecho penal ha sido funcional al patriarcado en tanto herramienta de castigo contra aquellas mujeres que se apartan de su rol. Por ejemplo, las "malas madres", las "malas esposas" y, en definitiva, a las "malas mujeres". La criminalización de la prostitución es prueba de ello. La transgresión del rol basado en la castidad, la honestidad, o cuando no cumple las responsabilidades de cuidado<sup>4</sup>.

También ciertos análisis feministas han demostrado que incluso las políticas criminales dirigidas a sancionar la violencia contra las mujeres pueden derivar en consecuencias perjudiciales, en tanto refuerzan estereotipos tales como el de la mujer víctima, débil, sometida, por un lado, y privan de

3 Respecto de la condición legal de las mujeres y las críticas feministas puede consultarse: Barrancos, D., "Inferioridad jurídica y encierro doméstico", en Gil Lozano, M.F.- Pita, V. -Ini, M.G. (2000: 111-129) y Rodríguez, M., "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en Birgin, H. (2000: 137-174).

4 Por ejemplo, al analizar la responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia en el ámbito intrafamiliar por haber "omitido" proteger a sus hijos del maltrato o muerte de sus hijos en manos de sus parejas (Hopp, 2017).

protección a las mujeres que no se ajustan al modelo de “víctima ideal”, por el otro. Así, se ha señalado que las acciones positivas diseñadas para erradicar la violencia de género “parten de la construcción de perfiles con elementos biologicistas, estereotipos de clase y étnico-culturales que se dirigen a proteger a una mujer débil, sometida a sus emociones y que es incapaz de tomar decisiones autónomas” (Iglesias, 2013: 101).

A la par de la necesidad de transformaciones en el campo del derecho penal y procesal, los feminismos fueron generando espacios propios intentando permear sus propuestas en estos diálogos con la finalidad de intervenir de manera más activa.

Afirma Tamar Pitch, que “La relación entre las mujeres y el derecho penal es una relación controvertida y difícil, pero aún más difícil es la relación entre feminismo, como movimiento y horizonte de pensamiento, y el derecho penal” (2009: 117). La antropóloga Juliano, alude a un vínculo “penoso” y advierte que “en los últimos años se están produciendo cambios legales que ven el sentido de pasar de un marco normativo garantista, en la línea de la defensa de los derechos humanos, a una tendencia crecientemente punitiva” (2020: 33-34).

Así, Pitch define “feminismo punitivo” a aquellas “movilizaciones que, apelando al feminismo y la defensa de las mujeres, se vuelven protagonistas de pedidos de criminalización (introducción de nuevos delitos en el ordenamiento jurídico) y/o de aumento de penas por delitos ya existentes” o cuando se “piden previsiones legislativas que introducen, de hecho, penas más graves y/o legitiman políticas de seguridad” (2020: 21). Por ello que también en tiempos recientes se ha comenzado a repensar el derecho penal, buscando alianzas entre los feminismos y el garantismo (Pique-Allende, 2016).

El debate actual gira en torno a lograr compatibilizar ciertos logros de los movimientos feministas, sin que ello implique como la única alternativa posible, la adscripción al “devenir punitivista del feminismo”, según Iglesias (2020: 124). Desde espacios institucionales se sostiene que “...la lucha contra la violencia requiere salidas diversificadas y que la demagogia punitiva no conduce a más justicia” (Arduino, 2020: 12).

Para ello debemos tener clara la relación entre el feminismo o los feminismos con el derecho y como se compatibilizan las demandas de justicia

de las mujeres<sup>5</sup>, por cuanto, ante las diferentes manifestaciones del sexismo en el área o doctrina jurídica<sup>6</sup> la ausencia de una perspectiva de género en la administración de justicia ha causado un sesgo androcéntrico en la

- 5 Jaramillo es clara al describir las relaciones entre el feminismo y el derecho desde dos aspectos: el feminismo como crítico del derecho y el derecho como herramienta del feminismo.

Distingue, dentro de la crítica feminista al derecho, la que se efectúa a los presupuestos del derecho y a sus nociones fundamentales. Esta crítica se ubica en el ámbito de la teoría del derecho en tanto como producto de sociedades patriarcales ha sido construido desde el punto de vista masculino y por eso refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses.

Luego menciona, la crítica a las instituciones jurídicas, que varían de acuerdo al feminismo al que adhiere cada autora. Así, los esfuerzos de las feministas liberales clásicas se dirigieron principalmente contra las normas jurídicas que excluían a las mujeres como destinatarias de ciertos derechos (las que prohibían el derecho a voto, a estudiar o acceder a determinados empleos). Críticas que, en términos generales, fueron exitosas, ya que las normas jurídicas fueron transformadas para proveer formalmente iguales derechos a hombres y mujeres, aunque aún quedan deudas pendientes.

Para las feministas sociales o socialistas, las normas jurídicas que deben ser cambiadas se ubican dentro de lo que de manera general se puede llamar el derecho social. Sus preocupaciones están orientadas para que las mujeres cuenten con los recursos necesarios para lograr una autonomía plena; por ello, exigen garantías reales para la seguridad social, para la no discriminación en el empleo y para la no discriminación en la distribución de recursos de seguridad social, no discriminación de mujeres embarazadas, reconocimiento de licencias por maternidad y lactancia, el reconocimiento del trabajo doméstico, etc.

Las críticas de las feministas culturales o de la diferencia contra instituciones jurídicas vigentes se ubican en el ámbito del derecho de familia. Estas feministas se constituyen en contraparte de las liberales en la discusión en torno a la manera en la que debe ser transformado el derecho. Dicen que las liberales buscan asimilar las mujeres a los hombres y de introducir las en el mundo de la producción y la política, diseñado por hombres y atendiendo a los valores masculinos; por el contrario, ellas proponen que se adopte un esquema de derechos especiales a través de los cuales se reconozcan y valoren el punto de vista y las prácticas particulares de las mujeres.

Las críticas de las feministas radicales se ubican en el campo de los derechos sexuales. Sus esfuerzos se han dirigido a mostrar cómo las normas jurídicas existentes garantizan a los hombres un "derecho de acceso" a la sexualidad femenina. Sus exigencias se han visto reflejadas en transformaciones de las normas legales como la penalización de la violación entre cónyuges, regulación del acoso sexual, la introducción de normas procesales que protegen a las mujeres en procesos de violaciones.

Pese a estas diferencias conceptuales, Jaramillo aclara que todas coinciden en señalar que el derecho conlleva una fuerte parcialidad "androcéntrica" que ha tomado como modelo al varón únicamente, sin considerar otras posibilidades.

- 6 Sobre este aspecto, la socióloga feminista de la Universidad de Toronto Margrit Eichler identifica al menos siete relacionadas entre sí: androcentrismo, sobre-generalización, insensibilidad al género, doble parámetro, deber ser de cada sexo y dicotomismo sexual, en

“Feminist Methodology”. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/001139297045002003>, Vol. 45, nro. 2, 1997, pp.9-36. Consultada el 30/09/2020.

El androcentrismo, es la forma más generalizada de sexismo. Se observa cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina, donde su experiencia se percibe como central a la humana y por ende la única relevante. Dos formas extremas del androcentrismo son la misoginia (consiste en el repudio u odio a lo femenino) y la ginopia (es la imposibilidad de ver lo femenino o invisibilización de la experiencia femenina).

Las leyes son un claro ejemplo de androcentrismo, en especial cuando parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino o cuando se trata de leyes “protectoras” para la mujer, pero que su aplicación refuerza su rol estereotipado. La solución, sostiene, no consiste en agregar un capítulo o un artículo sobre la mujer, sino cuando se analizan los hechos desde una perspectiva de género y nos preguntamos: ¿cuáles son las implicaciones y efectos del hecho en cada sexo?, o, ¿qué experiencias han tenido y qué resistencias han opuesto las mujeres y los hombres ante este hecho u otros similares?, o bien, ¿qué relación existe entre ambas?. Es decir, que la propuesta para evitarlo es empezar a tomar en cuenta las necesidades y experiencias de ambos sexos.

La Sobre-generalización, ocurre cuando un estudio analiza solo la conducta del sexo masculino y presenta sus resultados como válidos para ambos sexos. Es una práctica llevada a cabo sistemáticamente por los científicos, deformando ramas de la ciencia como la historia, antropología, sociología, medicina, criminología, etc. Esta forma de sexismo podría ejemplificarse cuando se analizan las necesidades de un grupo de trabajadores varones y se presentan como válidas para toda la clase trabajadora o cuando en criminología se estudia el comportamiento de bandas juveniles compuestas por varones únicamente y luego se la presenta como una investigación sobre “bandas juveniles”.

El lenguaje utilizado por las leyes es otro ejemplo, ya que se utiliza lo masculino para referirse a ambos sexos. Aunque la solución no es solo un cambio de lenguaje, se requiere que en el contenido también esté presente el sexo femenino. Por ej., haber cambiado el nombre de los derechos del hombre a “derechos humanos” no evitó que su contenido siga siendo androcéntrico.

La Insensibilidad al género se presenta cuando se ignora la variable sexo y no se la considera como socialmente importante o válida. Cuando no se considera que los efectos son distintos en cada uno si se toman en cuenta, por ejemplo, los roles sexuales, la valoración de cada género, la utilización de tiempo y espacio, el menor poder del sexo femenino.

El doble parámetro es similar a la que conocemos como “doble moral”. Se da cuando una misma conducta, una situación idéntica y/o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros dependiendo del sexo de la persona, basadas en mitos y estereotipos. Las encontramos en la legislación de familia de muchos países o, anteriormente, en la figura penal de adulterio.

El deber ser de cada sexo se sostiene que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro. Ejemplos de esta forma las encontramos en códigos penales donde menciona a la “honestidad” de la víctima o en las penas más duras frente a delitos que cometen las mujeres (por ejemplo, el aborto).

Por último, el dicotomismo sexual consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Esta forma de sexismo está muy relacionada con el doble parámetro y el deber ser de cada sexo, por cuanto los tres se vinculan con el proceso de socialización patriarcal donde se le atribuyen características

aplicación e interpretación de las leyes que son en apariencia neutrales y objetivas (Facio-Fries, 1999). Por eso entiendo que el foco de la crítica debe estar orientado a las reflexiones feministas sobre las prácticas judiciales que, en definitiva, son las que crean derecho, “derecho judicial” (ibídem).

Por esta razón se afirma que se debe reivindicar que el feminismo “es una teoría y una práctica autónoma que desarrolla y critica las ideas que lo preceden como lo hacen todas las teorías o corrientes de pensamiento” (Facio, ob. cit.: 16). Facio es clara al decir que “todas las corrientes del feminismo buscan algún grado de transformación del status jurídico y social de las mujeres y, por ende, necesariamente pretenden transformar las relaciones de poder entre los géneros, lo que a su vez transformaría radicalmente las relaciones entre las clases, razas, pueblos, etc. Y la estructura misma de las sociedades y del pensamiento”. Por esta razón, hasta el mismo concepto se encuentra en evolución, ya que resulta más adecuado referirnos a “feminismos” que, como movimiento político emancipador, permite una mirada más amplia e inclusiva a colectivos de personas que se encuentran interseccionados por diferentes situaciones y que han sido excluidos de los propios discursos feministas institucionalizados.

Es decir, se requiere cuestionar las consecuencias prácticas de la aplicación del derecho penal; cuales son los efectos materiales del derecho penal sobre las demandas de justicia de ciertos colectivos que confían en el sistema penal como garante de los adquiridos derechos de las mujeres (Juliano, 2020: 36) no solo focalizada en la incorporación de la perspectiva de género desde la mujer víctima, sino también cuando resulta imputada, porque, como dice Bodelón “Desde la perspectiva de las mujeres criminalizadas se debe afirmar que no solo el derecho penal no ayuda a resolver los conflictos planteados, sino que la aplicación del derecho penal origina nuevas discriminaciones” (2003: 454).

dicotómicas a cada sexo (por ejemplo: mujer pasiva, emotiva, dependiente; hombre agresivo, racional, independiente, etc.) se jerarquizan estos atributos considerándolos superiores a los masculinos.

### 3. DOGMÁTICA PENAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Retomando lo dicho al comienzo de esta presentación, entiendo que el desafío consiste en construir académicamente un aparato dogmático sólido con perspectiva de género y enseñar a repensar y a reclamar ciertas ausencias del derecho penal.

Por eso la importancia de interpelar a los discursos convencionales con una nueva cultura jurídica, dogmática penal y educación legal con perspectiva de género para dotar de herramientas que brinden soluciones posibles que contemplen la variable de género. Ello, requiere una transformación de principios, categorías o preceptos desde el momento inicial de la formación en disciplinas legales, que inciten a nuevos espacios de reflexión o abordaje crítico.

Resulta sumamente esclarecedor la reciente publicación en la que Di Corleto y Asensio (2020) –al analizar la metodología feminista y la dogmática penal– advierten que:

la doctrina tradicional asegura que la teoría del delito tiene por finalidad una aplicación altamente objetiva del derecho penal vigente. El argumento es que a partir de la creación de categorías conceptuales organizadas como un sistema de filtros es posible alcanzar una respuesta jurisdiccional racional (Bacigalupo, 1987: 61) o igualitaria (Welzel, 1993: 1). De acuerdo con los más renombrados maestros de las ciencias penales, gracias a su sistemática estructurada y a su alto nivel de abstracción, la dogmática penal contribuye a la interpretación jurídica fiel, garantiza la seguridad jurídica y permite alcanzar la justicia en casos concretos (Roxin, 2008: 364-465).

Ponen en evidencia que justamente el derecho penal y la dogmática penal se han mostrado impermeables a contemplar la variable género.

En la conocida obra de “Derecho Penal”, el Prof. Esteban Righi enseña que:

Consecuentemente es una teoría que obliga a una abstracción, que, sin embargo, no responde a un interés meramente teórico o especulativo, pues está destinada a cumplir una función práctica: como la teoría del delito enuncia una serie de presupuestos (condiciones) de la imputación, favorece una jurisprudencia

nacional, objetiva e igualitaria. Si no existieran esos principios generales, exigibles en todos los casos, fiscales y jueces formularían sus imputaciones en función de criterios emocionales e inseguros, lo que inevitablemente generaría inseguridad jurídica (2010: 93).

Por esta razón las autoras sostienen que “A pesar de estas declamaciones, en la práctica, la teoría del delito no siempre resulta suficiente para hacer justicia al caso analizado” (ob. cit.: 19), incluso que “...la teoría del delito puede conducir a la deshumanización de la respuesta estatal.” (ibidem), dado que no siempre da respuestas justas que contemplen los factores estructurales o circunstancias relacionadas con “lo femenino”.

Mencionan que:

...la fuerte sacralización de la dogmática penal opera como un obstáculo para reflexionar sobre la necesidad de dar un nuevo contenido a las categorías conceptuales que ofrece la teoría del delito y, por el contrario, incentiva la búsqueda de soluciones que mantengan incólumes sus postulados. Así, por ejemplo, acomodando el resultado al sustrato teórico de la dogmática tradicional, muchas veces se recurre a la inclusión forzada de determinados hechos en calificaciones legales más o menos gravosas, o a la modificación de los grados de participación del delito (ibidem), [en los que] Parecería que, en estos supuestos, es preferible hacerle “trampa” a la teoría en lugar de incluir nuevos paradigmas que le den otro sustento (ob. cit.: 20).

Recuerdan que la teoría del delito no puede estar por encima de postulados constitucionales y principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación (ibidem). Por ello, considero, que se debe visibilizar el enorme trabajo de reconocimiento de los derechos de las mujeres como factor estructural a nivel internacional e interamericano. Por estas razones proponen “abrir un debate sobre la necesidad de desarrollar argumentos que, sin sustituir los logros de la teoría del delito, la complementen para alcanzar respuestas inclusivas...” (ibidem) y, para este desafío, la perspectiva de género ofrece herramientas para “estimular nuevas reflexiones sobre la estructura y sistemática de la teoría del delito, con la pretensión de que el derecho penal no resulta esquivo para las mujeres imputadas” (ob. cit.: 20-21).

En definitiva, para la academia este es un gran desafío, porque implica aprender a educar poniendo en crisis las categorías dogmáticas tradicionales. Debemos empezar a concretar nuevos espacios de formación con perspectiva de género.

Y esto no se logra si existen imprecisiones o ambigüedades conceptuales que generan diversos problemas de subsunción legal y disparidad de opiniones jurisprudenciales, que claramente repercuten en la aplicación de la ley frente a casos concretos; o cuando se confunden voces discursivas obsoletas que nunca fueron erradicadas de la literatura penal o incluso cuando se descarta “involuntariamente” bibliografía feminista para el aprendizaje de ciertas temáticas.

Quien también ha advertido, desde la imputación objetiva, como uno de los temas más discutidos y analizados desde la teoría del delito es Cecilia Hopp, señalando que:

A pesar de las declaraciones de principios de quienes se dedican al estudio de la Teoría del delito, y en contra de las normas constitucionales y los tratados sobre derechos humanos, se han esbozado criterios de aplicación del derecho penal que, bajo una aparente neutralidad, conducen a un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres (2017: 16); [aclara por ello la necesidad de] incorporar la perspectiva de género a la interpretación de las leyes y los hechos, para evitar decisiones injustas y discriminatorias (ibidem).

Daniela Heim, refiriéndose a las epistemologías y metodologías feministas en tanto adoptan una concepción amplia del acceso a la justicia, aclara que:

La cultura jurídica hegemónica ha sido históricamente tributaria de alguna variante de dogmatismo jurídico, lo cual ha dado por resultado la aplicación de una justicia más bien formal, con ausencia o escasa incorporación de componentes de justicia material y social...manteniéndose al margen de los problemas y necesidades de las personas y de la sociedad en su conjunto (2016: 305).

Pero, además de incorporar la perspectiva de género, entiendo que deben considerarse todas las prácticas discursivas que propugnan los diferentes movimientos feministas y no solo visibilizarse la opinión de los feminismos

institucionalizados, que son quienes definen y problematizan en los espacios de discusión. Heim, es clara al describir el proyecto jurídico feminista señalando que “Las discusiones actuales, en el ámbito jurídico, no solo pasan por cuestionar el androcentrismo de los sistemas y las estructuras jurídicas y por reclamar el reconocimiento de las diferencias, sino que exigen mayores cuotas de igualdad material y una transformación de la política, del derecho y las estructuras jurídicas tradicionales” (2016: 182).

#### 4. PARA REPENSAR: EL CASO DE LAS AUTORAS-VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

Con esas aclaraciones previas, me detuve a analizar la problemática específica de aquellas situaciones en que las protagonistas de casos judicializados resultan ser mujeres que actuaron en contextos de vulnerabilidad, principalmente caracterizados por situaciones de extrema pobreza o por violencia de género; ello con el fin de ejemplificar solo una problemática específica donde las categorías dogmáticas tradicionales y estancas de la teoría del delito no brindan una solución adecuada frente a un caso “real” y no solo “de manual”.

Tuve en cuenta los dos aspectos que entiendo deben estar presentes al analizar la perspectiva de género en el ámbito de la dogmática penal. En primer término, en la etapa de valoración de la conducta infractora, donde generalmente se verifican situaciones de vida condicionadas por el género y, en segundo lugar, al momento de la aplicación judicial, donde siempre se permean ciertos sesgos sexistas.

En el camino por analizar y debatir las características de los dispositivos de control social formal, desde una doble perspectiva –la mujer como víctima y como victimaria– un claro reflejo se ve en las normas, aplicaciones e interpretaciones en investigaciones judiciales por trata de personas con fines de explotación sexual y en todo lo vinculado a la prostitución; porque, entiendo que allí se evidencia con claridad cómo el sistema penal sirve como instrumento de profundización de estereotipos, por una parte, y cómo no brinda una adecuada protección a la mujer víctima, en función, precisamente, de privilegiar esos estereotipos.

En este ámbito, se confirma lo que Arduino alertó acerca de la dicotomía ficcional entre el garantismo penal y un feminismo punitivo, ya que los términos paradójales de esta vinculación se evidencian en tanto “suele haber nulo acompañamiento de la justicia garantista cuando quienes caen en el sistema penal son las mujeres en posición de victimarias (2018: 54); reactivando las sospechas acerca de las “trampas del poder punitivo”, expresión que intituló aquella compilación pionera en la materia (Birgin, 2000)<sup>7</sup>.

Stella Maris Martínez advierte que los mismos prejuicios y estereotipos que conducen a la impunidad en las denuncias sobre hechos de violencia de género operan para criminalizar a esas víctimas cuando no se amoldan a las imágenes sociales extendidas sobre las características personales o roles que deben cumplir en la sociedad. El uso de estereotipos de género puede significar una discriminación en contra de quienes no se adecúan a las imágenes sociales generalizadas sobre las características personales o roles que se espera que las mujeres cumplan en la sociedad”. Y esto lo vincula a los casos de trata de personas cuando “las víctimas no se ajustan a los criterios preacordados o a las imágenes sociales generalizadas sobre cómo deben comportarse para ser consideradas como ofendidas por el crimen” (2013).

Este campo de análisis requiere la búsqueda de herramientas dogmáticas que deben ser aplicadas con enfoque de género, para intentar eliminar o al menos reducir la respuesta punitiva y principalmente como coadyuvan los estándares de igualdad y no discriminación para el diseño de intervenciones con perspectiva de género.

Ahora bien, como consecuencia lógica de la dinámica compleja de la trata sexual en Argentina, en consonancia con lo que acontece en otros países, es común la existencia de procesos de conversión de mujeres víctimas a victimarias, cuando luego de haber sido explotadas sexualmente, escalan posiciones en las redes de trata y son elegidas para colaborar con los tratantes<sup>8</sup>.

7 Cit. por Coppa (2000: 20)

8 En investigaciones por trata existe casi una paridad en el porcentaje de mujeres y hombres implicados en las causas (UFASE-INECIP: “La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito”. Buenos Aires. <http://www.mseg.gba.gov.ar/Trata/ToDo4deAbril.pdf>.2012). El alto porcentaje de mujeres, pone en discusión

Un tema que desde tiempo atrás me genera preocupación es la escasa aplicación, por parte de los operadores judiciales, del mandato legal de protección especial hacia una víctima frente a la comisión de delitos que sean el resultado directo de haber sido objeto de trata. Este artículo incorpora de manera inédita en nuestro ordenamiento una cláusula de exclusión de punibilidad al señalar que “Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara” (art. 5 de la Ley 26.364).

Esta situación ha conducido a seguir sometiendo a las víctimas de las redes criminales a procesos judiciales y dirigir la persecución penal hacia los eslabones más débiles y a mujeres que –no obstante asumir un rol específico que las identifica inicial y penalmente como victimarias (Martínez-Anitua, ob. cit.: 19)– padecieron situaciones de extrema vulnerabilidad social, económica y emocional (Martínez-Anitua, ob. cit.: 20), en vez de asistirles para que puedan usufructuar, de inmediato, los derechos que le han sido reconocidos en la Ley Nacional de Trata<sup>9</sup>.

Cuando entró en vigencia la Ley de Trata de Personas en la doctrina penal se difundió rápidamente la idea de que el art. 5° se trataba de una excusa absolutoria. Pero, como es sabido, las excusas absolutorias, al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta, impiden la aplicación de la pena. Es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos. La conducta es inculpa, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan únicamente su impunidad.

El legislador reconoce y plasma en la norma una arista sobresaliente del fenómeno de la trata: la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas antes, durante y luego de los hechos. Y crea una presunción legal de pleno derecho de restricción de la libertad de autodeterminación de la

la posibilidad de que algunas de éstas hayan sido previamente tratadas o explotadas. Véase también Colombo, M.-Mángano, M.A. (2014).

<sup>9</sup> arts. 6 a 9 Ley N° 26.364 modif. por Ley N° 26.842

víctima de trata frente a los delitos cometidos que sean el resultado directo de su condición de víctima. Por tal motivo, no merece reproche penal y ofrece como solución legal la no punibilidad.

Sin embargo, pasaron los años y, como adelanté, el art. 5° resultó escasamente aplicado por el sistema judicial del país y, tal vez motivado por ello, han surgido nuevas interpretaciones que permiten pensar, como explica Di Corleto, en formas diferentes de culpabilidad novedosas para la legislación argentina "...no sería imposible imaginar supuestos en que una persona sometida a trata delinca, ya no en razón de la violencia o coacción a la que es sometida, sino...como consecuencia de la situación de vulnerabilidad... Esta situación abre las puertas a nuevas formas de culpabilidad en tanto la Ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal" (2011).

Anitua –en concordancia con lo sostenido desde tiempo atrás por Martínez–, señala que "Si se limitase esta norma a lo previsto como exclusión general de la punibilidad, sobraría. Es por ello que debe interpretarse en el sentido de que considera otras situaciones, en las que la explotación es algo más compleja, casi estructural sobre estas víctimas" (2013).

Por su parte, Colombo y Mángano, afirman que identificar a la cláusula del art. 5° como una excusa absoluta podría no revelar todo su alcance y proyección:

... también creemos que podría pensarse en la cláusula como una norma que refuerza la aplicación de otras reglas generales de irresponsabilidad penal, como por ejemplo, los casos en que la víctima hubiera cometido el delito bajo coacción directa de su tratante (normas generales de justificación e inculpabilidad) y excluirse así el delito, antes que la pena. De ser así, el artículo 5° de la Ley de trata podría ser utilizada como regla especial de generales supuestos de atipicidad subjetiva (no hay fin de explotación sino de supervivencia en la víctima antes explotada que cobra un sueldo por regentar el prostíbulo cuya ganancia entrega al dueño) de justificación (estado de necesidad por vulnerabilidad especial: una vida de explotada sexual en prostíbulos la deja enferma, pobre e incapacitada para proyectar una inserción laboral plausible, y acaba recibiendo mujeres en un prostíbulo con el fin de que se explote su sexualidad), o de inculpabilidad, conforme el caso antes estudiado. Es decir, la redacción de la cláusula permite su eventual [aplicación] frente a las hipótesis planteadas. El

hecho de que se la considere solo una condición de no punibilidad, podría llevar malas a prácticas judiciales de no reparar en otras posibilidades previas, como las recién reflejadas (ob. cit.: 11-20).

Agregan que esta interpretación, es la que guarda coherencia con la redacción del artículo 34 del Código Penal Argentino que bajo la proposición –no son punibles– abarca las diferentes exclusiones del ilícito y de la culpabilidad.

Además, la cláusula de no punibilidad debe servir para quitarle responsabilidad penal a una víctima del delito de trata en etapas iniciales de una investigación; momento en que *“emergen un conjunto de decisiones y criterios de trabajo variables por parte de distintos actores”*<sup>10</sup>.

Se utilizan estereotipos equivocados para la identificación de víctimas de trata. En víctimas vinculadas a la prostitución se verifica una nula empatía con su situación (imposibilidad de colocarse en el lugar de una víctima tan lejana) y ello trae como consecuencia que, al momento de definir qué mujer es víctima de trata por explotación sexual y quien no lo es –decisión de suma trascendencia para la aplicación de la cláusula mencionada, la práctica judicial se ve influenciada por ciertos valores morales –claramente disfrazados en otros argumentos– y ello implica reproducir un solo modelo de víctima.

Por lo tanto, quien no responda a esa tipología idealizada, será pasible de verse sometida a un proceso penal –procesada o condenada-<sup>11</sup>.

10 Operadores judiciales, agentes policiales, operadores de los servicios de asistencia. Véase Varela, 2009: 283.

11 Es prioritario interpretar y comprender las diferentes miradas en torno a la sexualidad y al tratamiento de la prostitución, con un verdadero enfoque de género. Analizar también las distintas posturas asumidas por el feminismo o los feminismos (pasadas y actuales) y de esta manera reconocer en este campo la persistencia de relaciones desiguales de poder. Tal vez las distintas posturas feministas respecto al fenómeno de la prostitución, puedan en ocasiones generar confusión entre la prostitución, la explotación sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual ya que precisamente por ser un movimiento social, se caracteriza por una notable disparidad de enfoques y estrategias. Al respecto, Agustina Iglesias (ob. cit.: 283) es contundente al afirmar que la confusión entre la prostitución y la trata de personas con fines de explotación sexual no solo banaliza el problema de la explotación de mujeres, sino que impide encontrar herramientas efectivas para combatir el delito. Estas manifestaciones requieren un análisis más exhaustivo en torno al propio concepto de feminismo y los distintos modos que entender la opresión que sufren las mujeres en la sociedad contemporánea (Jaramillo, I. “La crítica feminista al

En efecto, postergar la aplicación de la clausula implicaría la imposibilidad de brindar un adecuado tratamiento psicológico y social a las víctimas pues podría afectar la garantía que prohíbe la autoincriminación forzosa. Además, que les impediría gozar de manera inmediata de diferentes derechos y garantías contemplados por la ley de trata original, los ampliados con la reforma del 2012 y la actual ley de víctimas (ley 27.372).

Sobre el particular, resulta esclarecedor el trabajo de Madriz –citado también por Martínez– ya que algunos tribunales orientan su actuación para proteger a las víctimas “buenas/inocentes”, que son las únicas que se consideran víctimas “reales”, y a castigar a las víctimas “malas/culpables”. El prototipo de víctima buena o real remite a mujeres que representan blancos fáciles de la violencia, son pasivas, vulnerables y necesitadas de protección masculina; deben mantener un comportamiento “decente”, ser trabajadoras y amantes de su familia. A su vez, ese modelo de víctima coincide con el ideal de femineidad imperante. En contraste, la víctima “mala/ culpable” es la mujer que realiza actividades impropias para su género, posee dudosa reputación, se relaciona con personas equivocadas, es fuerte y “pudo” haberse protegido o resistido (Madriz, 2001).

Es decir, “...la distinción entre procesos de criminalización primaria y secundaria y el concepto de labor interpretante...resultan fundamentales para analizar tanto las consecuencias prácticas de los procesos de judicialización como también modos mediante los cuales el derecho –como práctica discursiva– construye objetos de intervención” (Heim, ob. cit.: 279), porque, como dice Di Corleto, muchas veces las respuestas frente a una supuesta neutralidad del derecho “...son variadas y requieren del reconocimiento de las formas en que la discriminación aparece en la propia formulación de la ley, en las prácticas judiciales o en la conformación de la realidad social” (2017: 11).

Por ello se requiere una mirada crítica e integral y con perspectiva de género, que permita visualizar que las transformaciones normativas son insuficientes. Deberán atenderse también, las prácticas de judicialización que interroguen las categorías dogmáticas tradicionales, ya que se observa que

derecho, estudio preliminar” en Robin West, Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000).

la jurisprudencia menciona, en ocasiones, los argumentos de la cláusula, pero no la aplica<sup>12</sup>.

El juzgador puede tener que resolver un caso que presente cualquiera de estas eximentes generales de responsabilidad penal, pero conforme al art. 5° en tratamiento no se le exige la prueba de cada uno de los estrictos requisitos, porque existe una presunción legal que nuclea estas diferentes configuraciones dogmáticas. Algo similar a lo que sucede con la minoridad y las condiciones psíquicas como supuestos de inimputabilidad.

En definitiva, bastará con probar la situación de víctima del delito de trata y la relación directa entre esta condición y el hecho delictivo, para tornar aplicable esta cláusula de impunidad que redundará en dotar de mayor fundamentación a las decisiones de absolución o sobreseimiento que se adopten.

Retomando lo dicho anteriormente, la propuesta no implica forzar la aplicación del derecho, sino repensar la aplicación de las categorías dogmáticas tradicionales con perspectiva de género. Si lo analizamos como un problema de tipicidad, o se puede resolver a nivel de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Lo importante es que se generen propuestas creativas que interpelen los estratos de la teoría del delito, porque muchos pronunciamientos judiciales que deben resolver situaciones de mujeres involucradas en conductas delictivas de trata de personas, argumentan o valoran determinados factores culturales, sociales personales, para evitar la aplicación de una determinada pena o disminuirla (como si fuera una especie de “disculpa”) o morigerarla, pero que bien podrían excluir, desde el inicio, otras categorías dogmáticas. La propuesta es excluir el delito antes que la pena.

## 5. PROPUESTAS Y DESAFÍOS

Y, para finalizar, se impone, abandonar el concepto de tensión y comenzar a revisar e interpelar el sistema penal en general y la práctica institucional, mediante la utilización de métodos feministas para la inclusión del enfoque de género en el análisis jurídico (Bartlet, 2011) de manera integral y

<sup>12</sup> Quien juzgue puede tener que resolver un caso que presente cualquiera de estas eximentes generales de responsabilidad penal, pero conforme al art. 5° de la ley no se le exige la prueba de cada uno de los estrictos requisitos, porque existe una presunción legal que nuclea estas diferentes configuraciones dogmáticas.

transversal; justamente con el objeto de poner en crisis aquellos estándares que se basan en comportamientos sociales aceptables, lejos de esa mirada “moralizadora o estigmatizante” y potenciar “la autonomía femenina” (Heim, 2006: 465) donde todas las partes involucradas puedan poder articular “un discurso político emancipador” (Heim, 2006: 453) que permita el quiebre de estos paradigmas, ya que, reproduciendo las reflexiones de Encarna Bodelón, “La centralidad del movimiento feminista ha sido y es la voluntad de crear un mundo diverso y este proyecto de cambio social requiere de un nuevo enfoque del derecho que es justamente el que el feminismo ha desarrollado” (2009: 96-97).

Nuevamente Di Corleto y Asensio nos aclaran que (2020: 23) que “...la posibilidad de una alianza entre el derecho penal y la perspectiva de género se enfrenta, por un lado, a la resistencia propia de una disciplina con cierta tendencia a sacralizar la dogmática penal y, por otro lado, a las dificultades para identificar en qué consiste tener un enfoque de género y como incluirlo”. Precisan que son problemáticas que el derecho penal debería considerar justamente “...para no operar sobre sociedades imaginarias que están muy lejanas de las realidades cotidianas” (ibidem).

Y, respecto a la segunda dificultad, vinculada a cómo trabajar con enfoque de género, indican que la metodología feminista se viene ocupando de diseñar y analizar estrategias que invitan a una reflexión.

Katherine Bartlett propone que se pueden distinguir al menos tres métodos:

El primero hace referencia a la pregunta por la mujer: diseñada “para identificar las implicancias genéricas de las reglas y prácticas que, de lo contrario, podrían parecer neutrales y objetivas” (2011: 32).

También alcanza a exclusiones basadas en otras categorías. Se requiere una relectura de los textos jurídicos y tradicionales para entender de qué manera las experiencias de las mujeres han quedado marginadas en las lecturas tradicionales y cómo estas experiencias y valores de las mujeres pueden volverse parte de la lectura del texto. Se requiere el conocimiento de variables socialmente relevantes que implican por ejemplo que “...si la violencia de género es una experiencia frecuente en las mujeres que son perseguidas criminalmente por estos delitos, la pregunta sobre las mujeres lleva a indagar cuál es el peso jurídico que puede tener esa circunstancia en los distintos estamentos de la teoría del delito, y no solo en el momento

de juzgar la pena” (Di Corleto-Asensio, ob. cit.: 27); de esta manera “...la incorporación de un conocimiento situado facilita respuestas sensibles a los valores igualitarios” (ob. cit.: 32).

En segundo lugar, se requiere un *razonamiento práctico feminista*. La autora propone comenzar a razonar desde un ideal a partir del cual las soluciones jurídicas son respuestas pragmáticas a dilemas concretos antes que elecciones estáticas entre perspectivas opuestas. Hay ciertos enfoques que son cuestionados justamente por cuanto se impone problematizar la noción de relevancia jurídica y un más amplio análisis de contexto.

Este método “propone resignificar los estándares jurídicos elaborados por la doctrina tradicional para capturar las necesidades e intereses propios de las mujeres (Heim, 2016: 113-114, Jaramillo, 2000: 58). La relectura crítica del derecho facilita que la decisión jurídica sea más sensible a las particularidades de un caso que aún no han sido reflejadas por la doctrina jurídica (Campos Rubio, 2008: 206)” (Di Corleto-Asensio, ob. cit.: 33).

Y, por último, a partir de la creación o aumento de *conciencia*, se tiende a buscar conocimientos profundos y perspectivas ampliadas a través de compromisos colaborativos o interactivos con otros, basados en la experiencia y narrativa personales. Es decir, este método requiere la creación colectiva de conocimiento a partir de la puesta en común de las experiencias de vida de las mujeres (Heim, 2016: 109), lo que posibilita la movilización en torno a la modificación de la legislación vigente, ya sea en el escenario de la legislación como en el de la adjudicación.

Además, esta creación de conciencia tiene un efecto de empoderamiento respecto de las mujeres que participan (Jaramillo, 2000). Y, claramente, de no contemplarse alguna particularidad, si corresponde llenar el vacío legal existente (por ejemplo, la necesidad de tipificación de femicidio), y a partir de ello lograr una verdadera “igualdad”, –que es dar a las personas las mismas oportunidades– para iniciar un proceso de equidad que va más allá e implica adaptar las oportunidades recurriendo incluso a acciones positivas (art. 75 inc. 23), como a través de una reglamentación, etc.

La creación de conciencia, juntamente con el standpoint y la utilización de la experiencia de las mujeres como fuente de conocimiento jurídico, constituyen un proceso inherentemente transformador, no solo porque valida un grupo de la población históricamente invalidado, sino también porque posibilitan un

conocimiento y un/una conocedor/a “situados” (Haraway, 1995) (Heim, ob. cit.: 111).

En definitiva, coincido totalmente con Daniela Heim cuando señala que este camino es posible a partir de las metodologías jurídicas feministas y las epistemologías feministas del derecho; instrumentos esenciales que han permitido polemizar, en la teoría y en la praxis, acerca del modo en que los estados y sus sistemas de administración de justicia se comportaron frente a las vindicaciones de los derechos de las mujeres y a la vulneración de los mismos (Heim, 2016: 92-93).

Ella es sumamente clara al expresar que “Las teorías feministas forman parte de las teorías críticas del derecho y del movimiento de acceso a la justicia y, en consecuencia, comparten con dichas perspectivas el objetivo común de criticar tanto el formalismo jurídico como los demás métodos jurídicos tradicionales que descontextualizan el derecho, separándolo de la política y de las problemáticas sociales a las cuales debe servir (ob. cit.: 94).

## 6. PALABRAS FINALES

En definitiva, en nuestro rol como formadores, el desafío implica enseñar a educar pensadores críticos. El contexto actual marca un terreno acorde para este avance. Contamos con una rica normativa internacional y local, con transformaciones importantes en los digestos normativos (civiles, penales), jurisprudencia internacional a la vanguardia de los reclamos de reivindicación de derechos de las mujeres. Sin perder de vista que “Muchos de los avances que se han logrado en el ámbito internacional han sido gracias al esfuerzo de los grupos de mujeres de diferentes países, que han puesto en la agenda internacional los derechos de las mujeres como uno de los grandes retos de la democracia moderna y el desarrollo humano” (Bodelón, 2009: 103).

Y que “El nuevo contenido de los derechos que los movimientos feministas han desarrollado, tales como el derecho a una vida libre de violencia de género, el derecho al propio cuerpo, los derechos reproductivos o, en definitiva, la idea de sexuación del derecho, está renovando profundamente el pensamiento jurídico e implica poner en nuestras vidas una manera diversa de pensar los problemas, de crear un marco de relaciones y de

prácticas nuevas. Por ejemplo, la experiencia de los movimientos de mujeres muestra cómo los derechos sexuales y reproductivos tienen una dimensión política que va más allá de los aspectos educativos y sanitarios”. (Bodelón, ob. cit.: 107-108).

Señalan Alda Facio y Lorena Fries que “...repensar el derecho y su función social, es un desafío que va más allá de contar con “buenas leyes” o con “buenas resoluciones judiciales” para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad” (1999: 22).

Ya es momento de afirmar que “No se trata de legislar “para las mujeres”, sino de legislar para poner fin a los modelos que han excluido a las mujeres, ...No se trata únicamente de incluir a las mujeres en el marco existente de derechos, sino de transformar las relaciones sociales mujer-hombre y de redefinir el contenido de los derechos de mujeres y hombres, posibilitando la participación real de las mujeres y haciendo presentes sus necesidades y deseos”... “...un nuevo pacto de ciudadanía que sitúe a las mujeres en la categoría de sujetos de derechos, no de objetos de regulación jurídica” (Bodelón, ob. cit.: 113).

Esto implica que “...hablar de derechos en perspectiva feminista es modificar todo un sistema social, no solo un cambio de lenguaje jurídico”. (Bodelón: 2009: 114). Es decir, un cambio cultural y no meramente normativo. En definitiva, este es el camino adecuado para ¡¡¡“Cambiar paradigmas”!!!

Muchas gracias.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ARDUINO, I. (2018) “Entre la victimización opresiva y la justicia emancipatoria: articulaciones entre feminismo y Justicia Penal”, en Nijensohn, M. (comp.) *Los feminismos ante el neoliberalismo*. Adrogué: La Cebra.
- (2020) “Interpelaciones feministas para profundizar una justicia garantista. A propósito de este libro”, en *Feminismos y Política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP, pp.9-16.

- BARATTA, A. (2000) “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en Birgin, H. (comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos, pp.39-85.
- BARTLET, K. (2011) “Métodos feministas en el Derecho”. Lima: Palestra editores, Trad.: Aranda, D.
- BERGALLI, R. (2009) “Presentación”, en Nicolás, G.- Bodelón, E., *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona, Anthropos, pp. 7-21.
- BERGALLI, R.-BODELÓN, .E. (1993) “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, en Nullum crimen. Revista de Ciencias penales y criminológicas, Santa Cruz-Lima-Córdoba, año II, N°2, diciembre, pp.43-73.
- BIRGIN, H. (2000), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. ob.cit.
- BODELON, E. (2003) “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres”. En Bergalli, R. (coord.. y colab.) *Sistema Penal y Problemas Sociales*, España: tirant lo Blanch, pp. 451-486.
- (2009) “Feminismo y Derecho. Mujeres que van más allá de lo jurídico”, en Nicolás, G.- Bodelón, E., (comps.), ob.cit., pp. 95-116.
- BONDER, G. (2001) “Construyendo la vida escolar para y con equidad de género. Retos y visiones desde experiencias y nuevos contextos”. DOCUMENTOS PRIGEPP-FLACSO.
- BONDER, G.-MORGAGE, G. (1994) “Propuestas para integrar los aportes de los Estudios de la Mujer a los contenidos básicos curriculares”. PRIOM, Ministerio de Cultura y Educación. Buenos Aires. Argentina, citado en Seminario “Repensando el género y la educación en un contexto global: mapa de los debates actuales en teoría, investigación y políticas”, Seminario Virtual de Especialización “Repensando el género y la educación en un contexto global: mapa de los debates actuales en teoría, investigación y políticas”, Area Género, Sociedad y Políticas, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-ARGENTINA, septiembre. Ciclo 2013, Unidad 2.4.2.. Dir. Ac.: Morgade, G.
- CASTRO, N. (2017) “El acceso a la justicia de víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual. El rol de la defensa pública. Nuevos desafíos”, en Revistas das Defensorias Publicas do Mercosul n° 5, janeiro –dezembro/2017, Distrito Federal Brasil, Brasília, pp. 33 –64.

- (2020) “Algunas reflexiones de la judicialización de la trata de personas con fines de explotación sexual. El caso de las mujeres criminalizadas”, en Sección Doctrina, Revista Nueva Crítica Penal. Política Penal, Criminología Crítica y Derechos Humanos. Vol 1, Num.2, Julio 2019 –enero 2020, Argentina, pp. 1 –31. Disponible en: [revista.criticapenal.com.ar/revista-nueva-critica-penal/](http://revista.criticapenal.com.ar/revista-nueva-critica-penal/). Consultado: 9/7/2020.
- COLOMBO, M.-MÁNGANO, M.A. “Sobre víctimas victimarias”, en *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos. Defensoría General de la Nación*, 2014, pp.11-20.
- COPPA, L. (2020), “Feminismos, política criminal y justicia penal. Notas a partir de una experiencia situada”, en *Feminismos y Política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP, pp. 17-27.
- DI CORLETO, J. (2010) “La construcción legal de la violencia contra las mujeres”, en *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: librería, pp. 9-21.
- (2011) “Trata de personas con fines de explotación”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa, Año V, N° 6-Abril*.
- (2013) “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”, en *Género, sexualidades y Derechos Humanos*, Revista electrónica, Vol. 1, Nro. 2, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- (2017) “Presentación”, en Di Corleto, J. (Comp.) *Género y Justicia Penal*. Buenos Aires: Didot.
- DI CORLETO, J.-ASENSIO, R. (2020) “Metodología feminista y dogmática penal”, en Lorenzo Copello, P.-Segato, R.-Asensio, R.-Di Corleto, J.-González, C., *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Serie Cohesión Social en la práctica, Colección Eurosocial Nro. 14, Madrid, pp. 19-42
- FACIO, A. (2002) “Con los lentes del género se ve otra justicia”, *El otro derecho*, No. 28, 2. Bogotá: ILSA.
- FACIO, A.-FRIES, L. (1999) “Feminismo, género y patriarcado”, en Facio, A.-Fries, L.(ed.) *Género y Derecho*. Buenos Aires: Ediciones La Morada, pp. 21-60.
- GIL LOZANO, F. – PITA, V. –INI, M.G. (2000) “Introducción”, en Gil Lozano, F. –Pita, V. S. – Ini, M.G., *Historia de las mujeres en la Argentina. Colonia y siglo XIX. Tomo 1*. Buenos Aires: Taurus, pp. 7 –19.

- GONZALEZ, M. (2019) “El género como recurso de la enseñanza legal”, en González, M.-Miranda, M.-Zaikoski Biscay, D. (comp.), *Género y Derecho*. Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa, pp. 271-291.
- HEIM, D. (2016) *Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. Buenos Aires: Didot.
- HOPP, C. (2017) “Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en Di Corleto, J. (comp.), ob.cit., pp. 15-46.
- IGLESIAS, A. (2013) *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*. Buenos Aires: Didot.
- (2020) “Performance de la fragilidad y el empoderamiento: reflexiones en torno al feminismo punitivo”, en Daich, D.-Varela, C. (coord.), *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Buenos Aires: Biblos, pp.113-142.
- JARAMILLO, I. (2000) “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar” en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo de Hombres editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uníandes, Instituto Pensar, 2000.
- JULIANO, D. (2020) “Feminismo y derecho pena, una relación penosa”, en Daich, D.-Varela, C. (coord.), ob.cit., pp. 33-45.
- LARRANDART, L. (2000) “Control social. Derecho Penal y Género”, en Birgin, H. (comp.), ob.cit., pp.85-109.
- LARRAURI, E. (1994) en “Control informal, las penas de las mujeres”, en Larrauri, E. (comp.) *Mujeres, derecho penal y criminología*. Mexico: Siglo XXI editores.
- (2009) “Igualdad y Violencia de género: Comentario a la STC 59/2008”, InDrte.Revista para el Análisis del Derecho, pp.1-17.
- MADRIZ, E. (2001), *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de las mujeres*. México: Siglo veintiuno editores.
- MACKINNON, C. (1987) *Feminism unmodified: Discourses on life and law*. Cambridge: Harvard University Press.
- MARTINEZ, S.M. (2013) “Criminalización de víctimas de trata de personas”, en *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, Brasília*, n. 3, pp. 52-73.

- MARTINEZ, S.M.-ANITUA, G.I. (2013) “Sobre las vulnerabilidades y los riesgos de las políticas y las leyes”, en Iglesias, A. *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*. Buenos Aires: Didot, pp. 15-23.
- MORGADE, G. (2009a) “Educación, relaciones de género y sexualidad: caminos recorridos, nudos resistentes”. En Villa, Alejandro (2009) *Sexualidad, relaciones de género y de generación*. Buenos Aires: Ediciones Noveduc. DOCUMENTOS PRIGEPP-FLACSO
- (2009b) “Hacia una pedagogía para una educación sexuada con perspectiva de género: un enfoque superador de las tradiciones medicalizantes, moralizantes y sexistas en América Latina”. DOCUMENTOS PRIGEPP-FLACSO.
- NUÑEZ, L.(2018) *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. México: Centro de Investigaciones y Estudios de Género.
- OTANO, G. (2000) “La mujer y el derecho penal. Una mirada de género”, en Birgin, H., (comp.), ob.cit., pp.111-136
- PIQUE, M.L.-ALLENDE, M. (2016) “Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo”, en Gargarella, R.-Pastor, D (dir.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires: Ad hoc.
- PITCH, T. (2009) “Justicia penal y libertad femenina”, en Nicolás, G.-Bodelón, E. (Comps.), ob.cit., pp. 117-126
- (2020) “Feminismo punitivo”, en Daich, D.-Varela, C. (coord.), ob.cit., pp. 21-31.
- RIGUI, E. (2010), *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- SMART, C. (2000), “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Birgin, H. (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, pp.31-71.
- VARELA, C. (2009) “De la “letra de la ley” a la labor interpretante: la “vulnerabilidad” femenina en los procesos de judicialización de la ley de trata de personas (2008-2011), en Revista de Sociología Jurídica, Brasil Nro. 8. ISSN: 1809-2721.

---

## Niñez, maternidad y prisión

La privación de libertad extendida en caso de mujeres con hijos menores de cinco años o embarazadas

**GABRIEL BOMBINI\***

### 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los dilemas medulares en materia de niñez y derechos humanos, resulta el caso en que los menores de edad padecen procesos de prisionización en razón de las medidas cautelares o punitivas impuestas a sus madres en el curso de un proceso penal estatal por investigación o sanción de una infracción criminal.

En razón de la vigencia de principios constitucionales de raigambre liberal que impiden la responsabilidad objetiva más allá del límite del principio de culpabilidad personal, la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (5.3.) veda la posibilidad que las sanciones penales trasciendan a terceras personas más allá de quien haya infraccionado la ley como único sujeto pasivo factible de recibir la penalidad estatal.

No obstante, en el caso en que se trata de mujeres privadas de libertad, la trascendencia hacia las personas que guardan un vínculo materno-filial resulta harto evidente. Aunque las dimensiones cuantitativas del encierro no resultan oficialmente determinadas como para establecer cuántos

\* Profesor e Investigador en Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Mar del Plata

niños, niñas y adolescentes tienen padres o madres privados de libertad<sup>1</sup>, el impacto cualitativo en términos de afectación a derechos humanos de ese fenómeno resulta por demás relevante como para otorgarle prioridad en las políticas públicas.

En el presente, se efectuará un análisis preliminar de la normativa que regula la cuestión. Así las cosas la presentación resultará de carácter descriptivo, informativo y exploratorio. Desde esa perspectiva se repasarán, en primer lugar, las previsiones generales contenidas en el derecho internacional para la regulación específica de las situaciones de privación de libertad aludidas. En segundo orden, se revisarán las estipulaciones que surgen de la legislación penal a nivel nacional en materia de derecho de ejecución penal. Asimismo, se analizará la introducción específica de una penalidad alternativa para estos supuestos bajo la forma de la reclusión o prisión domiciliaria en el Código Penal Argentino. Finalmente, se enfatizará en la relevancia actual del problema a las luz de intervenciones judiciales trascendentes.

## 2. PREVISIONES EJECUTIVO-PENALES EN EL ORDEN INTERNACIONAL

La regulación de la cuestión en el orden internacional viene de cierto modo receptada en las denominadas *Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes*, conocidas como *Reglas de Bangkok*; dictadas en el seno de la Organización de Naciones Unidas<sup>2</sup>.

Las mismas, inspiradas en los principios contenidos en diversos tratados y declaraciones de Naciones Unidas compatibles con el derecho internacional en vigor, se reconocen expresamente como actualizadoras y complementarias (y no sustitutivas) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos y de las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de

1 Conf. el informe elaborado por la Procuración Penitenciaria de la Nación con el apoyo de UNICEF, "Mas allá de las prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro", Buenos Aires, 2019

2 Aprobadas en la 71ª reunión plenaria y con fecha 21 de diciembre de 2010, por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, teniendo especialmente en consideración la necesidad de abordarlas desde ámbitos supranacionales.

libertad (Reglas de Tokio), tal como surge de sus Observaciones Preliminares (cfr. 1 a 4<sup>3</sup>) e Introducción (12); y están encaminadas a otorgar tratamiento igualitario a la mujer frente al sistema penal, pero también para atender las situaciones especiales que las aquejan (Observaciones 5, 7 a 10, 12), acorde con las particularidades de cada contexto (Observación 11).

El documento en cuestión que resultaba una necesidad imperiosa<sup>4</sup> fundada en razones biológicas (menstruación, menopausia, *maternidad, lactancia*, etc.) pero principalmente culturales (pautas de socialización, experiencias vitales discriminatorias, *asunción de responsabilidades de cuidado de niños*) que llevan a un sufrimiento extraordinario a las mujeres en prisión (mayor exposición a la violencia intracarcelaria y a prácticas denigrantes, etc.), procura –precisamente– estatuirse en unas reglas tendientes a disminuir la discriminación y vulneración de derechos a que son sometidas las mujeres<sup>5 6 7</sup>.

- 3 Sus destinatarios principales son las autoridades penitenciarias y los organismos de justicia penal, tanto en instancias políticas, como del Ministerio Público, el Poder Judicial y los servicios de libertad condicional, que se ocupan de la administración de las sanciones no privativas de libertad y las medidas basadas en la comunidad (Observación 4).
- 4 Pat Carlen (“Women’s Imprisonment: An Introduction to the Bangkok Rules”. En *Revista Crítica Penal y Poder*, n°3, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, pág. 166 y ss., 2012: 149-150), señala que la demora en su consagración se debe a) a la relativamente escasa cantidad de mujeres prisioneras, b) al erróneo principio que sugiere que todo trato diferente a la mujer importaría afectar injustamente a los hombres detenidos y contrario al principio de igualdad, c) las mujeres en prisión son vistas con doblemente desviadas.
- 5 Carlen, ob. cit.: 150-153.
- 6 Para favorecer la concreción de la aplicación de las reglas, se prevé como complemento a los párrafos 46 a 55 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, la capacitación del personal penitenciario en todas las materias reseñadas (*R29, R33 a R35*) en igualdad de condiciones para el de carácter femenino (*Regla 32*), la vigencia de un compromiso claro y permanente de prevenir y eliminar la discriminación por razones de género contra el personal femenino por parte de las instancias superiores de la administración penitenciaria (*Regla 30*), que se deje traslucir en políticas y reglamentos sobre el comportamiento penitenciario para proteger a las reclusas de todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual (*Regla 31*).
- 7 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Penal Castro Castro vs. Perú” según sentencia del 25 de Noviembre de 2006, reconoció el impacto diferenciado de la privación de libertad en mujeres, al estipular que: “...La Corte supera así la miopía de un parámetro formal de igualdad y no discriminación, presuntamente neutral pero profundamente masculino, para dar pie a otro que reconoce las diferencias legítimas entre las personas y que demanda acciones positivas por parte del Estado...” (conf.

Dentro de su normativa, más allá de prestar especial atención a la vulnerabilidad de la mujer al momento del ingreso a prisión, se alude expresamente ‘a la posibilidad de contemplar y procurar organizar o solucionar su situación socio-familiar –en especial de sus hijos en condiciones favorables (R28)- que se ve desmembrada por su ingreso a prisión y es motivo de desajustes y padecimientos profundos (R2 y R3), y a la posibilidad de mantener el contacto con sus allegados y entorno (R26 y R43 a R46), acorde también con sus responsabilidades de cuidado de otras personas (R4), incluyéndose las visitas conyugales en igualdad de derechos (R27), la paulatina reincorporación al medio libre (R46) y la asistencia postpenitenciaria (R47).

También se contempla específicamente, la previsión de los dispositivos adecuados acorde a su condición de mujer para su higiene personal (R5)<sup>8</sup>, y la atención de su salud equivalente a la que se le prestaría en el exterior (R10), incluyendo la atención de salud mental (R12), VIH (R14) o uso indebido de drogas (R15), con reconocimientos médicos obligatorios para la determinación de sus necesidades (R6), especialmente si va acompañada de un niño –que obviamente incluye el caso de lactantes– (R48 a R50), a quien deberá garantizarse su atención en condiciones equivalentes al medio libre y adoptándose cualquier medida con extrema cautela y acorde con su interés superior (R9, R48, R51, R52).

La atención en salud, se extiende a la adecuada educación e información para la atención preventiva para los casos de suicidios y lesiones autoinfligidas (R16), VIH y enfermedades de transmisión sexual y sanguínea (R17), acceso a pruebas de Pap’s, detección de cáncer de mamas u otros

Nash-Sarmiento, Reseña de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 6 de Octubre de 2013, disponible en [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl). 2006: 128). Esta posición se ratificó en otros casos como “Gelman vs. Uruguay”, sent. del 24 de febrero de 2011, “Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela”, sent. del 6 de septiembre de 2012.

- 8 Al respecto, se ha comentado que: “..El fácil acceso a instalaciones sanitarias y de higiene personal, la eliminación segura de los artículos manchados de sangre, así como el suministro de artículos de higiene, tales como toallas sanitarias, son de particular importancia. Estos deben estar a disposición de las mujeres en condiciones en las que no necesitan estar avergonzadas de pedirlos (por ejemplo, dispensadas por otras mujeres o, mejor aún, accesible siempre que sea necesario). El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) considera que la falla en la satisfacción de tales necesidades básicas puede ser equivalente a un trato degradante...” (UNODC, 2009: comentario a Regla 5).

que afecten a la mujer (R18). En caso de haber resultado víctima de abuso sexual, se deberán garantizar sus derechos a la información, acceso a la justicia, asistencia jurídica, tratamiento médico y psicológico adecuado, resguardo y confidencialidad (R7), e igualmente en caso de otras situaciones abusivas (R25). En cualquier caso, se evitará afectar su integridad e intimidad, privilegiando la atención y tratamiento con personal femenino tanto en el caso de reconocimientos o atención médica (R10.2, R11) como registros personales (R19), acudiendo a métodos tecnológicos menos invasivos (R20), *máxime cuando se trata de los niños que las acompañan (R21)*.

En el campo sancionatorio y de medios coercitivos, se prohíbe el aislamiento o la segregación disciplinaria, *o coerción a mujeres embarazadas o con hijos o en período de lactancia (R22), y cualquier prohibición de contacto con sus familiares, especialmente los niños (R23)*. En particular, para las *Reclusas menores de edad*, las autoridades penitenciarias deberán adoptar medidas para satisfacer las necesidades de su protección (R36), con igualdad de acceso a la educación y a la formación profesional respecto de sus pares reclusos (R37), y a programas y servicios correspondientes a su edad y su género, como los de orientación sobre los problemas de abuso o violencia sexual; *educación sobre la atención de salud para la mujer e igual acceso al servicio de ginecología y atención en caso de estar embarazadas que las reclusas adultas (R38 y R39)*.

Por otra parte, no debe dejar de considerarse lo dictaminado por el Comité sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas en tanto sostuvo que: ‘Cuando la acusada tenga la responsabilidad de atender a su hijo, el Comité recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño (art. 3) y que ello se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena’<sup>9</sup>

9 Se aluda al Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales para los casos de Tailandia y Filipinas, citados en Monclus, Marta, “El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as” en Di Corleto, Julieta (Compiladora) Género y Justicia Penal. Buenos Aires: Didot, 2017 pág. 373.

### 3. NORMAS REGULADORAS DE LA SITUACIÓN DE DETENCIÓN EN EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

También la cuestión viene receptada en el orden nacional. Así, la regulación de la ley 24660 que ratifica expresamente la necesidad de organización de establecimientos separados para hombres y mujeres (art. 176), e impone el contacto exclusivo de las detenidas con personal penitenciario femenino (art. 190) –solo por excepción podrán desempeñarse varones en tareas específicas (190) e ingresar acompañado de personal femenino (191)- y que la dirección de los de mujeres de ser ejercida por personal femenino debidamente calificado (190), alude al problema.

En efecto, guiada por los principios de humanidad y dignidad de las penas, entre sus reglas estipula que los establecimientos *deben contar con dependencias especiales para las internas embarazadas y las que han dado a luz, y adoptar las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad* (art. 192).

A su vez, añade que *la detenida embarazada queda eximida de la obligación de trabajar y de toda modalidad de tratamiento incompatible con su estado* –45 días previos y posteriores al parto–, siendo que con posterioridad el tratamiento no podrá interferir con el cuidado a su hijo (art. 193).

En el campo de la mantención del orden institucional interno, se especifica que *no podrán ejecutarse sanciones disciplinarias que, a juicio médico, pueda afectar al hijo en gestación o lactante*, por lo que solo será formalmente asentada como antecedente de su comportamiento (art. 194).

En este sentido, su interpretación debe adecuarse a la normativa internacional antes aludida, es decir las mencionadas Reglas de Bangkok en tanto aportan mayor precisión y claridad al momento de la regulación del punto. En concreto, estas Reglas –como se anticipó– estipulan no solo que *no se aplicarán sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia* (R. 22), sino también que *las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños* (R. 23).

Como se analizará a continuación, también se admite la posibilidad de que las madres mantengan consigo a los hijos menores de cuatro años, y la de organizar en los establecimientos un jardín maternal con personal

calificado a cargo (art. 195). No obstante, debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 10 de este Código Penal y el 32 de la ley 24660 en relación a la posibilidad de detención domiciliaria para los casos de mujeres embarazadas o con hijos de menos de cinco años o discapacitados a su cargo, que seguidamente se analizará en el apartado final.

Con relación a estos casos, en forma reciente con fecha 11 de febrero de 2020, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad Social en la causa Internas de la Unidad nro. 31 SPF y otros s/ habeas corpus” resolvió confirmar la resolución de la Sala II del Tribunal de Casación Federal y de ese modo ratificar la vigencia de la percepción de la Asignación Universal por hijo para las recluidas.

Para ello, acudió a citar las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales efectuadas luego del examen del tercer informe presentado por Argentina como Estado parte, en las que destacó en el punto 20 la preocupación de “que los requisitos para recibir la Asignación Universal por Hijo establecida por ley, en la práctica excluyan a ciertos grupos, como los migrantes y sus hijos, del derecho a recibir la prestación”; instando al Estado “a que considere la posibilidad de adoptar todas las medidas que sean necesarias para ofrecer la cobertura de la Asignación Universal por Hijo sin restricciones, especialmente en el caso de grupos de personas marginadas y desfavorecidas, como los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular y los hijos de las personas privadas de libertad”.

Que entre sus fundamentos<sup>10</sup>, se evocó la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto estipula que los Estados parte deben tomar “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido

**10** Se dice también “que el artículo 6 de la ley 26.485, de Protección Integral a las Mujeres, define como violencia institucional a aquella realizada por las/los funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previsto en dicha ley, en tanto que, el decreto reglamentario 1011/2020 de dicha norma estipula, en su art. 9no, inc. u, que, a los efectos de la ley que se reglamenta, de conformidad con lo establecido en el art. 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la condición de mujer privada de libertad no puede ser valorada para la denegación o pérdida de planes sociales, subsidios, servicios o cualquier otro beneficio acordado al que tenga derecho a acceder, salvo disposición legal en contrario’.

contra toda forma de discriminación o castigo por causa de su condición, las actividades (...) o creencia de sus padres” y que se respete el derecho del niño a preservar sus relaciones de familia sin injerencias ilícitas (art. 8vo.) y al mismo tiempo, reclama que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas se atienda, como consideración primordial, el interés superior del niño y se les asegure la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, adoptando todas las medidas legislativas y/o administrativas que sean necesarias.

Por tanto concluyó la Corte que:

...a la luz de la normativa vigente cabe concluir que la denegación de los beneficios en cuestión ha constituido efectivamente un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad porque ha importado empeorar el estado de las mujeres madres, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos, pese a que las normas y principalmente las que integran el bloque de constitucionalidad establecen, como uno de los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, el principio de no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayormente vulnerables...

#### 4. LA REGULACIÓN DE LA PENA ALTERNATIVA DE RECLUSIÓN O PRISIÓN DOMICILIARIA EN EL CÓDIGO PENAL

El código penal argentino regula como de forma penalidad alternativa la de la reclusión o prisión domiciliaria en su artículo 10.

Este artículo resulta, en términos generales, expresión del denominado “*principio de humanidad de las penas*” que importa la proscripción estricta de ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (PIDCP: 10.1; CADH: 5.2.2.; Conv. c/Tortura, 16.1), receptando diversos supuestos en los que la condición de salud, discapacidad, maternidad o resguardo del interés superior del niño, emergen por encima del principio de igualdad ante la ley en la ejecución del castigo penal<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> En el debate parlamentario los diputados Marcela Rodríguez y Emilio García Méndez entendieron que: “...nuestro ordenamiento jurídico impide que prevalezca el interés general

A su vez, la prisión domiciliaria se encuentra prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad –Reglas de Tokio– (5.1., 8.2.k), y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado<sup>12</sup>.

En este sentido, se trata de una modalidad alternativa atenuada de cumplimiento y ejecución de las penas privativas de la libertad que supone una afección limitativa de menor intensidad acorde con la situación particular que presenta la persona condenada, y no una reacción penal sustitutiva del encierro carcelario. Aún así, al preverse expresamente en el Código Penal para casos puntuales, puede ser impuesta en la misma sentencia que dispone la condena del imputado o bien con carácter ulterior en el curso de su ejecución<sup>13</sup>. Por tanto, tratándose de un modo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad que no importa suspender ni diferir su ejecución, el tiempo transcurrido bajo el régimen de detención domiciliaria se computa como efectivo cumplimiento de la condena<sup>14</sup>.

En el marco de la regulación prevista por la ley 24660 en su artículo 32 –la que resulta concordante con este artículo 10-<sup>15</sup>, los casos contemplados se prevén dentro de los supuestos de *“Alternativas para Situaciones*

de la sociedad en reprimir ciertos delitos con la pena privativa de la libertad en un establecimiento carcelario, cuando ello trae aparejado la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad de los condenados o procesados. Esto no implica eliminar todo reproche penal en tales casos, sino que la sanción punitiva se cumpla en el domicilio, de forma tal que no constituya un trato inhumano, o degradante de la persona que sufra una enfermedad o discapacidad grave...”, (expte. 4820-D-2006, citado en Zaffaroni –director– Código Penal y normas complementarias, N° 15. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016: pág. 285).

<sup>12</sup> Ver al respecto, Freedman, D., “Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales”, en Bertolino, P. y Ziffer, P. (dir.), Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, v. 10, Buenos Aires, Abeledo Perrot, octubre de 2010, p. 1919.

<sup>13</sup> Cfr. Arocena, G.A.- Cesano, J.D., *La prisión domiciliaria*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 27, aunque en contra de esta postura en pág. 28, relegando la competencia exclusivamente al Juez de Ejecución con referencias a fallos del Superior Tribunal de Córdoba (“Pompas”, 22/6/00 y “Docampo Sariego”, 2/4/03).

<sup>14</sup> Conf. D’Alessio, A.J. (director) *Código Penal de la Nación*, comentado y anotado. 2ª ed. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011: pág. 81.

<sup>15</sup> Texto según ley 26.472.

*Especiales*”, según el título del Capítulo II de su Sección Tercera. Por ende, no es un instituto ligado al régimen progresivo que dependa de valoraciones conductuales respecto del condenado<sup>16</sup>, sino de la contemplación de ciertos casos extraordinarios o excepcionales en los cuales se realiza una ponderación de principios constitucionales.

Si bien estas medidas alternativas no resultan la panacea, son una herramienta sub-utilizada frente a la prisión y una respuesta probablemente más proporcional y eficaz ante el contexto de las mujeres, especialmente su historial de victimización y su rol de cuidadoras y los delitos por los que son acusadas<sup>17</sup>.

No se albergan dudas en relación a que supone la consagración de un derecho de la persona condenada, siempre que se presenten los requisitos legales y en el caso concreto la situación excepcional que privilegia el sentido de humanidad de las penas<sup>18</sup>. De este modo, la expresión “podrán, a criterio del juez competente” no implica que la decisión quede al exclusivo arbitrio del decisor, sino que su examen radica en verificar la presencia de las hipótesis fácticas que contempla la norma y la inhumanidad de su ejecución, para conceder el derecho respectivo<sup>19</sup>.

Así, puede afirmarse la presencia de dos requisitos:

- a) desde el punto de vista formal, el supuesto específico contemplado en la ley;
- b) desde el punto de vista material: la situación de inhumanidad que derivaría de la ejecución de la penalidad en un establecimiento

<sup>16</sup> Conf. López, A. –Machado, R. *Análisis del régimen de ejecución penal*. Ed. Di Placido, Buenos Aires, 2004, pág. 150 Arocena-Cesano, ob. cit.: pág. 33.

<sup>17</sup> Así lo considera Corina Giacomello, quien en alusión a las Reglas de Bankgog menciona que: “...son enfáticas en sus recomendaciones, especialmente en lo pertinente a las mujeres madres y embarazadas, y a la necesidad de que las medidas alternativas coadyuven a atender, y modificar, las condiciones que a menudo subyacen los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres...” (“Mujeres privadas de libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal” en Di Corleto, Julieta (Compiladora) *Género y Justicia Penal*. Buenos Aires: Didot, 2017: pág. 366).

<sup>18</sup> D’Alessio (director) (ob. cit.: 91) indica que se trata de enfocar desde el punto de vista constitucional acorde a las exigencias del principio republicano de gobierno (CN, 1).

<sup>19</sup> Zaffaroni et al. (ob. cit. : 909) consideran que la expresión legal debe entenderse como sometida a un criterio valorativo que debe ajustar el caso a la tutela del derecho a la salud, de protección constitucional y legal.

carcelario, sea por su contenido extraordinariamente afflictivo para el sujeto pasivo (enfermedad, discapacidad, ancianidad) o por su trascendencia a personas especialmente vulnerables resguardadas por un interés superior (maternidad, niñez).

Los casos receptados actualmente en la ley son los siguientes<sup>20</sup>:

ARTICULO 10. Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Así es que los incisos a) y b) se refieren a casos de enfermedad del condenado, el c) a supuestos de condición de discapacidad del detenido, el d) al caso de quien resulte mayor de setenta años y en tanto que los incisos e y f) se refieren precisamente a los supuestos en estudio.

INCISO E): Mujer embarazada:

La referencia a la mujer embarazada, se sustenta también en el principio de humanidad de las penas, acorde con la condición de alta vulnerabilidad

<sup>20</sup> Previo a la reforma de la ley 26472, del 20 de Enero de 2009, se restringía la procedencia del instituto a los supuestos de *mujeres honestas, personas mayores de sesenta años y valetudinarios*, aunque la ley de ejecución penal 24660 ya preveía una modificación de esos supuestos a los casos de *mayores de setenta años o a quien padezca una enfermedad incurable en período terminal*.

que significa para la mujer su estancia en un establecimiento penitenciario cuando se encuentra cursando un embarazo. Igualmente, este principio se proyecta también sobre la persona por nacer, en razón del factor de riesgo que constituye la permanencia en un centro de detención.

Esta doble protección goza de rango constitucional acorde con la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (CN 75 inc. 22, PIDCP, 10.2; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer –CEDAW–, 12; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belén do Pará–, 9; Convención sobre los Derechos del Niño, 24 inc. d)<sup>21</sup>. En particular, se atiende al ya mencionado principio de intrascendencia de la pena (CADH, 5.3.) teniendo en consideración su eventual proyección sobre el nonato, en tanto la permanencia en la cárcel de la madre gestante podría traer complicaciones respecto del *nasciturus*<sup>22</sup>.

Se requiere la acreditación médica del estado objetivo contemplado por la ley como así también que se determine en el caso concreto –por el grado de desarrollo, problemas durante la gestión o dificultades infraestructurales o de adecuada atención, alimentación, etc.- el carácter inhumano, cruel o degradante que torne necesaria la prisión domiciliaria. En este sentido, es reconocido que las mujeres privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en razón de su género, posición potenciada en los casos de embarazo, en función de sus necesidades y requerimientos específicos<sup>23</sup>.

Así las cosas, resulta obligación del Estado adoptar medidas específicas para proteger a este grupo, garantizar servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el posparto (CEDAW, 12.2; Observación General n° 18 del Comité de Derechos Humanos, ONU, 29/3/2000), previsión que puede fundar adecuadamente la necesidad de acudir a la detención

21 Un argumento particular le otorga Néstor Solari derivándolo del art. 75 inciso 23 segundo párrafo de la Constitución Nacional cuando establece que el Congreso deberá: “...dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia...”.-

22 Conf. Arocena-Cesano (ob. cit.: 93).

23 Así lo destaca el prólogo de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las Reclusas y para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok).

domiciliaria<sup>2425</sup>. En este sentido, específicamente la Regla de Bangkok 64, estipula que *cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y mujeres que tengan niños a cargo.*

INCISO F) *La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.*

Este instituto plantea la cuestión del castigo cruel, inhumano o degradante desde la perspectiva de la trascendencia de la penalidad sobre niños menores de cinco años<sup>26</sup> o personas discapacitadas quienes quedan expuestos sin la persona que los tiene a su cargo. Rigen por tanto, las

24 Un enfoque desde la perspectiva de los derechos reproductivos que comprenden también "...el acceso a servicios de salud que garanticen una maternidad segura –libre de riesgos en los períodos de gestación, parto y lactancia–, además de la brindar las máximas posibilidades de tener hijos/as sanos mediante la satisfacción de sus necesidades físicas, emocionales, educativas y sociales...", en Picco, V. "El arresto domiciliario y la protección de los derechos reproductivos de las mujeres privadas de libertad" en *Algunas propuestas para el ejercicio de la defensa durante la ejecución de la pena*. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2015, págs. 315-338.-

25 A su vez, la autora propicia una interpretación ajustada a los principios de legalidad, razonabilidad, excepcionalidad y pro persona con el fin de acotar la discrecionalidad del dispositivo legal. En esa dirección destaca jurisprudencia relevante como la emanada de la Sala II de la Cámara Federal de Casación en el caso "Álvarez Contreras, F." del 20/9/2013 en el que consideró que ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario; o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fernández, A.M." en resolución revocatoria de 29/5/2013, con remisión a los argumentos de la Procuración General de la Nación (Picco, ob. cit.: 332-334). Así, se expresa en tal dictamen que el tribunal debía conceder el arresto domiciliario si era la mejor solución para proteger los derechos del niño, y solo rechazarlo "si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella" porque "crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños".

26 Arocena-Cesano (ob. cit.: 95) destacan que en el debate parlamentario la Diputada Diana Conti justificó su propuesta sosteniendo que la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente y que el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños (Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, O.D. n° 1261 del 6/11/2006: pág. 5.

normas internacionales ya citadas en torno al *principio de intrascendencia de la pena* (CADH, 5.3.; CDNiño, 9.1, 18, 19, 23, 24 y 31; y Conv. sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 1).

En relación al caso de la *madre con un niño menor de cinco años*, se pretenden preservar los derechos del niño a no ser separado de sus padres<sup>27</sup> y a la preservación de las relaciones familiares<sup>28</sup>, incluida desde una perspectiva de género la posición de la madre<sup>29</sup> e incluso el derecho a ser oído de modo de poder activar los mecanismos para que los jueces antes de tomar una decisión puedan conocer la opinión de los niños involucrados (CDN, 12)<sup>30</sup>.

En sentido concordante con la interpretación propuesta para los institutos aquí regulados, no solo deberá acreditarse el requisito objetivo de contar con una hija o hijo menor de cinco (5) años, sino que deberá ponderarse la afectación en concreto a los derechos del niño<sup>31</sup>.

27 Al respecto se sostiene que “...un vínculo estable, seguro y sólido entre la madre y el niño durante su primera infancia...influye sensiblemente en la capacidad del menor para establecer relaciones afectivas sanas a lo largo de su vida, pues las interacciones madre-niño influyen en el desarrollo socio-emocional y en la conducta actual y futura del infante. ... Es que en dicha etapa se produce el mayor desarrollo neuronal del niño, a la vez que se determinan capacidades para las relaciones vinculares y afectivas que en posteriores etapas de la vida le será muy difícil construir, y se forjan las habilidades básicas para el lenguaje y la motricidad tanto fina como gruesa...”. (conf. Arocena-Cesano, ob. cit.: págs. 100-101 )

28 La separación del niño de su familiar debe ser considerada como medida de último recurso y por el menor tiempo posible (conf. Corte IDH en OC-17, caso “Fornerón e Hija v. Argentina”, sent. Del 27/4/2012 párr. 116), por ejemplo para los casos graves y excepcionales en que los niños sean víctimas directas o indirectas de las conductas por los que los adultos fueron condenados (conf. Sansone, V. “Arresto domiciliario. Casos no comprendidos en la ley” en *Algunas propuestas para el ejercicio de la defensa durante la ejecución de la pena*. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2015, págs. 299-313).

29 Conf. Naredo Molero, María (1999), “Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.): *La cárcel en España en el fin del milenio*, Barcelona, M.J. Bosch.

30 En esta dirección, en D’Alessio (director) ob. cit.: pág. 112, se destaca la jurisprudencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que fomento la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces para alegar objetivamente sobre la atención al interés del niño en el caso concreto (Caso “Teomanópulos, L.” del 9/3/2009).

31 Desde esta perspectiva, parece más que razonable la jurisprudencia invocada en D’Alessio (-director-, ob. cit.: pág. 114) que ha denegado la prisión domiciliaria en el caso de una madre que había sido condenada por el homicidio de uno de sus hijos, destacándose

A su vez, en razón de las finalidades superiores que guían el instituto, es recomendable una interpretación amplia del requisito de edad que lo estime meramente orientativo, admitiendo la aplicación de la norma aún cuando los niños involucrados lo hayan superado<sup>32</sup> cuando la vulneración de su interés y derechos sea palmaria en el caso<sup>33</sup>.

Así lo ha dicho la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>34</sup>: "... Teniendo en miras, el interés superior del niño y el principio *pro homine*, el límite legal de cinco años previsto por el art. 32 inc. f) de la ley 24660 debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse *ex ante* en forma automática para todos los casos, pues claro está que un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario..."

Incluso cuando ese requisito etario sea alcanzado durante la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a la madre, permitiendo –en principio– que cumpla el resto de la condena bajo el régimen de prisión domiciliaria.

La expresión madre importa *prima facie* restricciones a las definiciones legales contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación que admite tanto vínculo consanguíneo ascendente de primer grado, el de adopción o el derivado de la utilización por técnicas de reproducción asistida (arts.

que el interés superior del niño no se identifica necesariamente con la convivencia materno-filiar (Tribunal Superior de Córdoba, Sala Penal, 6/3/2008 "Peralta"). Igualmente Arocena-Cesano, citan el caso de ese TSC del 22/12/2009 "Salguero, M.R." en el que se ratificó que el interés superior del niño no se equipara, necesariamente, con convivencia materno filial. (ob. cit. 112-113).

**32** En este sentido, debe tenerse en consideración la incerteza de la duración de la primera infancia que, aunque algunos la sitúan en la edad de cinco años, por ejemplo el Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha propuesto como definición de trabajo de la primera infancia el período comprendido hasta los ocho años de edad (Observación General n° 7, del 2005); o la Organización Mundial de la Salud también lo ha situado hasta los ocho años (conf. Arocena-Cesano, ob. cit. págs. 100-101 y 103-104).

**33** En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (Sala A, causas 59013 en resolución del 3/3/2009) ha concedido la detención domiciliaria a la madre de una niña que ya contaba con cinco años, valorando la situación de desamparo a la que había quedado sometida la niña –que se encontraba momentáneamente a cargo de una empleada doméstica– en tanto sus familiares residían en un país lejano (cit. en D'Alessio, ob. cit. pág. 113, nota 174).

**34** Sentencia del 17/9/2013, publicada en LL, 2013-F-399, citado en Zaffaroni, E. R. (director) Código Penal Comentado, Buenos Aires: Hammurabi. pág. 319.

533, 558 y 562). La consecuencia de una interpretación literal de la norma importaría la exclusión del padre del núcleo de destinatarios posibles de la modalidad de cumplimiento de pena domiciliar.

En suma, la detención domiciliaria resulta una alternativa necesaria que permite a) reconocer la afectación diferenciada que sufren las mujeres privadas de la libertad; b) compensar, aliviar y hacer menos gravosas las consecuencias que ocasionan los procesos penales; y c) brindar una protección adecuada a los niños y niñas que se encuentran bajo el cuidado de aquellas.<sup>35</sup>

Finalmente y aunque el ámbito penitenciario no es el propicio para el crecimiento de los infantes en sus primeros años de vida<sup>36</sup>, para los casos excepcionales<sup>37</sup> de improcedencia de la detención domiciliaria, la ley de ejecución de la pena privativa de libertad prevé la posibilidad de que los niños de hasta cuatro años de edad convivan en el establecimiento penitenciario con su madre condenada (art. 195), sin perjuicio que al cumplirse la edad fijada, si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del hijo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda (art. 196).

Para culminar es menester señalar que un estudio más abarcativo del funcionamiento del instituto, merece otras aclaraciones adicionales.

En primer lugar que, a diferencia de otros institutos punitivos como la libertad condicional (vgr. art. 14 del CP) u otros que admiten egresos anticipados en la etapa de ejecución de la pena (56 bis de la ley 24660), *no*

**35** Estas son las conclusiones de Valeria Picco, quien a su vez, cita el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado el 30/12/2013, que en su párrafo 216 señaló: "...las autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad..." (ob. cit. 331); lo que resulta relevante igualmente para los casos de condenadas.

**36** Así se afirma en D'Alessio (director) ob. cit: pág. 112 con cita de una trabajo de Turano (ver nota 168).

**37** En este sentido, Di Corleto, J./Monclús Masó, M., (2009), "El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años", en Anitua, G.I. y Tedesco, I. (eds.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Del Puerto.

*existen exclusiones fundadas en el tipo de delito por el cual la persona ha sido condenada, lo cual resulta lógico con su carácter excepcional fundado en razones humanitarias.*

No obstante, la reforma legal en el párrafo 4to del artículo 33 de la ley 24600 provocada por la ley 26813, exige para los casos de condenados por delitos contra la integridad sexual previstos en los artículos 119 2º y 3er párr., 120, 124 y 125 del Código Penal, la producción de un informe de un equipo técnico especializado (cfr. art. 185 inciso f de la ley 24660) y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, que deberán evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno, quien podrá proponer peritos de parte a su cargo y a ese fin. El sentido de esta reforma se ha basado en un intento de respuesta legislativa al supuesto reclamo popular<sup>38</sup> y en una concepción criminológica de irreversibilidad de un agresor sexual masculino que resulta problemática, difícil de generalizar y de compatibilizar con un esquema constitucional que prohíbe las consideraciones de derecho penal autor (CN, 19). Amén de ello, aparecen objeciones prácticas a su aplicación como la falta de funcionamiento de los equipos interdisciplinarios, o la ambigüedad patente del contenido concreto de esos informes<sup>39</sup>. Pero en todo caso, no aparece como el blanco concreto de esa intervención una detenida mujer por lo que difícilmente pueda aparecer como un obstáculo el tipo de delito, más allá de las obvias consideraciones que deban efectuarse en cada caso de acuerdo con el principio del interés superior del niño.

Por otra parte, la ley no contempla obstáculos explícitos para que las personas que se encuentran cumpliendo una penalidad en detención domiciliaria puedan *acceder* –acreditados los requisitos temporales que correspondan– a *institutos* como la libertad condicional o aquellos que dependen de la progresividad del régimen penitenciario, como las salidas transitorias o la libertad asistida<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Al punto que se la ha denominado con el nombre de una víctima de un delito de estas características.

<sup>39</sup> Cfr. López-Machado (ob. cit.: 127).

<sup>40</sup> López-Machado (ob. cit.: 167) consideran que aunque la ley no lo prevea expresamente, esta solución es procedente en tanto que si la prisión domiciliaria implica verdadero y efectivo encierro, nada obsta a que dicho estado de detención pueda cesar mediante la aplicación de estos institutos. En este sentido, afirman que teniendo en consideración

En cuanto al trámite, con la reciente ley 27372 de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, las víctimas<sup>41</sup> tienen derecho a ser informadas y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente ante el juez de ejecución o competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada al régimen de prisión domiciliaria<sup>42</sup>, si así lo hubiera expresado frente al Tribunal de Juicio al momento del dictado de la sentencia condenatoria (art. 12).

Desde otra perspectiva, cabe consignar que las personas enmarcadas en los casos aludidos, aún cuando estén cumpliendo penas por hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma legislativa tienen derecho a acceder al instituto en función del principio de *ley penal más benigna* contenido en el artículo 2 del Código Penal<sup>43</sup>.

En relación a la *supervisión* de la institución, el artículo 33 de la ley mencionada 24660 –según reforma de la ley 26.472– faculta al juez a disponer, si lo considera conveniente, la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, excluyendo expresamente para asumir esa carga a los organismos policiales o de seguridad.

En cuanto a la posibilidad de *revocación* de la detención domiciliaria, si bien el texto del Código Penal no lo contempla expresamente, en el artículo 34 de la ley 24660<sup>44</sup> se estipula que el juez de ejecución o competente la revocará en dos supuestos específicos: a) cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado; o b) cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren.

que el condenado se encuentra fuera del ámbito carcelario, solo puede exigírsele el cumplimiento del requisito relativo al plazo de detención.

41 A efectos de la ley se consideran víctimas a: la persona ofendida directamente por el delito; o al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieran tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos. (conf. art. 2).

42 También se incluyen los supuestos de salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, prisión discontinua o semidetención, o régimen preparatorio para su liberación (art. 12), pudiendo adoptarse medidas de resguardo en su caso.

43 D'Alessio, ob. cit.: 89 y 90: citando al respecto jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: Sala I: "Pereyra, C." del 17/3/2009; Sala II: "Sánchez, M." del 2/4/2009.

44 Debe recordarse que la ley 24660 debe ser considerada ley complementaria del Código Penal, tal como lo estipula su artículo 229.

No obstante la ambigüedad interpretativa que pueden generar estos supuestos legales –especialmente el segundo– en todo caso y teniendo en consideración que el sentido del instituto está relacionado con causas humanitarias, debe acudir a esta medida extrema en casos excepcionales, siempre respetando el interés superior del niño. En este sentido, conviene aclarar que la revocación de la prisión domiciliaria no significa en todo caso la remisión al encierro en establecimiento carcelario, sino que la propia legislación ejecutiva contiene como solución la viabilidad de la ejecución bajo modalidades alternativas como la prisión discontinua o la semidetención (art. 35 de la ley 24660).

Aún así, la modalidad de cumplimiento de la sanción en detención domiciliaria, podría cesar también en los supuestos de los incisos a) y e) o f), si el motivo objetivo que tornaba su ejecución carcelaria en inhumana, cruel o degradante no se mantiene vigente, todo lo cual debe ser examinado judicialmente caso a caso, con carácter eminentemente restrictivo y al amparo de los principios constitucionales ya referidos que, en modo alguno, pueden quedar vulnerados con el cese de la modalidad domiciliaria.

## 5. EL RECONOCIMIENTO RECIENTE DE LA GRAVEDAD DE LA PROBLEMÁTICA EN INTERVENCIONES DE ÓRGANOS JUDICIALES RELEVANTES

Desde la óptica del poder judicial, es necesario destacar que en forma reciente la agudización del tema en cuestión, ha llevado a la intervención de organismos jurisdiccionales de relevancia tanto en el orden local como federal.

Por un lado, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha sido la encargada del dictado de una norma práctica en el asunto, por Resolución 3342-19<sup>45</sup>.

Así, con fecha 11 de Diciembre del año 2019, y en función de la petición efectuada por el Sr. Defensor ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires Dr. Mario Coriolano en el marco de las actuaciones SDH 23/14, se dictó la correspondiente norma práctica en los términos del

<sup>45</sup> Suscripta por los Jueces Eduardo Néstor de Lazzari, Daniel Fernando Soria, Luis Esteban Genoud, Hilda Kogan, Eduardo Julio Pettigiani y Sergio Gabriel Torres.

artículo 5 del Código Procesal Penal de la Provincia y para la aplicación de los artículos 159, 163 y 165 de ese código.

La petición del defensor se sustentó en que la problemática de la morigeración de la prisión preventiva bajo la forma de arresto domiciliario con monitoreo electrónico recibe un deficitario abordaje en tanto para resolver se prescinde de perspectiva de género como del respeto al interés superior del niño, acorde con su particular situación de vulnerabilidad social.

En concreto, se fijó que los órganos jurisdiccionales intervinientes al resolver sobre la coerción personal en relación a casos en que se encuentren imputadas mujeres embarazadas y/o con hijos o hijas menores de 5 años, deberán hacer constar explícitamente en la decisión judicial:

- Si se trata de un caso que involucra mujeres embarazadas y/o con hijos o hijas menores de 5 años.
- Motivar, con suficientes fundamentos de hecho y de derecho, la decisión sobre la alternativa, morigeración o atenuación o prisión domiciliaria, para poder conocer las razones por las cuales se brinda –y especialmente en caso de deniega– a la mujer el trato más favorable previsto por el sistema jurídico.
- Tener en cuenta la situación de la víctima tal como lo consagra el art. 86 inc. 2 del CPP
- Disponer, si corresponde, la intervención de los órganos del Poder Ejecutivo competentes a fin de proveer de asistencia a las mujeres y sus hijos e hijas en situación de vulnerabilidad y apoyarlas en las dificultades prácticas que enfrentan fuera de las instituciones de encierro
- Si se tratara del retorno de la mujer al domicilio que hubiera sido el lugar del delito y de hipótesis en las que aquellas pudieran constituir el eslabón más débil en el contexto de una estructura de crimen organizado, se requerirá al poder administrador que se adopten las medidas necesarias para evitar la reiteración.

Por su parte, la Cámara Federal de Casación Penal, con fecha 9 de Marzo de 2020 dictó la Acordada 2/20 por la cual recomienda a los jueces y juezas bajo su superintendencia que, en la oportunidad legal correspondiente, tengan en cuenta las consideraciones de esa Cámara respecto de las

mujeres embarazadas y/o privadas de la libertad con sus hijas o hijos que se encuentran en contexto de encierro; de conformidad con las particularidades de cada caso a fin de cumplir con los estándares internacionales en materia de tutela de mujeres, niños y niñas especialmente en el contexto actual de emergencia penitenciaria formalmente declarada.

Entre las consideraciones a las que se alude se destacan las siguientes. Por un lado, se deja establecido con relación a la problemática, que la situación actual de encierro en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal, dadas las condiciones de emergencia carcelaria (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APN-MJ, del 25 de Marzo de 2019)<sup>46</sup> <sup>47</sup>, constituye un tema *HUMANITARIO Y PRIORITARIO* que involucra dos colectivos vulnerables<sup>48</sup>.

Se añade que, no obstante la posibilidad incorporada por ley 26472 al régimen de detención domiciliaria del artículo 10 del Código Penal, se advierte la permanencia de mujeres en estado de gravidez y de niños y niñas que continúan viviendo en prisión junto a sus madres<sup>49</sup>, lo que merece una

<sup>46</sup> Por otro lado, se centra en las condiciones de detención, para afirmar que las mujeres detenidas en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal pueden enfrentar dificultades para acceder a los derechos de salud e higiene, alimentación, educación y vínculos personales, debido a la falta de suministros y a las deficiencias de infraestructura propias del sistema penitenciario, todo lo cual muestra que la cárcel no resulta un ambiente propicio para el desarrollo satisfactorio de un embarazo o la crianza de los niños. Identifica como principales problemáticas las deficientes condiciones materiales de alojamiento, problemas de infraestructura las dificultades en el acceso a la atención médica de mujeres y sus hijos, falta de guardias obstétricas y pediátricas continuas, las malas condiciones en que se realizan los traslados, las requisas vejatorias, y el aislamiento en el que llevan adelante sus maternidades en función de falta de contacto familiar y social.

<sup>47</sup> Se basa en el informe de la Procuración Penitenciaria “Mujeres embarazadas y/o que conviven con sus hijos/as en prisión. Informe de situación”, Equipo de Género y Diversidad Sexual. Febrero 2020.

<sup>48</sup> Se alude a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia del 15 de Septiembre de 2005, párr. 175, y en relación a la situación de detención el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 126).

<sup>49</sup> Se apoya en los datos estadísticos del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) que a diciembre de 2018 se encontraban detenidas 1092 mujeres en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal (8, 02% del total de la población penitenciaria), de las cuales 36 se encontraban alojadas en cohabitación con sus hijos e hijas menores de cuatro años. Asimismo, aporta los datos más recientes de febrero de 2020 del Departamento de Estadística, Censo e Investigación Operativa del Servicio

especial atención a los fines de cumplir con los estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos (cf. Art. 75 inc. 22 de la CN)<sup>50</sup>.

En particular, la Cámara de Casación, funda su posición en diversas referencias normativas y recomendaciones. Desde el plano normativo, además de las Reglas de Bangkok citadas previamente (R 49, 51.1, 52, 64), se asienta en lo estipulado en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto establece la obligación de los Estados de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en resguardo del interés superior del niño. Así también, invoca lo dictaminado en la Opinión Consultiva 17/2002, del 28 de Agosto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto "... el niño debe permanecer en su núcleo familiar salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia...". Con relación a la perspectiva de género, recurre a los estándares de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que establece que los Estados partes deberán garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación

Penitenciario Federal, que informaba a esa fecha la presencia de 996 mujeres alojadas en las Unidades de ese SPF, de las cuales 21 lo hacían junto con sus hijos e hijas, en tanto que 4 de ellas se encontraban cursando un embarazo. De los casos de detenciones en la Unidad 31 de Ezeiza, 12 mujeres se encontraban en calidad de procesadas y 6 de penadas, en tanto que 9 eran de nacionalidad argentina y 9 extranjeras. Por otra parte, de los casos del Complejo Penitenciario Federal III, 3 estaban en condición de procesadas y 5 con condena firme, en tanto que 3 son argentinas y 5 de otras nacionalidades.

**50** Con relación a ese estándar, se cita lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Furlán vs. Argentina" (sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134) en cuanto ha dicho que: "...toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...".

y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos (art. 5). Para el caso de aquellas detenidas extranjeras, la Cámara indique se debe abordar su situación desde una perspectiva específica que impone la necesidad de aplicar los principios del derecho humanitario y el interés superior del niño en la interpretación de la ley de Política Migratoria.

Entre las recomendaciones tiene en cuenta el Informe de Naciones Unidas *“Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas” de Laurel Townhead*<sup>51</sup> que insta a los Estados a revisar el uso que hacen de la prisión preventiva y garantizar que el interés superior del niño sea considerado al detener o encarcelar a su madre y pensar seriamente en el costo social del uso cada vez más difundido de aplicar penas de encierro a mujeres por delitos no violentos y considerar sentencias alternativas sin privación de la libertad para infractores no violentos, procesos jurídicos reparativos, sentencias de orden comunitario, libertad condicional y suspensión de la sentencia, y medidas alternativas a la prisión preventiva y/o arrestos domiciliarios. También considera la recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW al Estado Argentino<sup>52</sup>, en cuanto exhorta a que adopte medidas para limitar el uso de la detención preventiva de mujeres, entre otras cosas, ampliando el recurso a medidas cautelares y que proporcione alternativas a la detención para las mujeres embarazadas y las madres con niños de corta edad, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Con esos presupuestos postula el estudio judicial de cada caso, garantizando el derecho a ser oído y aplicando en forma estricta la aplicación de un enfoque consistente con el interés superior del niño para el análisis de procedencia de medidas alternativas y morigeradas, del arresto domiciliario, de los institutos liberatorios de la ley 24660 y de la Ley de Política Migratoria en su caso.

La última consideración es la relativa a las condiciones efectivas en que se cumplen las medidas alternativas, en las que se han verificado obstáculos para cumplir con las reglas judiciales de permanencia en el domicilio

51 De Abril de 2006, Quaker United Nations Office.

52 Cfr. CEDAW/C/ARG/CO/7 del 27 de noviembre de 2016.

frente a la necesidad de obtener trabajo remunerado, formación educativa, programas sociales, mantener la vivienda en condiciones dignas y cumplir con las exigencias de cuidado diario de sus hijas e hijos<sup>53</sup>.

## 6. LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE DIFERENCIADO: UN TEMA EN LA AGENDA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Para culminar el presente estudio introductorio, remarcar la instalación del tema en la agenda de derechos humanos a través de la petición de Opinión Consultiva que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le ha hecho a la Corte IDH con fecha 25 de Noviembre de 2019 sobre “Enfoques diferenciados en Materia de Personas Privadas de Libertad” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos del artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En concreto se pide que la Corte realice una interpretación conjunta de varias normas interamericanas sobre las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad a fin de enfrentar la situación de desigualdad real de grupos en situación especial de riesgo.

Se afirma en la petición que existen grupos que son sometidos a una discriminación y exclusión histórica –debido a distintos motivos, tales como la edad, sexo, género, etnia, orientación sexual, e identidad y expresión de género– que les impide ejercer sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas. Por esa razón se afirma que padecen un riesgo mayor de ser víctima de impactos diferenciados perjudiciales de normas o prácticas que, aunque tengan apariencia neutral y no tengan intención discriminatoria, sí lo son por sus efectos (pág. 4)<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. Documentos de la Defensoría General de la Nación (Punición y Maternidad: Acceso al arresto domiciliario, 2015) y de la Procuración Penitenciaria (Mujeres embarazadas y/o que conviven con sus hijos/as en prisión. Informe de situación. Equipo de Género y Diversidad Sexual, Febrero, 2020).

<sup>54</sup> Se cita a la Corte IDH en su uso del concepto de *discriminación indirecta e impacto diferenciado*: “...El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.

En particular se alude a (i) mujeres embarazadas, en período posparto y lactantes; (ii) personas LGTB, (iii) indígenas, (iv) mayores y (v) niños y niñas que viven con sus madres en prisión, por el impacto desproporcionado ocasionado por la falta de protección diferenciada. Se consideran igualmente en situación de riesgo al grupo de (vi) mujeres privadas de libertad en general, y a las (vii) personas con discapacidad, colectivos sobre los cuales, sin embargo la Corte IDH ya ha fijado estándares en casos como *Penal Castro Castro vs. Perú*, y *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*, respectivamente; o a los (viii) adolescentes sobre los que tendrá oportunidad de fijarlo en un caso en trámite: *Jose Gregorio Abarullo y otros vs. Venezuela*.

En ese sentido, se requiere que, a fin que los Estados cumplan con su deber especial de protección de las personas bajo su custodia, –y en particular, que garanticen el principio de igualdad y no discriminación–, se adopten medidas que respondan a un enfoque diferenciado que considere esas condiciones de vulnerabilidad particulares y los factores que pueden incrementar el riesgo de actos de violencia y discriminación en contextos de encarcelamiento para aquellas categorías, tomando en consideración asimismo la frecuente interseccionalidad de los factores aludidos<sup>55</sup>.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, en la petición la Comisión indica que en el caso de las *mujeres embarazadas* las principales afectaciones a las que se enfrentan en el contexto de privación de libertad resultan la escasa cantidad de alimentos y la inadecuada nutrición, la falta de

*El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de discriminación directa. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas...*” (Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de Noviembre de 2012, Serie C Nro. 257, Párr. 286, citando caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia del 24 de Octubre de 2012, Serie C Nro. 251, párr. 234).

<sup>55</sup> Sobre el origen y alcance de este concepto, Crenshaw, Kimberlé W., “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”. *Stanford Law Review*, 43 (6), 1991: págs.. 1.241-1.299. Su aplicación al análisis de un caso en el contexto local en Magliano, M.J. – Ferreccio, V. “Interseccionalidades que condenan: gestos coloniales en el sistema judicial argentino” en *Revista Crítica Penal y Poder*, del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, no 13, Octubre, 2017: pp. 112-127

acceso a vestimenta acorde que favorezca la prevención de accidentes, la colocación de grilletes o esposas durante los traslados<sup>56</sup>, la escasa y desactualizada información sobre su situación, la falta de atención en salud que resulte especializada durante la gestación y para el caso de complicaciones asociadas al embarazo, escasos controles médicos prenatales, entre otros; todo lo cual puede conllevar graves consecuencias como riesgo de abortos espontáneos, muerte fetal y embarazos ectópicos (pág. 8). Con respecto a la labor de parto se señalan como factores de riesgo relevantes la falta de reconocimiento del personal médico penitenciario y de asistencia especializada, las condiciones antihigiénicas del medio carcelario y el uso del encadenamiento durante los traslados o permanencia en los centros hospitalarios (pág. 9). En el período posnatal se añaden la deficiente alimentación con escaso valor nutricional que afecta la lactancia y la negligente atención psicológica especialmente en aquellos casos de separación con los bebés recién nacidos. Finalmente, se destacan los impedimentos que surgen para una adecuada interrelación de las mujeres privadas de libertad con sus hijos e hijas que se encuentran en fuera del establecimiento carcelario<sup>57</sup> durante la primera infancia que evite efectos traumáticos; entre ellos la lejanía de los centros de detención de mujeres, las dificultades para las visitas tanto por razones burocráticas, los invasivos sistemas de requisas o la inadecuación de los espacios y condiciones para llevar adelante (pág. 10).

En el caso de niñas y niños que viven en centros de detención con sus madres, se subraya que las deficientes condiciones carcelarias de la región en términos de hacinamiento, deficiencias infraestructurales, exposición a contagio de enfermedades, abusos físicos y psicológicos, negligencia médica y falta de estandarización de criterios de admisión y permanencia

56 Sobre este aspecto en particular se sostiene que la práctica de esposar a una mujer embarazada conlleva el riesgo de lesiones tanto para ella como para el feto, a través, por ejemplo, de caídas, niveles peligrosos de presión arterial, y obstaculización de la circulación y del movimiento fetal (pág. 9).

57 Aquí se destacan que "...la ruptura de lazos de protección por el encarcelamiento de mujeres –quienes resultan por lo general las principales responsables de la crianza de los hijos y quienes están a cargo de los hogares monoparentales– ocasiona que las y los niños bajo su cuidado queden expuestos a situaciones de pobreza, marginalidad y abandono...". Se añade que esta situación puede desembocar en consecuencias de largo plazo como involucramiento en organizaciones criminales o institucionalización. (pág. 17).

atendiendo al interés superior del niño o la niña, importan el sometimiento a una ambiente inadecuado para su desarrollo. En particular se subraya que la falta de un enfoque diferenciado en atención a su edad, potencia afectaciones las que las y los niños se enfrentan al vivir con sus madres en prisión por razón de: los obstáculos para el ejercicio de la convivencia familiar con su progenitor, falta de interacción con otros niñas o niños, las barreras para la integración comunitaria y establecimiento de vínculos con el exterior dada la ubicación lejana de los centros de detención, inadecuados servicios de salud y atención médica pediátrica, educación<sup>58</sup> y alimentación, y sometimiento a procedimientos sobre ingreso y permanencia que resultan contrarios a su interés (pág. 17).

En suma, para concluir afirmar que la necesidad de adopción de enfoques diferenciados resulta evidente a la luz de lo reseñado en el presente en relación a la situación empírica que exhibe cuanto padecen mujeres embarazadas, madres y sus hijas o hijos en su vínculo con los sistemas penales. La descripción de principios, normas y jurisprudencia al respecto demuestra la paulatina visibilización de tales padecimientos que importan agravios mayúsculos en términos de afectación a derechos humanos, aunque también desnuda las serias deficiencias jurídicas aún reinantes en los sistemas institucionales y normativos, y que merecen un lugar preponderante en la agenda científica y política para analizar y debatir los ejes centrales de las imprescindibles transformaciones.

**58** Se destacan la ausencia de guarderías u otras estructuras educacionales adecuadas, y acceso a educación preescolar y primario.

---

# La propuesta de medida de seguridad post-pena en casos de violencia de género<sup>1</sup>

**MARCELO A. RIQUERT\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro de las diversas propuestas del proyecto de nuevo Código Penal ingresado para su consideración al Congreso en marzo de 2019 hay diversas novedades en materia de violencia de género, entre las que una (la del título) se ha radicado en la parte general y me parece será singularmente controversial, además de carente de norma análoga en el digesto sustantivo vigente. Se ha señalado como fuente a la regulación del CP francés<sup>2</sup>,

\* Abogado y Doctor en Derecho (UNMDP). Máster en Derecho Penal (U. Salamanca, España). Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UNMDP. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

- 1 El presente trabajo corresponde a uno de los temas de los paneles correspondientes al XIX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, celebrado en homenaje al querido Prof. Dr. Esteban Righi y que se realizara en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata en setiembre de 2019, el mismo lugar donde la casualidad quiso que el querido maestro de tantos penalistas argentinos diera su última conferencia pública, abriendo un posgrado en una de sus especialidades, el Derecho Penal Económico, en marzo del año anterior. De allí que me pareciera singularmente apropiado para la obra colectiva que recopila lo expuesto en esos dos emotivos días en que, con la presencia de su familia, campeó en todos el recuerdo del querido Bebe.
- 2 Así, Carolina A. Vanella, en su trabajo *“El proyecto de reforma al Código Penal Argentino: un cambio en la cultura penal argentina”*, pub. en la revista “Temas de Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Mariano Borinsky y Daniel Schurjin Almenar, ed. Erreius, Bs.As., N° 1, abril de 2019, pág. 3. Versión digital disponible en <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20190314113252169.html?k=20190314113252169.docxhtml>

aunque Mariano H. Borinsky, en un trabajo conjunto con Juan I. Pascual, indica que en análisis exhaustivo se consultó también a los códigos de España y Alemania, además de tener en cuenta los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>3</sup>.

Vale aclarar de inicio que la medida incluida en el texto elaborado por la Comisión designada por decreto del PEN 103/2017<sup>4</sup> no ha sido prevista en forma exclusiva para los casos de violencia de género (por ejemplo, también procedería respecto delitos graves como los homicidios calificados, el abuso sexual agravado y otros delitos contra la integridad sexual), pero sí que es posible adoptarla en todos los casos en que ésta se declare verificada. Además, no debe soslayarse que es justamente “la perspectiva de género” la que se invoca ejemplo de cambio de percepción social con nuevas demandas al que debe adecuarse el código penal, lo que concreta el referido proyecto con la propuesta que se comenta, reconociendo que “provoca una ruptura con nuestro paradigma respecto de la imposibilidad de imponer una medida judicial con posterioridad al agotamiento de una pena de prisión, pues extiende el tiempo de control judicial luego de vencida la sanción”<sup>5</sup>.

Sin ahondar en lo conceptual, puede recordarse que, desde la perspectiva latinoamericana, nos provee la inteligencia de qué se comprende dentro la “violencia de género” la específica “Convención de Belem do Pará”<sup>6</sup>

3 Borinsky-Pascual, “A 100 años del Proyecto del vigente Código Penal de Rodolfo Moreno (h)”, pub. en la “Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Nación”, Bs.As., N° 1/2018, febrero de 2018, pág. 10. Versión digital disponible en <http://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2018/02/01-Reforma-del-Co%CC%81digo-Penal-Borinsky-Pascual.pdf>

4 En su conformación original la Comisión tuvo a los doctores Mariano H. Borinsky como presidente, a Carlos Mauricio González Guerra como secretario, a Pablo Nicolás Turano, como secretario adjunto, y la integraron Carlos Alberto Mahiques, Patricia Marcela Llerena, Daniel Erbetta (quien renunció a poco de iniciada la tarea), Víctor María Vélez, Pablo López Viñals, Guillermo Jorge Jacobucci, Fernando Jorge Córdoba, Patricia Susana Ziffer, Guillermo Soares Gache y Yael Bendel.

5 Así lo sostiene Rolando Vela, en su artículo “Seguimiento socio-judicial posterior al vencimiento de la pena”, pub. en AAVV “Suplemento Especial: Reforma del Código Penal”, ed. Erreius, Bs.As., abril de 2019, pág. 1. Versión digital disponible en <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20190313172504186.html?k=20190313172504186.docxhtml>

6 Del año 1994, incorporada al derecho nacional por vía de la Ley N° 24632 (pub. en el BO del 9/4/96).

cuando indica que, a todos sus efectos, "...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 1). A su vez, el artículo 2 dice que:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

En concordancia, cuando en Argentina la Ley 26485<sup>7</sup> describe las distintas modalidades que puede asumir la violencia contra la mujer menciona a la doméstica, junto a otras como la institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática (cf. su art. 6). Dicho instrumento, en su artículo 4, brinda la siguiente definición general:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

7 Pub. en el BO del 14/4/09.

Sin perjuicio de la definición normativa regional transcripta, como resalta Mariela E. Mellace, en una aproximación de perspectiva doctrinaria básica, puede decirse que la violencia de género constituye una transgresión a los derechos humanos y se basa principalmente en una relación de desigualdad de poder que afecta, no solo la vida y la libertad, sino también la dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica y patrimonial de niñas y mujeres<sup>8</sup>.

Dejando de lado la aproximación conceptual al universo de casos que la admitiría es dable resaltar que, de alguna manera, pudiera entenderse que con esta medida los proyectistas se acercan a un “enfoque comunitarista” en la justificación y construcción del sistema penal. Como apunta José R. Agustina, atravesamos un debate doctrinal sobre la revisión de las bases tradicionales, de corte liberal, que inspiraron la configuración del derecho penal que nos viene desde el siglo XIX. Así, se reclama un cierto aggiornamiento, una actualización que lo oriente no solo hacia el delincuente sino que mire también, de forma equilibrada, los intereses de defensa de la comunidad. Entre otras cosas, advierte el nombrado que una teorización del derecho penal desde postulados comunitaristas sustentaría discursos en aspectos como la “*justificación de la peligrosidad*”, dando base tanto a decisiones político-criminales que supusieran un adelanto de las barreras de protección como para determinadas medidas “ad hominem”, en las que la razón deriva de la peligrosidad social del delincuente<sup>9</sup>. Éste último sería nuestro caso. Veamos.

La iniciativa consiste en una medida de seguridad tendiente a la prevención de posible reiterancia de numerosos delitos contra la vida y la integridad sexual a partir de “una asistencia periódica (revisable también de manera periódica) del condenado que opere como mecanismo de prevención”<sup>10</sup>.

8 (en su trabajo titulado “*Femicidio, violencia de género, grooming y robo: la máxima expresión del menosprecio a la mujer*”, pub. en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, dirigida por María J. Méndez Costa, ed. La Ley, Bs.As., junio de 2018, pág. 166; cita online: AR/DOC/691/2018).

9 Agustina Sanllehí, José R.: “*El debate actual entre privacidad y prevención del delito: una propuesta comunitarista*”, pub. en la revista virtual “InDret. Revista para el análisis del derecho”, dirigida por Jesús M. Silva Sánchez, Barcelona, N° 1, 2010, págs. 2/3. Disponible en <http://www.indret.com>

10 Borinsky-Pascual, trabajo citado, pág. 10.

Se trata del proyectado como nuevo art. 10, en tanto se fija la modalidad de control en el art. 11. El texto de ambos dispositivos dice:

ARTÍCULO 10.- En los casos previstos por los artículos 80, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130 y en el Libro Tercero del presente Código o aquellos delitos que hubieran sido calificados en la sentencia como constitutivos de violencia de género, el tribunal podrá ordenar que con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta, se disponga un seguimiento socio judicial al que el condenado estará obligado a someterse, consistente en medidas de vigilancia y asistencia destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos, por el período que se deberá establecer en la sentencia y el que no podrá superar de DIEZ (10) años. A tal fin, el tribunal podrá imponer, según las características del hecho por el cual fuera condenado, el cumplimiento de UNA (1) o más de las siguientes medidas:

1º) La obligación de estar siempre localizable mediante dispositivos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

2º) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el órgano competente establezca.

3º) La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el órgano competente señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

4º) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

5º) La obligación de seguir tratamiento médico o psicológico externo, o de someterse a un control médico periódico.

6º) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del órgano competente.

7º) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente.

8º) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente.

9º) La prohibición de acudir a determinados lugares o establecimientos.

10) La prohibición de residir en determinados lugares o establecimientos.

11) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

ARTÍCULO 11.- El órgano competente podrá revisar en todo momento la idoneidad de la medida de seguimiento socio judicial o el logro de su finalidad.

La revisión será obligatoria, por primera vez, a más tardar, en UN (1) año desde su disposición, y deberá ser reiterada cada SEIS (6) meses, debiendo ser dejada sin efecto en caso de que existieran indicios serios de que el condenado se encontrase en condiciones de ajustar su conducta a la legalidad.

Para ello, deberán valorarse los informes emitidos por los profesionales que asistiesen a la persona sometida a las medidas, las evaluaciones del servicio penitenciario acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reiteración delictiva.

El órgano judicial competente resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refiere el tercer párrafo, una vez oída a la propia persona sometida a la medida, así como al MINISTERIO PÚBLICO FISCAL y las demás partes. En caso de solicitarlo, podrá oírse a la víctima aunque no hubiera sido parte en el proceso.

Pasaré en lo que sigue a concretar una mirada, por cierto, crítica de la reciente propuesta que, puede adelantarse, generó resistencia dentro de la propia comisión redactora.

## 2. LA MEDIDA DE SEGUIMIENTO JUDICIAL POST-PENA

Ha resaltado Daniel Álvarez Doyle que, en la observación comparativa puede advertirse que el tratamiento del *“delincuente imputable peligroso”* o el *“delincuente habitual de criminalidad grave”* viene concretándose bajo dos sistemas:

- a) “monista”, en el que la prevención/control de peligrosidad se procura por la intensificación o exasperación de la pena, ya sea en clave cuantitativa (más cantidad de pena) o cualitativa (sistema de ejecución muy riguroso);

- b) “dualista”, donde el combate a la peligrosidad de determinados sujetos se traduce en la acumulación de medidas de seguridad a la pena.

Nuestro país se ha mantenido dentro del primer modelo, siendo un ejemplo palmario la modificación de la Ley 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad por la Ley 27375 en 2017 que excluye a determinados delitos del sistema de libertades progresivas. Pero el proyecto de reforma mencionado, sin perjuicio de mantener tal perfil de restricciones<sup>11</sup>, con la propuesta aludida nos estaría llevando directamente hacia el segundo. Enfatiza el citado que este seguimiento socio judicial es una medida de seguridad post-pena restrictiva de libertad cuya lógica, contenido y duración es similar a la “libertad vigilada” del digesto punitivo español<sup>12</sup>. Esto, por supuesto, si se asume la clásica distinción entre penas y medidas ya que desde la perspectiva que la niega<sup>13</sup>, todo aumento del recorte de ámbito de libertad será más “pena”.

No puede soslayarse que la idea de incrementar la seguridad ciudadana en el caso de la excarcelación de sujetos culpables de cometer delitos graves y cuya estancia en prisión no logró erradicar su peligrosidad criminal, no solo no es nueva sino que, como resalta García Rivas, viene plasmando en distintos países europeos en los últimos tiempos. Así, tanto en España como, antes, en Alemania con la “custodia de seguridad” que

- 11 En efecto, se conserva en el proyecto la imposibilidad de acceso a la libertad condicional en el plazo tradicional de dos tercios de cumplida la condena para los reincidentes y condenados por delitos graves como los homicidios calificados, abuso sexual agravado, secuestro extorsivo, trata de personas, etc. En estos casos recién podrá accederse recién al cumplirse los 35 años de prisión, que se eleva hasta 40 años cuando fuere la reincidencia múltiple (ccte.: Vanella, ob.cit., pág. 3).
- 12 Álvarez Doyle, en su trabajo “*Sobre la ilegitimidad de la medida de libertad vigilada (o seguimiento socio judicial) para delinquentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*”, pub. en la revista “La Ley Penal”, dirigida por Esteban Mestre Delgado, ed. Wolters Kluwer, Madrid, Año 15, N° 135, noviembre-diciembre 2018, págs. 2/3.
- 13 No es del caso ingresar ahora en ésta disquisición pero, en lo más básico, mientras que un sector de la doctrina (el de mayor consenso) reconoce la existencia del género “sanción” y, entonces, diversas modalidades que esta puede asumir (la pena, las medidas de seguridad e, incluso, una tercera vía, que sería la reparación), para otro segmento, si en todo caso hubiere el género “sanción” la respuesta sería “monista”: siempre es una pena, aunque se le cambie el nombre.

tuviera una contundente desautorización por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y condujo a su derogación por el Tribunal Constitucional alemán. De allí que indica con acierto que “nos encontramos ante un instrumento político-criminal que pretende responder a las demandas de seguridad ciudadana –aparentes o reales–, pero que puede chocar con los pilares del Estado democrático de Derecho”<sup>14</sup>. En nuestro medio se ha pretendido justificar la medida de seguimiento diciendo que si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena el uso de la pena sobre la base de criterios de peligrosidad, por otro lado recomienda la adopción de políticas de prevención que eviten la comisión de nuevos delitos y este último es el objetivo perseguido por la propuesta<sup>15</sup>. Creo que, aun cuando asumo lo es de buena fe, se incurre en manifiesta tergiversación del sentido de la doctrina de la CIDH. Si la premisa es la veda de la pena sobre base peligrosista, naturalmente incluye a la proyección de aquélla –aunque se le cambie el nombre– exorbitando su agotamiento. Claro que hay que favorecer políticas generales preventivas del delito en la opinión de la CIDH, solo que dentro de ellas no debiera incluirse controles judiciales personalizados post-pena con apoyo en prognosis de peligrosidad (posible reincidencia). Las políticas preventivas generales no tienen por qué ser medidas de naturaleza penal cuya ejecución esté a cargo de la judicatura. En mi modesta opinión, lo contrario implica hacer caer en contradicción al Alto Tribunal internacional forzando el sentido de su jurisprudencia. Formulada ésta mínima aproximación general, veamos la norma antes transcrita.

Esta “medida de seguridad” que puede facultativamente disponerse por el tribunal sentenciante dijimos será, sin duda, controversial, ya que se la prevé como posterior al cumplimiento (agotamiento) de la pena e implica una serie de restricciones significativas que solo permiten concluir que no son otra cosa que una extensión de aquélla. Carolina A. Vanella, sin sesgo crítico expreso en lo particular, apuntó que esta clase de medidas viene a

<sup>14</sup> Nicolás García Rivas, en su trabajo *“Libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad”*, pub. en AAVV “Neurociencias y Derecho Penal”, dirigido por Eduardo Demetrio Crespo, Edisofer/BdeF editores, Madrid/Bs.As., 2013, pág. 602. Más adelante indica con precisión que la defensa de este verdadero *“derecho penal de la peligrosidad”* es un claro ejemplo del llamado *“derecho penal del enemigo”*, expresión que esconde una fundamentación del derecho penal ajena a los postulados del estado democrático (pág. 623).

<sup>15</sup> Así, Rolando Vela, antes citado, pág. 1.

sustituir la pena accesoria por tiempo indeterminado, que tuviera declaración de inconstitucionalidad por nuestro más Alto Tribunal<sup>16</sup>. En efecto, como destaca Leandro W. Arévalo, lo resuelto por la CSJN in re “Gramajo”<sup>17</sup> se ha convertido “...en la partida de defunción de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, sea cual fuere el monto de la sanción que se imponga como última condena y siempre que intente ser fundamentada por vía del art. 52 del Código Penal”<sup>18</sup>.

Me apresuro en resaltar que la circunstancia de que sobre el extenso elenco de once (11) posibles recortes de libertad podría imponerse eventualmente tan solo uno –las reglas no son acumulativas–, en nada modifica el problema conceptual que se denuncia. En todo caso, cuanto más más amplia la selección y por más tiempo mantenida, sencillamente quedará más expuesto su gravedad. De allí que pudiera aventurarse como altamente probable que, de prosperar en los términos propuestos, la normativa en estudio podría tener su propio “Gramajo”.

Vale la pena recordar que, como ha señalado reiteradamente el TCE, la extensión de las garantías propias de las penas a las medidas de seguridad es una exigencia derivada de que penas y medidas de seguridad, no obstante sus distintos fundamentos (culpabilidad y peligrosidad, respectivamente), son –como enfatiza Mercedes García Arán– “materialmente” equivalentes en cuanto a los efectos limitadores de la libertad de los individuos. Por eso, nos dice la nombrada, se trata del argumento de la STC 23/1986 para impedir lo que se conoce desde antiguo como “*fraude de etiquetas*”: el incremento de la sanción penal camuflado bajo la imposición de una medida de seguridad con el pretexto de que se fundamenta en la culpabilidad<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Trabajo citado, pág. 3. Vale aclarar que Borinsky y Pascual, hacen esta misma vinculación diciendo que por la problemática en materia de culpabilidad y antecedentes históricos respecto de la deportación “*se elimina la pena de reclusión por tiempo indeterminado, incluyendo el instituto de seguimiento socio judicial*” (ob. cit., págs. 9/10).

<sup>17</sup> Pub. en Fallos, 329: 3680.

<sup>18</sup> Arévalo, en su “*Comentario al artículo 52*”, pub. en AAVV “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, dirigido por M.A. Riquert, Erreius, Bs.As., 2018, Tomo 1 (artículos 1 a 117bis), págs. 368/369.

<sup>19</sup> García Arán, en su trabajo “*¿Penas o medidas?: del garantismo a la confusión*”, pub. en AAVV “*Liber Amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 395.

Obsérvese: seguimiento o geolocalización electrónica<sup>20</sup>, presentación periódica ante órgano competente, obligación de cambio de domicilio o lugar de trabajo, de asistir a programas educativos, de seguir tratamiento médico o psicológico externo o control médico periódico, necesidad de autorización judicial para ausentarse de su domicilio, prohibición de acercamiento o de comunicarse con la víctima y otras personas que se determine, prohibición de concurrencia o de residir en determinados lugares o de desempeñar determinadas actividades que se entienda pueden ofrecerle ocasión para reiterar el delito. Todos estos recortes al ejercicio de la libertad luego de haber cumplido la condena significan en los hechos una seria minoración de aquélla.

Por si esto fuera poco, se ha resaltado que la oportunidad para fijar la necesidad de seguimiento debe ser en la propia sentencia condenatoria. Vela justifica el aserto diciendo que no queda “margen para decidir su imposición luego de ejecutada la pena ni durante el tratamiento penitenciario, lo cual es acertado en función de los principios de certeza y de seguridad jurídica, pues el condenado debe tener una definición categórica respecto de la extensión, tanto en su comienzo como en su fin, de la afectación de sus libertades personales con motivo del hecho de condena”. Aclara, renglón seguido que “Sin embargo, el hecho de que la oportunidad para su imposición deba ser la sentencia pareciera indicar que se asume, en algún grado, la insuficiencia del tratamiento penitenciario frente a ciertos delitos o criminales”<sup>21</sup>. Concluye el razonamiento enfatizando que “...en función del principio de máxima taxatividad de la ley penal, si la medida no fue fijada

<sup>20</sup> En España, la “localización permanente” está prevista como una pena leve con una duración de un día a tres meses (art. 33, ap. 4, inc. h, CPE). Como recuerda Juan M. Terradillos Basoco, se la presentó en el Preámbulo de la LO 01/2015 como un instrumento idóneo para evitar en los delitos de violencia de género y doméstica los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa (en la “Lección 30. Las penas privativas de libertad” de AAVV “Curso de Derecho Penal. Parte General”, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, pág. 446). Es decir que se trata de una pena (no medida de seguridad) que corresponde en casos de criminalidad leve de género o doméstica y se concreta por un corto período. No podría esperarse otra cosa, dice el profesor de Cádiz, de un Código que apuesta decididamente por la prisión. En la previsión del anteproyecto no se la considera una pena pese a que puede durar hasta 10 años.

<sup>21</sup> Rolando Vela, antes citado, pág. 2, punto II.

en la sentencia, no podrá ser impuesta con posterioridad...”<sup>22</sup>. No puede pasarse por alto que, si va a ser así, luce como una suerte de preocupación “garantista” sobre el momento de afirmación del pronóstico “peligrosista”, de reclamo de respeto de la máxima taxatividad para aquello que carece casi en lo absoluto de ella. O sea que el tribunal que impone la prolongada pena correspondiente al delito grave, por ejemplo la de un femicidio, anticipa que décadas después, cuando la cumpla, aún habrá la necesidad de seguirlo monitoreando por hasta otra década porque permanecerá siendo “peligroso” pese a la intervención estatal (no puedo evitar preguntarme desde la experiencia operativa *¿Qué sería lo más conveniente? ¿Incluir las once medidas y dejar que por revisión se las limite luego? ¿Cómo podría saber el tribunal antes las medidas apropiadas a cumplirse respecto de la persona que será el condenado después de vivir la pena?*).

En otras palabras, la sentencia afirmará que pese a disponer de décadas de tratamiento rehabilitador a su favor, el mismo Estado al que no le alcanzará, al que le será insuficiente la actividad durante el encierro riguroso, logrará eficacia cuando la pena se agote y llamemos a su prolongación de control “medidas de asistencia y seguimiento”.

Cerrando este punto, insoslayable remarcar que institutos vigentes que importan hoy el cumplimiento de condena en su última etapa de devolución controlada al medio social, como la libertad asistida y la libertad condicional, tienen menos limitaciones que las se proyectan introducir por vía de éste artículo 10. La implantación de un sistema de revisión de la “medida de seguridad” –verdadero “plus” de condena–, realmente no cambia nada. Veamos.

### 3. LA OBLIGACIÓN DE REVISIÓN PERIÓDICA

Conforme el art. 11 la idea de la revisión periódica obligatoria (por primera vez antes del año de su disposición y, luego, semestralmente) es que se verifique que el condenado está en condiciones a ajustar su conducta a la legalidad ya que, si hubiere indicios serios de ello, se dejarán sin efecto. Aún quien no fuere un operador jurídico experimentado puede advertir la

22 Vela, ya citado, pág. 2, punto II.

imprecisión de los presupuestos, tanta, como las dificultades operativas de aplicación.

Desde esta perspectiva, basta con resaltar que, no menos obvio, severas limitaciones al ejercicio de la libertad luego de la pena con control judicial, del servicio penitenciario y para cuyo impreciso supuesto de levantamiento puede oírse a la víctima, bajo la etiqueta que quiera ponérsele, sin perjuicio de que se fije un plazo de duración máximo de 10 años, luce con claridad como un retorno de la vieja idea de la *“pena indeterminada”*<sup>23</sup>.

En términos comparados puede acotarse que en el CP español, cf. reforma por LO 01/2015, ya se prevé en su art. 192<sup>24</sup> para los ofensores de

23 Podría entenderse que resuena en la propuesta la concepción de la controversial “prisión permanente revisable” incorporada recientemente al CP español (art. 33, ap. 2, inc. a, texto cf. LO 01/2015) y su respectivo mecanismo de revisión (art. 92, código citado). Por cierto, resalta María del Mar Martín Aragón que el 10/10/2017, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, por mayoría, la proposición para la eliminación de la prisión permanente revisable del CP, constituyendo probablemente el principio del fin para “una pena avocada al fracaso desde el mismo momento de su nacimiento” (cf. su trabajo *“La prisión permanente revisable: crónica de una derogación anunciada”*, pub. en AAVV “Liber Amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 441). En su opinión, tras reseñar las importantes críticas elaboradas por la doctrina y el manifiesto desajuste con numerosos principios constitucionales como los de igualdad, no discriminación, proporcionalidad y seguridad jurídica, *“se puede concluir que esta pena es inconstitucional, ineficaz e injusta, y que no puede tener cabida en el CP de un Estado Social y Democrático de Derecho. Se trata de un castigo simbólico cuya única finalidad es proyectar una imagen de eficacia más que alcanzarla de manera real. De esta forma, el gobierno ofrece, en apariencia, una solución al problema de la criminalidad, que sin embargo solo funcionará a corto plazo...”* (págs. 453/454).

24 Su texto es el siguiente:

“Artículo 192. 1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

”2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

”No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

delitos sexuales la imposición de una medida de “*libertad vigilada*” a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad. Al decir de García Arán, se trataría de un caso que es más que un “acercamiento” entre medidas y penas, se trata del pasaje a una legislación que so pretexto de complementariedad produce su “acumulación”, lo que ha generado en España una amplia crítica doctrinal (menciona así a Urruela Mora, Alonso Rimo, Acale Sánchez e incluso Sanz Morán, quien no obstante admitir la intervención posterior al cumplimiento de la pena expone su desacuerdo con la regulación citada). Por su parte, se expresa con rotunda –y, de mi parte, compartida– contundencia: el acercamiento y coincidencia de orientación y contenidos de penas y medidas “no es un argumento para acumularlas, sino más bien lo contrario: habiéndose impuesto una pena proporcionada al hecho y la culpabilidad, la añadidura de una medida con idéntica orientación es, de hecho, una prolongación de la pena”<sup>25</sup>. Entre nosotros también se ha expresado en contra de la norma proyectada que se comenta el citado Daniel Álvarez Doyle, postulando el rechazo de “todo tipo de intervención con posterioridad al cumplimiento de la pena sustentado bajo el slogan de ‘prevención de la peligrosidad’...”<sup>26</sup>.

Algo más en tren de llamar a las cosas por su nombre: puede advertirse que en el CP español, endurecido notoriamente tras su modificación por LO 01/2015, en su art. 33 se clasifica a las penas, según su naturaleza y duración, en graves, menos graves y leves. En ese esquema, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, es pena grave si

”. El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

<sup>25</sup> Trabajo citado, pág. 401.

<sup>26</sup> Trabajo citado, pág. 4.

dura más de 5 años (ap. 2.h), menos grave si dura entre 6 meses y 5 años (ap. 3.g) o es pena leve si el tiempo es menor a 6 meses (ap. 4.d). Bajo idénticas premisas se califica a la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (aps. 2.i, 3.h, 4.e, respectivamente) y a la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (aps. 2.j, 3.i. y 4.f). Es decir, que las posibles medidas de seguridad del art. 10 incs. 7, 8 y 9 del anteproyecto, que pueden durar hasta 10 años, en España son penas.

Por otra parte, en términos operativos el “logro de la finalidad” del que habla el primer párrafo del art. 11 de la propuesta normativa que se comenta debe establecerse a partir de la valoración de los informes emitidos por los profesionales que asistiesen a la persona sometida a las medidas, las evaluaciones del servicio penitenciario acerca de la situación y evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reiteración delictiva (idem, tercer párrafo).

Está claro que, por un lado, sería necesaria la adaptación y ampliación de un aparato estatal de seguimiento que, por conocidas restricciones presupuestarias, se vislumbra de difícil logro. Al respecto, baste resaltar que sin el trabajo que generaría la nueva “medida”, en la provincia de Buenos Aires, el “Patronato del Liberado” tiene bajo su esfera de control más de 40.000 personas, encontrándose notoriamente excedido en sus posibilidades operativas reales. Nada cambia si se trata de la vida intra-muros. El complejo penitenciario “Batán”, que comprende a las cárceles situadas en los departamentos judiciales de Mar del Plata y Dolores, al momento en que esto se escribe tiene una población carcelaria de alrededor de tres mil personas y cuenta para su atención especializada con apenas tres psicólogos. No necesito extenderme sobre la calidad que pueden tener los informes individuales en éste contexto. Por otro lado, es advertible que las pautas mencionadas en el párrafo anterior no son nada demasiado distinto de los “parámetros” que, en el caso del referido art. 52 del CP declarado inconstitucional por la CSJN, debían permitir la suposición verosímil que el egreso del condenado no constituiría un peligro para la sociedad. En otras palabras, todo se apoyaría en un “pronóstico de peligrosidad” respecto del que sobra experiencia en torno a sus dificultades de construcción aún en

contextos de disposición de medios técnicos que, por cierto, entre nosotros escasean<sup>27</sup>.

Como enfatiza Débora E. Lastau, las evaluaciones de las que depende la incorporación de un interno a ámbitos de mayor autogestión intra o extra carcelaria son elaboradas por operadores que dependen del mismo servicio penitenciario y su confección no es controlada por ninguna institución ajena al servicio. Por eso se desconocen los protocolos de actuación en que se basan y, como consecuencia, es muy grande el poder de las juntas criminológicas sobre el acceso o no de un detenido al goce de derechos que le acuerda la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad<sup>28</sup>. Bien puede acompañarse su conclusión en torno a que la práctica de utilización de tablas de riesgo de reincidencia sobre la base de indicadores como pueden ser la escolaridad, el uso de drogas personal o por el entorno, la conformación del núcleo familiar, el sexo, el origen étnico, etc., además de ineficiente, es parte de un modelo de cárcel de incapacitación selectiva, que deshumaniza y aleja del norte constitucional a la ejecución de la pena<sup>29</sup>.

Puede agregarse, sin que sea determinante, la percepción personal de que la conciencia de la endeble base que sostiene el dictamen de la junta se expresa en la asunción a modo de cobertura de la sistemática conclusión de inconveniencia aun en los casos en que los escasos parámetros objetivos invocados la contradicen.

27 Sobre el particular resulta ilustrativa la sentencia de la Sala I de la CAyGP de Mar del Plata en causa “*Sánchez Belmonte*”, donde se sostuvo: “*Esta Cámara tiene largamente establecido que las predicciones de conducta y el reflejo de la falta de arrepentimiento por el ilícito cometido que –en forma casi constante– adjetivizan los informes del Instituto de Clasificación carcelaria provincial, carecen de entidad científica para fundar una prognosis ‘desalentadora’.* Este juicio implica ponderar una peligrosidad post-delictual que no llega sino al nivel de mera presunción: y en ese alcance no constituye fundamento suficientemente idóneo para denegar la libertad ambulatoria” (causa N° 51501, rta. en diciembre de 2003, citada por Arévalo, ob. cit., pág. 366, nota al pie N° 43).

28 Cf. su trabajo “*Los informes criminológicos y su confección e incidencia en el régimen progresivo de la pena (Argentina-España)*”, pub. en la revista “*Derecho Penal y Procesal Penal*”, dirigida por Patricia Ziffer y Mauro Divito, Ed. AbeledoPerrot, Bs.As., N° 12, diciembre de 2018, pág. 2385.

29 Trabajo citado, pág. 2395.

#### 4. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA ¿DESPUÉS DE LA CONDENA?

Volviendo al marco normativo proyectado, la rehabilitación, el brindar las herramientas para que el condenado ajuste su conducta a la legalidad, no son otra cosa que la plasmación de la finalidad resocializadora de la pena y no puede soslayarse que, en función de los delitos para los que se habilita la medida, la mayoría prevé conminadas en abstracto graves escalas punitivas que, en muchos casos, traducen en prolongados períodos de encierro riguroso y debiera ser durante ése tiempo, el de duración de la prisión, que el Estado pusiera en ejercicio todo su poder de intervención en beneficio de aquél objetivo. Sin embargo, esto último raramente puede decirse que, más allá del enunciado formal, suceda. Nada inusual resulta que luego de tener al condenado a disposición durante varios años, recién cuando se acerca la posibilidad de tener que permitirle el acceso a una modalidad de mayor autogestión o de retorno al medio social los encargados del tratamiento recuerdan que debería el interno tenerlo. Es decir, se pierde el tiempo hasta que se acerca la soltura o el relajamiento de la rigurosidad del régimen y entonces se advierte que necesita terapia psicológica o psiquiátrica, educación sexual, etc. Como consecuencia, suele ralentizarse la evolución de la parte final del cumplimiento de la pena y cuando esta agota la tarea quedó apenas comenzada y, por lo tanto, inconclusa.

En esta línea, puede agregarse que dos de los miembros de la Comisión Redactora del anteproyecto, los Dres. Patricia Ziffer y Fernando Córdoba, se apartaron expresamente de esta propuesta no solo por las dificultades prácticas para el efectivo control e implementación del sistema sino porque se trata de la inserción de medidas preventivas accesorias de pena ya cumplida *“extremadamente prolongadas”*. De allí que sugirieran reformular el texto del art. 52 vigente siguiendo los requisitos acordes a los de la custodia de seguridad en el modelo alemán y dentro de los límites en que dicha injerencia ha sido admitida en el ámbito constitucional europeo. Ello, aclaran, bajo la inteligencia de que el sistema solo podría funcionar si las penas previstas en la Parte Especial fueran considerablemente más bajas que las que se propone en el proyecto mayoritario: es que si el nivel de penas es muy

alto son estas mismas las que están, de hecho, en condiciones funcionales de acotar cualquier necesidad preventiva residual<sup>30</sup>.

También resaltó su discrepancia otra integrante de la Comisión, la Dra. Patricia Llerena<sup>31</sup>, quien funda su rechazo del “seguimiento socio judicial”

**30** Ello, conforme nota del 21 de mayo de 2018 dirigida al presidente de la Comisión en la que exponen aquellos aspectos que no suscriben con relación al texto aprobado por mayoría. En concreto, lo sintetizado está en el punto “I. Parte General”, inc. a), en pág. 2. Ha tenido publicación posterior en el texto oficial del anteproyecto como “*Disidencia de Fernando Córdoba y Patricia Ziffer*” (pág. 170). A su vez, puede constatarse que el texto discutido al que hacen referencia no es exactamente el mismo que integra el anteproyecto en su versión final (que es el antes referido), aunque en nada cambia la pertinencia de la discrepancia de los nombrados que, en esencia, entiendo no se vería modificada más allá que, por cierto, la propuesta final ha sido mucho menos extrema que la antes referida. El texto al que ellos concretamente se refirieron (cf. pág. 183, nota N° 3) decía: ARTÍCULO 10.- En caso de condena a pena de prisión superior a veinte (20) años, por uno o varios delitos dolosos que conlleven para la víctima graves daños físicos o psíquicos, el tribunal podrá disponer que el condenado, una vez cumplida la totalidad de la pena privativa de la libertad impuesta, quede sujeto a custodia de seguridad, si de las condiciones personales y de las características del hecho resultare esperable la comisión de delitos similares.

La custodia se cumplirá en establecimientos especiales bajo vigilancia de la ocupación y de la forma de vida del condenado, a quien se le ofrecerá asistencia psicológica y ocupaciones acordes con sus capacidades orientadas a estimular la capacidad del condenado para responsabilizarse de sí mismo y llevar una vida en libertad sin delitos.

ARTÍCULO 11.- Una vez agotado el cumplimiento de la totalidad de la pena y antes de ordenar la ejecución de la custodia de seguridad, el tribunal interviniente deberá comprobar la subsistencia de los motivos que fundaron su imposición en la sentencia de condena. En esa oportunidad podrán ser también consideradas circunstancias personales excepcionales del condenado, surgidas con posterioridad, que tornasen innecesaria o desproporcionada la subsiguiente ejecución de la custodia.

Durante su ejecución, el tribunal interviniente podrá revisar en todo momento la idoneidad de la custodia de seguridad en orden al objetivo de reinserción social, previa valoración de los informes de evolución elaborados por las autoridades encargadas de la custodia y seguimiento del condenado.

La revisión judicial será obligatoria, por primera vez, a más tardar, a los dos años, y deberá ser reiterada cada seis meses, debiendo ser dejada sin efecto si de la evaluación de las constancias mencionadas en el punto anterior surgieran indicios serios de que el condenado se encuentra en condiciones de ajustar su conducta a la legalidad.

Previo informe pericial que así lo indique como más beneficioso para el logro de su finalidad, el tribunal podrá ordenar la suspensión de la custodia y disponer un seguimiento sociojudicial consistente en medidas de vigilancia y asistencia destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos por el periodo que se establezca en la resolución. En caso de informes negativo del organismo encargado de la supervisión, se podrá restablecer el régimen de custodia en las condiciones precedentes.

**31** También conforme nota independiente del 21 de mayo de 2018 dirigida al presidente de la Comisión en la que expone sus disidencias puntuales, en particular sobre los puntos

y la “custodia de seguridad” a implementar luego de cumplida la pena haciendo notar que están dirigidas en muchos casos a delitos que, conforme la actual regulación de la ley 27375, durante la ejecución de la pena no admiten la libertad condicional, penas que por cierto deben ser adecuadas al principio de culpabilidad y proporcionales (con cita a la CSJN, in re “Maldonado”<sup>32</sup>).

Así, apunta la nombrada que:

Con ello como norte, considero que las medidas impuestas luego del agotamiento de la pena, no se basan en un derecho penal de acto, sino en la peligrosidad del autor. Las medidas que se incluyen son restrictivas de derechos respecto de una persona que, habiendo sido juzgada por lo que hizo, y como consecuencia de ello habiendo sufrido efectivamente un reproche penal, sigue siendo sometida al control –bajo distintas denominaciones– del Estado. Por ello, entiendo que a través de estas medidas se pretende imponer a una persona conductas, hábitos, restricciones a derechos por lo que esa persona es, y no por lo que hizo, ya que para este último supuesto, ya cumplió la pena ponderada a partir de lo establecido para cada delito y por los jueces sobre la base de las circunstancias atenuantes y agravantes<sup>33</sup>.

Concordando con la observación inicial de la Dra. Llerena, por entonces no publicada, me había expedido en un trabajo previo donde apuntaba que no podía olvidarse que, además de lo observado por Córdoba y Ziffer, el momento natural de devolución al medio social en forma controlada, que serían el de la libertad asistida y la libertad condicional, para la mayoría de los delitos graves incluidos en la propuesta están vedadas, no se permite que los condenados accedan a tales etapas del tratamiento (arg. cf. art. 14 vigente, incisos 1° y 2° y se mantendría en el art. 14 proyectado, párrafos 2° y 3°). Entonces, una medida como la propuesta, en última instancia, no hace más que reconocer la situación de hecho provocada por una reforma

en que quedó en minoría. La referencia a los arts. 10 y 11 es conjunta, en la página inicial de la comunicación. Ha tenido publicación en el texto oficial del anteproyecto como “*Disidencias de Patricia Llerena*” (pág. 245 y ss).

<sup>32</sup> Pub. en Fallos, 328: 4343.

<sup>33</sup> Texto citado, pág. 246.

de la Ley 24660 de claro corte punitivista y viene a extender el control y seguimiento más allá de la condena imponiendo una suerte de *“libertad condicional post-pena”* ante la imposibilidad de gozarla como parte de la pena.

Por decirlo de forma directa, respondiendo al impulso o pulsión por mayor represión de determinados sectores sociales, como respuesta *“simbólica”*, se negó la posibilidad de una fase del tratamiento penitenciario a homicidas, violadores y otros autores de delitos graves. Pero, más tarde que temprano (las escalas penales en juego son altas), sus condenas se agotan y entonces se manifiesta evidente la necesidad de un retorno controlado al medio libre. Entonces, trocando la lógica del castigo por las premisas preventivo generales y especiales, bajo rótulo de *“medidas de vigilancia y asistencia”*, se extiende la pena por hasta diez años bajo un régimen que no es otro que el de una severa libertad condicional.

No se trata de ignorar la gravedad ínsita tanto en el catálogo de figuras calificadas incluidas como, en general, dentro de la problemática de la violencia de género, sino de advertir que la habilitación de una pena poco determinada que se legitimaría/justificaría en términos de excepción por aquélla, es posible anticipar con la certeza que brinda el dato histórico en situaciones semejantes que es una gota de aceite que, con seguridad, irá expandiéndose cual fina película que cubrirá todo el contenido del vaso. Rápidamente habremos de encontrarnos con que podrán identificarse otras situaciones graves merecedoras de seguimiento post-penitenciario, la excepción transformará en regla y, finalmente, esta suerte de pena indeterminada reinará en el sistema.

Por último, si la pena se agotó, *¿qué pasará con quien no cumpla con las reglas de esta suerte de libertad condicional sujeta a revisión periódica?* Las normas mencionadas no lo dicen en forma expresa. El destinatario de la medida no podría ser devuelto a prisión porque, justamente, ya cumplió su término. No cumplirlas *¿sería una desobediencia judicial (art. 239 CP vigente<sup>34</sup> o 240 del proyectado<sup>35</sup>)?*<sup>36</sup>. Es decir, un camino posible sería pensar que im-

34 Su texto: *“Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le preste asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”*.

35 Su texto sería el siguiente: *“Se impondrá prisión de un mes a dos años o uno a veinticuatro días-multa, al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones”*.

36 Responde en sentido positivo Rolando Vela (trabajo citado, pág. 2, punto II).

porta un nuevo delito que habilitaría privar de libertad sin importar cual fuere el quebrantamiento. *¿Cuántos quebres y cuáles de las prohibiciones serían suficientes?* En principio no debiera dar lo mismo irse del lugar de residencia sin autorización que contactar o comunicarse con la víctima. Esto, sin perjuicio de que puede darse un cierto solapamiento entre reglas cuando, por ej., la primera es el sometimiento a geolocalización y otra es presentarse periódicamente en un lugar. La imposición de ambas, que no es improbable, provocaría una cierta superposición ya que si puede hacer un seguimiento permanente del sujeto *¿para qué después exijo que concurra a tribunales?* En sentido superador, bien vale entender que la respuesta apropiada la encuentra Vela cuando señala que la obligación de presentarse periódicamente es un modo de no frustrar la implementación de las medidas de seguimiento cuando por la escasez de recursos no se cuente con un equipo electrónico disponible<sup>37</sup>.

Dando cierre al punto y retomando interrogante previo, no puede perderse de vista que, si relacionamos con lo que hoy es la libertad condicional, el artículo 15 vigente nos dice que hay consecuencias diferentes según la gravedad de la infracción: mientras la comisión de nuevo delito y la violación de la obligación de residencia habilitan la revocación, las demás solo implican que no se compute para el término de la pena el tiempo transcurrido. En la propuesta del anteproyecto se sigue similar lineamiento en su propio artículo 15. Pero, en concreto, con relación a lo regulado en el art. 10, nada se dice. Los incumplimientos serían objetivaciones de que el condenado no habría alcanzado el estándar de *“sujeto que ajusta su conducta a legalidad”* y, por lo tanto, exteriorizarían la necesidad de la prolongación de la medida hasta el máximo permitido de 10 años.

## 5. COLOFÓN

La posible extensión temporal y la probable intensidad del control que puede asumir la medida de seguridad post-pena proyectada permiten concluir que, en realidad, solo se trata de más pena.

Dentro de un esquema de ejecución de la prisión que niega a los condenados por delitos graves la última etapa del tratamiento, vale decir, el retorno progresivo al medio social en forma controlada (salidas transitorias,

<sup>37</sup> Rolando Vela, ya citado, pág. 2, punto III.

libertad asistida, etc.), termina provocando la adopción de esta suerte de rigurosa “libertad condicional” luego de agotarse la pena.

Así, lo que no se hace durante la ejecución de la pena privativa de libertad se intenta hacerlo luego de ésta. El sostén es la prognosis de peligrosidad (construida con endeble base científica) ante el fracaso de un tratamiento que, en muchas ocasiones, nunca se implementó como tal cuando debía serlo. El desajuste constitucional luce manifiesto desde variados ángulos, empezando por la disposición de una medida de seguridad respecto de un responsable penal al que se impuso y cumplió pena bajo canon del principio de culpabilidad.

Pero estamos en la etapa de discusión de la propuesta y de allí que haya tiempo para reformular todo esto partiendo de sincerar que, si pudiese “removerse” las fuentes de estos delitos graves y de la violencia de género, nunca sería la pena o su extensión una vez formalmente cumplida la herramienta eficaz para lograrlo.

---

# Régimen penal juvenil

---

---

## Obstáculos para pensar la imputabilidad

**ERNESTO E. DOMENECH\***

...es en el acto mismo de conocer, íntimamente, donde aparecen, por una especie de necesidad funcional, los entorpecimientos y las confusiones. Es ahí donde mostraremos causas de estancamiento y hasta de retroceso, es ahí donde discerniremos causas de inercia que llamaremos obstáculos epistemológicos. El conocimiento de lo real es una luz que siempre proyecta alguna sombra. Jamás es inmediata y plena. Las revelaciones de lo real son siempre recurrentes. Lo real no es jamás “lo que podría creerse”, sino siempre lo que debiera haberse pensado.

*GASTÓN BACHELARD*

Deseo puntualizar algunas dificultades en el análisis de la imputabilidad de los niños. Para hacerlo me valdré de la noción de “obstáculo epistemológico” introducida por Gastón Bachelard (1948)<sup>1</sup>, y empleada por el dr. Guillermo Ouviaña al reflexionar sobre la Dogmática Penal Argentina.(Ouviaña 1981)

Todo conocimiento, paradójicamente, produce obstáculos para producir nuevos conocimientos. Es decir permite visibilizar ciertos fenómenos, pero impide la percepción de otros. Una característica que también se enfatiza

\* Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata. Preparado para las IX Jornadas de Derecho Penal. Mar del Plata, 26 de setiembre de 2019.

1 Dice Bachelard *“es en el acto mismo de conocer, íntimamente, donde aparecen, por una especie de necesidad funcional, los entorpecimientos y las confusiones. Es ahí donde mostraremos causas de estancamiento y hasta de retroceso, es ahí donde discerniremos causas de inercia que llamaremos obstáculos epistemológicos. El conocimiento de lo real es una luz que siempre proyecta alguna sombra. Jamás es inmediata y plena”*.

en los paradigmas, un término de larga data, pero acuñado por Thomas Kuhn para explicar los cambios científicos, lo que puede ser predicado tanto respecto de los viejos, como los nuevos paradigmas<sup>2</sup>.

Conjeturo que en el caso de la imputabilidad de los niños estos obstáculos derivan por un lado del contexto de la legislación de infancia en nuestro país y por otro de aspectos relacionados con la caracterización de los problemas a discutir y a la trama argumental sobre la imputabilidad de los niños (Domenech 2018).

## OBSTÁCULOS DERIVADOS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DEBATE

El análisis de los problemas que suscita la imputabilidad de niños y jóvenes tropieza con diversos factores que complican y enturbian el debate.

Algunos de estos factores son normativos, otros empíricos, pero pueden ser reunidos con un rótulo común “la anomia”<sup>3</sup> que se deriva por un lado de hiperinflación y las inconsistencias normativas, por otro de las formas de interpretarlas, y finalmente por la carencias para implementar el cumplimiento de las leyes.

- 2 La palabra paradigmas ha sido de uso frecuente en la problemática penal de la infancia y de la infancia en general. Al llamado paradigma del Patronato (o del niño en situación irregular) se le opuso el paradigma del Niño como sujeto de derechos. Pero este uso de la palabra, para defender y lograr la necesidad de un cambio legal, es bien diferente al empleado por Kuhn, que la empleaba para identificar un cuerpo de conocimiento como científico, y para mostrar cómo estos conocimientos cambiaban en verdaderas revoluciones científicas, en las que un paradigma sustituía a otro, cuando lo graba resolver los problemas que el vencido resolvía, y también resolver los que no había sido posible resolver con el viejo paradigma. El término informaba de un cambio exitoso. Contemporáneamente se emplea para imponer un cambio.
- 3 El término de origen sociológico, ha sido aplicado por Carlos Santiago Nino que especifica como el fenómeno legislativo puede ser, de muy variadas formas anómico.

### a. *La anomia legal*<sup>4</sup>

En efecto: a la subsistencia de la ley 22.278 en el orden nacional, le han seguido una sucesión de leyes locales en la Provincia de Buenos Aires<sup>5</sup>, la última de las cuales ha legislado no solo el procedimiento penal en la infancia, sino que ya previsto medidas respecto de los niños no imputables en razón de su edad que entran en contradicción, parcial, con la ley 22.278, además de invadir la jurisdicción nacional.<sup>6</sup>

Por otra parte e indirectamente al habilitar los juicios abreviados por la aplicación del Código de Procedimiento penal, también ha desnaturalizado el sentido de las medidas educativas previstas por la ley 22.278 al requerir un año de tratamiento tutelar como condición necesaria de la determinación de consecuencias jurídicas para los jóvenes imputables.

Estas inconsistencias afectan la racionalidad jurídico formal<sup>7</sup> con la que podría debatirse la imputabilidad y plantean dilemas de muy difícil resolución, pues de las contradicciones, muchas de leyes de distintas jurisdicciones, cualquier consecuencia puede seguirse.

4 Es curiosa esta anomia en la que las leyes se auto descalifican en circunstancias históricas que las rodean de legitimidad política, máxime cuando en las nuevas leyes se han cifrado todas las esperanzas

5 La multiplicidad de leyes en materia de infancia en la Provincia de Buenos Aires son un claro ejemplo de todas estas dificultades. La ley 12.601, no pudo nunca ponerse en vigencia por el temor a las carencias presupuestarias para hacerlo. Recién sancionada fue impugnada por inconstitucional por la Procuración de la Corte, la ACBA dictó una cautelar bloqueando su vigencia, y para cuando fue considerada constitucional, el propio Poder Legislativo al dejó sin efecto. La ley 13.298, que la sustituyó, fue una ley profética que anunció la llegada de una nueva legislación, y la ley 13.634, también con vigencia postergada, es un ejemplo de normas locales que invaden las jurisdicción nacional, contradiciendo no solo el art. 75 de la CN sino también las previsiones de la denominada ley 22.278, en un tema sumamente delicado como como las medidas que pueden aplicarse al niño no pasible de sanciones penales, a un niño o joven no imputable.

6 En esta proliferación normativa no he incluido las modificaciones al Código Penal, en especial en lo relativo a la suspensión del juicio a prueba.

7 Término tomado de Atienza (1993).

### *b. La anomia hermenéutica*

También la ley 13.634 al instituir principios de aplicación sin definición alguna, o con redacciones de vaguedad extrema<sup>8</sup> se ha habilitado una normativa capaz de “banalizar” la interpretación de las leyes, a la vez que instalan la redundancia normativa, y la falta de apego a la normativa internacional para al interpretación de Convenciones, nada más y nada menos que en el denominado “interés superior del niño”<sup>9</sup>

La extrema vaguedad favorece la ambigüedad de las lecturas, y la ambigüedad, en muchos casos difícil de discernir por su parte es fuente fecunda de falacias, además de ocultar desacuerdos al ampararlos bajo un mismo paraguas verbal, como ha ocurrido con pronunciamientos de la SCBA, y la interpretación del interés superior del niño. Echeverría (2018)

### *c. La anomia por insuficiencia de recursos<sup>10</sup>*

Por otra parte la implementación de estas leyes se ha visto jaqueada por una estructura institucional insuficiente para el cumplimiento de sus disposiciones y una crisis en los servicios de promoción y protección de derechos que ha motivado pronunciamientos críticos de la SCBA<sup>11</sup>, y numerosos habeas corpus y quejas de organismos como La Defensoría del Pueblo, los Colegios de Abogados y la Comisión Provincial por la memoria.

**8** Que los principios puedan poseer buenas intenciones no limita el impacto posible de la legislación redactada con mayor precisión. En la codificación penal han sido los códigos nacidos en regímenes autoritarios los que los han incluido, como el Código Penal de la Alemania o de la Unión Soviética. Por otra parte la vaguedad extrema de estos principios hace posible que la invocación del mismo principio se emplee para justificar conclusiones muy disímiles, como ha ocurrido con usos civiles del “interés superior del niño” en fallos de la SCBA.

**9** La Convención Internacional de Derechos del Niños que emplea la expresión “interés superior del niño” en debe ser interpretada por la Convención de Viena, por ser posterior a ésta, pero en nuestro caso se lo ha interpretado de la mano de la ley 26.061 que se reitera en la ley 13298 al establecer un orden jerárquico de principios que instituye.

**10** Llama la atención las imprevisiones en relación a los recursos existentes y los disponibles para poner en práctica una ley, porque implica una severa irracionalidad pragmática, en términos de Atienza.

**11** La crítica fue hacia el sistema de promoción y protección de derechos, pero incluyó también al funcionamiento de roles del poder judicial, del ministerio público, y a abogados actuando como defensores del niño

Desconocer la necesidad de tener en cuenta la posibilidad de llevar adelante las mandas de una ley por falta de recursos implica una significativa falencia, una pérdida de la racionalidad pragmática del proyecto o ley.

d.

Otro obstáculo que no es posible soslayar en el debate son *las habilitaciones de la edad de niños y jóvenes en la legislación no penal, porque configuran un escenario a veces desconocido en las discusiones.*

Estas habilitaciones han cambiado significativamente en los últimos años con la institución de muy diversa normativa nacional “anticipando” la capacidad de los jóvenes

La mayor edad instituida a los 18 años, ha dado lugar a una serie de capacidades relativas antes de ese tope en el C.C. y Com. Y otras normativas relevantes.

Hoy un joven está habilitado para conducir vehículo automotores, a los 17 años para ciertas categorías, un año antes puede conducir ciclomotores sin pasajeros, y esos límites pueden en ciertas jurisdicciones y con anuencia de autoridades exceptuarse. Ley 24.449 art. 11)

Desde los 16 años está habilitado para votar, según el art. 1 del Código Nacional Electoral.

Puede contraer matrimonio a antes de los 16 años con dispensa judicial, y desde los 16 a los 18 con consentimiento de sus representantes legales por prescripción del art. del CCy Com

Además la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume, asimismo, que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos médicos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de

la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Este proceso de mayores derechos y capacidades durante la menor edad, contrasta, de alguna manera con un fenómeno contemporáneo conocido como la “extensión” de la adolescencia en sus extremos mínimos y máximos, que la OMS establece entre los 10 y 19 años, como se ha insinuado ya al identificar el acortamiento de la infancia por la extensión de la adolescencia.

Es también curioso en relación a la extensión de la edad para las obligaciones alimentarias que se extiende hasta los 21 años (CCy Com. Art. 658)

Considerar este escenario es importante pues indica que la capacidad de los niños queda asociada al tipo de actos que realicen. También que esa capacidad se ha “adelantado” hasta los trece años. Pero que este adelantamiento muestra una singular tensión pues asimismo se ha extendido la edad de las obligaciones que debe cumplir un adulto en relación a un niño

## OBSTÁCULOS DEL DEBATE

Más precisamente y ya en relación al debate en torno a la imputabilidad es necesario considerar los siguientes:

- Obstáculos derivados de la *simplificación* del problema que la imputabilidad plantea,
- Obstáculos provocados por la *ausencia de información fiable cuantitativa y cualitativa* relacionadas con las propuestas que se hagan,
- Obstáculos derivados de los *tiempos para debatir* alternativas,
- Obstáculos asociados a la *politización partidaria* del tema y el *debate mediático* de los temas
- Obstáculos vinculados a la *debilidad de los argumentos* que se esgriman

### a. La simplificación del planteo

En realidad la palabra imputabilidad no está prevista en la ley 22.278, y en el art. 34 del Código Penal se la emplea para agrupar un conjunto de eximentes.

Cuando se habla de imputabilidad en la teoría en función de la edad en el art. distintas son las circunstancias que quedan asociadas: el tipo de delito, la escala penal prevista para el delito<sup>12</sup>, la edad del niño y las consecuencias jurídicas asociadas a ésta. De modo que solo limitar el análisis a la edad deja de lado todos los restantes tópicos vinculados, y el slogan “subir o bajar la edad” engaña más de lo que parece.

Debatir por lo tanto la imputabilidad exige, entre otras cuestiones, debatir qué es posible imputar, pero asociado no solo al delito imputado sino a qué consecuencias se seguirán para los niños no imputables y para aquellos que lo sean. Sin un planteo adecuado de los problemas el debate será estéril y las respuestas imposibles de analizar como modos de resolver el problema.

Detectar la complejidad del problema permite desenmascarar la superficialidad de las respuestas simplificadoras, como culpar a la ley de nuestras desgracias, pero posibilitará también advertir los muy variados modos de enfrentarlo, y los distintos actores involucrados. Es que *“Desafortunadamente –o felizmente– el universo entero es un cocktail de orden, desorden y organización. Estamos en un universo del que no podemos eliminar lo aleatorio, lo incierto, el desorden. Debemos vivir y tratar con el desorden.”* Morín (1988)

### b. La debilidad argumental

Parte de las dificultades en el planteo de los problemas deriva también de no advertir las dificultades actuales que suscita la ley 22.278.

Argumentar el origen espurio de la ley 22.278 por haber sido dictada por la dictadura militar pareciese obnubilar por un lado que no ha sido

<sup>12</sup> A su turno el problema de la escala penal se encuentra estrechamente vinculado a las escalas penales agravadas y atenuadas reguladas en el Código Penal y la legislación complementaria.

cambiada tras más de treinta años de vida democrática, pero implica además desconocer qué debe ser resuelto.

¿Molesta la ley 22.278 porque habilita la aplicación de penas iguales a la de los adultos?

¿Molesta porque entre ellas figuran las penas perpetuas y contradice la manda de la CIDN cuando prescribe que las penas a niños deben durar el menor tiempo posible?

¿Es poco clara porque al remitir a la tentativa los modos de disminuir las penas aplicables a jóvenes no queda claro si también se incluye a la disminución regulada para el delito imposible?

¿Irrita porque prevé la posibilidad de no aplicar pena alguna?

¿Perturba porque no existen otras sanciones por fuera del catálogo previsto en el Código Penal?

¿Incomoda porque instituye la disposición judicial del niño? O porque habilita la libertad vigilada?

Por otra parte no es posible desconocer que muchos de los problemas de la aplicación de una ley no provienen del texto mismo de la ley, fatalmente abstracto, sino de los modos como se lo interpreta, y muy en especial como se lo aplica. Es decir depende de las prácticas que ponen en marcha los textos legales, pese a ser tan silenciadas y configurar verdaderos modos de significación por el uso de las palabras de la ley, como si en estos casos también fuese cierta la máxima de Wittgenstein “el significado es el uso”

Tampoco resulta muy claro concluir que, porque la ley 22.278 es anterior a la Convención de los Derechos del Niño, la contradice. Muchas impugnaciones a la legislación procesal del patronato (en especial en la Provincia de Buenos Aires) y a legislación norteamericana en el tema fueron realizadas de la mano del derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional, muchos años antes que la Convención Internacional de Derechos del Niño. (Domenech-Guido: 2003)

c. Un obstáculo al debate está dado por *la urgencia con que se instaura* uno de cuyos indicadores más significativos son la sanción de leyes apresuradas y con severos problemas para ponerlas en vigencia.

La urgencia es un modo de erosionar el debate mismo, y no está demás destacar que nada más y nada menos que los decretos de necesidad y

urgencia están expresamente vedados para los temas penales. ¿No sería razonable tener en cuenta esta regla constitucional para dar un tiempo adecuado al debate sobre la imputabilidad de los niños?

d. Otros dos obstáculos capaces empobrecer los debates sin la *politización partidaria* del tema, muchas veces oportunista y otras tantas simplificadora, que “utiliza” el problema de la imputabilidad de los niños en las disputas y *el debate al calor mediático de las noticias o de las redes sociales*. La legislación penal de nuestro país ha dado cabal muestra de estas dificultades con las llamadas leyes Blumberg, y ha sido Giovanni Sartori quien ha alertado sobre la pobreza del debate mediático en su obra *el homo videns*. Este obstáculo pesa más con la visibilidad actual del crimen captado por cámaras de seguridad que los telediarios multiplican.

e. Por último la *ausencia información fiable cuantitativa y cualitativa*, que justifique las dificultades que una nueva ley pretende modificar se erige en un verdadero obstáculo. En especial considero de gran relevancia interrogarnos por lo que se hace y lo que debe hacerse con los niños inimputables, una pregunta que no es posible que solo la enfrentemos los expertos en derecho. El análisis de casuística permite advertir la complejidad de la imputabilidad y sus consecuencias en las prácticas que en muchas ocasiones exhiben niños inimputables con reiterados registros de causas penales<sup>13</sup> en los que casi nadie, fuera de las autoridades policiales lo entrevista. Un silencio llamativo, pues no son infrecuentes las quejas de los operadores por la urgencia de los plazos que degradan la posibilidad de información psicológica y ambiental seria.

El niño que transgrede un límite de alguna manera “habla” sin palabras. Se expresa con actos. Pero cuando nada sucede tras esas transgresiones, cuando nada pasa, ¿Quién ha escuchado este particular modo de expresarse?

Es este silencio, el silencio de los adultos, un silencio que debemos desanudar. Es la elocuencia de una trasgresión la que debe ser escuchada, aunque el niño jamás declare o cuando, con derecho, se niegue a declarar. El absoluto silencio, la absoluta negación de la elocuencia de los actos,

13 Tuve la ocasión de encontrar un caso con cerca de 68 registros.

será, en estos casos el modo de negarles a los niños su condición de “sujetos”. Y acaso algo más inquietante, tal vez obvio, y por lo mismo invisible. He leído en Bleichmar (2008), una expresión inquietante “Una última cuestión a la que me quiero referir es la siguiente: las normas son intrínsecas a la constitución psíquica”...¿No será este silencio una forma de la destitución psíquica de los niños sujetos de derecho?

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel. (1993). *Tras la Justicia*. Ariel. Barcelona.
- BACHELARD, Gastón.(1948) *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. Traducción de José Babini Siglo XXI Editores 23. Edición. Buenos Aires 2000
- BELOFF, Mary (2008) *La protección a la infancia como Derecho Público Provincial, Ad Hoc*. Buenos Aires, 2008.
- BLEICHMAR, Silvia. (2008) *Violencia social-Violencia Escolar*. Noveduc.
- DOMENECH, Ernesto y GUIDO, Liliana (2003); *El paradigma del patronato. De la salvación a la victimización del niño*. Edulp, La Plata, 2003.
- DOMENECH, Ernesto (2008); “Infancias y Buenos Aires”, en *La protección a la infancia como Derecho Público Provincial* (Coord. Mary Beloff), Ad Hoc. Buenos Aires, 2008.
- DOMENECH, Ernesto (2008); *Republicanos e inconstitucionalizados. Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la ley 22.278*. Conferencia presentada en las Jornadas de Protección y Garantías en el Régimen Penal Juvenil, organizada por la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Universidad Del Museo Social Argentino. Buenos Aires, 26 de abril 2008.
- DOMENECH, Ernesto, LESCANO, María José y JAUREGUIBERRY, Inés *De niños y penas: Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la provincia de Buenos Aires* [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20089/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20089/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- DOMENECH, Ernesto (2018) Niños apenados. Obstáculos para debatir la imputabilidad de niñosfile: ///C: /Users/Ernesto/Downloads/5657-Texto%20del%20art%C3%ADculo-17364-1-10-20181218%20(2).pdf
- DOMENECH, Ernesto (2011) Niños envueltos.)Entre leyes y relatos en fueros de infancia en la provincia de Buenos Aires <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4232>
- ECHEVERRIA, María Luis (2018) El interés superior del niño en el caso SMM adopción plena. En Revista Niños, Menores e Infancias Nro. 11 <http://revista.idn.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/cf11/158-el-interes-superior-del-nino-en-el-caso-s-m-m-adopcion-plena>
- KUHN, Thomas. La Estructura de las Revoluciones científicas <https://materiainvestigacion.files.wordpress.com/2016/05/kuhn1971.pdf>
- OUVIÑA, Guillermo (1981)- “Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino”, Boletín Informativo del Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de La Plata, N° 3, 1977-81, págs. 2-13.
- MORIN, Edgar. (1988) El paradigma de la complejidad [http://www.pensamientocomplejo.org/docs/files/MorinEdgar\\_Introduccion-al-pensamiento-complejo\\_Parte2](http://www.pensamientocomplejo.org/docs/files/MorinEdgar_Introduccion-al-pensamiento-complejo_Parte2).
- NINO, Carlos Santiago. (1992) Un país al margen de la ley *estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emecé Editores,
- SARTORI, Giovanni. (1997) Homo Videns. La sociedad teledirigida. Ed. Taurus.

---

# La justicia penal juvenil desde la perspectiva del niño víctima

Hacia un cambio de paradigma

**DANIEL EDUARDO ADLER\***

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 2017 el informe de Unicef para Latinoamérica y el Caribe, intitulado *“Poner fin a la violencia”*<sup>1</sup> indicaba que la región resulta la más violenta y desigual del mundo. Allí viven ciento noventa y tres millones de niños, niñas y adolescentes que conviven con esas violencias. Uno de cada dos niños es sometido a castigo corporal en el hogar. Veinticuatro mil quinientos (24.500) adolescentes entre 10 y 19 años son asesinados. Siete millones se encuentran en tránsito, huyendo de la pobreza y/o de la violencia, y resultan potenciales víctimas de trata y tráfico de personas. Un millón cien mil han sufrido violencia sexual o un acto sexual forzado.<sup>2</sup>

Unicef ha exigido un enfoque integral y multidisciplinario para poner fin a la violencia contra las niñas y los niños y, para ello, ha requerido fortalecer el sistema de justicia para prevenir la violencia antes de que ocurra y para responder con servicios adecuados una vez que suceda.

\* Profesor de Derecho Penal Parte General. Universidad Nacional de Mar del Plata.

1 <https://www.unicef.org/lac/poner-fin-la-violencia>.

2 V. De la misma Unicef el informe “Niños y niñas en América Latina y el Caribe” Abordando los derechos de 193 millones de niños y adolescentes <https://www.unicef.org.america-latina-y-el-caribe>

Esas violencias constituyen, muchas veces, acciones típicas y antijurídicas, esto es, delitos penales, y en los ordenamientos normativos penales latinoamericanos los niños, niñas y adolescentes (NN y A) parecen un alma en pena en busca de un cuerpo legal que les reconozca efectivamente sus derechos.

El niño víctima prácticamente no existe en el mapa de sus sistemas penales. La preocupación teórico-práctica gira en torno del niño imputado, pero poco nos hemos ocupado del niño víctima. Los instrumentos internacionales al establecer la necesidad de un fuero especializado no distinguen si lo es para niños imputados o niños víctimas. En el derecho penal de fondo la discusión se ha centrado, cíclica y circularmente, en la edad a partir de la cual se es imputable<sup>3</sup>. Pocas normas penales de fondo han referenciado al niño como sujeto pasivo que debe ser especialmente considerado por las menores posibilidades de defenderse.<sup>4</sup> Hay un notorio descuido de la niñez víctima en el sistema penal, con excepciones que confirman la regla.<sup>5</sup>

- 3 Acerca de la cuestión dice Mary Beloff “ *estas propuestas de reducción de la edad penal sorprenden no solo por su escandalosa simplificación de un problema estructural que se agrava cada día, sino por ignorar los datos de la realidad, los cambios legales y jurisprudenciales ocurridos en las últimas dos décadas, y los pírricos resultados de propuestas similares implementadas en todo el continente en esos años*” Beloff, Mary, “El eterno retorno: bajar la edad mínima de responsabilidad penal”, publicado en la revista “Temas de Derecho Penal y Procesal Penal” (Borinsky, Mariano H. y Schurjin Almenar, Daniel –directores-), Ed. Erreius, Abril 2019, páginas 55/67.
- 4 Las normas vinculadas a los delitos contra la vida y la integridad física no contienen referencias típicas en caso de niños o niñas víctimas ( arts. 80; 92 y cc. del CP). En el delito de trata de personas la mendicidad de niños y niñas no ha sido expuesta como una modalidad específica de explotación, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones y recomendaciones internacionales. Sí se ha puesto esfuerzo en su persecución (v.fiscales.gob.ar/trata/rosario-procesaron-a-cuatro-acusados-de-trata-de-personas-con-fines-de-reduccion-a-la-servidumbre). Se ha establecido en el art. 148 bis la sanción para aquellos que aprovecharon económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil. Se exceptúan las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente, y no se castiga ni a los padres, tutores o guardadores, en la inteligencia que constituyen la familia del niño.
- 5 Una de ellas es la presencia de los defensores oficiales de la Defensoría General de la Nación actuando como asesores de menores en los juicios orales y públicos en favor de niños víctimas. Así lo establece la ley de Ministerio Público de la Defensa ( art. 43 inc. F. de la ley 27149). Otra ha sido la labor del defensor de Niños Julián Axat en la década pasada en la ciudad de La Plata, presentándose como querrelante en los casos de niños víctimas de violencia institucional.

La omisión es grave: el niño imputado fue, la mayor parte de las veces un niño víctima que no tuvo asistencia, contención, protección y representación legal en el proceso penal. Esas ausencias repercuten en la subjetividad del niño víctima que no percibe justicia para su caso y contribuyen a la construcción de un niño vulnerable a la selección criminalizante del sistema penal. Si el niño víctima no tiene Justicia, se generan en ese niño las condiciones para el niño imputado y tendrá más posibilidades de ser seleccionado por las agencias penales.

Porqué entonces no comenzar por el principio en el sistema de administración de justicia, esto es por el niño víctima.

En el ámbito penal la protección integral de la niñez <sup>6</sup> debe entenderse no solo para los niños imputados sino también para los que son víctimas de delitos. La ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños

Cabe destacar, recientemente, la resolución 19/99 de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, dictada por el Dr. J. Conte Grand que dispone que “En todo proceso donde se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual que tuvieron como víctima a una persona menor de edad, con capacidad restringida o incapacidad, el agente fiscal deberá dar intervención inmediata al Asesor de Incapaces y al Curador Oficial zonal, en caso de que la persona se encontrase bajo su apoyo o curatela.”

<sup>6</sup> A partir de los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, la legislación tanto a nivel nacional como provincial ha adoptado el sistema de protección integral previsto en la Convención de Derechos del Niño y en la ley de protección integral 26061, normas constitucionales, convencionales y legales de plena operatividad. Principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22. También las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, o Directrices de Riad (Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del Informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones de fecha 14 de diciembre de 1990), las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de UN; y los fallos de la Corte Interamericana de DDHH y sus opiniones consultivas, en especial las que tuvieron como demanda a la República Argentina (v. gr. caso “Mendoza”), y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han recogido los estándares internacionales (v. gr. Caso “Maldonado”).

y adolescentes N, N y A) impone un mínimo de garantías sin distinguir entre víctimas o imputados.<sup>7</sup>

## II. EL SOFISMA DEL SISTEMA BINARIO: NIÑO ABANDONADO-NIÑO DELINCUENTE

Los siglos XIX y XX estuvieron presididos en materia de niñez por el paradigma del niño en situación irregular o de abandono. El fallo “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo asoció a “un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”. Con cita de Anthony Platt en su obra clásica, “Los Salvadores del Niño”, la Corte estableció que “... bajo el ropaje de regirse por principios “Protectores”, en la práctica implicó homogeneizar al niño infractor de la ley penal con aquel otro en situación de abandono, y el despojo de las garantías constitucionales, las que quedaban reservadas así solo para la justicia de adultos (Platt, Anthony M. en “Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia”, Trad. Blanco Félix, México, Siglo XXI, 1982).<sup>8</sup>

- 7 El art. 27 de la ley 26061 exige que todos los organismos del Estado garanticen a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:
- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
  - b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
  - c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
  - d) A participar activamente en todo el procedimiento;
  - e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.
- 8 CSJN fallo del 7/12/2005 M. 1022. XXXIX.RECURSO DE HECHO Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa N° 1174C. Considerando 27) y 28) del fallo.

Esto se veía claramente en el anterior sistema de justicia de menores en la Provincia de Buenos Aires. Había dos secretarías. Una social del niño víctima o niño en estado de abandono, la otra penal del niño imputado.

Le pedí hace treinta años a una reconocida secretaria judicial del entonces llamado Tribunal de Menores que me explicara cómo funcionaba ese fuero. Palabras más, palabras menos me dijo “los niños que hoy tenemos en la secretaría social en situación de abandono, seguramente los tendremos mañana en la secretaría penal como imputados de delitos”.

Se trataba de un sistema de gestión y de control de la ideología de la situación irregular o estado de abandono.

Las secretarías sociales de los tribunales de menores articulaban con los diferentes organismos del Estado, además de ocuparse de una multiplicidad de acciones del derecho de familia, principalmente las adopciones. Se ocupaban del niño en situación de abandono.

Las secretarías penales eran las malas de la película. Su competencia era la del menor que había cometido delitos.

En realidad, eran dos caras de la misma moneda. El niño abandonado de la secretaría social se convertía, al poco tiempo, en el menor de la penal.<sup>9</sup>

Había una historia del niño contada en los tribunales; un camino descrito en un expediente social que luego pasaba al fuero penal, todo ante el mismo Tribunal de Menores a cargo de un juez que hacía de asistente social, de investigador de delitos y de juzgador. Un mismo actor contaba toda la historia: el mismo juez que un día había protegido al “niño” al otro condenaba al “menor”. Cómo saber si finalmente aquella situación tutelar fracasada no había incidido para que el niño víctima no se convierta en el menor delincuente. El fracaso del juez tutelar del niño se convertía en el éxito del juez penal de menores, quien dejaba a las asistencias sociales en una ventanilla y atendía a la policía en la otra. Una situación indudablemente compleja. A la historia del niño delincuente precedía la del niño abandonado,

<sup>9</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Maldonado” expresó “que una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación” (considerando 25 del fallo)..

víctima muchas veces de delitos. Se ha criticado, y con razón, ese sistema por la ausencia de controles judiciales sobre las detenciones de niños a partir de la discrecionalidad de los jueces de menores.

Las condenas a los niños eran pocas; los jueces de menores cumplían prevalentemente su función tuteril y no la represiva, lo cual llevaba, indirectamente, a largas detenciones sin sentencias. La ausencia de garantías para los niños imputados, por un lado, y las campañas de ley y orden que exigían su castigo por el otro, generó un consenso para la instauración de los juzgados penales especiales para jóvenes en infracción a la ley penal. Una serie de instrumentos internacionales que obligaban a adecuar la legislación procesal penal para niños y diversas recomendaciones internacionales avalaron su creación.

### III. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN UNIDIMENSIONAL

Ahora bien, cabe preguntarnos qué es lo que ha sucedido desde la creación del fuero penal juvenil, claramente legitimado por la situación descrita en el punto anterior.

El sistema penal juvenil se ha vuelto unidimensional, pues ve solo al niño en infracción a la ley penal pero no al niño víctima de un delito. Se enuncia un modelo integral de derechos, pero se ha puesto en funcionamiento un sistema penal que no atiende con especialidad al niño que ha sufrido un delito. La creación del fuero de responsabilidad penal juvenil ha constituido un avance para el niño imputado de delitos al cual se lo ha revestido de garantías, pero poco se ha evolucionado respecto del niño víctima.

Las secretarías sociales de los viejos tribunales de menores que se ocupaban de los niños víctimas de delitos no fueron reemplazadas en el sistema judicial.<sup>10</sup> Es decir, hoy día ningún organismo judicial se ocupa con especialidad del niño víctima del delito.

<sup>10</sup> El niño en estado de abandono, del que se ocupaban estas secretarías, era muchas veces víctima de delitos. La página oficial del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires enuncia que “La Asesoría posee competencia judicial para asistir los derechos de personas menores de edad cuando existe un trámite judicial vinculado a conflictos familiares (por ejemplo el cuidado de los hijos, el régimen de comunicación, la cuota alimentaria, la adopción, casos de violencia familiar, entre otros); en los casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes según el Sistema de Protección Integral de Derechos; también cuando o un niño o una niña es víctima de un delito; en general la

Sin duda que con la enumeración de una serie de derechos en los ordenamientos de fondo y procesales que se encontraban en la Convención de los Derechos del Niño<sup>11</sup> se ha dado un salto de calidad hacia el sistema de protección integral, pero con ello no alcanza: se requiere que la protección integral sea efectiva, esto es, que se traduzca en magistrados, funcionarios y especialistas de otras disciplinas que se ocupen también del niño víctima.

La repartija competencial entre la administración pública y los juzgados de familia no tuvo en cuenta la necesidad de contención, asistencia y representación del niño en el ámbito del sistema penal. Sin duda fue positiva la reforma en cuanto se ha revestido al niño imputado de las garantías constitucionales que antes no tenía, pero el niño víctima no es acompañado en el proceso penal por un equipo interdisciplinario de apoyo psicológico y social ni cuenta con patrocinio y asistencia en ese marco.

En mi opinión asistimos a una justicia que solo ha puesto la mira en el niño imputado, eufemísticamente llamado menor en infracción a la ley penal.<sup>12</sup> La justicia especializada del niño y del joven hoy solo se ocupa del que ha sido seleccionado por el sistema penal para responder de infracciones penales; y ha dejado al niño víctima u abandonado en manos del poder administrador, fortaleciendo así una idea punitivista y debilitando la reparatoria de la subjetividad de las víctimas.

Resultaría relevante contar con jueces, fiscales y defensores especializados para dirimir la responsabilidad de los ofensores de los niños, y equipos interdisciplinarios que apoyen la labor de estos organismos judiciales, y acompañen al niño durante el curso de la causa, haciéndole inteligible el proceso de justicia y expliquen su resultado final. La disección de las viejas secretarías sociales de los tribunales de menores fue sin darle al sistema

Asesoría interviene en cualquier tipo de proceso judicial que comprometa los derechos de una persona menor de edad". Lo cierto es que en los procesos donde los niños son víctimas no tramitan por ante jueces especializados en niños. Los jueces de mayores juzgan estos casos, y son contadas la veces que los niños son asistidos en estos procesos por los asesores de menores. <https://www.mpba.gov.ar/asesoria> Fuente. Tribunal en lo Criminal Nro. 3 de Mar del Plata.

11 Así sucede con las leyes 13268 y 26061.

12 Cuando se porta bien se lo llama niño, cuando se le imputa un delito pasa a llamarse menor. Acerca de los eufemismos de la justicia de menores, CSJN in re "Maldonado". "Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos" ( considerando 26).

administrativo recursos suficientes. Así se dice expresamente en el mensaje que el Poder Ejecutivo remite al Congreso para la nueva ley de responsabilidad penal juvenil.<sup>13</sup> Tampoco se suplió en el sistema judicial este espacio de contención para niños víctimas.

Dudo que este sistema unidimensional haya logrado su fin último: bajar el índice de delitos que cometen los niños y adolescentes. Sobre la cuestión no hay estadísticas.

#### IV. HACIA UN NUEVO PARADIGMA: PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO VÍCTIMA Y DEL NIÑO IMPUTADO

Hoy no se pone en discusión la distinción entre niño imputado y niño víctima, ni hay que recurrir al eslogan gastado niño abandonado– niño delincuente. Sin embargo, si durante el curso de un proceso no se toman las medidas cautelares necesarias se pueden generar las condiciones para que el mismo sistema de justicia contribuya, por acción u omisión, a la construcción del niño imputado. La descripción del mismo sistema penal como coconstructor de la criminalidad ha sido tratado por la criminología crítica.

Quizás una de las primeras cuestiones que debería plantearse con claridad es la necesidad de garantizar un proceso rápido para los N, N y A víctimas. En tal sentido resulta determinante evitar las cuestiones de competencia, que dilatan innecesariamente la reparación que debe otorgar la resolución de los jueces y juezas que entienden en estas cuestiones. La cuestión de la competencia no es un tema menor, y ha sido y es motivo de continuos debates. No debería discutirse más el tema: cuando haya un niño, niña o adolescente víctima de delitos debería intervenir el Tribunal de Menores, aun cuando los imputados sean mayores.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> En la nota de elevación del anteproyecto de ley penal juvenil se dice “Cabe destacar que a nivel provincial, algunas jurisdicciones, pese a la aún vigencia de la Ley N° 22.278 y sus modificatorias, han ido avanzando y adaptando sus legislaciones internas a los estándares internacionales, dictando códigos procesales penales juveniles o leyes locales de protección integral de niñez. Sin embargo conforme se desprende de relevamientos efectuados en varias de tales jurisdicciones dicha letra aún no ha sido acompañada de las estructuras necesarias que le den operatividad”

<sup>14</sup> Esta cuestión fue renovada recientemente en el caso Chocobar. V Fiscales.gov.ar/fiscales/el-juicio-al-policia-luis-chocobar-se-hara-en-el-fuero-de-menores. ....

La idea de contar con una justicia especializada también para niños víctimas de delitos no es un prurito formal anclado solo en la letra de las Convenciones internacionales y leyes nacionales, argumento por cierto suficiente para su consecución. Hay argumentos psiquiátricos, psicológicos, sociales y valorativos para hacer efectiva la plena vigencia de los derechos humanos de los N, N y A: la pronta y adecuada realización de la justicia fortalece su autoestima, repara la subjetividad dañada y es un elemento que disipa la posibilidad que ese niño resulte, el día de mañana, vulnerable a la selección del sistema penal. De allí la importancia de que rápidamente se ponga la mira en la adopción de los mecanismos legales y procesales para que el niño víctima tenga acceso a la justicia. Un niño que percibe la realización de la justicia respecto de su caso creará en los valores sociales que se predicán; texto y realidad se dan allí la mano y permiten fortalecer su subjetividad.

Dice Imbriano que “la posibilidad de un sujeto de inscribir la ley le posibilita su lugar como ciudadano. Si la ley está en suspenso o funciona como simulacro produce falta de garantías y desubjetivización”.<sup>15</sup>

La reparación es fundamental para evitar uno de los efectos posibles del maltrato en la estructuración subjetiva de los niños, niñas y adolescentes. Así dice Janin que uno de ellos es la “...repetición de la vivencia en su forma activa o pasiva” y otro “...la actitud vengativa frente al mundo”.<sup>16</sup>

Es decir, la reparación del niño víctima es un factor necesario para evitar el niño imputado, y la generación de nuevas víctimas posiblemente niños y niñas. Un círculo que puede comenzar a cortarse con la afirmación de la ley.

Lo que se pretende es un sistema penal que proteja no solo al niño imputado sino también al niño víctima, teniendo en cuenta que el primero puede ser víctima del mismo sistema penal.<sup>17</sup> La realización de la justicia

15 Imbriano, Amelia “Porqué matan los niños” Ed. Letra viva. Año 2012 pág. 121. Agradezco a la Licenciada en psicología Laura Salgueiro la discusión sobre estos temas.

16 Janin Beatriz, “El sufrimiento psíquico en los niños” Ed. Noveduc. Año 2012 pág. 234

17 La necesidad de distinguir entre niños víctimas y niños imputados ha sido reconocida tanto por nuestra Corte como por la Corte de los EEUU. Así también “el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al analizar el sistema juvenil argentino expresó su profunda preocupación por el hecho de que la Ley N1 10.903, de 1919, y la Ley N1 22.278, que se basan en la doctrina de la “situación irregular”, no distingan, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y

respecto del niño víctima permite que ese niño, al observar que la justicia se realiza en el caso que lo tuvo como víctima, tenga mayores posibilidades de un sano desarrollo psicosocial. Su subjetividad dañada puede ser reparada a través de una sentencia que lo reconozca como víctima; el Estado a través de una resolución establece que el hecho ha sucedido y que él ha sido víctima de un hecho delictivo; sanciona efectivamente al infractor, lo cual es reparador para la víctima, a la vez que permite instaurar medidas en favor de ésta.

No hay en la Argentina estudios de campo sobre niños víctimas y sobre cómo la realización de la Justicia respecto de sus casos contribuye a su desarrollo psicosocial, lo cual nos indica la ausencia de preocupación del sistema por esta cuestión.

Creo, in genere y aún sin estudios de campo, pero sí con la consulta a pediatras y psiquiatras infantojuveniles, que un niño que percibe la realización de la Justicia respecto de un caso que lo tuvo como víctima, tiene menores posibilidades de ser alcanzado por el sistema de justicia penal juvenil como imputado. La justicia del caso es reparadora para la subjetividad de las víctimas, y este fortalecimiento de la personalidad contribuye al desarrollo psicofísico y a evitar las conductas disvaliosas.

Parto, además, de una observación empírica: gran parte de los imputados de varios tipos de delitos fueron primero víctimas, y respecto de sus casos fue nula o casi nula la intervención en su favor a través de asistencia, tratamiento y representación.

La ley nacional de víctimas refuerza esta idea al establecer las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima requiere se adopten "... atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas".<sup>18</sup> Por el contrario, el sistema judicial juzga sin distinguir si las víctimas son niños o adultos, y las

protección y los niños que tienen conflictos con la ley penal ("Kent v. United States", 383 U.S. 541, 1966)". Del fallo "Maldonado".

18 art. 4 b de la ley 27372

situaciones son diversas, pese la buena voluntad de los operadores judiciales. Los avances han sido recientes y escasos.<sup>19</sup>

La conformación de tribunales especiales para tratar estos casos no es un tema complejo; requiere sí una especial preparación de los jueces, defensores, fiscales y asesores, como también la conformación de un equipo interdisciplinario especial que acompañe al niño durante todo el proceso penal.

Algunos delitos que tienen a los niños como víctimas exigen especial versación. Así el abuso sexual infantil (ASI), no solo requiere el conocimiento médico legal y psiquiátrico forense correspondiente, sino, capacidad de psicología judicial para dirimir la ponderación del testimonio de los niños.

El grooming, el *bullying* y el *moobing* indican modalidades con autonomía típica o posiblemente asociadas a conductas delictivas (amenazas, lesiones, extorsión, etc.) que requieren la preparación jurídica, psicológica y sociológica específica.

Especial versación requiera la violencia sufrida por los niños y las niñas en sus familias y en especial contra sus madres es una de las principales causas que contribuye a su futura vulnerabilidad, porque estas situaciones disruptivas repercuten directamente en el desarrollo de sus personas. Así desde la observación empírica los profesionales de la salud mental han establecido las siguientes consecuencias<sup>20</sup>:

**19** Se ha avanzado en especial en el modo de recibir el testimonio de los niños. Prácticamente todas las jurisdicciones han adoptado el sistema de recepción de la testimonial en Cámara Gesell o dispositivo similar, con intervención de una profesional de la psicología y grabación de la declaración para evitar luego la revictimización del niño (v. gr. Art. 254 quater del CPPN).

**20** Espinosa Bayal, Angeles "Las hijas e hijos de mujeres maltratadas. Consecuencias para su desarrollo e integración escolar" Universidad Autónoma de Madrid. En [http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/proyecto\\_nahiko\\_formacion/eu\\_def/adjuntos/ANGELES%20ESPINOSA%20Las%20hijas%20e%20hijos%20de%20mujeres%20maltratadas.pdf](http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/proyecto_nahiko_formacion/eu_def/adjuntos/ANGELES%20ESPINOSA%20Las%20hijas%20e%20hijos%20de%20mujeres%20maltratadas.pdf)

PRINCIPALES CONSECUENCIAS	
<b>Desarrollo social</b>	• Dificultades de interacción social
	• Problemas de agresividad
	• Problemas de inhibición
	• Dificultades para interpretar las claves sociales
	• Falta de habilidades de resolución de problemas sociales
	• Tendencia a interpretar de forma hostil la conducta de los otros
<b>Desarrollo emocional</b>	• Falta de empatía
	• Dificultades para expresar y comprender emociones, tanto propias como ajenas
	• Problemas de autocontrol de la propia conducta
<b>Desarrollo cognitivo</b>	• Baja autoestima
	• Indefensión aprendida
	• Tendencia a no enfrentarse a nuevas tareas por miedo al fracaso y/ a la frustración
	• Problemas de egocentrismo cognitivo y social
	• Juicios morales heterónomos: más permisivos con sus transgresiones que con las de los demás

Es decir, se conforma a partir de la violencia de género un modelo de construcción social que permite la formación de personas vulnerables.<sup>21</sup>

Afirman los especialistas en violencia que:

...el hecho de que los niños sean testigos de la violencia como el que, además, puedan ser víctimas de ella conlleva toda una serie de repercusiones negativas tanto para su bienestar físico y psicológico como para su posterior desarrollo emocional y social. (...) Las investigaciones sobre distintos tipos de víctimas han demostrado claramente que la violencia física, psicológica o sexual, ejercida sobre una persona, causa en ésta toda una serie de repercusiones negativas a nivel físico y psicológico. Además del posible daño físico, tras una experiencia

21 Espinosa Bayal, Angeles “ Las hijas e hijos de mujeres maltratadas. Consecuencias para su desarrollo e integración escolar” Universidad Autónoma de Madrid. En [http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/proyecto\\_nahiko\\_formacion/eu\\_def/adjuntos/ANGELES%20ESPINOSA%20Las%20hijas%20e%20hijos%20de%20mujeres%20maltratadas.pdf](http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/proyecto_nahiko_formacion/eu_def/adjuntos/ANGELES%20ESPINOSA%20Las%20hijas%20e%20hijos%20de%20mujeres%20maltratadas.pdf); en similar sentido Asensi Perez, Laura, “ Violencia de género: consecuencias en los hijos” Psicojurix - Psicólogos Jurídicos y Forenses Alicante –España <http://www.psicologiainvestigacion.com/violencia-familiar>. Sobre la disrupción de la violencia y sus consecuencias sobre los niños, con profundidad psicoanalítica, Tesone, Juan Eduardo “*Feminicidio y orfandad*” presentado en la H. Cámara de Diputados de la Nación Noviembre de 2016, en la Mesa Debate “ Femicidio: una problemática actual” con motivo del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer.

traumática se produce una pérdida del sentimiento de invulnerabilidad, sentimiento bajo el cual funcionan la mayoría de los individuos y que constituye un componente de vital importancia para evitar que las personas se consuman y paralicen con el miedo a su propia vulnerabilidad (Janoff-Bulman y Frieze, 1983; Perloff, 1983). En el caso de los niños que no solo son testigos del maltrato hacia su madre sino que, a la vez, también son víctimas de esa violencia, la pérdida es todavía, si cabe, mucho más desequilibrante, pues afecta a un componente absolutamente necesario para el adecuado desarrollo de la personalidad del menor, el sentimiento de seguridad y de confianza en el mundo y en las personas que lo rodean.<sup>22</sup>

La situación tiene reconocimiento legal. Los niños y niñas que viven en un ambiente intrafamiliar de violencia de género reúnen tres condiciones de las reglas de Brasilia para ser consideradas personas vulnerables: son niños y niñas, son víctimas y han sufrido violencia de género. Para las Reglas de Brasilia <sup>23</sup> “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad... la victimización... el género...”<sup>24</sup> El concepto de victimización en las reglas incluye a la *familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa*, y se destacan especialmente *las personas menores de edad y a las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar*.

<sup>22</sup> Patro Hernández, Rosa y Limiñana Gras, Rosa María, ob. Cit. Nota 1

<sup>23</sup> Se definen como un “Conjunto de 100 Reglas reconocidas por las más importantes Redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34)”.<http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/inicio>. Han sido aprobadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los Ministerios Públicos. “Contienen, por un lado, unos principios de actuación o ideas básicas que deben inspirar la materia, aportando elementos de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población; y, por otro lado, establecen una serie de recomendaciones que pueden ser de utilidad en la actuación de los responsables de las políticas públicas judiciales y de los servidores y operadores del sistema judicial” ( ob cit.).

<sup>24</sup> Sección 2 ( 4) de las Reglas de Brasilia. Estas Reglas han sido aprobadas por la CSJN y por los Ministerios Públicos.

Ni hablar de la trata de personas en todas sus formas de explotación y la penalización de trabajo infantil<sup>25</sup>, recientemente sancionado como delito. A esto deben agregarse los tipos penales convencionales que tienen, por cierto, sus complejidades.

Por último, las masacres que han tenido a niños como víctimas de delitos, con responsabilidad de los estados nacionales en la omisión de una seria investigación de esos hechos, son hechos complejos que requieren de específica preparación de los agentes judiciales.<sup>26</sup> Nuestro país no ha sido ajeno a ello. En el año 2013 el defensor de niños de La Plata, paradójicamente la Ciudad de los Niños, presentó un completo informe a la Suprema Corte de Justicia de la Nación dando cuenta de que en menos de un año hubo "...seis crímenes de niños bajo distintas circunstancias y modalidades; sin embargo todos tienen similares características: a) son muertes violentas, b) se trata de niños y adolescentes marginales atendidos por esta defensoría; c) ocurren en las mismas zonas; d) existe algún grado de participación o relación policial en las mismas". No solo ello, observó además que en la mayoría de las investigaciones de esos crímenes no había "...avances significativos; las personas directamente implicadas (policías) recuperan la libertad de inmediato una vez que realizan su descargo..." y que tampoco "se advierte se haya dado cumplimiento a la resolución 1390/01 de la Procuración General; es decir se evite en los actos investigativos que la propia Policía Bonaerense cumpla actos en la instrucción". Cabe preguntarse cómo fortalecerán su subjetividad en relación al valor social justicia los integrantes de cada una de esas familias, algunos incluso niños, que observan cómo sus niños no han tenido respuesta del sistema judicial.<sup>27</sup>

25 V nota 2.

26 Son numerosos los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el punto. V .Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 5. Niños, niñas y adolescentes. En <http://juristadelfuturo.org/wp-content/uploads>.

27 Axat hizo referencia en su presentación a la denuncia del fiscal Sarlo, quien "en el año 2011, el Fiscal Platense Rubén Sarlo denunció ante la Fiscalía general de La Plata, de la posible existencia de grupos de vecinos-civiles o parapoliciales preparados para realizar justicia por mano propia en zonas de la Ciudad, respecto de personas consideradas delincuentes". La presentación del Dr. Julián Axat puede leerse en . <https://www.surar-argentina.org.ar/pena-juvenil/denuncia-ante-la-corte-de-la-provincia-de-buenos-aires>.

## V. MEDIDAS PROCESALES Y DE ACOMPAÑAMIENTO PARA EL NUEVO PARADIGMA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO VÍCTIMA

Naciones Unidas, a través, de su Oficina contra la Droga y el Delito, ha propuesto una ley Modelo de protección de niños y niñas víctimas, que "... abarca la protección de los niños que... sospechosos o autores de delitos que hayan sido objeto de victimización o intimidación, u obligados a actuar de forma ilegal, o que lo hayan hecho bajo coacción".<sup>28</sup> Se han dictado las "Directrices de Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" del año 2005<sup>29</sup>; e incluso existe en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos una "Ley modelo y su comentario" del año 2009<sup>30</sup>. Lamentablemente nuestro país aún no las ha receptado en su normativa interna ni en su organización judicial.

Además de enunciar los derechos de los niños víctimas de delitos que se desprenden de la Convención,<sup>31</sup> paso a analizar algunas particularidades de la ley modelo, a saber:

1. prevé que los docentes, médicos, trabajadores sociales y otros profesionales deberán informar a la autoridad competente si tienen motivos razonables para sospechar que un niño es víctima o testigo de un delito.

Es decir, se genera un deber legal de protección de los niños respecto de los profesionales que entran en contacto con ellos. No solo

<sup>28</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito Viena. La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos Ley modelo y comentario

<sup>29</sup> [https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005\\_20.pdf](https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf)

<sup>30</sup> [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice\\_in\\_matters\\_ES.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice_in_matters_ES.pdf)

<sup>31</sup> La ley modelo tiene en cuenta, en especial, los siguientes derechos de los niños víctimas de delitos: a) El derecho a un trato digno y comprensivo; b) El derecho a la protección contra la discriminación; c) El derecho a ser informado. d) El derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones; e) El derecho a una asistencia eficaz; f) El derecho a la intimidad; g) El derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia; h) El derecho a la seguridad; i) El derecho a medidas preventivas especiales; j) El derecho a la reparación.

- deben informar, sino que le deben prestar asistencia hasta que se le proporcione asistencia profesional apropiada al niño;
2. la persona que haya sido declarada culpable en sentencia firme de un delito tipificado contra un menor quedará inhabilitada para trabajar en establecimientos y asociaciones que presten servicios a menores. Estas, además, deben tomar las medidas adecuadas para garantizar que las personas que hayan sido acusadas de un delito tipificado contra un menor no tengan contacto con niños, es decir, la protección se extiende tanto respecto de condenados como procesados. Se trata de deberes institucionales que ubica a quienes los incumplen en infracción de deber; la ley prevé, además, que los estados deben castigar penalmente a los responsables de las instituciones que incumplen con esos deberes;
  3. Se contempla la creación de un organismo nacional para la protección de los niños víctimas o testigos;
  4. Prevé que los niños víctimas y testigos de delitos, sus padres o tutores o sus representantes legales, la persona de apoyo, si hubiera sido designada, u otra persona designada para prestarles asistencia, desde su primer contacto y a lo largo de todo el proceso deberán ser informados sin demora acerca de la fase en que se encuentre; en especial: a) sobre la importancia, el momento y la manera de prestar testimonio, y la forma en que se realizará el “interrogatorio” durante la investigación y el juicio; b) los mecanismos de apoyo a disposición del niño víctima o testigo cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, como, por ejemplo, poner a disposición de la víctima un abogado o cualquier otra persona designada para prestar asistencia; c) Las fechas y los lugares específicos de las vistas y otros acontecimientos importantes; d) Las medidas de protección disponibles; e) los mecanismos existentes para revisar las decisiones que afecten a los niños víctimas y testigos de delitos; f) Los derechos correspondientes a los niños víctimas o testigos de conformidad con la legislación nacional vigente, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos jurídicos internacionales, tales como las Directrices y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/34 de 29

- de noviembre de 1985; g) Las posibilidades que existan para obtener reparación por parte del delincuente o del Estado mediante el proceso de justicia, procedimientos civiles alternativos u otros procedimientos; h) La existencia y el funcionamiento de programas de justicia restaurativa; i) La disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales y otros servicios de interés, y el medio de acceder a ellos, así como el asesoramiento letrado o representación legal o de otro tipo, y el apoyo financiero de emergencia disponible, según proceda; j) La evolución y estado de la causa en cuestión, incluidos datos sobre la captura y detención del acusado, su situación en cuanto a privación o no de libertad, así como cualquier cambio inminente de esa situación, la decisión de la fiscalía y la situación de interés que se produzca después del juicio y la resolución de la causa;
5. Prevé en su articulado la asistencia de un abogado que deberá asignar el Estado de forma gratuita para el niño víctima o testigo a lo largo de todo el proceso de justicia;
  6. Incluye diversas medidas de protección para la seguridad de un niño víctima o testigo, a saber:
    - a) Evitar el contacto directo entre los niños víctimas o testigos y los acusados en todo momento del proceso de justicia;
    - b) Solicitar órdenes de alejamiento al tribunal competente, respaldadas por un sistema de registro;
    - c) Pedir al tribunal competente que ordene la prisión preventiva del acusado e imponga condiciones de libertad bajo fianza que veden todo contacto;
    - d) Solicitar al tribunal competente que ordene el arresto domiciliario del acusado;
    - e) Solicitar que se conceda a los niños víctimas o testigos de delitos protección policial o de otros organismos pertinentes, y adoptar medidas para que no se revele su paradero;
    - f) Solicitar a las autoridades competentes la adopción de otras medidas de protección que se estimen convenientes;
  7. La ley modelo prevé un fiscal especialmente capacitado en el trato con niños para dirigir el interrogatorio de éstos. El investigador evitará repetir el interrogatorio durante el proceso de justicia, con el fin de evitar la victimización secundaria del menor. Adopta un enfoque multidisciplinario durante la investigación. El Manual para profesionales de Unicef indica que la relevancia de la especialización consiste en

que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley van acompañados de especialistas en menores y profesionales especializados en atención de salud mental cuando someten a interrogatorio a un menor. Ese modelo ofrece más posibilidades de proteger no solo al niño, sino también al acusado, pues permite que los interrogatorios se realicen de un modo más concienzudo y preciso.”

8. Una situación plenamente diferencial es la designación de la llamada Persona de apoyo. Desde el inicio de la fase de investigación y durante todo el proceso de justicia, todo niño víctima o testigo recibirá el apoyo de un profesional cualificado, especialista en técnicas de comunicación con menores y asistencia a niños de diferentes edades y contextos culturales y familiares, con el fin de evitar el riesgo de coacción, victimización repetida y victimización secundaria. Además de ello prevé una serie de deberes relevantes para recuperar al niño de las situaciones derivadas del delito, a saber: a. brindar apoyo general de carácter emocional al niño; b. prestar asistencia al menor, de un modo adaptado a éste, durante todo el proceso de justicia. Tal asistencia puede incluir medidas destinadas a paliar los efectos negativos del delito penal en el menor; medidas para ayudar al niño a seguir con su vida cotidiana; y medidas para ayudar al niño a resolver cuestiones administrativas derivadas de las circunstancias de la causa; c. asesorar al niño respecto de la necesidad de recibir tratamiento o apoyo psicológico; d. actuar de enlace y canal de comunicación con los padres o tutores, familiares, amigos y abogado del niño, según proceda.
9. La ley modelo prevé el modo de recibir declaración a los niños a los fines de preservar su seguridad, proteger la intimidad y el bienestar físico y mental del menor, y evitar todo sufrimiento injustificado y victimización secundaria. Recomendación sobre la capacidad del testimonio, las limitaciones al interrogatorio y coninterrogatorio, cómo deben ser las salas de audiencias, incluso respecto de la necesidad de cómo sentar a los niños en asientos elevados y asistencia para niños con discapacidades.
10. Tiene en cuenta, además, diversas situaciones que se dan con posterioridad al juicio, la información sobre su resultado, el derecho de

resarcimiento e indemnización y la información sobre la puesta en libertad de reclusos.

## VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Seguimos discutiendo, estérilmente, la edad de la imputabilidad de los N, N y A, como si allí se agotara el Régimen Penal Juvenil, mientras resulta notable la ausencia de medidas especiales de protección cuando ellos son víctimas de delitos.

La política criminal, las políticas públicas y la organización judicial han elegido ocupar sus escasos recursos dialécticos y económicos en los marcos represivos contra N, N y A que han cometido delitos, y han pospuesto esos mismos recursos para los N, N, y A que los han sufrido. Si comenzáramos por el principio, asistiendo, conteniendo y representando a las víctimas seguramente tendríamos el día de mañana menos imputados.

Desde una perspectiva victimo dogmática cabe preguntarse cuánta es la legitimidad del castigo para aquellos N, N y A imputados que fueron víctimas de delitos y que no tuvieron justicia para su caso. La ausencia de la subjetividad reparada de los N, N y A que fueron víctimas de delitos y que luego violan la ley penal, constituye un elemento que disminuye su culpabilidad y deslegitima la intervención del derecho penal.

Se han tomado decisiones de política criminal

La respuesta del sistema penal juvenil para los NN y A debe ser integral, y ello significa:

1. imponer un mínimo de garantías sin distinguir entre N, N y A víctimas o imputados;
2. no limitar la intervención a lo punitivo.

Es relevante reconocer la subjetividad dañada de los NN y A. cuando fueron víctimas de delitos, y adoptar medidas reparadoras y restaurativas, de ese modo no solo se fortalecerá la personalidad del niño, sino que se disparará la posibilidad de que se vea involucrado en acciones disvaliosas.

Resulta prioritario la experticia de fiscales, defensores y jueces de especial versación en tema de niñez que acompañen a los N, N y A víctimas

de delitos durante el curso del proceso, y adoptar medidas de protección conforme las sugerencias del modelo universal de Naciones Unidas.

El planteo es sencillo, quizás las carencias se deban a que, como le decía el zorro al Principito, lo esencial es invisible a los ojos. Los niños, niñas y adolescentes que son lo esencial de toda comunidad los invisibilizamos cuando son víctimas y los visibilizamos cuando son imputados.

Cambiar el paradigma en el Régimen Penal Juvenil es poner bajo un paraguas la sorda discusión sobre la edad de imputabilidad de los niños, niñas y adolescentes y ocuparnos de su efectiva protección integral cuando son víctimas de delitos.

---

## Deudas pendientes del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires en materia de Ejecución Penal

**ESTEBAN VIÑAS\***

El grado de madurez de una sociedad, más que por una ausencia de hechos delictivos, se mide por la cualidad de sus actitudes e instituciones resocializadoras.

*JORGE KENT*

Agradezco al Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNMdP y la Comisión Organizadora del XIX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal y IX Jornadas Nacionales de nuestra ciencia que me hayan honrado para integrar este panel junto a tan distinguidos docentes y juristas.

Atento la amplitud del tema “Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil” y la lógica limitación temporal que tenemos, reduciré mi charla a lo que es-timo son algunas deudas que se verifican en la Provincia de Buenos Aires desde su implementación por la ley 13.634 (B.O. 02/02/07 modificatorias hasta la ley 13.821 B.O. del 13/05/08), hace ya más de una década, en materia de Ejecución Penal.

He elegido los siguientes campos de análisis: 1.) Necesidad de vincular la Problemática de Ejecución de este fuero con la Seguridad Ciudadana, el sistema de Protección de Derechos y la asunción de responsabilidades; 2.) Algunos principios aplicables a la pena de prisión juvenil, ¿cómo se cumplen, hoy, respecto de los jóvenes alojados en C.C. y en el S.P. de

\* Profesor de Derecho Penal, UFastá.

la Provincia de Buenos Aires?; y 3) Necesidad de Construir una Política de Estado en la Materia. Experiencias Positivas.

## **I. Necesidad de vincular la problemática de ejecución del fuero con la seguridad ciudadana, el sistema de protección de derechos y la asunción de responsabilidades**

Anticipo que haré una análisis más de campo y pragmático que dogmático, en base a una cosmovisión –no exigible a nadie que ejerza la magistratura o la docencia penal– que he asumido según la cual entiendo que no puedo limitar mi vocación solo a aplicar la ley y resolver conflictos, sino que, también, debería intentar aportar algo más en materia de realizaciones que coadyuven a realizar los fines específicos de las penas<sup>33</sup>.

Como bien señala Mary Beloff, los sistemas de *responsabilidad penal juvenil* que nacen en nuestra región a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se centran en la idea que “...la condición de sujetos de derechos de los niños –que aquella Convención les reconoce– determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra que resume a la Convención, ésa es responsabilidad, en primer lugar de los adultos representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños...”<sup>34</sup>.

La autora precitada acierta en afirmar que el actual sistema de enjuiciamiento penal de este fuero se diferencia del anteriormente vigente –en nuestro país, aun parcialmente subsistente por imperio del Dec. Ley 22.278 modificado por la Ley 22.803- llamado: “*tutelar*” o de “*situación irregular*”, en el que en éste: “...nadie se hacía cargo de nada y que...era incapacitante para todos los involucrados...” , porque: “...Considerada a ciertas familias

33 En este trabajo tomaré, en parte, ideas que ya expuse, para penados adultos, en “*Resocialización de condenados: políticas de estado y participación de la sociedad*” publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología” Año V Num. 11 diciembre de 2015, Edit. La Ley Thomson Reuters, Bs. As., diciembre de 2015, págs. 219/233, con motivo del trabajo con la ONG “Cambio de Paso”, en el ámbito de la ejecución penal de jóvenes adultos y adultos en el Complejo Penitenciario Batán del S.P.B., Unidades 15, de varones y 50, de mujeres desde 2009 a la fecha.

34 BELOFF, Mary: “*Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*”, publicado en AAVV “*Adolescentes y Responsabilidad Penal*”, Emilio García Méndez Compilador, Edit. Ad-Hoc, Bs. As. 2001 págs.39/42.

pobres –aquellas que encuadraban en la categoría de riesgo, o más modernamente, de disfunción– como incapaces de proveer a las necesidades no solo materiales sino afectivas y educativas de sus hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del Juzgado de Menores, que se ocupara de los hijos que ella había traído al mundo. El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de este modo el “secuestro” de los problemas sociales que significaba la institucionalización de los niños pobres. Finalmente, en la misma lógica consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal inimputables penalmente... – o no punibles, según algunas leyes tutelares como la ley argentina-...”.

Y Beloff también marca la conocida paradoja de dicho cuerpo normativo, en base al cual, no obstante, no responsabilizar al menor autor de delitos, “...al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o tutelares”.

Volviendo a los cambios impuestos por la CIDN, la jurista precitada expone que:

El sistema creado a partir de la Convención Internacional, es un sistema basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así *el estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene es responsable por ello*. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo. Los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica...

Coincido con la nombrada, en que *la responsabilidad*, entonces, es un tema central, *un nuevo paradigma* en las discusiones sobre la reforma legal y la seguridad ciudadana, en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil y “...es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho, es también el punto de encuentro de diferentes saberes –jurídicos y no jurídicos (como la pedagogía) que deben trabajar coordinadamente para que la intervención

del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, *la responsabilidad penal constituye, en el plano legal, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciones sin exclusiones...*” (el remarcado me pertenece).

Por su parte, Emilio García Méndez afirma que:

...desde el punto de vista epistemológico, la reacción social en general y la respuesta jurídico institucional, en particular al problema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana, *no logran constituirse en noticia ni en hipótesis de estudio, ni mucho menos en motivo de reflexión política sobre el carácter absolutamente inapropiado del marco jurídico y el funcionamiento deplorable de muchas instituciones...*<sup>35</sup>.

En concordancia con todo lo expuesto, recientemente el Comité de Derechos del Niño dictó la Observación General nro. 24 –que sustituye la OG 10–, la que en el p. 10 afirma que: “Los artículos 18 y 27 de la Convención confirman la importancia de la responsabilidad de los padres para la crianza de sus hijos, pero al mismo tiempo de la Convención, los Estados Partes para proporcionar la asistencia a los padres (u otros cuidadores) necesarios para llevar a cabo su niño– crianza de responsabilidades. La inversión en la primera infancia y la educación se correlaciona con menores tasas de violencia en el futuro y el crimen. Esto puede comenzar cuando el niño es muy pequeño, por ejemplo, con los programas de visita al hogar para mejorar la capacidad de crianza.”

Comparto esta visión: no se puede abordar el tema de la violencia juvenil y la posibilidad de generar una respuesta adecuada de nuestro sistema penal, que coadyuve a que los menores puedan asumir su responsabilidad específica, sin vincularla con las condiciones generadoras de *Inseguridad*, tema sobre el cual opinan muchos con demasiada liviandad<sup>36</sup> y sin atender en este análisis a *¿cómo funciona el sistema de protección de Derechos?*

<sup>35</sup> GARCIA MENDEZ, Emilio: “*La Dimensión Política de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes en América latina: Notas para la construcción de una modesta utopía*”. Publicado en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. AA.VV compilada por el mismo autor, Edit. Ad-hoc Bs. As. 2001, pág.5.

<sup>36</sup> Sobre la medición de la inseguridad subjetiva ver informe Observatorio Social UCA 2017/8: <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/2018-OBSERVATORIO-DOCUMENTO-INVESTIGACION-INSEGURIDAD.pdf>.

**A.)** Comenzaré con justificar por qué vinculo aquí el tema de la Inseguridad, la que podría definir la Inseguridad como *la situación de desprotección u obstrucción que sufrimos la mayoría de los ciudadanos, en el ejercicio de nuestros derechos o la disposición de nuestros bienes debido a comportamiento de otros ciudadanos que no respetan las reglas de convivencia Social.*

Es un fenómeno multicausal, por lo que necesita ser abordado de manera interdisciplinaria y podríamos abordar, mínimamente, tres ámbitos de análisis:

**a.) Pre delictual:** esto es responder a la pregunta ¿cuáles podrían ser las causas por las que personas deciden delinquir?

Es indudable que, como veremos, la mayoría de la población de jóvenes que pasan por este fuero tienen altos niveles de vulnerabilidad, entendida como la insuficiencia de herramientas básicas para hacer frente a las adversidades de la vida. Sobre esta situación, el Papa Francisco nos explica que: “...Cuando una sociedad deja abandonada a una porción de sí misma a la periferia, no es de extrañar que allí estalle la violencia... que no se solucionará con más policía o más cárceles... la vía es la Equidad Social”<sup>37</sup>.

Para enmarcar lo que estoy afirmando, veamos cuáles son las necesidades básicas que conforme nuestro Derecho Constitucional, el Estado debe procurar a la Niñez:

DERECHOS HUMANOS Y SOCIALES	
LISTADO DE DERECHOS SOCIALES CONSTITUTIVOS DEL DESARROLLO HUMANO Y SOCIAL	
<b>Derecho a una alimentación adecuada</b>	/ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11; Protocolo de San Salvador, artículo 12. Objetivo 2 de ONU-ODS 2030.
<b>Derecho a un nivel de vida digno (estándar mínimo socialmente valorado)</b>	/ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25. Objetivo 1 ONU-ODS 2030.
<b>Derecho al cuidado y desarrollo de la salud</b>	/ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12. Protocolo de San Salvador, artículo 13. Objetivo 3 ONU-ODS 2030.
<b>Derecho un hábitat seguro y saludable y una vivienda digna</b>	/ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11; Convención sobre los derechos del Niño, artículo 27. Objetivos 6 y 11 ONU-ODS 2030.
<b>Derecho a un medio ambiente sano y sostenible</b>	/ Carta mundial por el Derecho a la Ciudad. Foro Social de las Américas- Quito, Julio 2004; Foro Mundial Urbano- Barcelona, Octubre 2004; Foro Social Mundial, Porto Alegre 2005; visión previa a Barcelona, Septiembre 2005. Artículo XVI. Derecho a un medio ambiente sano y sostenible. Protocolo de San Salvador, artículo 11. Objetivos 6 y 11 ONU-ODS 2030.
<b>Derecho a la educación y a la formación profesional</b>	/ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 13 y 14. Protocolo de San Salvador, artículo 13. Objetivo 4 ONU-ODS 2030.

37 P. Francisco: “Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*”, núm. 56/9.

Sin pretender agotar el tema, en base a los informes del Observatorio Social de la UCA que aludiré en cada cuadro que referiré más abajo, los informes anuales del SNEEP y la Procuración Penitenciaria Nacional y los Dossier sobre Inseguridad y Poder Judicial de la *Red de Jueces Penales Bonaerenses* de 2010 y 2014<sup>38</sup>, los informes de la Comisión Provincial de la Memoria<sup>39</sup>, Informe de la Asociación Pensamiento Penal<sup>40</sup> Comisión Contra la Tortura, etc., sobre *las condiciones en las que jóvenes ingresan al sistema penal y nuestros Centros Cerrados y/o instituciones carcelarias* podemos observar el siguiente cuadro de problemáticas que altos porcentajes de nuestros jóvenes detenidos padecen.

Ver al respecto el informe del Observatorio Social UCA sobre la pobreza multidimensionada<sup>41</sup>, el que se ha efectuado en base a estos parámetros de medición:

Dimensión	Indicadores	Definiciones
ALIMENTACIÓN Y SALUD	-Inseguridad alimentaria	Redujeron de manera involuntaria la porción de comida y/o la percibieron de manera frecuente experiencias de hambre de algún componente del hogar por problemas económicos durante los últimos 12 meses.
	-Sin cobertura de salud y sin acceso a atención médica	No tienen cobertura de salud y que no han podido acceder a atención médica por falta de recursos económicos
	-Sin cobertura de salud y sin acceso a medicamentos	No tiene cobertura de salud y no han podido acceder a medicamentos por falta de recursos económicos
SERVICIOS BÁSICOS	-Sin conexión a red de agua corriente	No dispone de acceso a conexión de agua corriente de red. Se excluyen los hogares en barrios de NSE Medio Alto y Alto.
	-Sin conexión a red cloacal	Registra ausencia de conexión a red cloacal. Se excluyen los hogares en barrios de NSE Medio Alto y Alto.
	-Sin acceso a red de energía	No dispone de conexión de red de energía eléctrica ni a red de gas natural
VIVIENDA DIGNA	-Hacinamiento	Registran hacinamiento (residen 3 y más personas por cuarto)
	-Vivienda precaria	Habitán viviendas que por su tipo (casillas, ranchos, piezas de hotel) o sus materiales resultan deficitarias (se evalúa la calidad de los materiales de las paredes de la vivienda).

38 Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires, sitio oficial: <http://reddejueces.com/>

39 <http://www.comisionporlamemoria.org/>.

40 A.P.P. : "Informe sobre los menores de edad infractores de la ley penal, estado actual del sistema" 2014: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30800.pdf>

41 <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-Observatorio-PPT-Pobreza-Multidimensional.pdf>

MEDIO AMBIENTE	-Sin recolección de residuos y cerca de basurales	Ausencia de recolección de residuos y cercanía de basurales
	-Presencia de fábricas contaminantes	Hay presencia de fábricas contaminantes en las cercanías de la vivienda
	-Espejos de agua contaminada	Cerca de la vivienda hay lagos, arroyos o ríos contaminados.
ACCESOS EDUCATIVOS	-Inasistencia (0 a 17 años)	O bien en el hogar hay al menos 1 niño o adolescente de entre 4 y 17 años de edad que no asiste, o algún adulto de 18 años sin secundario ni asistencia.
	-Rezago educativo escuela media (19 a 36 años)	Los criterios en relación a la asistencia y a los niveles mínimos para la población de 19 años y mayor se establecen en virtud de las normativas vigentes por lo que las edades varían año a año. Los que forman parte de la cohorte de nacimiento 1989 y las siguientes deberán tener finalizado el nivel medio, los que pertenecen a la cohorte de nacimiento 1983 hasta 1989 deberían haber completado hasta segundo año de la escuela media. En el caso de que tengan entre 19 y 24 años y asistan a instituciones educativas formales no se considerará déficit de rezago educativo.
	-Rezago Educativo escuela primaria (37 años en adelante)	Los criterios en relación a la asistencia y a los niveles mínimos se establecen en virtud de las normativas vigentes por lo que los que tuvieran para todas las cohortes de nacimiento anteriores a 1983 se considerará como nivel mínimo requerido el nivel primario completo.
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL	-Sin afiliación al sistema de seguridad social	El hogar debe cumplir con al menos una de las siguientes condiciones. 1- El hogar no cuenta con ningún ingreso registrado en la seguridad social proveniente de a) empleos en relación de dependencia o por cuenta propia, b) jubilaciones o pensiones.

Señalaremos algunos tópicos de interés, tales como:

- i) Problemas de salud de otro orden, también desde edades tempranas.
- ii) Carencia de vivienda o malas condiciones de habitabilidad.

#### Porcentaje de HOGARES Urbanos. 2010-2018. EDSA. Agenda para la Equidad 2017-2025

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<b>ALIMENTACIÓN Y SALUD</b>	<b>20,4</b>	<b>18,2</b>	<b>19,3</b>	<b>18,1</b>	<b>20,7</b>	<b>19,0</b>	<b>20,3</b>	<b>21,6</b>	<b>22,8</b>
Inseguridad alimentaria severa	6,0	5,3	5,6	5,6	5,4	4,8	5,1	5,0	6,0
No accedió a atención médica	15,8	13,5	15,0	14,2	16,4	14,6	16,5	17,1	17,5
No accedió a medicamentos	15,4	13,2	12,4	13,2	14,8	13,5	15,1	15,0	17,3
<b>SERVICIOS BÁSICOS</b>	<b>38,1</b>	<b>36,8</b>	<b>37,0</b>	<b>35,6</b>	<b>34,9</b>	<b>35,3</b>	<b>35,3</b>	<b>32,8</b>	<b>30,2</b>
Sin agua corriente	15,1	14,1	13,4	11,9	11,7	12,1	12,1	10,8	10,3
Sin cloacas	38,3	34,8	35,5	34,2	33,4	33,2	32,6	31,8	29,1
Sin fuentes de energía	0,5	0,9	0,7	0,6	0,6	1,2	1,1	0,0	0,0
<b>VIVIENDA DIGNA</b>	<b>28,8</b>	<b>27,7</b>	<b>25,7</b>	<b>25,5</b>	<b>23,0</b>	<b>22,4</b>	<b>22,2</b>	<b>21,4</b>	<b>21,1</b>
Vivienda precaria	17,3	16,5	17,0	17,2	16,8	16,3	15,3	14,8	14,1
Hacinamiento	9,0	7,9	8,7	8,2	8,3	7,9	8,8	8,0	8,0

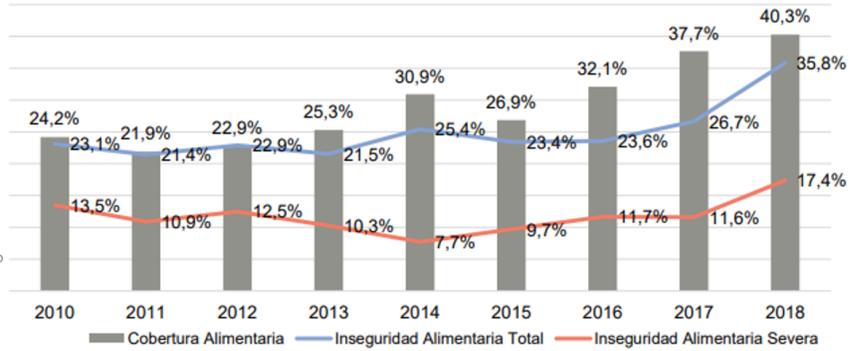
iii) Problemas de nutrición en edades tempranas de maduración corporal<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Ver los informes que produce al respecto la Fundación CONIN y téngase presente que la falta de nutrición en los primeros cuatro años de vida genera que el sistema cerebral no se desarrolla completamente lo que incide posteriormente en la capacidad de valoración y dominio conductual.

Sobre los problemas de cobertura alimentaria en primera infancia ver de Observatorio Social UCA 2010/2018<sup>43</sup>

**Figura 6. Cobertura alimentaria e Inseguridad alimentaria severa y total. GBA.**

**Años 2010-2018.** En porcentaje de NNyA de 0 a 17 años.



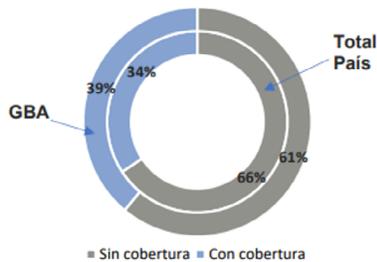
Fuente: EDSA-Serie Agenda para la Equidad (2017-2025).

La tendencia al alza de los niveles de ayuda alimentaria directa como de la inseguridad alimentaria (total y severa) se mantienen persistentes en los últimos dos años, alcanzando niveles alarmantes tanto a nivel país como para los NNyA del GBA, en el tercer trimestre de 2018.

Veamos cómo se complementa esto con el nivel de cobertura alimentaria gratuita en nuestra niñez:

**Figura 12. Cobertura de alimentación gratuita. Años 2017-2018.**

En porcentaje de NNyA de 0 a 17 años.



Fuente: EDSA-Serie Agenda para la Equidad (2017-2025).

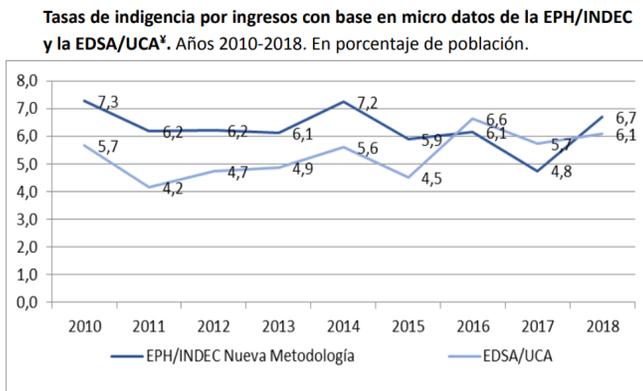
**iv)** Dependencia por generaciones de planes sociales que no exigen contraprestación alguna (servilismo político, fomento de la cultura de la

<sup>43</sup> <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2019/2019-Observatorio-Defensoria-Prov-Bs-As-Agua-Segura-Alimentacion.pdf>

mendicidad y destrucción de la del trabajo como medio para ganarse el sustento propio).

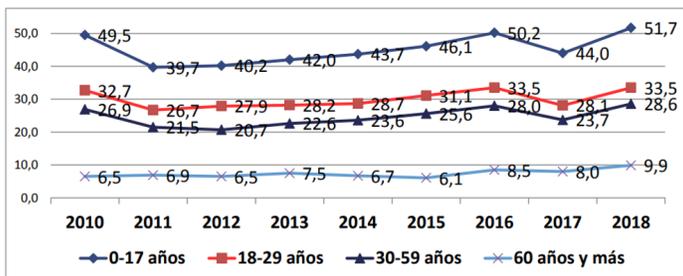
Respecto de estos ítems veamos los gráficos de Tasas de Indigencia y Pobreza en nuestro país desde el año 2010 al 2018, según Observatorio Social UCA<sup>44</sup>, lo que sabemos hoy está ya desactualizado, en tanto ha aumentado en el último año groseramente, debido a la crisis económica que vivimos y que es de público conocimiento.

Las curvas de pobreza muestran una tendencia a la baja entre 2010/11, y un aumento sistemático después, parecía frenarse entre 2016/7 pero volvió a aumentar en 2018:



Y referido a las tasas de pobreza e indigencia por edad, se observa que donde están afectados es en la infancia de 0/17 años y en la vejez.

**Tasas de pobreza por ingresos según grupos de edad con base en micro datos de la EDSA/UCA<sup>44</sup>. Serie Bicentenario Empalme (2010-2016) y Serie Equidad (2017-2018). Años 2010-2018. En porcentaje de población.**



44 <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-OBSERVATORIO-PPT-POBREZA-MONETARIA.pdf>

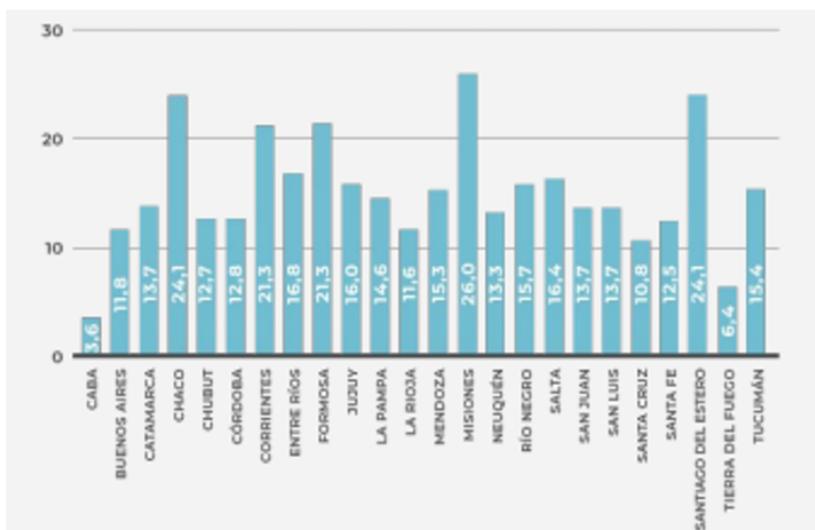
v) Analfabetismo y deserción escolar:

Algunos gráficos sobre analfabetismo y deserción escolar en Argentina:

...Sobre una población de 37 millones de habitantes, la Argentina tiene 1.406.000 analfabetos totales –un 3,8 por ciento–, a lo que se suma las dificultades en la comprensión de textos y la falta de acceso a las nuevas tecnologías que afectan a gran parte de los argentinos, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)...<sup>45</sup>

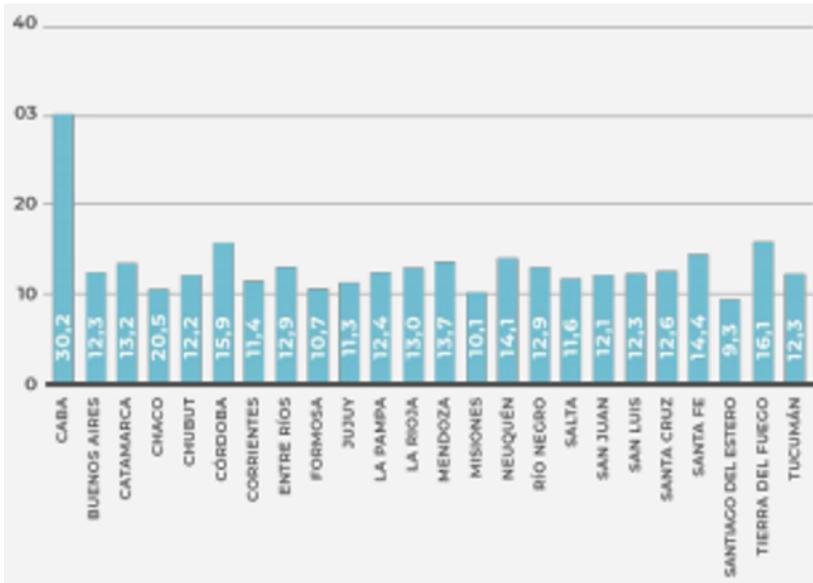
Y según el informe 2019 del Observatorio Argentino por la Educación, podemos ver los siguientes gráficos en cuanto a deserción escolar primaria y secundaria:

**PORCENTAJE DE POBLACIÓN MAYOR DE 25 AÑOS SEGÚN MÁXIMO NIVEL EDUCATIVO ALCANZADO (NIVEL PRIMARIO INCOMPLETO). ARGENTINA. AÑO 2010**



<sup>45</sup> “La Argentina tiene más de un millón de analfabetos” art. publicado en Diario La Prensa del 20/9/19 <http://www.laprensa.com.ar/256731-La-Argentina-tiene-mas-de-un-millon-de-analfabetos.note.aspx>

PORCENTAJE DE POBLACIÓN MAYOR DE 25 AÑOS SEGÚN MÁXIMO NIVEL EDUCATIVO ALCANZADO (NIVEL SUPERIOR COMPLETO). ARGENTINA. AÑO 2010



- vi) Ámbitos familiares desarmados o abandono y situación de calle.
- vii) Ámbitos familiares violentos y vinculados a múltiples delitos.
- viii) Adicciones en edades tempranas.
- ix) Escasa o Inexistencia de capacitación en oficios (empleabilidad).
- x) Déficit de ofertas instructivas y de trabajo. Altos índices de desempleo.

Teniendo en cuenta que el 70% de los delitos cometidos en nuestro país son contra la propiedad, es fácil concluir que estos factores inciden indiscutiblemente en que una persona vulneralizada por su situación de marginalidad pueda incurrir en conductas delictivas, cuando vemos algunos parámetros que se repiten en las personas que finalmente resultan condenadas por aquellas ilicitudes.

**b.) *Post delictual:*** es decir, cometido el delito, cómo funciona el sistema de investigación y administración de justicia penal juvenil para lograr esclarecer los hechos y, respetando nuestro sistema de Garantías Constitucionales, individualizar procesar, y, eventualmente condenar a o los autores, cómplices y/o encubridores.

**c.) *Post condena:*** esto es, una vez que tenemos a un joven que ha sido declarado responsable penalmente de un delito y se le ha impuesto una pena privativa de la libertad, ¿qué clase de tratamiento le damos para alcanzar el fin que constitucionalmente debe tener aquella y evitar la reiteración delictiva y/o la reincidencia?. (Dejando el segundo punto de análisis, estoy convencido que el primero y el último tienen íntima vinculación, tema sobre el que volveré más adelante).

Sobre esta realidad, las políticas públicas de nuestra Provincia, hace décadas, se ha ocupado de *apagar incendios*, trabajando más sobre los efectos que sobre las causas. Así:

- Se proponen constantes reformas a las leyes penales de fondo y de forma, como si por sí solo el sistema normativo tuviere efectos mágicos sobre nuestra población para modificar el estado de cosas (el “*Punitivismo Demagógico*”);
- Se propone aumentar las fuerzas de seguridad y penitenciarias disponibles en la calle, desconociendo que la puesta en juego de más fuerza estatal puede aumentar la violencia.
- Se aumenta la política de asistencialismo mediante planes sociales de todo tipo que, por sí solo no son negativos si fueran acompañados por contraprestaciones que les permita a los excluidos salir de su vulnerabilidad o si duraran un tiempo prudencial, no años.

Y tras estas políticas el estado de situación sigue siendo el mismo, las causas de la delincuencia infantojuvenil (desnutrición, deserción escolar y analfabetismo, ámbitos familiares violentos y carentes de lo necesario para la subsistencia, falta de capacitación y oportunidades de trabajo, embarazo infantil, falta de sistemas plenos de salud, vivienda y trabajo, adicciones etc.) no desaparecieron (por el contrario, lamentablemente se profundizaron).

El sistema penal juvenil requiere un abordaje interdisciplinario profundo sobre cuáles serían las herramientas de abordaje y el tipo de tratamiento que necesitan los jóvenes autores de delitos, para procurar eficazmente que asuma el sentido de su responsabilidad, el respeto de los derechos de terceros y orientarlo en un proyecto digno de vida.

**B.)** Sobre los problemas derivados de la desconexión del SRPJ con el SPPD instaurados por las Leyes 26.061 y 13.298, cábeme analizar los siguientes puntos<sup>46</sup>:

*i.) Previo a ser captados por el S.R.P.J.:* se puede observar cómo comienza la intervención penal con un niño por la presunta comisión de un hecho de menor gravedad, para luego ir involucrándose en delitos cada vez más graves. Ello, sin contar que el Estado pueda abordar la cuestión de manera “temprana”, a partir de la intervención de los organismos especialmente diseñados por ley con ese objeto.

Desde la Justicia Penal Juvenil, al identificarse tempranamente estos casos, se pone en conocimiento de los efectores de promoción y protección de Derechos, tanto de Provincia como del Municipio, con el objeto de que se tomen las medidas de protección que estimen corresponder, con el alcance dado por los arts. 35 y 35 bis de la ley 13.298.

Los abordajes realizados no reflejan siquiera mínimamente los resultados esperados. Resulta de una compleja habitualidad observar la concepción que ellos tienen respecto del trabajo que deben realizar. Así es que, si la niña o el niño no desea ser evaluado, se lo deja retornar por sus propios medios a su situación de calle habitual, o al contexto en el que se desarrolla. Detrás de ello se encuentra el argumento de la voluntad, que básicamente sería el siguiente: “*si el niño no tiene voluntad, no lo podemos obligar*”. La cuestión pasaría por perfeccionar las técnicas de los operadores intervinientes para poder lograr una intervención adecuada. Mas también, debe tenerse en consideración que, en muchos de estos casos, esta voluntad no es libre, por encontrarse en situación de consumo o de altísima vulneración de derechos.

<sup>46</sup> Agradezco en este punto los aportes que me realizaron la Juez de Garantías del Joven del Depto. Judicial Mar del Plata Dra. Fernanda Di Clemente y su Secretario el Dr. Federico Adler.

Esta situación se da respecto de jóvenes no punibles y punibles, pudiendo advertirse varias deficiencias:

- a. Carencia de coordinación y de intervención en la urgencia, lo cual implica pérdida de turno o imposibilidad de realizar evaluaciones en el acto o en el momento en el que son habidos. Una de las razones alegadas generalmente, es que no conocen el domicilio, o que no lo hallaron. Pero cuando se pone en conocimiento que se encuentra aprehendido/detenido, generalmente se pierda la posibilidad. Esto se da en situaciones vinculadas con el consumo o en el marco de salud mental y en algunos casos en los que el Juzgado de Familia ya dispuso una evaluación de manera compulsiva.
- b. Que, a más de diez años, aún continúa la errónea idea de que con un oficio del Juez Penal, las cosas pueden agilizarse.
- c. Por lo general, cuando se otorgan libertades de no punibles o de punibles a quienes no se les convierte o se los excarcela, pero necesitan ser evaluados o no pueden regresar a su hogar, se “escapan o tiran” de la camioneta o se “van” desde la sede, o se les pregunta qué quieren hacer, y ante la respuesta de no querer ser evaluados o de querer ir a su casa, se lo permiten, alegando que el sistema no puede trabajar sin la voluntad del adolescente. Tampoco se advierte que hagan un seguimiento o establezcan una estrategia para lograr esa voluntad, y desconocen la situación particular de adolescencia y vulneración de derechos, que muchas veces impide a los jóvenes poder tomar decisiones libre y voluntariamente. Salvo nueva causa penal, por la general esas intervenciones quedan truncas.
- d. Varios hechos de gravedad conforme la ley penal, fueron precedidos de intervenciones incompletas o no agotadas del sistema de promoción.
- e. Falta de intervención en situaciones en las que se repite delito.
- f. Negativa a intervenir en el acompañamiento.

*ii.) Luego de pasar por el S.R.P.J.:* Finalmente, el contacto de ambos sistemas se da especialmente a partir del momento en el que el Joven recuperan la libertad (sea por no punibilidad, excarcelación o no conversión de la aprehensión), en caso de advertirse vulneración de derechos (generalmente

salud, vivienda), se otorga inmediata intervención al Equipo de Atención a la niñez en Riesgo (102) dependiente de la Dirección de Niñez y Juventud del Municipio. A partir de ese momento, realizan evaluación, en varias ocasiones se les adjunta las que ya sea realizaron en el Fuero, y determinan si corresponde o no adoptar una medida de protección.

La otra vinculación, puede darse cuando adolescentes llegan al Fuero Penal y se advierte que hubo intervención previa o se visibiliza la vulneración de Derechos, que ameriten la misma. Vale aclarar que, en este último caso, puede otorgarse de manera paralela a la del Centro Socio comunitario de Responsabilidad Penal Juvenil (CESOC– ex Centro de Referencia), ya que este último aborda la cuestión vinculada a la responsabilización y el otro, lo atinente al restablecimiento de derechos vulnerados (nota: aunque todo tenga relación, pero eso es otro debate).

## **II. Sobre algunos principios constitucionales aplicables a la pena de prisión juvenil, ¿cómo se cumplen, hoy, respecto de los jóvenes alojados en C.C. y en el S.P. de la Provincia de Buenos Aires?**

Tal como lo expusiera hace tiempo<sup>47</sup>, dejando de lado las críticas que en la actualidad caben hacerse en particular, a la pena privativa de la libertad, mal que nos pese, en nuestra legislación de fondo, como ocurre con la mayoría de los países, la pena de prisión sigue siendo usada en el sistema de R.P.J., no obstante, el movimiento de transformación que en todo el mundo y, particularmente en Latinoamérica, se viene dando desde la década de 1990<sup>48</sup>. Pero dentro de un Sistema Penal Democrático regido por Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, como es el nuestro, dicha pena juvenil está sometida a límites.

47 VIÑAS, E. I.: *“Pena de prisión, sus fines y su ejecución”*, publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Edit. “Ad-hoc”, 2004, Año IX, Número 17, págs. 431/48, Idem, publicado en Revista Jurídica Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad F.A.S.T.A, Edit. Año 2.004.

48 Sobre la pena de prisión juvenil en las legislaciones de países latinoamericanos y su proceso de reformas, ver CARRANZA, Elías y MAXER, Rita : “La Justicia Penal Juvenil posterior a la Convención y el uso de la privación de la libertad”, en *“Derecho Penal, Sociedad y nuevas tecnologías”*, Colex, Madrid, 2001. Ver asimismo Mari Beloff: *“Los sistemas de responsabilidad penal en América Latina”*, [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n5N1-2000/051Juridica08.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica08.pdf)

Aclaro que, por razones de tiempo, solo analizaré algunos principios constitucionales limitadores del poder punitivo estatal que, entiendo, deben regir la pena juvenil y que, coincidiendo con Zaffaroni, Alagia, Slokar y Maier<sup>49</sup>, no pensamos que se trate de un *número clausus o conjunto pétreo*, pues en la misión del Derecho Penal de procurar constantemente una mayor humanización del sistema siempre será posible concebir otros que contribuyan a esa finalidad.

También, adelanto, en cuanto a las fuentes de donde extraje la información acerca del cumplimiento de esos principios en el sistema de responsabilidad penal juvenil bonaerense, que la información estadística en esta jurisdicción, no es muy certera y adolece de deficiencias, tal como fuera señalado en varias oportunidades por el Procurador Penitenciario Nacional Dr. Francisco Miguel Mugnolo<sup>50</sup>, por lo que dejo constancia que el análisis que haré a continuación, lo he extraído del Informe Anual anteriormente aludido, el Informe Anual 2019 de la Comisión Provincial por la Memoria<sup>51</sup>, los Informes Anuales 2017 y 2018 del Registro de Procesos del Niño de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense<sup>52</sup> y el resultado de inspecciones del Comité de Seguimiento Carcelario y organismos del Ministerio Público Fiscal del Departamento Judicial Mar del Plata al que pertenezco.

### *1. Fin preventivo especial positivo con orientación pedagógica - flexibilidad*

En torno a los fundamentos y fines de la pena y, atento el objeto de este trabajo, centrado en la etapa de ejecución, si como dice con acierto Marcos Salt<sup>53</sup>, para los adultos la finalidad preventivo especial positiva de

49 Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A. "*Derecho Penal Parte General*", Edit. Ediar 2005, pág. 96, 2do. párrafo y Maier J.B.J. "*Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos*", Edit. Del Puerto SRL, Bs.As.1996, 2da. Edición, pág. 475 tercer párrafo

50 Informe Anual PPN 2018, "*La Situación de los Derechos Humanos en las Cárcel Federales Argentinas*": <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2018.pdf>

51 [http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe\\_2019.pdf](http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe_2019.pdf)

52 <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20RPN-2018.pdf> y <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20RPN-2017.pdf>

53 SALT, M. "*Comentarios a la Ley de Ejecución Penal*" en Rev. Nueva Doctrina Penal 1.996-B págs. 661/667)

*resocialización del condenado* es la que debe ser especialmente atendida por quienes tienen a su cargo su tratamiento, cuanto más, cuando, como en esta materia, se trata de jóvenes.

Aquella finalidad, para todos –adultos y menores– quedó plasmada en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (suscripto en Nueva York el 19/12/1966; aprobado por la República Argentina mediante ley 23.313 del 17/04/1986): “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” y el art. 5 inc. 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, refrendado el 22 de noviembre de 1969, aprobado por la ley 23.054 del 01/03/1984): “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 5, n° 6), directrices normativas a las que se han plegado tanto de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660; publ. en el B.O. del 16/07/1996), cuanto su símil en la provincia de Buenos Aires, es decir, la ley 12.256 (pub. en el B.O. del 25/01/1999).

Pero como dijera, también acertadamente, Beloff, Terragni, Fridman y Kirszenbaum<sup>54</sup> “...en materia específica de Derecho Penal Juvenil, sin embargo, esta idea del fin de la pena, que respecto del derecho penal común es necesariamente resocializadora solo en su etapa de ejecución, podría presentar otras características, en función que se suele afirmar que en materia de niños, en función del ideal de educación, la pena (en todos sus momentos), debe cumplir siempre, fines preventivos especiales orientados a la educación...”. Y la consecuencia de ello, según estos autores, “...esta postura descartaría no solo la pena retributiva, sino también las finalidades preventivo-generales y la finalidad preventivo especial negativa (el resaltado me pertenece).

Tales conceptos –la “reforma” y la “readaptación social”– en el caso del menor, debe procurarse mediante un conjunto de medidas que, conforme art. 40 .1 de la C.I.D.N., sea “...sea tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad, y el valor que fortalezca el respeto del niño

<sup>54</sup> BELOFF, Mary - FRIDMAN, Diego – KIRSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano: “La Sanción en el Derecho Penal Juvenil y el Ideal de la Educación”, artículo publicado en AA.VV. “*Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*”, Directora Silvia Eugenia Fernández, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, págs.3571/92.

por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva de la sociedad”.

Dejando de lado la discusión que existe desde hace tiempo en cuanto al valor de las doctrinas llamadas “re”, por ser destinatarios de este fuero los Jóvenes, me enfoco en el objetivo que creo debería perseguir el sistema, esto es *su inclusión social*, la que concibo como: “estar dentro del sistema económico, social, cultural y participar en el conjunto de mecanismos que lo hacen posible” y que complemento con el desarrollo de la resiliencia entendida como: la capacidad de afrontar la adversidad y producir cambios, promover, mejorar y vencer el estado de vulnerabilidad, saliendo fortalecido...”.

Existen, tanto en la Ley Nacional de Ejecución Penal n° 24.660 (arts. 1, 2, 5, 11, 133, 134, 138, 141, 142 y cctes.) y como en la Provincial n° 12.256 (arts. 4, 5, 8, 9 inc. 6°, 33, 40 y cctes.), normas que regulan lo relativo al tratamiento, como *el conjunto de actividades y servicios que deben brindarse a los internos durante la ejecución de la pena, con el fin de favorecer su desarrollo psicofísico integral y sano, la promoción humana y la adquisición de virtudes que coadyuven a su pronta reinserción a la sociedad*.

Pero más específicamente respecto de los menores el art. 40 inc. 4 de la CIDN ordena, sobre este punto, que “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, la programación de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción...” , quedando prohibida la pena de muerte o la de prisión perpetua sin salidas anticipadas (art. 37), y añadiendo el art. 26.1 de las Reglas Mínimas de BEIJIN de la ONU para administración de Justicia de Menores que “...la capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tiene por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitir que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”.

El tratamiento debe servir para evitar los efectos nocivos de lo que Kent ha denominado con acierto, la *prisionización*, entendida como cultura carcelaria, en la que todos –internos y funcionarios– van asimilando y adoptando, en mayor o menor extensión, un conjunto de usos y costumbres, lenguajes, estímulos y respuestas (entre las que se incluye, la vulgarmente denominada “*cultura tumbera*”), y que en su conjunto evidencian un paulatino deterioro psicológico de los encarcelados por efecto del internamiento, con consecuencias en cuanto a su progresivo aislamiento personal, su resentimiento y hasta su posible reincidencia futura.

El autor precitado trae a colación las expresiones de Enrique Aranz<sup>55</sup>, quien dijo que el tiempo carcelario implica “...globalmente, un tiempo pasivo, de maquinación, de barreno psíquico, de casi completa inactividad. El tiempo libre en la cárcel –que casi siempre es todo el día para la mayoría de los internos– no es un tiempo de libertad, creativo, de aprender algo; es un nihilismo casi absoluto...”.

*El encierro como castigo y por el castigo mismo, no nos concede ninguna expectativa satisfactoria de resocialización*, razón por la cual el basamento de la pena privativa de la libertad que aspire a esa finalidad, solo puede tener andamiaje a través de un tratamiento que se conforme o adecue a cada individualidad. Se debe insistir en las terapéuticas particularizadas para cada interno, de acuerdo con su pasado, su situación actual y sus concretas potencialidades.

Pues sin duda alguna, la única alternativa que esto no sea así, es que mediante el tratamiento el interno tenga el tiempo debidamente ocupado en actividades educativas, recreativas, culturales, de capacitación, trabajo, etc., es decir, en labores verdaderamente útiles para su persona.

Precisamente, tal como está regulado en la Regla 38 de las *Reglas de la ONU para la protección de los menores privados de la libertad* (Reglas de La Habana, Resol. Asamblea General 40/33 del 28/11/1985): “Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades, y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad.”

<sup>55</sup> Aranz, E. “*Cultura y Prisión, Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*”, Madrid. Edit. Popular, 1988, p. 29 citado por Kent en ob. cit. Pág. 307.

En definitiva, el desafío de cualquier tratamiento de jóvenes institucionalizados por el SRPJ debería, para mí, aspirar *brindarles un tramo humano que, entre otras cuestiones, les permita elevar su autoestima y modificar su autopercepción* (“ningún corazón humano se resiste a las caricias”, asistencia psicológica y espiritual, deportes, recreación, arte, cultura, etc.), salirse de la vulnerabilidad y del estereotipo criminal y construir un proyecto de vida (educación formal, oficios y capacitación para la empleabilidad, etc.).

Y en aras de perfilar la mejor educación posible, el Servicio Penitenciario debe brindar no solo el acceso de los internos a todos los servicios educativos –primario, secundario, terciario y hasta universitario– sino también su participación en programas de formación profesional (oficios varios) y deportiva. Además, en la medida que la infraestructura edilicia de los establecimientos lo permita, es deseable la puesta en funcionamiento de ámbitos físicos acordes con estas actividades.

## *2. Principio de especialidad – Trato diferente al penado adulto – Interés Superior del Niño - El Estado Nacional y los Estados Provinciales, garantes de su realización<sup>56</sup>:*

La ejecución de la pena en el fuero penal juvenil debe ser, en su calidad y cantidad, sea como medida cautelar o ejecutiva de una sanción ya firme, diferente en el plano de los hechos a la que sufre un adulto.

La Corte Federal ha afirmado de manera clara y concreta que el plexo normativo convencional, constitucional y legal específico que rodea al hecho ilícito del adolescente, persiste y rige para la solución que se persiga, más allá de toda mayoría de edad que adquiera la persona acusada,<sup>57</sup>. Y,

<sup>56</sup> Agradezco en el este punto el aporte que me hizo la Defensora Oficial del Joven del Depto. Judicial Mar del Plata Dra. María Fernanda Saumell

<sup>57</sup> Ver Reglas Mínimas de la ONU conocidas como “Reglas Beijing” para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas en el VII Congreso ONU sobre prevención y Tratamiento de Delincuente”, 14/5/84 y aprobadas por Resol. 45/113 de la Asamblea General, 14/12/90, puntualmente Regla 2.2: “En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de normas, leyes y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto: a.) responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes y al mismo tiempo proveer a sus derechos básicos...”; ídem CIDN, art. 40.3; CIDH, Op. Consultiva 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” del 28/2/2002 ver CSJN “Ruiz” 23/8/16 – CSJ 374/2014

tanto este tribunal cimero como la CIDH, han reafirmado el rol de garante que el Estado Nacional (y los provinciales) tienen en la materia<sup>58</sup>.

Específicamente, en materia de ejecución de penas juveniles las “Reglas de las Naciones de la ONU para la protección de los Menores Privados de la Libertad”, llamadas “REGLAS DIRECTRICES RIAD”, constituyen— al decir de Martiniano Terragni<sup>59</sup>: “...doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia juvenil y una red de servicios que se abocará a reducir los motivos, la necesidad y oportunidad de comisión de las condiciones que propiciaban las infracciones penales juveniles...”, añadiendo que, “...en lo concernientes a la especialidad, . Este instrumento obligó a los estados parte a: “Promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes...” (Riad, Directiz 52).

Sin embargo, en los hechos, por lo menos en la Provincia de Buenos Aires, vemos varias falencias:

- a) Inexistencia de disposiciones legales específicas en materia de ejecución penal juvenil

A más de 10 años de la puesta en marcha del fuero penal juvenil a través de la vigencia de la ley 13.634 en la Provincia de Buenos Aires (*con ingredientes de regulación adjetiva y sustantiva*) es *imprescindible disponer de un contorno normativo especial* que ofrezca seguridad jurídica y estatuya, dando garantía, del trato especial y de la distinta calidad que debe poseer—como condición de legitimidad— una sanción que se motiva en el reproche por la comisión de un ilícito acusado durante la minoría de edad. Esto compromete no solo el marco normativo sino también la falta concreta de órganos jurisdiccionales de ejecución penal juvenil.<sup>60</sup>

-50-R/CS1, Fallos 331: 2691; Idem Martiniano Terragni: “*El principio de especialidad en la Justicia Menores a través de la Jurisprudencia*”, Edit. Ad– Hoc. Bs. As. 2015, págs. 25 y sgtes.

<sup>58</sup> CSJN, caso “*Cejjas Meirale*” y la CIDH: “*Bulacio vrs. Argentina*”, sentencia del 18/9/03 Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 100 ; “*Instituto Reeducación del Menor*” y “*Mendoza vs. Argentina*”. Todos citados por Terragni, M. ob cit. Págs.. 30 y sgtes.

<sup>59</sup> Op cit. Pág. 26.

<sup>60</sup> Lo mismo ocurre en el ámbito de la Justicia Nacional pues las leyes 23.984 y 24.050 no solucionan el tema en tanto asignan la función jurisdiccional de ejecución penal a los jueces de Garantías el Joven

Aun cuando en la órbita del S.P.B. existe el “Programa Integral de Asistencia y Tratamiento para Jóvenes Adultos”<sup>61</sup>, ello denota una regulación administrativa insuficiente que solo constituye un paliativo, todavía deficiente ante la falta de una ley específica que es lo que deberíamos tener, pues en definitiva, el acierto o desacierto del tipo de tratamiento aplicado a quien cumple una pena juvenil, en esos espacios, solo queda librado al arbitrio de la institución penitenciaria, lo que también ha querido ser evitado expresamente, por la normativa constitucional que rige la pena de adultos – Principios de Legalidad y Judicialización de la Ejecución Penal: arts. 1 y 3 de la Ley 24.660 y 1 y 3 de la ley 12.256-.

En nuestra provincia, la ley 12256 es de aplicación supletoria para el fuero penal juvenil (conf. art. 85 de la ley 13.634). Y ello ha traído más inconvenientes que soluciones. En principio porque la supletoriedad es un gran sofisma. La regla y escudo de regulación es dicha ley, aplicada sin distinción a los adultos. Esto incluye los institutos de prelibertad, libertad anticipada y semi libertad. El régimen disciplinario y las pautas de trato durante la ejecución de la pena, o aún de procesados. Que la aplicación supletoria, en la práctica, se transforme en el marco legal principal, indica, otra vez., que no estamos respetando a la CIDN pese a las condenas ya existentes sobre nuestro país.

Veamos un ejemplo. El instituto de la *Libertad Asistida*. Tiene concreta previsión en el art. 79 de la ley 13634. Sin embargo, al menos en la justicia local, se aplica el art. 104 y ss de la ley 12256 –que a su vez es más benéfico que el art. 54 de la ley nacional 24660– con lo cual se exigen la pauta legal de seis (6) meses antes estar en condiciones de acceder a la libertad condicional (Cp., 13) o seis (6) meses antes de agotar la pena para los reincidentes. El art. 79 de la ley 13634 no establece plazo alguno, puede ser solicitada en cualquier momento de la ejecución de la pena y esta distinta previsión tiene su razón de ser: posibilita la libertad en cualquier instante de la ejecución de la sanción privativa de la libertad, lo que constituye un indicador legislativo sobre la receptividad del *principio de subsidiariedad del art. 37 inc. b de la CIDN; como también del Interés Superior del Niño cuando la pena se transformado en una conducta que no acompaña los fines esenciales de ese tratado.*

61 P. I. A. T. J. A. SPBA.

Igual conclusión sobre el art. 79 de la ley 13634 cabe hacer para quien aún no posee sentencia firme –porque ha ejercido su derecho a recurrir a las instancias superiores (art. 8 inc. 2 apartado H) de la CADH)–, que pueda solicitar frente a ese precepto una morigeración a la prisión preventiva sin tener que esperar a los plazos de la ley 12256. En ambos supuestos esa norma especial puede significar un recurso legal sumamente apto para determinar si el encierro se ha tornado, a los efectos del art. 40 inc. 1 de la CIDN en relación con el art. 5 inc. 6 de la ley CADH innecesario y cruel<sup>62</sup>.

b) Calidad especial de la ejecución de la pena del joven. Crueldad versus humanidad y proporcionalidad

La inexistencia de normativa específica en materia de ejecución penal juvenil, también se verifica respecto de los jóvenes alojados en los Centros Cerrados dependientes del Ministerio de Desarrollo Social Bonaerense, en puntos referidos, por ejemplo, a: *¿Qué significa garantizar un trato especial, diferente, una calidad particular?; que se observe el fin prioritario de fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno con acciones educativas que apunten a inclusión social respeto de terceros y que se pueda asumir una función constructiva en la sociedad, respetando siempre su interés superior.*

*Calidad de la ejecución del encierro, entonces y trato especial, conjugado con el interés superior del niño,* definen la necesidad que exista un plexo legal específico. Que nos despoje de la inseguridad jurídica que surge cuando la solución del caso que pueda adoptar el juzgador en virtud del trayecto de razonamiento que implemente el control de convencionalidad sobre las normas que previstas para los adultos –*me refiero tanto al Código Penal como a las normas de ejecución* – se hacen regir de manera supletoria la pena que pesa sobre un niño, niña o adolescente.

El interés superior del niño (CIDN, 3) en clave con los precisos alcances que ha delimitado el Comité de los Derechos del Niño en la OG/14 sigue presidiendo en el entramado del litigio que deba resolverse; en la decisión que se adopte para dar garantía de una calidad de pena diferente; que es la legal y humana para un NNA. Una calidad constitucional que en estos

62 Ver párr. 145 y sgtes. del fallo de la CIDH “Mendoza y otros vs Argentina”

casos no puede tolerarse que sea igual que los mayores de edad que cometieron un injusto penal.

La ejecución de una pena que genere padecimientos innecesarios a un joven, termina siendo cruel y como tal, es posible analizar no solo su humanidad sino también su proporcionalidad.

En febrero de 2019, la CIDH en el caso “*ASUNTO DEL INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO*” impuso la necesidad fundamental de escrutar y valorar los padecimientos innecesarios, violatorio de lo dispuesto en el art. 5 incs. 2 y 6 de la CADH, más allá de los que derivan como inherente del castigo aplicado por decisión judicial, y que ello afronte en una consecuencia en la calidad o vigencia del castigo que en esas condiciones se padece.

En el párrafo 85 de dicha sentencia se señaló que:

... condiciones de privación de libertad como las que se mantienen en el IPPSC también eventualmente violarían el artículo 5.6 de la Convención Americana, pues las penas así ejecutadas nunca podrán cumplir con la reforma y readaptación social del condenado, tal como lo prescribe el citado dispositivo convencional como objetivo principal de esas penas. Conforme a lo preceptuado por la Convención Americana se supone que la pena debe tratar de obtener la reincorporación del penado a la vida civil en condiciones de desenvolverse en ella conforme a los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley...

Y en el párrafo 92 se indicó que:

...Cuando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos antes señalados, el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventiva se incrementa en una medida que deviene ilícita o antijurídica...<sup>63</sup>.

La misma CIDH en “*Mendoza y Otros vrs. Argentina*” dio también pautas claras en cuanto a las condiciones de las penas a jóvenes:

“...Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1)

<sup>63</sup> Ver fallo completo en [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf)

*de ultima ratio y de máxima brevedad*, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que “[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, 2) de *delimitación temporal* desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) *la revisión periódica* de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”<sup>64</sup>

*Colofón de esta omisión legislativa en materia de ejecución penal juvenil: Control de Convencionalidad, formación Específica de la Judicatura Penal Juvenil y Institutos Especializados de Tratamiento de Menores condenados:*

La inexistencia de un marco normativo específico de parte del Estado Nacional y de la Provincia de Buenos Aires en materia de ejecución de pena privativa de la libertad a menores, impone dos consecuencias:

- Primera: *la judicialización y la consiguiente necesidad de realizar un control de convencionalidad* a fin ajustar la situación real de esta categoría de justiciables penados, a los parámetros constitucionales vigentes<sup>65</sup>.
- Y segunda: *la indispensable especialización de los jueces* a cargo de la ejecución penal respecto de menores/jóvenes, a fin de poder

<sup>64</sup> CIDH “Mendoza y O c/ Argentina”, fallo citado pár. 162.

<sup>65</sup> Ver notas 26 y 27 y lo decidido la CSJN en los casos “Romero Cacharane”, “Maldonado”, “Arce” y “A, C.J”.

cumplir no solo la anhelada judicialización de la pena –declamada para todos los penados, tanto en la ley 24.660 como en la 12.256- sino también la vigencia de aquel derecho convencional<sup>66</sup>

El *corpus iuris* de protección de los derechos humanos de niños (Corte IDH “Villagrán Morales”) postula un alcance amplio al *principio de especialidad*. No queda limitado a una ley sustantiva diferente a la general, sino que abarca leyes orgánicas, procesales y de ejecución diferentes a la previstas para los adultos<sup>67</sup>

### *3) Legalidad, excepcionalidad o carácter de “última ratio”. Necesidad de sistemas alternativos a la prisión*

En base a lo normado en el art. 40 de la CIDN no puede haber a su respecto, proceso penal alguno si no ha infringido un tipo penal concreto, los que deben respetar, conforme criterio de la CIDH, la máxima taxatividad formal posible<sup>68</sup>.

Y, tal lo reglado en el art. 37 inc. b) de la misma Convención “...la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...”. (lo remarcado me pertenece).

Entonces, conforme este principio solo debería ser posible someter a un niño a pena privativa de la libertad, cuando no existan otras alternativas que

<sup>66</sup> Ver notas 26, 27 y 28. la CIHD en el ya mencionado fallo “Mendoza” en el párr. 146 “... Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo...”

<sup>67</sup> Beloff, M. – Terragni, M. en la AA.VV “Nuevos problemas de la Justicia Juvenil”, Directora Mary Beloff, Ad Hoc, Buenos Aires, Abril 2017

<sup>68</sup> CIDH “Castrillo Petruzzi y otro c/ Perú” pág. 121 citado por CUSTET LLAMBI, María R. “Medidas Privativas de la Libertad en el Sistema Penal Juvenil. Estándares Internacionales de Derechos Humanos”, artículo publicado en AA.VV “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, Directora Silvia Eugenia Fernández, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, págs. 3525/3.569

permitan alcanzar la finalidad del sistema, lo que también debe reflejarse en los plazos de prescripción, que deberían ser más reducidos que respecto de los adultos<sup>69</sup>.

Dentro de este carácter excepcional, conforme la regulación existente en el art. 4º de la Ley 22.278 modificada por la Ley 22.803, en tanto es posible eximir de pena al menor cuando “...fuere innecesario aplicar sanción” en función de “...las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida...” (por el juez)<sup>70</sup> puede sostenerse que en nuestro régimen existe la posibilidad de *Exención por cumplimiento de los objetivos del tratamiento previo*.

En la jurisdicción bonaerense, el art. 84 de la ley 13.634 permite, además, que las medidas impuestas a los niños se tengan por cumplidas, no solo por el agotamiento de su término –causal común con la pena del adulto– sino también: “...por el cumplimiento de sus objetivos”. Esto significa que si de la evaluación de los organismos de ejecución o peritos judiciales, se determina que en el transcurso de las medidas dispuestas previamente a la pena, el joven ha realizado un proceso de reflexión en torno a sí mismo, ha procurado superarse adquiriendo formación y habilidades, que traslada a un proyecto de vida, y es capaz de asumir responsabilidades, es razonable comenzar a probarlo con institutos que promuevan gradualmente su reinserción en el medio libre.

Respecto de cómo se cumple este principio en el SRPJ de la provincia de Buenos Aires, del informe de la C.P.M. 2019 extraigo varias conclusiones destacables:

...Según el Informe 2018 del Registro de Procesos del Niño (RPN) de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, en la provincia de Buenos Aires había 1.484 jóvenes detenidos a cargo del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (FRPJ), representando un 66% del total de jóvenes con procesos penales. Es decir que dos tercios de los jóvenes judicializados están privados de libertad. Esta proporción fue menor en 2017.

<sup>69</sup> Ver recomendación de la CIDK “*Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas (2011)*” pág. 79 citado por CUSTET LLAMBI, M., op. citada nota anterior.

<sup>70</sup> Sobre tales condiciones para imponer pena la CSJN “in re” Maldonado resolvió que:

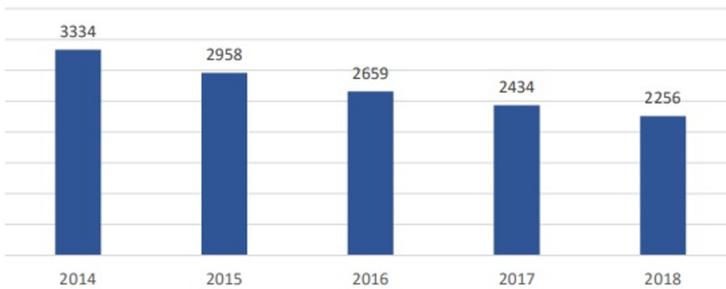
**JÓVENES CON PROCESOS PENALES Y PRIVADOS/AS DE LIBERTAD,  
PROVINCIA DE BUENOS AIRES, 2017-2018.**

	2017	2018
Jóvenes con procesos penales	2.434	2.256
Jóvenes privados de libertad	1.424	1.484
Porc. Priv. Lib. de total jóv. con procesos penales	59%	66%

*Fuente: CPM en base a Informes del RPN 2017-2018". (El resaltado me pertenece).*

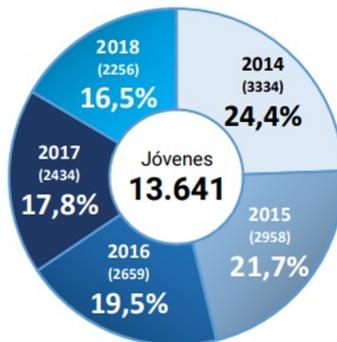
Ver los siguientes gráficos del RPN de Procuración Gral. SCJBA:

**Gráfico 26: Cantidad de jóvenes registrados durante los años 2014-2018 en marco de procesos penales juveniles iniciados y registrados en R.P.N durante ese mismo año<sup>(\*)</sup>**



<sup>(\*)</sup>Elaboración propia. Fuente: R.P.N., 31 de diciembre de 2018.

**Gráfico 27: Incidencia porcentual de cada uno de los años analizados sobre el total de jóvenes registrados en el marco de procesos penales juveniles iniciados durante esos años<sup>(\*\*)</sup>**



**Gráfico 30: Cantidad de jóvenes privados de la libertad, según modalidad, en los años 2017 y 2018 (\*)**

<b>Modalidades de privación de libertad</b>	<b>Cantidad de Jóvenes (al 26 de diciembre de 2017)</b>	<b>Cantidad de Jóvenes (al 31 de diciembre de 2018)</b>
Detención	1132	1156
Prisión domiciliaria	240	259
Medidas de morigeración de la prisión preventiva	44	56
Semilibertad	5	10
Medidas de Seguridad (art. 34 inc. 1 C.P.)	3	2
Internación	0	1
<b>Total</b>	<b>1424</b>	<b>1484</b>

(\*)Elaboración propia. Fuente: R.P.N., 31 de diciembre de 2018.

Asimismo, en cuanto a la insuficiente aplicación de medidas alternativas a la prisión ver del mismo informe:

De este grupo específico (los/as jóvenes privados de su libertad), el 83% está detenido en instituciones administradas por el OPNyA, en unidades penales administradas por el SPB o en instituciones de salud y otros servicios penitenciarios, mientras que solo el 17% tiene prisión domiciliaria. La principal respuesta para las/os jóvenes judicializadas/os es el encarcelamiento en los centros de detención y las medidas alternativas se utilizan escasamente.

Informe anual 2019 Tabla 4.

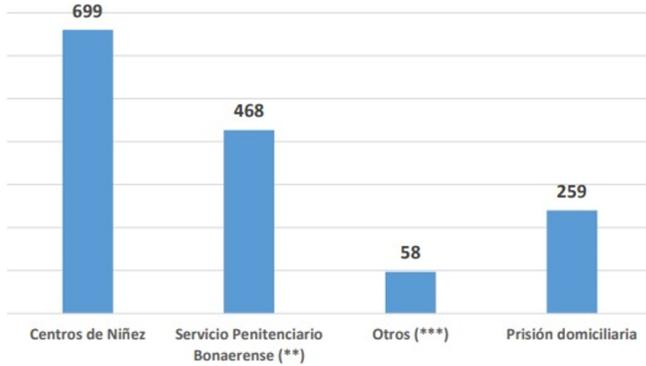
Jóvenes detenidos/as según modo de detención, provincia de Buenos Aires, 2018.

<b>Modo de detención</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Porcentaje</b>
OPNyA	699	47%
SPB	468	32%
Prisión domiciliaria	259	18%
Otros*	58	4%
Total	1.484	100%

Fuente: CPM en base a Informe del RPN 2018.

\*Otros servicios penitenciarios, instituciones de salud, otra.

**Gráfico 32: Cantidad de jóvenes privados de libertad según lugar de alojamiento<sup>(\*)</sup>**

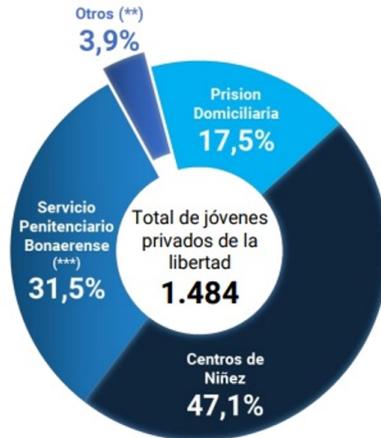


<sup>(\*)</sup>Elaboración propia. Fuente R.P.N. al 31 de diciembre de 2018.

<sup>(\*\*)</sup>En todos los casos se trata de jóvenes que alcanzaron la mayoría de edad.

<sup>(\*\*\*)</sup>En otros se incluye todo tipo de institución de salud, DGRPJ-CABA, Servicio Penitenciario Federal y Servicio Penitenciario de otras Provincias.

**Gráfico 33: jóvenes privados de libertad según lugar de alojamiento y en porcentuales<sup>(\*)</sup>**



#### *4. Deber Estatal de Supervisión Periódica de Asistencia Sanitaria, Educativa, Protección y Promoción de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-Organismos Profesionales Adecuados:*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Institutos de Reeducción del menor vrs. Paraguay”<sup>71</sup>, señaló que el Estado parte “...a la

<sup>71</sup> CIDH “*Instituto de Reeducción del menor vrs. Paraguay*” sentencia del 2/9/2004, Serie C n° 112 pár. 151, 161, 172 y 175, citada por Terragni ob cipt. Pág. 31.

luz del “corpus juris internacional existente sobre la especial protección que requieren los jóvenes – citando, en especial, las obligaciones emergentes de la CIDN, los arts. 4º, 5º, y 19º de la CADH, y del art. 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales– tiene el deber de ejecutar “...la especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación...”, por lo que debe contar con equipos profesionales interdisciplinarios entrenados para ello y ajustados a normativa específica.

Sobre el cumplimiento del alojamiento de los menores en centros especializados el informe de la CPM señala que:

En esta materia, también vemos que el SRPJBA no cumple estos estándares, tal como vemos a continuación, se expuso con información clara en el informe de la CPM:

*Del total de la población detenida, el 32% se encuentra bajo custodia del SPB. Esto da cuenta del incremento paulatino de la influencia del SPB en el tratamiento de jóvenes, y evidencia la pérdida de especialización en cuanto al abordaje específico que formalmente manifiesta el FRPJ. Del total de jóvenes privados/as de libertad, el 49% tiene entre 16 y 18 años, y el 51% 19 o más*

Tabla 5. Jóvenes privados/as de la libertad en el marco del SRPJ según edad, 2017-2018 (valores porcentuales)

<b>Edad</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>
16 años	7%	7%
17 años	19%	20%
18 años	17%	22%
19 años	13%	14%
20 años	10%	12%
21 años	7%	8%
Mayores de 21 años	10%	17%
Sin edad informada	17%	1%
Total	100%	100%

Fuente: CPM en base a informes del RPN 2017-2018”.  
(remarcado me pertenece).

“En la resolución 172, dictada en marzo del 2007 por el entonces Ministerio de Desarrollo Humano provincial, se describen las instituciones y establecimientos que se utilizarán para cumplir las medidas judiciales del SRPJ. Los centros de recepción son definidos como establecimientos de régimen cerrado para el cumplimiento de la detención y de medidas preventivas de privación de libertad ordenadas por los tribunales en el marco de un proceso penal. Tienen la función de evaluar a los jóvenes a quienes se les haya impuesto una medida judicial y derivarlos al establecimiento adecuado. Por otro lado, *los centros cerrados son establecimientos también de régimen cerrado para el cumplimiento de medidas privativas de la libertad.*

*En la práctica, los centros de recepción y los cerrados tienen un régimen de vida similar y funcionan acorde al modelo de las cárceles para adultos. Los jóvenes son distribuidos sin criterios relacionados con su instancia procesal, tratamientos o dispositivos específicos que se requieran, cercanía de sus vínculos sociales o proximidad territorial con su lugar de residencia. El sistema carcelario para jóvenes de la provincia de Buenos Aires se compone de 21 centros que se han ido reconfigurando en función de la demanda de encierro definida por el Poder Judicial y los cambios realizados por el OPNyA en los centros de contención, al colocar rejas y aumentar las restricciones para los jóvenes. De estos 21 centros, 13 son cerrados, 7 de recepción y una alcaldía<sup>72</sup>.*

*Según el OPNyA, del total de población detenida en las instituciones a su cargo, el 50% se encuentra alojado en centros cerrados, el 31% en centros de recepción y el 19% en centros de contención. Esto significa que el 81% de los jóvenes vive bajo un régimen cerrado.*

Teniendo en cuenta que el cupo de los centros comunicado oficialmente es de 611 y que los jóvenes detenidos durante el 2018 fueron 668, estos espacios presentan una sobrepoblación del 9%. Esta nueva cifra consolida

<sup>72</sup> Respecto a la distribución de los centros cerrados, 8 se encuentran en la localidad de Abasto, partido de La Plata (Aráoz Alfaro, Almafuerte, COPA, Ibarra, Castillito, Eva Perón, Francisco Legarra, Pellegrini) y los restantes se distribuyen en La Matanza (centro Virrey del Pino), Azul (centro Lugones), Dolores (centro Dolores), Mar del Plata (centro Batancito) y Merlo, donde se encuentra el único centro cerrado para mujeres jóvenes. Los centros de recepción se encuentran en La Plata (centro La Plata), Abasto (recepción Abasto y recepción Eva Perón), Bahía Blanca (centro Bahía Blanca), Lomas de Zamora (CREU Lomas), Pablo Nogués partido de Malvinas Argentinas (Centro de las Pasiones y las Artes) y en Mar del Plata. La Alcaldía está localizada en el predio Villa Nueva Esperanza de Abasto

la tendencia al alza ya que en 2016 la sobrepoblación era del 2% y en 2017 fue del 8%.

Y sobre el estado de los Centros Cerrados y los Servicios que se brindan, el mismo informe puntualiza:

En lo que atañe a la configuración de los dispositivos de encierro en la provincia de Buenos Aires, no se han producido cambios en favor de los derechos de los y las jóvenes allí alojados/as...

Durante 2018 el Comité contra la tortura de la CPM continuó constatando deficiencias estructurales y falta de inversión como política pública: precarias instalaciones eléctricas, ausencia de gas, de un sistema de calefacción y de ventilación, paredes descascaradas y con hongos producto de la humedad, ausencia de vidrios y/o policarbonato que frenen las inclemencias del tiempo, duchas sin empuñaduras y, salvo en contados casos, sin agua caliente, falta de agua potable y presencia de materia fecal. La sobrepoblación y la ausencia espacio y mobiliario indispensable para el descanso (camas, colchones y ropa de cama) se observan al encontrar jóvenes durmiendo en el piso de las celdas o en diferentes espacios (comedores, sector de escuela o jaula de recreación).

En todos los centros persiste el incumplimiento de la resolución 370/11, que refiere al tratamiento de los jóvenes en el encierro y establece un sistema de sanciones disciplinarias ajustado a la normativa nacional e internacional.

La educación obligatoria que reciben no se ajusta a parámetros de calidad ni cantidad; en su mayoría acceden entre 10 y 12 horas semanales, en espacios físicos sin el mobiliario indispensable para el desarrollo de la actividad. En algunos casos no se contempla la trayectoria educativa de cada joven, debiendo cursar años por los cuales ya transcurrieron estando en libertad o en otros centros de encarcelamiento.

La alimentación que les proveen no tiene en cuenta las pautas alimenticias propias de los jóvenes y en general las raciones no son suficientes. Ningunas de las dimensiones que componen la salud integral (prevención, promoción, atención) se encuentran garantizadas en los lugares de encierro.

Los talleres formativos y/o recreativos se planifican en grillas institucionales, pero están limitados por falta de inversión, sea por ausencia de elementos para su desarrollo o de personal y por los conflictos entre jóvenes. En algunos centros,

los asistentes de minoridad son quienes offician de docentes, lo cual demuestra cierta ambigüedad en el tratamiento en cuanto al rol de custodia y el educativo.

Por último, se menciona la falta de acceso al derecho a la salud integral, y la inexistencia de acciones de prevención y promoción que caracterizan al sistema penal juvenil. Esto se hará a partir del análisis de casos en los centros cerrados Mar del Plata (Batancito17), Almafuerite (La Plata) y centro de recepción y ubicación (CREU, Lomas de Zamora).

### **III. Necesidad de construir una política de estado en la materia. Experiencias positivas**

Para una visión antropológica de la pena, la persona –mucho más el joven– que ha delinquido, necesita, en su tratamiento, encontrar paz y mejorar su autoestima (aprender a confiar en sí mismo y sus potencialidades), superar su vulnerabilidad y aprender a asumir responsabilidades tanto frente a su propia vida como con relación a la sociedad.

Para ello se requiere durante el encierro un tratamiento respete su dignidad, que incluya la educación no solo formal, sino en valores y virtudes humanas a través de todas las herramientas posibles, tales como la escuela en todos sus niveles, las actividades deportivas, culturales y sociales y un régimen razonable de convivencia comunitaria.

El joven necesita educar su visión del bien y del mal y los objetivos de vida (ningún condenado por más cruel que parezca, puede desconocer la paz que trae estar en el bien y hasta llega a admirarla). Necesita sentir esperanzas que puede convivir en sociedad, sin que nadie perjudique sus ideales, defendiendo sus derechos y sin comprometer con sus actos los derechos de los demás.

Y también requiere adquirir condiciones de empleabilidad, esto es, capacidades de trabajo, oficio y profesión que le permitan construir un proyecto de vida personal que incluya su auto subsistencia.

Ahora bien, medir estos resultados no se trata de una cuestión geométrica: no producimos chorizos ni máquinas... estamos tratando con el comportamiento humano. En todo caso, se trata de un trabajo interdisciplinario que debe analizarse en tiempos muy variables entre la ejecución de la pena y hasta tiempo muy posterior a la recuperación de libertad.

Y su fruto positivo no está matemáticamente asegurado. Aún no se ha inventado el *resocialómetro que nos asegure una prognosis científicamente certera acerca de cuándo alguien se ha readaptado socialmente*. Siempre el interno puede ocultarnos algo interior.

Decía Bettiol, que

...el Estado si persigue delitos e impone penas, cumple con un deber ético de Justicia. Pero no puede imponer un hábito virtuoso al reo que prefiere mantenerse en el “vicio”. La pena no puede educar para la hipocresía. El reo pagará por su culpa, aunque quiera engañar, con una máscara de virtud. El Estado debe tolerar como un mal menor, que el reo no quiera o pueda redimirse...<sup>73</sup>

Cábeme añadir que las dificultades para alcanzar el fin de resocialización de la pena –dependientes, no ya de la naturaleza de la sanción, sino particularmente de la política económico social del Estado, de la solidaridad de los restantes integrantes de la sociedad; de medios materiales y humanos adecuados etc.– tampoco pueden implicar un freno para que los jueces apliquemos la ley positiva vigente ni una desesperanza acerca de ese ideal, tan caro para la humanidad. Basta que alguno se resocialice y –como veremos más adelante– existen ciertamente casos en los que así ha ocurrido<sup>74</sup>

Es verdad que, a pesar del esfuerzo hecho en muchos países para asegurar este objetivo y, sobre todo, evitar la reincidencia, aún estamos lejos. Pero eso, más que motivarnos a una renuncia, tiene que ser un incentivo para redoblar el esfuerzo, atento que la *realización de esta finalidad de las penas sigue siendo un decisivo desafío del que la Humanidad, aún está en deuda consigo misma*.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que ningún proceso de resocialización es viable si, como reclama el art. 1º de la ley 24.660, no hay, de parte de la Sociedad– apoyo y comprensión (solidaridad). Esto está imbricado en el concepto mismo de rehabilitación social, puesto que su

<sup>73</sup> Op.cit. pág. 843.

<sup>74</sup> La Regla 17 de las reglas Beijing no solo regula, en su inc. A) el principio de proporcionalidad, sino que , además en el inc. C) trae un resabio de retribucionismo y prevención general, al disponer que se impondrá “...la privación de libertad en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra o por la reincidencia en cometer delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada”

esencia consiste en adaptarse a una vida ordenada, pacífica, respetuosa de los derechos de los demás y a un trabajo regular, por lo que no es posible hablar de estos resultados cuando un interno que ha agotado la pena no es aceptado en ningún puesto de trabajo por su comportamiento pasado y su condición de penado.

De allí que, sin la apertura solidaria de la comunidad, sobre todo, en cuanto a brindar a quienes han equivocado su conducta, una nueva oportunidad para reincorporarse a su seno, por ejemplo, mediante fuentes de trabajo legales, es inadmisibles creer que solamente la ley o las políticas públicas podrán generar el efecto que buscamos con la pena. Precisamente, si los internos tienen la persuasión que afuera del penal nadie les brindará posibilidades de trabajo real y duradero, ello es un obstáculo cierto para su recuperación.

En definitiva, la resocialización no es un resultado capaz de surgir de improviso o mágicamente, sino que solo se generará merced a un proceso educativo y correctivo lento e ineludible en el que juegan múltiples factores y debemos intervenir toda la sociedad.

Coincido con quienes pregonan algunas líneas de trabajo interdisciplinario –psicológico, educativo, sociológico, sanitario, etc.- como indispensables para alcanzar la resocialización:

1. La valoración prioritaria, por parte de los centros y profesionales encargados de la realización de la ejecución penal (Servicio Penitenciario o como se llame), de los aspectos socio-cultural y educativos (incluido en esto la capacitación laboral) del tratamiento.
2. La decisión y la acción política (incluyendo las partidas presupuestarias necesarias) tendiente a hacer de los centros de cumplimiento de las penas, espacios de ofertas educativa, laborativa y socio cultural y no meros centros de control y contención de la violencia y/o de atención sanitaria.
3. La integración de los centros carcelarios (sus labores e integrantes) a la comunidad a la que pertenecen de modo que les brinden servicios (talleres de todo tipo, fábricas, labores de horticultura, etc.) y reciben de ella nuevas posibilidades. Y dentro de este punto la interrelación entre las instituciones públicas, semipúblicas y privadas (Iglesias, Cámaras Empresarias, Sindicatos, Asociaciones

profesionales, Entidades de bien común, ong, fundaciones, asociaciones civiles) para la génesis de planes concretos de capacitación y trabajo para que aquellas personas encuentren un medio real de inserción en la sociedad).<sup>75</sup>.

*Una propuesta realista integración de acciones públicas y privadas en distintas áreas: deporte, asistencia sanitaria y psicológica - espiritual, educación-capacitación y trabajo:*

Dejando de lado teorizaciones, aunque con soporte en el marco normativo puntualmente aplicable y en otras experiencias mundiales bastante exitosas, me permito hacer algunas sugerencias para remediar el estado de situación analizado.

Indudablemente, frente a este panorama y a la estrecha relación existente entre los problemas sociales, la desigualdad y el delito, es innegables que las cuestiones de las políticas económicas, de promoción social, de educación, de nacimiento o incremento de poblados urbanos y prevención en adicciones, ocupan un lugar importantísimo.

Por ende, sin una Política de Estado que genere *salud integral, educación y capacitación en oficios, empleo real y condiciones dignas de vida para la mayoría de los bonaerenses*, es lógico que las tasas del delito sigan creciendo. Las medidas económicas que se adoptan, tanto de mediano como largo plazo, *deben incluir aquellas acciones integrales y complementarias entre si sobre la población de riesgo, en el corto plazo.*

Destacamos algunas medidas:

1. Políticas proactivas para combatir la desnutrición infantil.
2. Políticas para combatir la analfabetización y la deserción escolar.
3. Políticas educativas a nivel secundario y de capacitación en oficios, especialmente en adolescentes y jóvenes.

<sup>75</sup> Mucho se habla actualmente acerca de la Inseguridad y en esta materia, uno de los ámbitos de trabajo es el referido al tratamiento de las personas condenadas para que el tiempo de cumplimiento de la pena sirva para que aquellas cambien sus conductas y, al agotarla, vuelvan decididos a no reincidir en conductas delictivas. Pues bien, todos en la sociedad podemos contribuir de algún modo a esto, en especial, no podemos trasladar la cárcel a su ceno, pero sí podemos traspasar sus muros y hacer que dentro se brinde a las personas allí alojadas oportunidades reales de mejorar.

4. Prevención efectiva en materia de adicciones y, en su defecto, para paliar sus consecuencias.
5. Políticas de empleo para todos y regulación de los planes sociales de desempleo o subsidios sociales, los que deberán exigir una contraprestación que incluya, al menos, el aprendizaje de oficios, tratamiento conductas adictivas, labores comunitarias, etc., especialmente para destinatarios adolescentes y jóvenes.
6. Políticas de racionalización acerca del crecimiento de los establecimientos poblacionales en ciudades bonaerense y de la mejora (de infraestructura en instalaciones cloacales, luz, gas, vivienda, higiene y condiciones sanitarias) y/o erradicación de villas de miseria mediante el traslado a centros más aptos<sup>76</sup>.

Es posible hacer algo positivo. A continuación volcaré la experiencia incipiente que, a través de la Asociación Civil “Cambio de Paso”<sup>77</sup> venimos luchando por desarrollar desde el año 2009 en la Unidad Penal 15 de Batán, en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, mediante un programa que hemos denominado “Recuperar Vidas” del que participan, entre otros un pabellón de jóvenes adultos y que comprende los siguientes campos de acción:

*A.) Un deporte – el rugby como herramienta tratamental:*

La enseñanza de deportes y sus virtudes pueden (y deberían) integrar el tratamiento, tal como lo prevén los arts. 1, 133, 134, 141, 142 y cctes de la ley 24.660 y arts. 4, 5, 8, 9 inc. 6°, 33, 40 y cctes. de la ley provincial 12.256<sup>78</sup>,

<sup>76</sup> En este sentido parece oportuno señalar que teniendo la provincia de Buenos Aires una baja tasa de ocupación demográfica frente a su gran superficie territorial, sería interesante pensar en políticas de nuevas colonizaciones poblacionales, que den lugar al nacimiento de nuevas ciudades con una estructura racionalmente pensada y mediante políticas de promoción impositiva que estimulen a empresas privadas a invertir en esas acciones.

<sup>77</sup> Asociación Civil integrada en su gran mayoría por ex jugadores y entrenadores de rugby que, frente al tema de la inseguridad se propuso aportar dos medios concretos para trabajar en la faz preventiva respecto de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, con miras a su integración social y respecto de condenados a prisión, durante su tratamiento, con miras a su resocialización.-

<sup>78</sup> Análogicamente ocurre otro tanto en la legislación española y la inglesa, ver al respecto, el citado artículo de Martos García, Devis Devis y Sparkes “*Deporte Entre Rejas*” Revista

donde se consagra como un derecho de los penados, que puedan gozar de educación, descanso y tiempo libre, el cual "...deberá ser empleado para organizar programas de recreación con propósitos educativos apropiados a las necesidades de los internos alojados en cada establecimiento. El programa recreativo comprenderá, prácticas deportivas preferentemente de equipo..." (conf. art. 142 de la ley nac. 24.660).

Desde el lema que acuñaron los griegos, muchos siglos antes de la era cristiana, "*mens sana in corpore sano*", nadie pone en duda que el deporte en general, es un medio que ayuda a la formación y es condición de salud física y espiritual de la persona humana, como que, además, es útil para el mejor y más alto desarrollo intelectual.

El principio anterior implica que la práctica de deportes es un medio idóneo para modelar la personalidad de los jóvenes, que contribuye a generarles *empatía y equilibrio emocional* y que actúa como un *instrumento eficaz para imprimirles virtudes humanas*, entendiendo como tales, un hábito (repetición de actos positivos), operativo (que se refleja en el actuar cotidiano), bueno (porque tiende al bien propio y se difunde hacia los demás; el hábito negativo se llama vicio) y que se inserta en el carácter, esto es, que imprime "*modos de ser*", perceptibles por los que ven el actuar de quien las posee.

Para reafirmar lo dicho, nos permitimos extractar algunos párrafos del excelente artículo publicado por el Dr. Gabriel Novick<sup>79</sup> sobre los adolescentes y el deporte en el que aborda el tema con mucha claridad.

El citado médico expone que el equilibrio emocional es una disposición positiva del ánimo y los sentimientos, para lo cual es necesario el desarrollo de una relación satisfactoria con uno mismo y con los demás. Cuando el adolescente se encuentra en una situación de *equilibrio emocional*, su ánimo se halla dispuesto de tal forma que es capaz de afrontar los posibles desafíos o problemas con una actitud positiva, es decir con una fuerte tendencia a superarlos.

Internacional de Sociología vol. 67 n° 2, Mayo-Agosto 2009, 391-412, ISSN 0034-9712 DOI 10.3989/RIS, 2007 07.26, ídem CASTILLO ALGARRA, Joaquina, en "*Deporte y Reinserción Penitenciaria*" Madrid, Consejo Superior de Deportes, Centro de alto Rendimiento y de Investigación en Ciencias del Deporte, 2005).

<sup>79</sup> NOVICK, G. es Director Médico de Consolidar Salud, fuente Guillermo Canovas y Marta Burgos, en artículo "*Mens sana in corpore sano Adolescente y deporte*" Revista "Hacer Familia", mayo junio 2004 pág. 53.

Investigaciones científicas realizadas en distintos grupos de adolescentes demuestran que *el deporte condiciona la estabilidad emocional* en los Estados Unidos un informe del “*Journal of The American Association*” sobre once mil estudiantes participantes en programas deportivos escolares, da cuenta de una significativa reducción en el hábito de fumar, asociada a una mayor capacidad de manejar la presión de los pares y a una mayor autoestima. Los adolescentes aficionados al deporte se mostraban menos irritables y más alegres y optimistas que aquellos que no lo eran. Por otro lado, se observó también una menor tendencia hacia la depresión independientemente del sexo y nivel socioeconómico.

Más allá de llamar la atención para cuidar los excesos de las exigencias de entrenadores, el autor citado señala con justeza que en “...la práctica deportiva competitiva, el entrenamiento de alta performance, *es un profundo motor de auto superación, constricción al trabajo, cuidado del cuerpo, moderación y hábitos de vida saludables*. Pensemos en las Leonas y su coach: altísima competencia y un ejemplo de trabajo en equipo, superación y ética deportiva...”.

Y en cuanto a las otras actividades deportivas que no son competitivas, el mismo médico expresa que “... cuando consiste en una *superación personal, se descubre la posibilidad de mejorarse a sí mismo de una forma consciente y satisfactoria*. Esto repercute directamente en su *autoestima*, es decir, aumenta la *confianza en sus propias capacidades y le permite plantearse nuevas metas...*”.

Asimismo, analizando la vinculación de la práctica deportiva con el desarrollo de la *empatía*, Novick busca responder ¿cuál es su influencia en distintos planos de la relación interpersonal de los adolescentes? y se responde:

a) *En el seno familiar*: el deporte facilita un ambiente relajado al disminuir el umbral de la irritabilidad de la persona y aumenta el optimismo. Un ambiente menos tenso permite establecer relaciones más satisfactorias dentro del núcleo familiar. Si, por el contrario, dicho ambiente no se da, la comunicación se resiente y difícilmente pueden llegarse a establecer, actitudes de comprensión entre los miembros. Por otro lado, la práctica deportiva facilita el descanso, lo que también repercute directamente en el ambiente familiar.

b) *En la amistad*: cuando un grupo de amigos se reúne para practicar un deporte no solo se refuerzan los lazos entre ellos, sino que, además, se

desarrolla la empatía al establecerse nuevas y satisfactorias relaciones fuera del ambiente habitual. La práctica deportiva entre amigos suele llevarse a cabo fundamentalmente en el entorno natural –montañismo, alpinismo, footing, esquí, equitación, etc.– lo que permite tener vivencias fuera de lo cotidiano. Descubre facetas nuevas en cada uno y en los demás, el conocimiento de los otros se hace mucho más completo, y se llegan a descubrir el por qué de distintas formas de ser y de actuar, de afrontar la vida, etc.

Finalmente, el nombrado médico concluye que el deporte representa una oportunidad única para el *desarrollo de valores* en un escenario que facilita el intercambio de roles y el ejercicio, en un contexto controlado, de los hábitos de vida que acompañarán a los jóvenes en la vida adulta.

En consecuencia, no quedan dudas que *la práctica deportiva es un catalizador de virtudes humanas, que repercuten tanto en la persona misma que la realiza, como en el ambiente en el que se desenvuelve y que ayuda moldear su personalidad, a imprimirle carácter, ayudándolo a afrontar los desafíos que la vida moderna lleva consigo.*

Y si esto ocurre con las personas que viven en libertad, cuanto más en las personas sometidas a encierro carcelario, desde que en nuestra provincia, según el art. 5 de la ley 12.256, para los internos, "...la instrumentación de los programas de asistencia y/o tratamiento tenderá a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, tendiéndose a preservar o reforzar la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales...".

Muchas instituciones, psicólogos, sociólogos y criminólogos sostienen la conveniencia de la realización de prácticas deportivas en la prisión<sup>80</sup>, sea

<sup>80</sup> Por Ej.: la Asociación Americana de Corrección; Hitchcock, H. "*Prisons, Exercise versus recreation*", en *Journal of Physical Education, Recreation and Dance* 1990, 61, 6; 84-88; Courtenay W.H. y Sabo D. "*Preventive health strategies for men in prison*", "Prisons Masculinities", Philadelphia, Temple University Press, 2001, p. 157-172; Hagan J. "*Role and significate or sport/recreation in the penal system*" "*Prison Service Journal* 75-9-11, 1989; Mortimer, G. "*Mind games*" *Rugby World* 78: 78-81, 1999; Wagner M., Mabride R. y Croases. "*The effects of weigh-training exercise on agress*", *Prison Service Journal*, 79 pp 72-89, 1999 Castillo J., ob cit.; Chamarro A, "*Deporte y ocio para la reincisión de reclusos. La experiencia del Centro Penitenciario de Pamplona*", *Revista de Psicología del Deporte*, 13, 69-91 (1993); Negro C. "*Actividades en los centros Penitenciarios*", en Rodríguez P. y J.A. Moreno (dirs.) "*Perspectvas de actuación en Educación Física*", Murcia, Univ. De Murcia, pp 229-245 , 1995, todos citados por Martos García, Devis Devis y Sparkes, op. cit.

por la relación positiva entre ejercicio y salud dentro de las cárceles, por su potencial rehabilitador, porque mejora la calidad de vida y/o, finalmente, porque contribuye a la ocupación del tiempo libre, la evasión y la liberación de la agresividad.

El deporte, en especial el de equipo, es una actividad de interrelación social, que se erige como un medio comunicativo lleno de significado, mediante el cual quienes lo practican comparten sus experiencias y expectativas, se sitúan en el seno de la comunidad y aquello les sirve para construir su propia identidad.

Es indudable que el paso del tiempo durante el encierro, sin actividad formativa alguna, genera aburrimiento y que éste no solo se convierte en una sensación de castigo para los internos, sino que además es la fuente de muchos inconvenientes en la vida del penal (*el ocio es la madre de todos los vicios*).

En cambio, con el ejercicio físico y el deporte, no solo se aprovecha el tiempo sino que se convierte en un medio educativo, en fuente de liberación personal y hasta en herramienta de canalización y contención de los impulsos individuales o del grupo de internos.

Además, es indudable que si el deporte puede generar en ámbitos de interrelación libre negociaciones, juego de fuerzas y expectativas, –buenas o malas–, también ello puede ocurrir con algunos efectos que deberían minimizarse en el penal<sup>81</sup>.

Respecto de su incidencia como *instrumento de control social* el deporte se utiliza solo para distraer a los internos, para llenar su tiempo, aliviarles gestiones, o evitar problemas disciplinarios.

Cuando el personal penitenciario ve el deporte solo con esta mentalidad, como bien lo exponen Martos García, Devis y Sparkess, solo se pretende que el interno tenga el tiempo ocupado, que no tenga posibilidad de pensar ni generar problemas, que terminen el día muy cansados y sin ganas de molestar a nadie.

Para quien así piense, el deporte –cuya planificación y desarrollo requiere esfuerzo, tiempo, entrega y pedagogía– es lo más incómodo y por eso,

<sup>81</sup> Sabemos que en la vida de un penal a veces hay juegos de poder ejercidos por los internos o, incluso, por el personal penitenciario, que deberían minimizarse.

bajo esa concepción errada de la actividad, las prácticas físicas durarán muy poco tiempo.

Esto se ve en la práctica como Política Penitenciaria cuando analizamos la cantidad de profesores de educación física que hay por población carcelaria y el tiempo que se autoriza a cada interno para que pueda hacer deportes.

En cuanto a su valor como *medio de compensación*: se reconoce que algunos internos viven la actividad deportiva como una evasión de problemas y consecuencias negativas del encierro o compensación (válvula de escape) con la vida dura que hay dentro del penal.

Así para algunos, el deporte se convierte en un medio para soportar el sufrimiento, un pasatiempo que levanta el espíritu por momentos y que ayuda a los internos a superar el estrés propio de la prisión (“...juego ... porque me gusta, me distraigo, me tranquilizo y consigo que el tiempo pase sin tanto dolor...”).

En esta inteligencia, el deporte en la cárcel se convierte solo en un pasatiempo, un placebo o anestésico de la realidad difícil que se vive dentro de la prisión y, aunque pueda parecer loable en cierta medida, para mí, si solo se lo utiliza con esta finalidad, no se lo aprovecha en todo su potencial ni como un medio para cumplir el fin de la pena.

En cambio, como *herramienta de resocialización*: tras el análisis de su incidencia en los internos que lo practican, coincido con Merche Ríos<sup>82</sup>, en que el Deporte:

**a.)** *Por su valor educativo:*

**a.1.)** Es formador de virtudes humanas, por la repetición de hábitos positivos que imprimen carácter (fortaleza, templanza, laboriosidad, generosidad, respeto, lealtad, solidaridad etc.) lo que además permite el abandono de vicios que los contradicen (ethos deportivo y formación del carácter).

**a.2.)** Reduce las diferencias entre el mundo libre y la cárcel.

**a.3.)** Prepara para vivir en libertad.

**a.4.)** Promociona la iniciativa y posibilidad que el interno tenga responsabilidad ocupacional.

<sup>82</sup> Merche Ríos, “*La Educación física en los establecimientos educacionales de Cataluña*” Tándem n° 15, pp 69-82, Barcelona Gró, 2004.

**a.5.)** Fomenta la adquisición de nuevos aprendizajes.  
**a.6.)** Desarrolla hábitos higiénicos y de urbanidad.  
**a.7.)** Otro aspecto positivo es que el deporte, en especial cuando es de equipos, genera la conversión de líderes negativos –los que suelen pulular por muchos establecimientos carcelarios y que actúan como dueños de la vida y bienes del resto de los internos y promotores de conflictos disciplina-rios grupales– en guías positivos y fomenta la integración social.

**b.)** *Por su valor terapéutico:*

**b.1.)** Facilita relaciones interpersonales.  
**b.2.)** Potencia el protagonismo de internos  
**b.3.)** Afirma la personalidad por la satisfacción de la necesidad de expresión.  
**b.4.)** Posibilita en reencuentro con uno mismo la propia identidad.  
**b.5.)** Es medio de salud psicofísica.  
**b.6.)** Viabiliza y aumenta la comunicación.  
**b.7.)** Posibilita la sociabilidad.  
**b.8.)** Es canal hacia la serenidad personal e instrumento de paz social.  
**b.9.)** Es símbolo de vitalidad (hace sentir vivo a quienes lo practican aún en el encierro).  
**b.10.)** Es generador de nuevas expectativas de vida para quienes –como ocurre con muchos delincuentes hoy– con anterioridad al delito no tuvieron buenas oportunidades.

**c.)** *Por su valor recreativo:*

**c.1.)** Permite la ocupación útil del tiempo libre.  
**c.2.)** Rompe la monotonía del encierro carcelario.  
**c.3.)** Fomenta la alegría y el buen clima de convivencia.

**d.)** *Por el valor competitivo:*

**d.1.)** Genera espíritu de equipo.  
**d.2.)** Necesita del respeto de normas de juego.  
**d.3.)** Acentúa los efectos del principio de inmediatez mediante el trabajo de un proceso: entreno-partido-resultado.

En su trabajo sobre el *“El Deporte y la Reinserción Penitenciaria”*<sup>83</sup>, la Dra. Joaquina Castillo Algarra, trae a colación varias conclusiones importantes extraídas de los estudios de campo realizados en establecimientos de rehabilitación de drogadictos y en varios centros carcelarios españoles, sobre la incidencia del deporte en sus poblaciones, entre los que me parece útil citar:

1. Es evidente la función positiva que la aplicación de un programa de educación deportiva ejerce en la condición física de sujetos drogado-dependientes, así como en la mejora del auto concepto y dominio psico-afectivo de estos individuos y sus relaciones sociales (Los sujetos analizados muestran sumo interés por la actividad deportiva; el deporte les mejora la valoración del propio estado físico; el 76% de los sujetos dan gran importancia al ejercicio físico como medio de mantenimiento de su salud; el 38% se muestra más afecto al deporte de equipo; 4, 76 % se inclina por deportes individuales y 57, 14% por ambos).
2. Sobre la base de un estudio realizado en 1998 por la ONG BATA en la cárcel de Andalucía se concluyó que: 1) la concepción fundamental para los internos es la relativa a la salud (81%). 2) Existe un gran interés en esas prácticas; 3) el deporte más practicado es el fútbol y el más demandado: la natación; 4) la principal dificultad para las prácticas son las instalaciones: acceso y falta de, a lo que se añade la escasez de tiempo asignado para ello; 5) gran parte de las actividades la realizan los internos sin profesor alguno; 6) una gran mayoría demanda la presencia de éstos últimos.

La misma autora reconoce que, si embargo, ese estudio y el que realizó el sociólogo Andrés Chamorro sobre una cárcel de Valencia –más referido a las razones de permanencia o abandono de prácticas por los internos–, no analizaron qué incidencias tiene realmente el deporte sobre los reclusos, las que sí pueden encontrarse en estudios sociológicos sobre poblaciones de cárceles norteamericanas.

83 Ob. cit. pág. 20.

Así, por ejemplo, en un estudio realizado en 1986 durante seis meses sobre 89 internos de una cárcel de mediana seguridad que realizaban fitness concluyeron que:

...entre los beneficios ...se pueden destacar: ...mejora general y particular de la salud sobre los internos...(como dos asmáticos que redujeron la medicación al igual que otros con distintas dolencias médicas), mejora en la capacidad de relajación, para dormir, para perder peso y para llevar una vida razonable...mejora de la autoconfianza y el autocontrol, de sus relaciones sociales, introdujo otros temas de conversación entre los internos y que nada tenían que ver con sus actividades deportivas, capaz de contrarrestar su cultura carcelaria...cambios en los sentimientos y actitudes de los internos: menos depresivos (68%), menos frustrados de la vida de la prisión (79%) menos aburridos (89%) menos enfadados o irritables (58%), menos cansados (37%) más felices (68%) e incluso más satisfechos con la vida de la prisión (89%)<sup>84</sup>.

Y a conclusiones parecidas se llegó, según la misma fuente, en otra cárcel americana de máxima seguridad, realizado en 1990, durante dos meses: "...los beneficios fueron muy buenos en todos los aspectos: físicos: disminución de niveles de hipertensión, mejora de la flexibilidad del tronco y de la capacidad pulmonar, disminución de la grasa corporal con un aumento de peso debido a aumento de masa muscular; psicológicos: disminución de la tensión, de la inseguridad personal, de signos de elementos depresivos, de los niveles de ansiedad y de las neurosis, así como un aumento de la imaginación y del control emocional y sociales; ...todos los internos se mostraron más relajados, más confiados, más satisfechos con su vida en prisión...". Quienes hicieron esta evaluación concluyeron que "...un programa de deporte en prisión tiene el potencial de ayudar al interno a adaptarse al entorno, tanto fuera como dentro de la institución..."<sup>85</sup>.

En la República Argentina, en la Provincia de Buenos Aires, especialmente, desde el año 2009 a la fecha se ha visto un interés especial, desde el Ministerio de Justicia y el Servicio Penitenciario a incrementar la actividad deportiva, facilitando la intervención de instituciones de medios locales y

<sup>84</sup> Ob cit. pág 21.

<sup>85</sup> Op.cit. pág. 22

asociaciones y ongs que se ocupan de ello, en materia de fútbol, hockey, atletismo, rugby, y box entre otros deportes.

Bondades verificadas de incluir deporte como herramienta  
tratamental en las cárceles:

- Disminución de la violencia intra carcelaria
- Disminución del consumo de alcohol y drogas
- Mecanismo de control emocional y descarga de energía
- Mejora en la convivencia (nacimiento o aumento de sociabilidad, amistad)
- Génesis de expectativas positivas (esperanza)
- Aceptación de Normas
- Aprendizaje de acciones comunitarias, en las que el grupo es más importante que el individuo (espíritu de equipo, solidaridad)
- Cultura de entrenamiento=cultura del trabajo
- Aprendizaje de virtudes humanas
- Disminución de cultura tumbera, ruptura de estereotipos sociales, mejora en la autopercepción de las personas. condenadas
- Disminución de reiteración delictiva o reincidencia en el segmento de los internos deportistas.

El rugby viene siendo utilizado en numerosas cárceles bonaerenses como herramienta tratamental, caso Unidad Penal XV de Batán en el pabellón de jóvenes Adultos y en adultos (Módulos A y B de Rugby).

El objetivo de este programa no es convertir a los internos que participan de él, en grandes jugadores de rugby (aunque no lo excluye) sino, fundamentalmente, en que aprendan a afrontar las circunstancias adversas de la vida, incorporando valores que forman parte de su espíritu y que los llevan a respetar reglas de convivencia (“como un niño aprende jugando, también un adulto”).

¿Cómo incorporar dichos valores y normas en los penados a través del rugby?

- Respetando las reglas que impone el deporte
- Tolerando el contacto físico que requiere el rugby

- Utilizando ese contacto como sistema de descarga y autocontrol
- Incorporando los hábitos de trabajo en equipo
- Generando hábito de sacrificio a partir del entrenamiento
- Aumentando la sociabilidad y el respeto
- Incorporándoles nuevas expectativas de vida y temas de conversación
- Contrarrestando la cultura carcelaria
- Fomentando su esperanza

*B.) Integración deporte con educación, capacitación trabajo y servicio a la comunidad:*

Uno de los valores que transmite el rugby es a trabajar en equipo, pues su liderazgo esencialmente, consiste en aprender a asumir la responsabilidad de cumplir un rol del mejor modo posible, como servicio al equipo: éste área del juego, en este momento es mi responsabilidad y mi entrega consiste en cumplirla lo mejor posible porque de ello depende el bien de todos y cada uno de mis compañeros. Su práctica en los pabellones de la Unidad Penal de Batán, generó pronto en los muchachos participantes del programa el deseo de hacer cosas útiles en común. Así, a ellos les nació el interés y concretaron la realización de talleres para el arreglo y producción de sillas de ruedas, marroquinería, carpintería y artesanías, etc. cuyo producido, bien sirve para satisfacer una necesidad de enfermos indigentes, como en el primer caso, o bien para obtener dinero para enviar a sus familias, como en los restantes casos.

Por ello, no podemos desaprovechar ese piso de potencialidades que la práctica del rugby brinda, y nosotros buscamos añadir otras exigencias. De allí que a quienes se suman a estos programas se les requiere que, además de practicar rugby, para permanecer en este sistema, deban estudiar, capacitarse y trabajar. De esa forma buscamos completar un círculo virtuoso de transformación que implique para los internos *el descubrimiento de una nueva oportunidad de afrontar la vida en libertad, con herramientas y visiones diferentes a aquellas que los llevaron a delinquir.*

Así buscamos generar cursos de capacitación laboral (actividades productivas agrícolas, herrería, construcción, industria naval, industria

alimenticia, informática etc.) tanto mientras estén dentro del penal como, especialmente, cuando salgan, para que les sirva como medio de subsistencia personal y familiar. Para ello, en el año 2011 firmamos un acuerdo interinstitucional con once reparticiones estatales, tres universidades, Cámaras Empresarias y sindicatos y direcciones de pastoral de las Iglesias Católica, Evangélica y Musulmana, etc<sup>86</sup>.

De este acuerdo marco, a partir de fines del 2011 se empezaron a ejecutar acuerdos individuales, que generaron distintos proyectos de capacitación y trabajo puntual para internos mientras cumplen la pena y para que tengan actividad laboral cuando salen en libertad, tales como los que se individualizan en el siguiente cuadro:

Proyectos Interinstitucionales de inserción laboral en ejecución:

- Acuerdo UOCRA para ejecución de SUM en penal
- Acuerdo Sind. Pasteleros p/manipulación alimentos
- Acuerdo UTN y BIN para industria Naval
- Acuerdo ENOSUR MDP para recuperación y recuperación de espacios verdes y control de basura
- Fabricación de Ladrillos Ecológicos y proyecto Casas de Rescate con Univ. Nac. MdPlata
- Acuerdo CILSA arreglo de sillas de ruedas
- Acuerdo Se. Medio Ambientes: guarda parques y forestación
- Acuerdo ENVIAL arreglo y reciclado luminarias públicas
- Acuerdo STAMA para arreglos de automotores y VTV
- Emprendimiento productivo de insumos

En la selección de estos proyectos de capacitación y trabajo se busca poner atención especialmente a aquellos que implican la posibilidad de prestar un servicio a la Comunidad, no solo porque ello genera un nivel de satisfacción y empatía en los muchachos, sino además porque permite

<sup>86</sup> Estamos convencidos que desde el Estado solo no se puede alcanzar ninguna política perdurable en la materia y que, por el contrario, mancomunando el esfuerzo y las iniciativas entre sectores públicos y privados podemos generar una acción positiva que facilite y fomente la resocialización de los condenados.

concretar apoyos y colaboraciones materiales del sector empresario, que resultan siempre necesarios.

## **V. Ejemplos reales que demuestran la utilidad de esta herramienta**

Para justificar lo que he venido afirmando, en cuanto a que el deporte, en general y el rugby en particular, como herramienta de tratamiento penitenciario, en la medida que se lo integre con educación y trabajo, sirven al cumplimiento del fin de resocialización que hoy deben cumplir las penas, solo a modo de ejemplos, citaré algunos casos en que ello ha sido real:

- *Sean Potter*: Ex jugador de football americano devenido –por una lesión invalidante de sus prácticas deportivas– en Oficial Penitenciario de un Correccional de Chicago, ante la ola de muertes entre grupos de internos de distintas bandas barriales, implementó el PROGRAMA DE ENSEÑANZA DE FOOTBALL que dio origen al equipo de internos “THE MUSTANGS” que ganó el campeonato de la Liga Colegial (Secundarios) de Chicago en el año 2006, de cuyo equipo los jugadores se reinsertaron definitivamente al medio social. Inmortalizado en el cine.
- *Proyecto Alcatraz de la Fundación Santa Teresa (municipio de Ravenna – Venezuela)*<sup>87</sup>: a través del rugby y la educación de valores en la Estancia Santa Teresa del Municipio de Ravenna, Estado de Aragua, Venezuela se están sacando de las calles bandas de delincuentes juveniles, muchos de los cuales han reacomodado su vida sin volver a reincidir en el delito y hasta se han cambiado hábitos sociales del lugar.
- *Proyecto Fundación Deportistas por la Paz - Pabellón Jóvenes Adultos Unidad Florencio Varela SPB.*
- *Resultados del Programa “Recuperar Vidas” del Pabellón Jóvenes Adultos de la Unidad Penal XV del Complejo Batán-Mar del Plata, del Servicio Penitenciario Bonaerense:*
- El Pabellón se creó en el año 2012. Desde entonces, pasaron por el programa Pasaron 230. Salieron en libertad: 70. Volvieron a

87 Ver [www.proyectoalcatraz.org](http://www.proyectoalcatraz.org)

delinquir: 14. Porcentaje de reincidencia: 20%, contra entre 36/40% general de la provincia

1. EDUCACIÓN: el 96% completó estudios primarios y/o secundarios, solo abandonaron 4. Es condición del programa cursar los niveles básicos primario y secundario.
2. DEPORTE: el 100% participa de actividades deportivas: rugby, bochas, acondicionamiento físico, yoga etc.
3. CAPACITACION OFICIOS: el 70% completaron cursos en talleres de : Panadería, Reparador de Muebles y Lustrador, Herrería, Pastelería, Carpintería. Talleres Integrales Cambio de Paso: Marroquinería, Costura, Telas, Reparación de Herrería Sillas de Ruedas y Carpintería.
4. TRABAJO: 10 % tiene un trabajo real.
5. ACTIVIDADES en BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: C 100% participan en alguna actividad de esta naturaleza, Talleres de Silla de Ruedas, Taller de Luthier, Taller de Braille, Viviendas de Emergencia, arreglo de Luminarias Públicas.

### **A modo de colofón**

El papa Francisco viene pregonando en sus cartas pastorales<sup>88</sup>, y acciones, tanto predicaciones como visitas a Centros Carcelarios de todo el mundo, una propuesta de lo que me permito denominar una verdadera “acción misericordiosa” que contribuya a la real reinserción social de quienes alguna vez equivocaron el camino en su vida.

Recientemente, en la visita a la Cárcel de Filadelfia, Su Santidad les habló a los internos allí alojados y a todo el mundo:

Es penoso constatar sistemas penitenciarios que no buscan curar las llagas, sanar las heridas, generar nuevas oportunidades. Es doloroso constatar cuando se cree que solo algunos tienen necesidad de ser lavados, purificados no asumiendo que su cansancio, su dolor y sus heridas, son también el cansancio y el dolor, las heridas, de una sociedad.

<sup>88</sup> Ver puntos 56/60 de la carta pastoral “Evangelii Gaudium”.

El Papa aseguró que *“el Señor nos lo muestra claro por medio de un gesto: lavar los pies para volver a la mesa. Una mesa en la que Él quiere que nadie quede fuera. Una mesa que ha sido tendida para todos y a la que todos somos invitados”*. Asimismo, Francisco indicó que Jesús *“viene a nuestro encuentro para calzarnos de nuevo con la dignidad de los hijos de Dios. Nos quiere ayudar a recomponer nuestro andar, reemprender nuestro caminar, recuperar nuestra esperanza, restituirnos la fe y la confianza”*. Quiere –añadió– *que volvamos a los caminos, a la vida, sintiendo que tenemos una misión; que este tiempo de reclusión no ha sido nunca un sinónimo de expulsión sino de reparación”*.

¡Qué buena meta ayudar a estas personas, a través de un trato acorde con su dignidad humana, a que abandonen el estereotipo y la autopercepción que se han fijado de sí mismos y redescubran todo el potencial que tienen en su interior para vivir conforme al bien, ¡ser felices y ayudar a otros a serlo!

Es perfectamente posible generar una política de estado en la materia que, a modo de anillos concéntricos, aúne los esfuerzos públicos y privados hacia esta finalidad. ¡¡¡Un noble desafío de pacificación social y construcción de la verdadera seguridad, sin armas!!!

## BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, Gustavo Alberto *“La ejecución Penitenciaria en el Ordenamiento Jurídico Argentino, principios Básicos”*, en AA.VV con José Daniel Cesano y Fernando Reviriego Picón *“Teoría y Práctica de los derechos fundamentales de las prisiones”*, Edith. BdF. Montevideo y Euros Editores S.R.L. Buenos Aires, 2010, págs. 112/61.

ARNANAZ, Enrique *“Cultura y Prisión, Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria”*, Madrid. Edit. Popular, 1988, citado por Kent en *“Derecho de la Ejecución Penal. Una aproximación al tercer milenio”*, Edit. Ad-hoc, 1996, Pág. 307.

ASOCIACION PENSAMIENTO PENAL: *“Informe sobre los menores de edad infractores de la ley penal, estado actual del sistema 2014”*: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30800.pdf>

- BELOFF, Mary: *“Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”*, publicado en AA.VV *“Adolescentes y Responsabilidad Penal”*, Emilio García Méndez Compilador, Edit. Ad-Hoc, Bs. As. 2001
- BELOFF, Mary – TERRAGNI, Martiniano: la AA.VV *“Nuevos problemas de la Justicia Juvenil”*, Directora Mary Beloff, Ad Hoc, Buenos Aires, Abril 2017
- BELOFF, Mary - FRIDMAN, Diego – KIRSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano: *“La Sanción en el Derecho Penal Juvenil y el Ideal de la Educación”*, artículo publicado en AA.VV: *“Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”*, Directora Silvia Eugenia Fernández, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, págs.3571/92.
- BETTIOL Giuseppe: *“Estudios”*, Volumen II, 1.954 pág. 838/55, cita en *“Prevención y Represión en la Reforma Penal”* 1.950.
- CARRERA, Daniel *“Alternativas a la Pena y a la Privación de la Libertad”*, en *“Teorías Actuales en el Derecho Penal”* Edit. Ad-hoc, 1.998.
- CASTILLO ALGARRA, Joaquina: *“Deporte y Reinserción Penitenciaria”* Madrid, Consejo Superior de Deportes, Centro de alto Rendimiento y de Investigación en Ciencias del Deporte, 2005.
- CASTILLO ALGARRA, Joaquina: *“Deporte y reeducación en conductas antisociales en prisión: principales experiencias”*, 2010.-
- CUSTET LLAMBI, María R. *“Medidas Privativas de la Libertad en el Sistema Penal Juvenil. Estándares Internacionales de Derechos Humanos”*, artículo publicado en AA.VV *“Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”*, Directora Silvia Eugenia Fernández, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, págs. 3525/3.569.
- DONNA, Edgardo Alberto: *“Teoría del delito y de la pena”*, Edit. Astrea 1.992.
- FOUCAULT, Michel: *“Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión”*, Madrid, Siglo Veintiuno editores, 1978.
- FRIAS CABALLERO, Jorge: *“Imputabilidad penal”*, Edit. Ediar, Bs. As. 1.981.
- GARCIA MENDEZ, Emilio: *“La Dimensión Política de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes en América latina: Notas para la construcción de una modesta utopía”*. Publicado en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. AA.VV compilada por el mismo autor, Edit. Ad-hoc Bs. As. 2001.

- GODOY BERROCAL, M. H.: *"Hacia una aproximación a la construcción de reglas mínimas para la individualización judicial de la pena"*, en Rev. "El Derecho Penal", E.D., mayo 2.003 pág. 10.
- JESCHECK, Heins Heinrich: *"Tratado de Derecho Penal, Parte General"*, Volumen I, Traducción Santiago Mir Puig Edit. Bosch. España 1981.
- KANT, Emanuel: *"Fundamentos para una metafísica de las costumbres"* pág. 429.
- KENT, Jorge: *"Derecho de la Ejecución Penal. Una aproximación al tercer milenio"*, Edit. Ad-hoc, 1996.
- La Asociación Americana de Corrección; Hitchcock, H. *"Prisons, Exercise versus recreation"*, en Journal of Physical Education, Recreation and Dance" 1990, 61, 6; 84-88; Courtenay W.H. y Sabo D. *"Preventive health strategies for men in prison"*, "Prisons Masculinities", Philadelphia, Temple University Press, 2001, p. 157-172; Hagan J. *"Role and significance of sport/recreation in the penal system"* "Prison Service Journal 75-9-11, 1989; Mortimer, G. *"Mind games"* Rugby World 78: 78-81, 1999; Wagner M., Mabride R. y Croases. *"The effects of weigh-training exercise on aggression"*, Prison Service Journal, 79 pp 72-89, 1999 Castillo J., ob cit.; Chamarro A, *"Deporte y ocio para la reincursión de reclusos. La experiencia del Centro Penitenciario de Pamplona"*, Revista de Psicología del Deporte, 13, 69-91 (1993); Negro C. *"Actividades en los centros Penitenciarios"*, en Rodríguez P. y J.A. Moreno (dirs.) *"Perspectivas de actuación en Educación Física"*, Murcia, Univ. De Murcia, pp 229-245, 1995, todos citados por Martos García, Devis Devis y Sparkes, op. cit. .
- MAIER, Julio B.J. *"Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos"*, Edit. Del Puerto SRL, Bs.As.1996, 2da. Edición.
- MARTOS GARCIA, Daniel, DEVIS DEVIS, José y SPARKES, Andrew: *"Deporte entre rejas, ¿algo más que control social?"*, en Revista Internacional de Sociología (RIS) Vol. 67, nº 2, Mayo-Agosto 2009, 391-412 ISSN: 0034-9712.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF Heinz *"Derecho Penal Parte General"*, Tomo II, Edit. Astrea., Bs. As.
- NOVICK, G. es Director Médico de Consolidar Salud, fuente Guillermo Canovas y Marta Burgos, en artículo *"Mens sana in corpore sano Adolescente y deporte"* Revista *"Hacer Familia"*, mayo junio 2004 pág. 53.

- Observatorio Social UCA informes de Inseguridad 2017/18 <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/2018-OBSERVATORIO-DOCUMENTO-INVESTIGACION-INSEGURIDAD.pdf>.
- Observatorio Social UCA informes acerca de nutrición infantil: <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2019/2019-Observatorio-Defensoria-Prov-Bs-As-Agua-Segura-Alimentacion.pdf>
- Observatorio Social UCA, informes sobre pobreza multi dimensional: <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-Observatorio-PPT-Pobreza-Multidimensional.pdf>
- Observatorio Social UCA informe sobre Pobreza Monetaria: <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-OBSERVATORIO-PPT-POBREZA-MONETARIA.pdf>
- O'Morrow G.S. y Reynolds R.P. *"Therapeutic Recreation: A Helping Profession"*, Englewood Cliffs, Prentice Hall Inc. (1989), citado por Martos García y otros...op. cit.
- Papa Francisco: Exhortación Apostólica *"Evangelii Gaudium"*.
- Para Francisco: Discurso en la Cárcel de Filadelfia del 26/09/15 publicado en Diario "La Capital" Mar del Plata del 28/9/15.-
- Proyecto Código Penal Argentino 2006.
- Procuración Penitenciaria Nacional informes 2017/18 [www.proyectoalcatraz.org](http://www.proyectoalcatraz.org).
- QUINTANO RIPOLLES Antonio *"La motivación moral en el Derecho Español (problemática de la nueva atenuación por motivos morales, altruistas y patrióticos, 7º del art. 9 del Código Penal)"* en RGLJ 1948, t. 185 p. 399.
- RIVERA BEIRA, Iñaki *"La cuestión carcelaria"* Editores del Puerto SRL 2009.
- RIOS, Ríos, *"La Educación física en los establecimientos educacionales de Cataluña"* Tándem nº 15, pp 69-82, Barcelona Gró, 2004.
- ROXIN, Claus: *"Derecho Penal Parte Gral. Fundamentos..."*, Tomo I, traducción y notas de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Temesal, edit. Civitas 1.997.
- SALT, Marcos: *"Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina"* Ed. Del Puerto 1999.

- SALT, Marcos. “Comentarios a la Ley de Ejecución Penal” en Rev. Nueva Doctrina Penal 1996-B.
- TERRAGNI, Martiniano: “El principio de especialidad en la Justicia de Menores a través de la Jurisprudencia”, Edit. Ad-hoc, Bs. As. 2015.
- VILLEGAS, Carlos en “Filosofía del rugby” publicado en la página web “Días de Rugby”.
- VIÑAS, Esteban Ignacio: “Pena de prisión, sus fines y su ejecución”, publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Edit. “Ad-hoc”, 2004, Año IX, Número 17, págs. 431/48, Idem, publicado en Revista Jurídica Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad F.A.S.T.A, Edit. Año 2004.
- VIÑAS, Esteban Ignacio: “El rugby y las virtudes humanas, un espíritu llamado a perdurar” Edit. elangelautista@hotmail.com, 2009.
- VIÑAS, Esteban Ignacio: “Pena de prisión, sus fines y su ejecución”, publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Edit. “Ad-hoc”, 2004, Año IX, Número 17, págs. 431/48, Idem, publicado en Revista Jurídica Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad F.A.S.T.A, Edit. Año 2.004.
- VIÑAS, Esteban Ignacio: “Resocialización de condenados: políticas de estado y participación de la sociedad” publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología” Año V Num. 11 diciembre de 2015, Edit. La Ley Thomson Reuters, Bs. As., diciembre de 2015, págs. 219/233.
- VIÑAS, Raúl H.: “Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores”, Edit. Ediar, edición rústica, Bs. As. 1983.
- VIÑAS, Raúl Horacio “Derecho Penal Parte General”, Editorial Nova Tesis, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR: “Manual de Derecho Penal Parte General”, Edit. Ediar 2005.
- ZIFFER, Patricia: “Lineamientos de la Determinación de la Pena” Editorial Ad-hoc 2da. Ed.1999.

\*\*\*

“...El encarcelamiento de jóvenes en la provincia de Buenos Aires se encuentra condicionado por factores como la clase y el género. Habitar determinados territorios, donde no es posible resolver necesidades básicas, los convierte en una población perseguida y judicializada”.

*“El régimen penal juvenil se compone en su mayoría de jóvenes varones entre 16 y 18 años, pero incluye, de manera creciente, a niñas/os menores de 16 años. El sistema judicial considera que estos niños y niñas no punibles pueden ser un peligro para sí o terceros; entonces, para protegerlos, les imponen medidas de seguridad que prohíben su libertad ambulatoria...en los centros de detención del Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia (OPNyA), donde la protección y los cuidados son meros eufemismos” (el resaltado no es original)”.*

*“En los dispositivos de encierro del OPNyA hay detenidos 85 niños no punibles. Esta población específica ha crecido de forma continua: durante 2015 representaban el 0.8%, en 2016 esa cifra ascendió al 3.1% y en 2017 al 5.3%. Finalmente en 2018 los niños no punibles encerrados constituyeron el 13% de la población. Esto da cuenta de que continúan consolidándose como clientela del sistema penal y recae sobre ellos el endurecimiento de las políticas represivas y estigmatizantes: deberían ser abordados por el sistema de promoción y protección de derechos (SPPD) y no por el SRPJ.”*

---

# Del interés superior del niño al interés superior del Estado

**SOLANGE J. CAPUYA\***

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha observado que la sociedad brega por bajar la edad de punibilidad de los menores de edad<sup>1</sup>. Dicha circunstancia –quizá– se deba a que los medios de comunicación han dado especial importancia a los hechos delictivos –con excesiva violencia– que protagonizan los menores de edad. Se afirmó con especial fervor que esa es la solución “mágica” que haría, de alguna forma, cesar aquello. Pues, “el mal de los delitos” eran los pobres, luego los narcotraficantes, y ahora el eje de la cuestión se corrió hacia los menores de edad. Entiendo que lejos de todo eso está la solución.

\* Solange Jazmín Capuya. Abogada Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Penal de la Universidad Austral 2013 (con tesis aprobada con 9) y Doctoranda de la UBA. Ayudante– Letrada de la materia “Derecho Penal Parte General” (UBA CPC) cátedra del Dr. Javier De Luca y Secretaria Adjunta de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 de la Capital Federal a cargo del Dr. Ramiro González.

1 En nuestro país, la mayoría de los chicos que permanecen privados de la libertad en Argentina lo están por delitos menores “contra la propiedad” y no por delitos graves. Por otra parte, y según un relevamiento realizado con Unicef en 2015, había 82 menores de 16 años privados de su libertad (el 6, 3%), entre 16 y 17 años hay otros 789 (60, 5%), es decir un total de 871 sumando ambas edades. El resto eran jóvenes que hoy tienen más de 18 años, pero que cometieron sus infracciones siendo menores. La suma total de jóvenes privados de libertad es 1305. Según Unicef, bajar la edad de imputabilidad “no suma” y solo conduciría a “llenar con chicos” los institutos de menores.

No es casual que en la vorágine de cambios políticos que se avecinan se acentúen determinados temas más que otros, o de golpe vuelvan a resurgir. Cuando en realidad el tema de la baja en la edad de punibilidad de los menores de edad siempre ha sido una cuestión que merece especial atención y solo se ocupan de ella de manera superflua en algunas campañas políticas o spots publicitarios a conveniencia del poder en turno.

El día 9 de abril del año 2019, el ex Jefe de Gabinete del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Martín Casares, y el ex Subsecretario de Justicia y Política Criminal, Juan José Benítez con la anuencia del aquel entonces ministro Germán Garavano presentaron en la Cámara de Diputados de la Nación el proyecto del sistema de Responsabilidad Penal Juvenil<sup>2</sup>. En dicho proyecto se pretendió establecer un sistema penal juvenil a nivel federal con un piso de derechos y garantías para todos los menores infractores en todo el país, como así también se mencionó que los niños, niñas y adolescentes no podían permanecer detenidos en comisarías, que la prisión fuese utilizada como el último de los recursos, y que ninguno que haya cometido un delito cuya pena máxima sea menor a 10 años, sea privado de libertad. La iniciativa también pretendió que se establecieran mecanismos no tradicionales de resolución de conflictos para evitar el proceso penal e intentar que prime la respuesta restaurativa antes que la punitiva, la incorporación de la víctima en el proceso, que los centros de detención fuesen atendidos exclusivamente por personal civil y que las adolescentes embarazadas y con hijos que deban cumplir una pena de prisión domiciliaria. Otra propuesta fue que todas las sanciones incluyeran la finalización del ciclo escolar en tanto fija como edad mínima los 15 años solo para los delitos más graves. Pretendió establecer penas alternativas para los casos de 3 años o menos de prisión: domiciliaria, privación en centro abierto o en centros especializados. En esta exposición, me centraré en el asunto de la edad mínima para la punición de los menores infractores.

2 Se consultó el sitio web: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/01/anteproyecto-ley-de-responsabilidad-penal-juvenil.pdf>

## II. EDAD DE PUNIBILIDAD DE LOS MENORES DE EDAD: UN REGRESO AL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

En el sistema actual, los jóvenes menores de 16 años son “no punibles” y aquellos entre 16 y 18 años están sujetos a una “punibilidad relativa”, es decir que el Estado reacciona con una consecuencia jurídico-penal que formalmente es distinta a la usada para un adulto. Esto significa que los niños y niñas entre 16 y 18 años de edad actualmente son imputables (se los acusa de un delito y un juez puede declararlos penalmente responsables), pero no se les impone una pena –vocablo del que deriva la idea de *punibilidad*– hasta que cumplen los 18 años de edad. En ese período, a los menores de edad (quien en su mayoría son niños pobres), que cometieron un delito, se los somete a un “tratamiento tutelar” en los llamados “institutos de menores”. Esos lugares, son verdaderas cárceles cuya nota distintiva es la violencia, muertes, condiciones materiales deficitarias, falta de educación, higiene y alimentación adecuada<sup>3</sup>. La permanencia de los menores en estos institutos no se encuentra preestablecida en una sentencia, sino que depende de una evaluación siempre discrecional del resultado del “tratamiento”. Dicho de otro modo, en los hechos no hay un plazo previamente establecido en una ley ni hay límite sobre la duración y condiciones de esa privación de libertad, por lo tanto, los niños permanecen expectantes durante toda su “minoridad” a resultados del tratamiento tutelar.

Los organismos internacionales han identificado y señalado las falencias de este sistema, instando a que se estableciera un régimen diferenciado al de los adultos, que incluyera en el tratamiento de la responsabilidad por las infracciones a la ley penal tanto los principios y garantías del derecho penal como los derechos previstos en instrumentos internacionales particulares como la *Convención sobre los Derechos del Niño*, y que tomara en consideración otros parámetros en cuanto a la capacidad de culpabilidad o de “reproche” penal por la conducta en cuestión, en función al estado evolutivo de la niñez.

3 Cfr. Informe Anual PPN (<http://www.ppn.gov.ar/?q=Otra%20muerte%20en%20un%20Instituto%20de%20Menores>) e Informe de Amnesty (<https://amnistia.org.ar/luego-de-la-muerte-de-un-adolescente-durante-un-incendio-en-el-agote-se-debe-garantizar-el-control-de-los-institutos-de-menores/>) sobre los casos de fallecimientos en los Institutos Rocca (2015) y Agote (2014).

El proyecto de ley presentado, lejos de ser moderno, sus fines rememoran a los juristas y académicos ligados a la criminología positivista, como el médico Luis Agote<sup>4</sup>, entre otros. Los partidarios de aquellas posturas escribían artículos sobre “el problema de los menores delincuentes” y resaltaban el peligro que representaban para la sociedad. Así se gestó la paradójica política de creación de los institutos de menores, para que el Estado “como un gran padre de familia” que controlara a esta niñez peligrosa, pero a la vez pretendió protegerla por estar “en peligro”.

En ese sentido, A. Platt los denominó “los salvadores del niño”<sup>5</sup>. De alguna manera, con la presentación de aquel proyecto de ley aquello se vuelve a repetir. Aquel autor plasmó el paternalismo terapéutico bajo el amparo del positivismo y del reformismo benefactor con relación a la forma de resolver el problema de la delincuencia juvenil mediante instituciones que gestionaban hechos que hasta entonces eran tolerados, sin ningún tipo de garantía legal, ni de límite para la acción del Estado. De esta forma se educaba a los jóvenes de clases bajas para convertirlos en trabajadores obedientes<sup>6</sup>. El proyecto de ley presentado vislumbra que bajo el velo del “interés superior del niño” se pretendió bajar la edad de punibilidad y de alguna forma retrotraernos a aquellos tiempos.

Debemos recordar que la iniciativa del proyecto aludido contempló un criterio de escalas por edad: a los 15 años, los adolescentes serán imputables únicamente por delitos considerados graves, como homicidios, violaciones, lesiones gravísimas, secuestros extorsivos y robos con armas de fuego. Entre los 16 y los 18 años, serán imputables siempre que no se trate de un delito cuya pena máxima de prisión es igual o menor a tres años;

4 Cfr. ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, ed. Del Puerto, año 2005, p. 204 y siguientes.

5 La denominación de salvadores del niño se emplea para designar a un grupo de reformadores “desinteresados” que veían su causa como caso de conciencia moral y no favorecían a ninguna clase ni ningún interés político en particular. Los salvadores del niño se consideraban a sí mismos altruistas y humanitarios, dedicados a salvar a quienes tenían un lugar menos afortunado en el orden social. Su interés en la “pureza”, la “salvación”, “la inocencia”, la corrupción y la protección reflejaba una fe firme en la rectitud de su misión. Platt, A. M. (1982). *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. Buenos Aires/Madrid/México: Siglo XXI.

6 Cfr. PLATT, Anthony M. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. Buenos Aires/Madrid/México: Siglo XXI.

y podrán ir a la cárcel cuando cometieran un hecho reprimido en el Código Penal con una pena máxima igual o mayor a diez años. La excepción la constituyó aquellos delitos reprimidos con pena máxima de tres años o sancionados con penas de multa o inhabilitación como pena principal. Los menores de 15 también podrán ser imputados aun cuando el delito quedara solo en el plano de la tentativa “por circunstancias ajenas a su voluntad” (debe recordarse que el proyecto del nuevo Código Penal tiende a un aumento en general de los *quantums punitivos* de las penas<sup>7</sup>). La única posibilidad de quedar exceptuados, en los casos de tentativa, es que “desistieran voluntariamente” de cometer el delito. En el caso de los menores de 15 años (inimputables) que cometieran delitos reprimidos con penas de hasta 10 años por el Código Penal, el proyecto contempló un programa de asistencia a través de la intervención de equipos multidisciplinarios (integrados por médicos, psicólogos, psicopedagogos, docentes, especialistas en adicciones y trabajadores sociales) para acompañar a los niños y evitar que desarrollen una carrera delictiva.

En este contexto, el *Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas* –cuya observación al Estado Argentino presentó en el mes de junio del 2018<sup>8</sup>–, los análisis de *Unicef Argentina (United Nations Children’s Fund*, organismo de la Organización de las Naciones Unidas) y hasta de la propia Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia se manifestaron en contra de aquella propuesta legislativa.

- 7 El día 25 de marzo del año 2019 se envió al Senado de la Nación por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el Proyecto del Código Penal. Al respecto, se consultó el sitio web <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-penal/reforma-del-código-penal-la-nación/>.
- 8 Ver Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina presentadas por el Comité de los Derechos del Niño Aprobadas por el Comité en su 78o período de sesiones (14 de mayo a 1 de junio de 2018), informe G1829148. El Comité examinó los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina (CRC/C/ARG/5-6) en sus sesiones 2283a y 2284a (véanse CRC/C/SR.2283 y 2284), celebradas los días 14 y 15 de mayo de 2018, y aprobó en su 2310a sesión, que tuvo lugar el 1 de junio de 2018, las presentes observaciones finales.

### III. DELITO JUVENIL VS. “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

Los organismos internacionales han identificado y señalado las falencias de este sistema, instando a que se estableciera un régimen diferenciado al de los mayores de edad, que incluyera en el tratamiento de la responsabilidad por las infracciones a la ley penal tanto los principios y garantías del derecho penal como los derechos previstos en instrumentos internacionales específicos tales como la *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>9</sup>, y también considerando otros parámetros en cuanto a la capacidad de culpabilidad o de “reproche” penal por la conducta en cuestión, en función al estado evolutivo de la niñez.

Hoy los estándares mínimos sobre los Derechos Humanos se encuentran previstos e incorporados a nuestra legislación en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional<sup>10</sup> como así también los específicos, a saber: *La Convención sobre los Derechos del Niño*; *Las Reglas de Beijing*<sup>11</sup>; *Las Directrices de Riad*<sup>12</sup>; *Las Reglas para la protección de los menores privados de libertad*<sup>13</sup>, *Las Reglas para la protección de los menores privados de libertad*. *Los documentos internacionales sobre derechos humanos son:*

- 9 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- 10 Los documentos internacionales sobre derechos humanos son: Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, incorporados a nuestra Constitución a partir del art. 75, inciso 22.
- 11 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de los Menores, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985 e incorporadas a nuestra legislación a través de la Ley 26.827 Sancionada: noviembre 28 de 2012 y Promulgada de Hecho: enero 7 de 2013.
- 12 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 (Consejo de Seguridad de la ONU) y reconocidas en nuestro país a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto mediante resolución Nro. 243/2014, del día 7 de mayo del año 2014.
- 13 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Incorporada en nuestro país mediante ley 26.061, sancionada el día 28 de septiembre del año 2005 y promulgada el 21 de octubre del mismo año.

*Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; entre otros.*

Todos estos instrumentos deben abordarse en su conjunto, pues “[n]o se puede tratar separadamente los instrumentos internacionales siempre más numerosos, ya que representan toda una gama compleja de normas y obligaciones, que corresponden y se refuerzan mutuamente”<sup>14</sup>.

Para afrontar y entablar una discusión seria respecto de la baja de punibilidad de los menores de edad se debe tener como estándar mínimo uno de los principios que establece la *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>15</sup> que es: “el interés superior del niño” que se encuentra previsto en el art. 3.1 de aquel instrumento. Dicho artículo establece que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será *el interés superior del niño*” (lo resaltado me pertenece).

O, en el art. 9 del mismo instrumento que indica que “[l]os Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”. Y, el artículo 21 prescribe que los Estados garantizarán, entre otros, el instituto de la adopción, cuidando que el interés superior del niño sea lo primordial,

14 Diez Ojeda, Augusto, El interés superior del niño necesidad de su regulación legal, nota al fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires, septiembre 29-998, S., M. M. publicado en La Ley t.1999-C, págs. 238 a 253.

15 Fue proclamada y adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. En nuestro país fue adoptada por ley 23849, sancionada el día 27 de septiembre del año 1990 y promulgada el día 16 de octubre del mismo año. Actualmente, se encuentra incorporada con rango constitucional en el art. 75, inc. 22 de la CN. Véase <http://www.consejoinfancia.gob.ar/wp-content/uploads/2013/08/Ley-23849.pdf>. Que la misma establece cuatro principios básicos: La no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y la participación infantil.

que esta situación esté determinada por las autoridades competentes y que sea admisible previendo la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales.

Este principio propone un claro límite a la discrecionalidad de las autoridades –como señaló Dworkin<sup>16</sup>– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos son derechos que permiten ejercer otros y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Por tales razones, la disposición referida constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, porque los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los avasallen.

A su vez, este principio actúa como garantía. En ese sentido es entendido “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”<sup>17</sup>. Pues, “el interés superior del niño” constituiría la satisfacción de los derechos de los menores. El contenido del principio son los propios derechos declarados en los distintos instrumentos *ut-supra* mencionados.

Esto nos obliga al abandono de las interpretaciones de carácter “paternalistas y autoritarias” con relación *al interés del niño* y armonizarse con el principio *pro homine* para evitar los abusos del poder en pos de querer “cuidar y proteger a los menores de edad”.

Se debe recordar que en la época del positivismo criminológico (como se esbozó en el apartado anterior) bajo ese carácter “paternalista” el Juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” *el interés superior del niño*, lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados. En esa directriz, la actuación de la autoridad era discrecional y subjetiva.

Sin embargo y pese a los instrumentos mencionados, el proyecto de ley presentado da cuenta del carácter paternalista que persiste tanto en

16 DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

17 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1995.

los legisladores como en los jueces o en las autoridades administrativas que interpretan “el interés superior del niño” como un acto potestativo que deriva de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados. Pese a la existencia de los instrumentos mencionados, las autoridades se toman aquella atribución escudándose en el “interés superior del niño” aún en el nuevo régimen que se presentó. Prueba de ello, es la baja de edad de la punibilidad de los menores *so pretexto* de “protegerlos”.

La Convención es clara en cuanto al sentido que debe atribuírsele al principio mencionado como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior del niño con la satisfacción de ellos. Es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades en el marco de esos derechos actúen en pos de los niños y niñas. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate o legislador que la solución jurídica debe construirse desde la estricta sujeción a dichos derechos en cuanto a lo formal y a su contenido. El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los niños y niñas, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención).

En este sentido, se puede afirmar que el principio es concebido como un límite al paternalismo estatal y es una guía de orientación hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño y la situación delictiva exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados, en los cuales las autoridades no pueden ampararse en post de su “paternalismo”. Entonces, la correcta interpretación de este principio basado no solo en el reconocimiento de los derechos de los menores sino de la efectiva y eficaz aplicación de los mismos, permitirá legislar y arribar a una solución verdadera.

El *interés superior del niño* es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto debe abarcar todos los derechos del niño y niña en cuanto a que son sujetos de derechos, ya que se encuentra vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño/a y para el niño/a. Es la protección de la

mayor cantidad de derechos posibles en cada circunstancia dada para cada niño o niña en particular. Estas necesidades son derechos consagrados en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

En esa directriz, de la Observación General Nro. 10 del Comité de Derechos del Niño<sup>18</sup> se desprende que: “[l]a protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública” (parr. 10). Es “presupuesto irrefutable” que los menores por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal “no pueden ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal” (párr. 31).

A modo de ejemplo, se debe tener en cuenta lo esbozado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en un caso contra la práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo) en el cual refirió que: “[e]n primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida” (párr. 191). Que siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal “no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad” (ídem, párr. 225) (ver *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19-11-1999, Serie C N 63).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la ley 26.061 cuando refiere al “interés superior del niño”, señala que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley (CS, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ,

<sup>18</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores*, 2007, CRC/C/GC/10.

2008-2-772.). O, en el fallo *García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537* del 02/12/2008 (Fallos: 331: 2691), en el cual una ONG solicitó que se disponga la libertad progresiva de todos los menores de 16 años que se encontraran dispuestos judicialmente a la fecha del planteo efectuado y se articule con los organismos administrativos pertinentes con el fin de atender a la protección especial de los menores, y con aquellos que ingresen al sistema penal de allí en más –siendo menores de 16 años– se proceda conforme la nueva Ley de Niñas, Niños y Adolescentes. La Cámara de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del art. 1o de la ley 22.278 –Régimen Penal de la Minoridad– y exhortó al Poder Legislativo para que adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.601 - Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes–. La Corte revocó la sentencia apelada y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. Señaló, en lo pertinente, que los jueces con competencia en las causas de niños no punibles, dicten las decisiones requeridas en salvaguarda de sus derechos. Asimismo, se requirió al Poder Legislativo que adapte las normas a los estándares mínimos del derecho internacional, y al Poder Ejecutivo Nacional y local competente a implementar efectivamente las medidas que son de su resorte. El Juez Petracchi con su voto, señaló la importancia del seguimiento de las medidas proteccionales y la actuación de oficio del juez en este sentido. En disidencia, la Jueza Argibay declaró inadmisibile el recurso de queja conforme el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

#### IV. DEL “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” AL “INTERÉS SUPERIOR DEL ESTADO”

Hemos dicho que los representantes del gobierno de aquel entonces lejos de intentar alejarse de su concepción paternalista y autoritaria con relación al proyecto que intentó bajar la edad de punibilidad de los menores que delinquen, surgieron argumentos firmes que sostuvieron que esa medida no era de utilidad, ni mucho menos que tenía en consideración “el interés superior del niño”. La reforma que se planteó, particularmente en cuanto a la baja de la edad de punibilidad de los menores infractores, es un viso más

de que lejos de haber avanzado hacia un Estado que haga efectiva y eficaz los derechos y garantías previstos con relación a los menores haya retrocedido a la época positivista de la criminología en Argentina<sup>19</sup>.

En esa directriz, la reforma pretendida era inconstitucional porque violaba el principio de no regresividad que implica que no se puede retroceder en un derecho que se encuentra previsto en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. En el caso de la edad de punibilidad, que fue establecida en 16 años por el gobierno peronista en el año 1954, reducida a 14 años durante la última dictadura cívico-militar y vuelta a establecer en 16 años a poco de retornar al sistema democrático. Volver a bajarla sería afectar los derechos adquiridos de la franja de adolescentes de entre 14 y 15 años. Lo mismo ocurriría frente a la propuesta de bajar la edad solo para los casos más graves. Está expresamente rechazado por el Comité de Derechos del Niño, órgano creado por la Convención sobre los Derechos del Niño que en Argentina tiene rango constitucional. Por último, sería incongruente respecto del conjunto de derechos y obligaciones de las personas en función de la edad. Desde el Poder Ejecutivo de aquel entonces, se afirmó que esta propuesta permitiría obtener “mayores niveles de seguridad”. Ello es absurdo y falaz ya que es ínfimo el porcentaje de delitos graves cometidos por adolescentes, y menos aún de 14 y 15 años. A modo de ejemplo, el último informe del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires indicó que en el año 2015 sobre la cantidad de 175 homicidios registrados en ese año en la Ciudad solo uno fue cometido por un adolescente menor de 16 años, mientras que 10 casos fueron cometidos por adolescentes entre 16 y 18 años (el 3, 8 por ciento del total). Por lo tanto, empeoraría la situación de los menores<sup>20</sup>. Incluso por la naturaleza de los delitos cometidos por los más jóvenes (delitos contra la propiedad y no contra las personas). Aplicar políticas de endurecimiento penal es contraproducente. Los estudios sobre los países en los que esto se hizo muestran cómo estas políticas terminan reforzando y profesionalizando las prácticas delictivas en vez de disuadirlas<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, ed. Del Puerto, año 2005, p. 200 y siguientes.

<sup>20</sup> Ver <https://www.unicef.org.ar/seminario2016/img/pdf/14-juan-facundo-hernandez.pdf>

<sup>21</sup> [https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/201804/PROTECCION\\_AdolescConflictoLeyPenal\\_Final.pdf](https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/201804/PROTECCION_AdolescConflictoLeyPenal_Final.pdf)

Asimismo, se debe tener en cuenta de la existencia de la cuestión de fondo. Por un lado, se debe discutir un nuevo Régimen Penal Juvenil acorde a los principios y estándares internacionales en materia de niñez y adolescencia y derechos humanos, que derogue la actual Ley 22.278, dictada por el gobierno de facto en el año 1980 y por otro, un nuevo sistema penal juvenil específico para la franja de edad entre los 16 y 17 años. Este proyecto de reforma tiene una clara tendencia a estigmatizar a los adolescentes pobres exclusivamente como delincuentes, ya que tiene mayor impacto nocivo sobre los niños y adolescentes pobres e indigentes. Sumado al recorte de las políticas educativas y de salud y a la violencia institucional policial constituyen un combo totalmente nocivo para los niños, niñas y adolescentes. Son los niños y niñas quienes en primer lugar sufren las situaciones de violencia, violación de derechos, pobreza, delincuencia, abandono de políticas integrales de los menores de edad por parte del Estado.

Y, *debe bregarse por un Estado más social que penal*. En la cuestión atinente a los menores infractores el derecho penal no es la solución. En ese sentido, la paz social a la cual refiere el derecho penal es aquella que permite el disfrute de la realización del bien común que implica la amplia satisfacción de los intereses sociales y la consecuente neutralización de los conflictos. De allí que se afirme que la imposición de la pena adecuada a la infracción penal jurídica se halla la constatación visible de ser inquebrantable ese orden jurídico de cuya existencia depende en último lugar del orden social<sup>22</sup>. De aquí se desprende el principio de *‘última ratio del derecho penal’*. La CSJN tiene dicho que el legislador debe atender en su tarea de política criminal a “garantizar la subsidiariedad del derecho penal, esto es, el recurso al derecho penal como *última ratio* del orden jurídico en la medida de la necesidad y respetando la dignidad de sus destinatarios” (Fallo 314: 442). El Estado debe garantizar a los niños niñas y adolescentes por mandato constitucional y convencional de derechos humanos, todos sus derechos en forma integral. En los casos en que a algún niño, niña o adolescente se le imputara la presunta comisión de un delito, lo que debe aplicarse son políticas de promoción y protección de derechos previstas en la Ley 26.061.

<sup>22</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, Comares, Granada, 5ta. edición, 2002, p. 2, 3 11 y 14.

## V. CONCLUSIÓN

Se debe presentar un proyecto en el que en forma real se haga eficaz y efectivo el “interés superior del niño” porque ya no se trata de lo que subjetivamente entiende el juez o legislador (estado paternalista) sino lo que a *la luz del interés superior del niño* es sus derechos y garantías previstos en todos los instrumentos interpretados armónicamente en su conjunto y que se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

La cuestión de los menores infractores debe ser pensada desde aquella perspectiva, con punitivismo casi extinto, y más vinculadas con políticas públicas de prevención que permitan mayor contención (alimentación, educación, deporte, entre otras) para que puedan reinsertarse con normalidad en la sociedad durante la niñez y adolescencia, alejándose de un estado paternalista en el sentido punitivo y ser paternalista en post de los derechos y garantías consagrados en los instrumentos internacionales.

En vista a la cuestión, es menos costoso punir a los menores infractores que lograr que ellos se incorporen como ciudadanos en igualdad de condiciones a nuestra sociedad. Es ilógico pensar en la baja de edad de punibilidad de los menores de edad sin pensar en ¿qué va a suceder mañana con chicos que encontrándose en una situación vulnerable a los 14 años de edad fueron institucionalizados –luego de haber cometido un delito– cuando salgan en libertad habiendo sido separados de su círculo familiar en sus años formativos, sin haber accedido a una educación de calidad y con un prontuario legal?

Elo, es patear el problema de la exclusión social para más adelante y condenarlos a que entren y salgan constantemente de establecimientos penales. No debe dejar de soslayarse que el proyecto del Código Penal<sup>23</sup>

**23** El gobierno oficializó, a través del decreto 103/2017 que se publicó el 13 de febrero del año 2017 en el Boletín Oficial, la creación de una comisión para debatir y elaborar, en el plazo de un año, la reforma y actualización del Código Penal. “Créase en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, la que tendrá a su cargo la elevación al Poder Ejecutivo. La comisión está integrada por Mariano Borinsky, como presidente, Carlos Mauricio González Guerra, como secretario, Pablo Nicolás Turano, como secretario adjunto, Carlos Alberto Mahiques, Patricia Marcela Llerena, Daniel Erbetta, Víctor María Vélez, Pablo López Viñals, Guillermo Jorge Yacobucci, Fernando Jorge Córdoba, Patricia Susana Ziffer, “y por un

tiene una clara tendencia al aumento de escalas penales, sumado a que, si bajamos la edad de punibilidad de los menores infractores, se estarían generando que los menores de edad, cuando sean adultos permanezcan en cárceles superpobladas que reciben a nuevos jóvenes. Entonces, es partir de las instituciones democráticas que debemos buscar respuestas que el Código Penal no tiene por qué dar, pero sí de todas formas, y en última instancia, necesitamos recurrir al *ius puniendi* debe ser a la luz de los principios fundamentales que rigen el derecho penal.

Este punto debería llamar la atención especialmente de las personas que buscan en la pena el castigo a los culpables; quienes se preocupan por la “impunidad” de los niños y niñas y a la vez claman por su mayor seguridad. En enero del año 2019, el que por aquel entonces era el Ministro de Justicia de la Nación –Germán Garavano–, se había convertido en el nuevo *salvador de los niños* que “...justificaban sus reformas por humanitarias”. Fue evidente que ese humanitarismo reflejaba su trasfondo de clase y sus concepciones elitistas de la potencialidad humana. Los salvadores del niño compartían la opinión de los profesionales más conservadores de que los ‘criminales’ eran una clase diferente y peligrosa, indígena en la cultura de la clase obrera, y un peligro para la sociedad ‘civilizada’<sup>24</sup>.

El mayor problema de los adolescentes en nuestro país y en el mundo es la violencia que se ejerce sobre ellos desde su niñez, y no viceversa. Según un estudio de las Naciones Unidas alrededor de 150 millones de niñas y 73 millones de niños sufren agresiones violentas por parte de adultos: desde abuso sexual hasta castigos físicos, pasando por la explotación laboral y el abandono. Nuestro país no es una excepción a esta generalidad.

Pensar solo en disminuir la edad de imputabilidad como solución es simplista, porque centra la atención de la sociedad en la violencia de los niños, niñas y adolescentes y no en la que se ejerce a diario sobre ellos: por fallas graves en el sostén familiar a causa de la pobreza de sus progenitores y su falta de educación, responsabilidad grave del estado por no brindar oportunidades adecuadas a gran parte de la comunidad, por educación

representante del Ministerio de Seguridad y un representante del Ministerio de Desarrollo Social”. El día 25 de marzo del año 2019 se envió al Senado de la Nación el anteproyecto del Cód. Penal.

<sup>24</sup> Cfr. PLATT, Anthony M. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. Buenos Aires/Madrid/México: Siglo XXI (1982), p. 29.

de mala calidad, falta de oportunidades de recreación, deporte, acceso a bienes culturales, y empleo joven, etc.

Así, mientras avanzaba el proyecto de reforma, el cargo de Defensor de la Niñez, creado por una Ley del Congreso de la Nación en el año 2005, permaneció vacante más de 12 años, hasta que el día 28 de febrero del año 2020, el Senado dio su aprobación para su designación de Marisa Graham.

Aquel proyecto, preveía demasiados objetivos donde no se detalló la implementación efectiva de la propuesta. La ley no es suficiente para un plan que pueda cumplir los objetivos anunciados por el aquel entonces ministro, lo primero que deberíamos estar discutiendo es ¿cómo asegurar que habrá presupuesto más allá de cambios de gobierno en los próximos (¿digamos?) quince años para atender a estos jóvenes? ¿Cómo vamos a lograr la coordinación entre los distintos niveles de gobierno cuando la gran mayoría de los delitos violentos que preocupan a la sociedad son competencia de los gobiernos provinciales, y por lo tanto involucran establecimientos provinciales con presupuesto y fondos provinciales? Esta historia ya la conocemos. Pondremos muchos objetivos en una ley que requieren distintos grados de erogación presupuestaria. Cuando el momento llegue, va a ser menos costoso punir a menores de edad que lograr que ellos se incorporen como ciudadanos en igualdad de condiciones a nuestra sociedad. Necesitamos desarrollar políticas públicas para promover una sociedad menos violenta. En lugar de castigar los actos de los niños, niñas y adolescentes –lo que solo serviría para detener a un mayor número de los mismos–, hay muchas medidas que pueden mejorar y prevenir el problema: la promoción de actividades deportivas, culturales barriales y comunitarias, el apoyo a la educación pública, la mejor cobertura de salud, planes alimentarios, el refuerzo de la integración familiar, medidas de orientación y apoyo laboral, mayor contención y apoyo educacional en adolescentes en riesgo de cometer actos de violencia, etc. Estas acciones y sus resultados deben ser monitoreadas al igual que los actos de violencia que ocurren en el país, a fin de poder evaluar las variables asociadas a la violencia por parte de los menores infractores, incluso las dimensiones ocultas de la misma.

Las medidas a tomar para solucionar un problema como la delincuencia juvenil deben ser precedidas por una definición clara y un análisis amplio, a fin de fijar metas y objetivos hacia una solución posible que habitualmente no es única sino multidisciplinaria.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño será el marco indiscutible para legislar cualquier aspecto vinculado a la infancia y la adolescencia, que tiene rango constitucional y ningún proyecto puede soslayarla. Considero necesaria una amplia convocatoria interdisciplinaria e intersectorial que garantice un debate serio y la mejor consideración de esta compleja problemática.

En ese sentido, hay que cambiar el eje de discusión de la agenda sobre 'delincuencia y niñez', nuestra historia ha probado que el derecho penal no soluciona este tema. Hoy quizá haya esperanzas en la Defensora de la Niñez quien tiene por delante una ardua tarea y a su vez, una excelente oportunidad de darle sentido efectivo al "interés superior de los niños y niñas" de nuestro país.

---

# La posibilidad de conciliación y reparación integral en el Proceso Penal Juvenil

**FERNANDO VÁSQUEZ PEREDA\***

## I. INTRODUCCIÓN

Atendiendo a la sanción del nuevo Protocolo de Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos, confeccionado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y publicado en el mes de noviembre del año 2018, corresponde pronunciarse acerca de los nuevos procesos especiales dentro de los ya reconocidos procesos penales especiales que tienen a los niños y niñas como protagonistas.

El concepto de Justicia Restaurativa, como se sabe no es nuevo, aunque sí novedoso en nuestro ordenamiento jurídico; desde la sanción de la ley N.º 27.147 (publicada en el Boletín Oficial el 18 de junio de 2015) que introdujo los institutos de la reparación integral y la conciliación como causales de extinción de la acción penal hemos asistido a un largo y vertiginoso proceso en el que los tribunales nacionales y federales han dado todas las interpretaciones posibles en fondo y forma a esta nueva concepción del conflicto penal.

La devolución en mayor o menor medida del conflicto a las partes intervinientes, tiende no solo como podremos ver a descomprimir un sistema colapsado, sino también a promover nuevos procesos quizás, más eficientes en términos de obtener justicia para aquellos quienes realmente se vieron signados por su participación en un hecho dañoso, y asimismo

\* Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Docente de Derecho Penal (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA) Doctorando (USAL).

sistemas punitivos más sensibles a la reincorporación del delincuente a la sociedad. En términos generales un proceso más humano y personalizado.

En esta línea, y en virtud de los extremos que según detallaremos, asisten a cualquier proceso penal donde un niño, niña o adolescente se vea involucrado; entendemos que más que nunca como operadores de un sistema penal ineficiente y desacertado, debemos conocer la naturaleza y los alcances que estos nuevos institutos nos proponen y promover su extensa aplicación a todo supuesto posible.

El presente trabajo se propone realizar un análisis del Protocolo de Mediación, a la luz de las garantías constitucionales que rodean cada proceso penal donde un menor se vea involucrado y asimismo, extender sus alcances a los institutos de reparación integral y conciliación penal, vigentes en el ordenamiento jurídico nacional, analizando asimismo, cual es el estado de situación del derecho penal argentino en los fueros nacional y federal respecto de la incorporación *in extenso* del concepto de justicia restaurativa.

## II. JUSTICIA RESTAURATIVA. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE REPARACIÓN Y CONCILIACIÓN PENAL?

El Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos, aprobado por Resolución 813/2018 del Ministerio de Justicia de la Nación, viene no solo a poner de resalto el extendido alcance que los compromisos internacionales que el Estado argentino ha asumido respecto de la protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como población vulnerable<sup>1</sup> en sí mismo posee; sino que viene de

1 No solo la incorporación en el art. 75 inc. 22 de la CN de la Convención Sobre los Derechos del Niño (Sancionada en el marco de las Naciones Unidas en el año 1989 e incorporada a nuestra legislación en el mes de octubre de 1990) resulta de interés en este punto sino entre otras, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas y ratificadas por Argentina en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia en marzo de 2008, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores – Beijing; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio); las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil –Directrices de Riad; la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, impulsada y aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), la Cumbre Judicial Iberoamericana y los

la mano de un renovado concepto de justicia penal cuya finalidad ulterior reside en la reparación del conflicto penal acaecido y la real participación de la víctima del mismo en el proceso<sup>2</sup>.

En esta línea, y en la búsqueda de garantizar la satisfacción de dos derechos que podrían en algún punto encontrarse en pugna, el nuevo protocolo pretende ser una guía para la justicia nacional orientada a la implementación de un nuevo concepto de justicia, que atienda a la víctima cuyos derechos se han visto lesionado y a la vez fomente la dignidad y el respeto de esos niños por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos de la sociedad.

Esta idea de justicia restaurativa, en todos los alcances de esta palabra y para todos los involucrados en ella, como dijimos no es nueva, sin pretender remontarnos a antiguas culturas milenarias –lo que sin duda nos ilustraría de cuan común estas prácticas resultan a nivel mundial– basta con remontarnos a la sanción de las leyes N.º 27.147 y N.º 27.063<sup>3</sup>, ambas dictadas en el año 2015 por nuestro Congreso Nacional, para entender que nuestro legislador promueve una nueva concepción de la justicia penal a la que sin duda debemos observar.

Concretamente la primera de las normas mencionadas ha incorporado en el art. 59 inc. 6 del Código Penal de la Nación, como causales de extinción de la acción penal, los institutos de Reparación Integral y Conciliación Penal –ambos previstos en el Protocolo de referencia– los cuales conceptualmente, del mismo modo que la mediación penal, pretende pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, deben entenderse en clave de posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización y, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal.

No cabe duda que ambas herramientas poseen como fines ulteriores la reposición de la víctima como parte del conflicto y, asimismo, la

organismos internacionales que las conforman, y los pronunciamientos pertinentes y sin duda la Ley N.º 26.061 y todos los ordenamientos normativos comprensibles del Sistema de Promoción y Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

2 En el marco del Programa “Justicia 2020” del mismo MJyDDHH se logró sancionar la ley N.º 27.372 promulgada en el B.O. en fecha 13/07/2017.

3 Postergada *sine die* por el D.N.U. 257/15.

búsqueda de una solución más pacífica que observe el interés puntual de los involucrados.

Debemos tener presente entonces que dentro del género mediación nos encontramos con, la mediación en sentido estricto y la conciliación.

En primer lugar, debemos mencionar que ambas comparten los seis mismos principios, a saber:

1. voluntariedad,
2. confidencialidad,
3. celeridad,
4. informalidad,
5. gratuidad,
6. neutralidad o imparcialidad de los mediadores.

Ahora bien ¿Qué entendemos cuando hablamos de mediación penal? Su particularidad consiste en que, el tercero imparcial participante, es decir el mediador, solamente se limita a dirigir las reuniones y no a buscar una solución; su mayor grado de participación consiste en cooperar con las propuestas realizadas por las partes.

Por su parte, en la conciliación, el tercero imparcial comienza a realizar algo más que la mera dirección de las audiencias, pues puede ir proponiendo distintas soluciones al caso, pero sin informar sobre cuál, según su punto de vista, es la mejor, pues eso es tarea de las partes y se corresponde con el principio de la horizontalidad del proceso. Este último sistema se utiliza en aquellos casos en donde los intervinientes se encuentran en clara situación de desigualdad relativa o alguno de ellos posee una mala predisposición al diálogo o bien el conflicto mantiene a primera vista, dos caras (una emergente y una subyacente).

En cuanto al concepto de reparación integral, corresponde remitirnos al Derecho Civil, toda vez que el Código Penal Argentino carece de una definición al respecto. En este sentido debemos remitirnos al art. 1740 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuya letra se menciona el concepto de “reparación plena”, noción de mayor acercamiento a nuestro interés, puesto que muchas veces es utilizado como sinónimo en por la doctrina y jurisprudencia de la materia.

La distinción entre reparación integral y reparación plena obedece según algunos autores como Alterini, a que la primera era un objetivo inalcanzable naturalmente, puesto que resulta imposible en cualquier caso erradicar todo el daño producido. Decir integral entonces, implica entender que todo el daño desaparecería, lo que no es más que una ficción jurídica; por eso resulta más acertado el concepto de reparación plena, que desde el principio admite que pueden quedar daños sin indemnizar.<sup>4</sup>

Para un concepto más amplio, corresponde citar el aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el cual abarca a) la investigación de los hechos; b) la restitución de derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica y social; d) la satisfacción mediante actos de beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición y f) la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial<sup>5</sup>.

Si bien comprende supuestos mucho más extensos que los necesariamente previstos por el derecho penal, merece ser atendido toda vez que el reconocimiento de la víctima como sujeto de derecho internacional cuyas prerrogativas deben recibir atención de la administración de justicia.

En este sentido el protocolo propone incluso, la exclusión absoluta de los intereses del Estado, de modo tal que sean las partes, en este caso el niño/niña o adolescente<sup>6</sup> y su víctima quienes diriman el conflicto y alcancen la reparación del mismo.

a) interés superior; b) protección integral; c) derecho a ser escuchado; d) mínima intervención y concentración; e) agilidad; f) flexibilidad; g) oportunidad; h) proporcionalidad; i) desjudicialización y desformalización; j) información adecuada; k) gratuidad; l) participación social y comunitaria; m) interdisciplina; n) especialidad y especificad; o) interpretación *pro minoris* y *pro homine*; p) autocomposición.

4 Cfr. <<http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-1740>>

5 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge, "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" disponible en línea: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>>

6 En adelante NNA

### III. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL EN LOS TÉRMINOS DEL ART.59 INC. 6TO PARA TODO TIPO DE DELITOS INCLUSIVE, DELITOS FEDERALES

En virtud de que protocolo propone incluso, la exclusión absoluta de los intereses del Estado, de modo tal que sean las partes, en este caso el NNA y su víctima quienes diriman el conflicto y alcancen la reparación del mismo; entendemos que no solo es viable que se pueda aplicar justicia restaurativa en este tipo de delitos, sino *que es una obligación de Estado* proponer medidas tendientes a estos fines.

Los fundamentos por los cuales arribamos a esta conclusión se debe a que como venimos desarrollando, la justicia restaurativa ya existe en nuestro ordenamiento de fondo –art 59 inc. 6–; y a su vez por los propios principios y estándares internacionales del derecho penal juvenil que se mencionarán a continuación.

Es necesario poner de resalto los mencionados principios a saber: principio de trato diferenciado; principio de especialidad; garantía del debido proceso penal juvenil; principio de proporcionalidad específico en materia adolescente; reglas ultra restrictivas para la imposición de la sanción penal y el más importante según nuestro criterio, el de ampliación de las medidas alternativas.

Este último se vincula con la ampliación y diversificación de medidas alternativas en el marco del proceso penal juvenil. Asimismo, es posible aprovechar la flexibilidad que otorga el denominado expediente tutelar para intentar desplegar en su trámite diversas medidas del orden de la justicia restaurativa, en el marco de las pautas que el órgano jurisdiccional podría imponer.<sup>7</sup>

En adición, es menester poner de resalto que existen requisitos previos a imponer una pena, en este sentido es sable mencionar los parámetros del precedente “Maldonado”<sup>8</sup> de la CSJN, en el que se aludió al principio de

7 Cfr. *Muñoz Damián R.* Problemas actuales de la justicia penal adolescente y abordajes posibles de la defensa pública especializada revista MPD noviembre 2018.

8 El artículo 4° de la mencionada ley reconoce la facultad e impone el deber del juez de ponderar la necesidad de la pena (consid. 21), y que ese concepto no puede “ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a la ‘peligrosidad’”, que “la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un

*ultima ratio* previsto en el art. 37, CDN, que el fallo “Mendoza”<sup>9</sup> de la Corte IDH puso en vigencia a través de la aplicación del art. 2, CADH. En este sentido la finalidad específica del sistema penal de adolescentes basado en la CDN es limitar el poder punitivo del Estado y proteger al niño, lo más posible, de los efectos adversos que las penas importan para su desarrollo, mencionando en este sentido el informe 41/99 de la CIDH, sobre menores detenidos en Honduras.

Las “Reglas de Beijing” disponen en el acápite 17.1 los principios a los que deberá ajustarse la decisión de la autoridad competente, a saber: “a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”.

Se debe a estos lineamientos, los que entendemos que deben utilizarse como guía a fin de poder utilizar medidas ya vigentes de justicia restaurativa en todo tipo de procesos, inclusive en delitos de la justicia Federal.

*¿Por qué decimos que no existen limitaciones en lo que respecta a los delitos?*

En primer lugar, como establece la normativa vigente, el artículo 59.inc. 6to, no establece limitación alguna, es por ello que, desde una interpretación respetuosa del principio de legalidad, no existiría problema alguno. Sin

hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’ (art. 40, inc. 1º)” (consid. 22).

- 9 “De conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a ‘ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’ 27. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma” (considerando 165).

perjuicio de ello en la práctica suele tornarse difícil una conciliación o reparación en los delitos federales porque no por lo general los bienes jurídicos afectados suelen tener como titular de ellos al Estado, y se torna difícil que éste tenga algún representante que preste su conformidad.

Empero con el nuevo protocolo, entendemos que está ahora en cabeza del propio Estado, dejar de lado cualquier tipo de interés en los delitos en que sean parte NNA y entonces en esos casos instruir a los propios Fiscales o en su defecto a algún representante del órgano del Estado que se vea afectado, por ejemplo en lo que respecta a la ley de drogas 23.737 podría ser algún representante del Ministerio de Salud, o en el caso de un daño agravado a un ferrocarril al representante del Ministerio de Transporte y así consecuentemente.

#### IV. CONCLUSIÓN

En virtud de este nuevo protocolo que ha ingresado en vigencia hace dos años entendemos que es obligación del Estado propender a que en todos los casos en que intervengan NNA se deba instar a una solución de acorde a los principios de la justicia restaurativa. Pero ya no como una excepción al modo normal de terminación de los procesos penales; sino que se instaure como la regla para todos los casos en que se pueda arribar a un acuerdo, no solo con las víctimas que sean personas físicas, sino también jurídicas e inclusive el Estado a través de sus respectivos representantes o como instrucciones generales aplicadas por los Fiscales.



Discusiones actuales



---

# La noción de injusto (ilícito) no culpable y el concepto personal de lo ilícito<sup>1</sup>

**ENRIQUE BACIGALUPO\***

A la memoria de Esteban Righi

I.

La cuestión del carácter objetivo o subjetivo de la ilicitud no pierde actualidad. En 1979 decía *Gerhard Dornseifer*: “desde las investigaciones de [Adolf] Merkel [1867] sobre el objeto de lo ilícito civil y penal, que culminaron en su teoría de la imputación penal, la discusión sobre ‘el subjetivismo en la determinación de lo lícito y lo ilícito’ no ha cesado hasta hoy”<sup>2</sup>. Tres décadas más tarde dice Michael Pawlik en el mismo sentido: “hace más de medio siglo que la cuestión del merecimiento de reconocimiento del ilícito no culpable, como categoría independiente de la teoría del delito, ha formado parte de los temas más discutidos de la ciencia jurídico penal alemana”<sup>3</sup>.

Sustancialmente la cuestión se planteaba en los siguientes términos: si la norma se dirige a los capaces de culpabilidad, solo podrán infringirla quienes sean capaces de culpabilidad (imputables). Se trata, por lo tanto,

\* Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Catedrático de Derecho Penal. Director del Seminario de Investigación de Derecho Penal del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset (Universidad Complutense).

1 Conferencia pronunciada *on line* en la Universidad de Mar del Plata, Argentina el 7/7/2020 y en la Universidad de la República, Uruguay el 22/7/2020.

2 *G. Dornseifer, Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, 1979, pág.98 y stes.

3 *Das Unrechts des Bürgers*, 2012, pág. 276.

del grado de subjetividad del autor que requiere la infracción del derecho por parte de una persona<sup>4</sup>.

En la recepción de la dogmática alemana del delito de los años 20 en España (1931) y en Argentina (1940), en Uruguay y otros países de América Latina<sup>5</sup> esta problemática no llegó a ser materia de discusión, porque la teoría del delito de la recepción fue la de *Franz v. Liszt* y en la concepción de *v. Liszt* la comprensión de la norma por el autor y su motivación no eran relevantes a los efectos de establecer la perturbación social producida por la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, que definían la acción contraria al derecho. En términos similares decía *Mezger*<sup>6</sup> claramente en 1924: “*El derecho es un orden vital objetivo, lo ilícito es la perturbación de ese orden*”. Es claro que con esas premisas un concepto personal de lo ilícito carecía de espacio.

En la teoría moderna del delito se designa como “*ilícito*” o “*injusto*” a la acción típica y antijurídica. La palabra *injusto* proviene de la traducción de la palabra *Unrecht* alemana, que literalmente podría ser traducida como “*negación del derecho*”. Estimo preferible, sin embargo, traducirla como “*ilícito*”, pues de esta manera se evita toda confusión de los conceptos con la idea de justicia, que se refiere a una cuestión que no está vinculada con el objeto que nos ocupará.

## II.

Creo conveniente intentar un estudio histórico dogmático del problema del concepto personal de lo injusto o de la ilicitud, es decir: de un concepto *personal* de la acción típica y antijurídica.

La cuestión había sido objeto de importantes discusiones en la dogmática alemana del siglo XIX, cuando comenzó a ser discutida la diferencia entre comportamientos humanos y hechos de la naturaleza. En este

4 Confr. *Armin Kaufmann*, *Festschrift für Welzel*, 1974, pág. 393 y stes. En Argentina se ha ocupado intensamente del tema en los años 90 *Marcelo Sancinetti*, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995; *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1997.

5 *L. Jiménez de Asúa*, *La teoría jurídica del delito, 1931*: S. *Soler*, *Derecho Penal Argentino*, 1940.

6 *Der Gerichtssaal* 89 (1924), pág. 242.

sentido decía Merkel: “Lo que no puede ser relacionado con una ‘voluntad inteligible’ de personas es un suceso natural”<sup>7</sup>.

El problema estaba, al menos en parte, vinculado con la teoría de las normas y su destinatario y con la teoría de los imperativos. La solución era desde mediados del siglo XIX claramente subjetiva: las normas se dirigían a quiénes podían comprenderlas. Pero, también hubo opiniones contrarias. *August Thon* sostuvo en 1878<sup>8</sup>, desde la perspectiva de la teoría de los imperativos, que “los mandatos y prohibiciones del derecho se dirigen *no solo a personas capaces de voluntad*”, contradiciendo de esta manera la tesis de *Merkel*, que identifica culpabilidad e ilícito.

La pregunta era importante. ¿Es posible la *infracción de una norma* por quien no está en condiciones de entender el mensaje de la misma? Sin duda, como sostenía *Thon*, en el ámbito del derecho penal, no “hay punibilidad sin culpabilidad, ni condena, ni ejecución contra un inimputable”<sup>9</sup>. Pero ¿Podía ser el hecho de un inimputable entendido como una infracción del derecho?

Si nos remontamos al pensamiento penal del siglo XIX, del que provienen las ideas básicas de la dogmática penal alemana receptadas en España, a partir de la lección inaugural del curso de la Universidad de Madrid de 1931/32 de *Jiménez de Asúa*, luego por *Soler y Núñez* en Argentina y por *Adela Reta y Milton Cairolí*, en Uruguay, es posible constatar que la objetividad de la antijuricidad no fue cuestionada hasta la irrupción de la teoría finalista de la acción en los años 60 y 70 del siglo pasado.

Como se dijo, la recepción de la dogmática alemana en España y América Latina tuvo lugar a partir de *v. Liszt*. Los antecedentes anteriores a *v. Liszt*, salvo algunas excepciones, no fueron objeto de especial atención. Se aceptó, como lo proponía *v. Liszt*, que todos los elementos subjetivos del delito eran ajenos a la categoría de la antijuricidad y que “formaban parte de la categoría a la que pertenece al concepto de dolo”<sup>10</sup>, es decir de la culpabilidad. Esta concepción objetiva de la ilicitud recibió una

7 A. *Merkel*, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, pags. 43, 46, 47, 51, citado según A. *Thon*, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878 (reimpresión 1964), pág. 72.

8 *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pág. 71 y stes.

9 *Ibidem*, pág. 104.

10 *F. v. Liszt*, *Das Reichs-Strafrechts*, 1881, págs.65, 109.

aportación muy significativa con la obra de *Hans Albrecht Fischer* de 1911: “La antijuricidad– Con especial consideración del derecho privado”.

Si en el análisis histórico-dogmático, que propongo, partimos de la *teoría de la imputación*, tal como la concebía *Berner* en 1843, lo que deberíamos abordar en primer término es *la cuestión de la objetivación de lo ilícito*. Esta problemática tiene, a mi modo de ver, su punto de partida en la teoría de la imputación del siglo XIX, en la que no se había hecho todavía una clara distinción entre ilicitud y culpabilidad. Por ello tampoco se hizo referencia a la infracción del derecho, pero, al adjetivar la imputación como “criminal”, era evidente que se refería a actos humanos contrarios a un mandado o a una prohibición penal.

El sistema de la teoría de la imputación se estructuraba básicamente sobre dos elementos: el *sujeto* y el *objeto del delito*<sup>11</sup>. La problemática del sujeto era precisamente la de su *voluntad libre* y, más precisamente, su aspecto negativo: las causas que excluyen la libertad de la voluntad (caso fortuito, *vis absoluta*, *error facti*, ausencia de hecho, inimputabilidad, minoridad, trastorno mental transitorio)<sup>12</sup>. El punto principal del sistema era, por lo tanto, la *voluntad humana y la acción*. “Imputar –decía *Berner*– significa que es posible que algo objetivo sea puesto en la cuenta de un sujeto”<sup>13</sup>. Consecuentemente, “imputar consiste en un juicio por el que se concluye que existe realmente una acción”, dado que “el concepto de acción agota la esencia total de la imputación”<sup>14</sup>. En otras palabras, la acción incluía conceptualmente la imputación. Por lo tanto, traduciendo a *Berner* a un lenguaje dogmático más moderno, solo podía ser criminal (contraria al derecho) una acción imputable. Puntos de vista similares representó, entre otros, *Hugo Hälschner*: “El juicio por el que se establece que el daño de un bien jurídico tiene su causa en la voluntad de una persona lo caracterizamos como imputación”<sup>15</sup>.

11 Confr. *A. F. Berner*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª edición, 1898, pág. 75 y stes.

12 *A.F. Berner*, *Criminalistische Imputationslehre*, 1843, pág. 115 y stes.

13 Loc. cit. pág. 39.

14 Loc. cit. pág. 41.

15 *Das preussische Strafrecht*, 2, 1858, pág. 97.

Otra fase de la discusión se presenta con la cuestión *del destinatario de la norma y la distinción entre acciones humanas y sucesos de la naturaleza*. Desde esta perspectiva sostuvo *Adolf Merkel* en 1867, que lo ilícito consiste en la infracción de mandatos o prohibiciones del derecho y estos imperativos solo están dirigidos a la voluntad de personas capaces de imputación y por lo tanto solo pueden ser lesionados por la voluntad de estos. Y agregaba que lo que no pueda ser relacionado con ‘la voluntad inteligente’ de una persona (*Mensch*) es un “suceso de la naturaleza”<sup>16</sup>.

En el mismo sentido *Binding* sostuvo en 1872: “El que no conoce la prohibición o el mandato que infringe no delinque, porque sin conocimiento no hay deber”<sup>17</sup>. La teoría de las normas, entendiendo por norma, en el sentido de *Binding*, como una *regla con excepciones*, no solo prescribía una determinada conducta, sino que imponía un *deber de obediencia*<sup>18</sup>. Era evidente que nadie podía obedecer una orden que no estaba en condiciones de conocer.

Por el contrario, *v. Liszt* sostuvo e impuso que “la antijuricidad de la acción se comprueba y se establece sin consideración del posible error del autor, de forma estrictamente objetiva”<sup>19</sup>.

¿A qué obedecía este cambio estructural tan radical? ¿Por qué postular este cambio hacia el concepto objetivo de ilicitud, solo basado en un suceso causal (voluntario) de lesión de un bien jurídico? La evolución hacia a un concepto objetivo de la ilicitud se convierte en necesaria, en realidad, por razones prácticas: el programa político criminal de *v. Liszt* completaba el

<sup>16</sup> Confr. *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, págs. 43, 46, 47 y 51, según la cita de *A. Thon*, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pág. 72. En mi colaboración del Libro de Homenaje a *S. Mir Puig* el punto de vista de *Merkel* fue atribuido por un error material al propio *Thon*. El “Derecho Penal” de *Merkel* fue traducido al castellano probablemente en 1911 por *Pedro Dorado Montero* (la edición de *La España Moderna*, en 2 tomos, no señala el año de la publicación). Ver t-I, pág. 36: “Solo aquellos males que procedan de una conducta voluntaria antijurídica son los que pueden ser combatidos por medio de la pena”.

<sup>17</sup> *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, I, 1872, 4ª edición 1922), pág. 147.

<sup>18</sup> *K. Binding*, *Handbuch des Strafrechts* 1885, pág.183 y ste.

<sup>19</sup> Confr. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª edición, 1921, pág. 142. En el mismo sentido: *v. Liszt/Eb. Schmidt*, 26ª edición 1932, pág.174:

sistema de consecuencias jurídicas del delito con *medidas de seguridad*, aplicables a inimputables, especialmente en el caso los irrecuperables<sup>20</sup>.

Las consecuencias jurídicas que *Liszt* proponía para imputables no resocializables como penas de protección (*Schützstrafen*) presuponían un delito, aunque no culpabilidad. En estos casos la objeción de *Birkmeyer* fue contundente: ya no se trata de una pena, sino en todo caso, de una medida de seguridad<sup>21</sup>. Por lo tanto, era necesario que el sistema de categorías para aplicación de la ley penal fuera acomodado a las necesidades prácticas del sistema legal. Esto se percibe también en la crítica de *Thon* a *Merkel* y *Binding*: “Aquellos que como *Merkel* y *Binding* limitan los imperativos de la legislación a las personas capaces de voluntad, tienen que admitir consecuentemente que ninguna norma vincula a los inimputables, por lo tanto, ninguna norma ha sido infringida y, por lo tanto, ninguna consecuencia de una infracción normativa puede ser aplicada”<sup>22</sup>. “Si el orden jurídico no ha sido lesionado, no tiene ninguna razón para garantizar ayuda” al titular del bien afectado. Contra el lobo que me roba una oveja estoy autorizado a defenderme como pueda; pero la contra un inculpable que comete en mi perjuicio un acto prohibido no estoy autorizado a recurrir a la auto-ayuda”<sup>23</sup>. Es evidente que en tales casos es preciso un sistema dogmático que permita la solución adecuada del conflicto.

Pienso que esta explicación es la que daría el propio *v. Liszt*. En 1886<sup>24</sup> *Liszt* criticó profundamente los conceptos de acción y de bien jurídico de *Binding* por su abstracción y formalismo y allí sostuvo un importante principio de su metodología: “todo el valor de la construcción de los conceptos jurídicos, dice, todo el significado científico de su sistema reside en que éste y aquélla facilitan y aseguran la aplicación de las normas (*Sätze*) jurídicas a los hechos de la vida jurídica”<sup>25</sup>. El carácter abstracto de la noción de norma y su infracción no permitiría, desde el punto de vista de *Liszt*, ver que

20 *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, pág. 167.

21 K. *Birkmeyer*, *Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig?*, 1907, pág. 18.

22 A. *Thon*, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pág. 90.

23 *Ib. idem*, pág. 91 y stes.

24 *ZStW* VI, pág. 663 y stes.; recopilado en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, pág. 212 y stes.

25 *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, citado, pág. 218.

el delito es algo real, “un suceso sensible del mundo exterior, que afecta personas y cosas, una modificación según las leyes causales que dominan la naturaleza”<sup>26</sup>. Los elementos subjetivos del autor, solo son, para *Liszt*, materia del dolo, que considera una forma de la culpabilidad para la que, además, es irrelevante el conocimiento del deber de obediencia<sup>27</sup>.

La distinción entre el acto antijurídico y la culpabilidad también favoreció al concepto objetivo de la antijuricidad. Ya era reconocida antes de las formulaciones de *v. Liszt*. El sistema elaborado por *v. Liszt* tuvo el mérito especial de haber introducido mayor claridad y practicidad. Sin pretensión ser exhaustivo es posible comprobar que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad no era novedosa. En 1855 *C. Reinhold Köstlin* distinguía entre el concreto contenido del delito como lesión del derecho<sup>28</sup> y la acción (libre) como la forma necesaria del delito<sup>29</sup>, así como diferenciaba estos elementos del dolo<sup>30</sup> y de la culpa<sup>31</sup>. También *H. Hälschner* diferenciaba en 1858 dos categorías (la de la lesión del derecho<sup>32</sup> y la culpabilidad (moral/*sittliche*). Esta distinción obligaba a reducir la lesión jurídica a una infracción objetiva de la norma jurídica. Coherentemente concluye *v. Liszt* que “el juicio de culpabilidad conecta el hecho cometido con la persona del autor de la ilicitud”<sup>33</sup>. De esta manera quedaba claro que la ilicitud no debía tener carácter personal, pues es una “acción voluntaria del delincuente sobre el mundo exterior, una causación o una no causación de una modificación del mundo exterior”<sup>34</sup>. Donde la voluntariedad solo se manifiesta en la inexistencia de causas que excluyen la acción (fuerza física irresistible, estado de inconsciencia absoluta, actos reflejos).

En el derecho penal el avance de la teoría objetiva comienza claramente con *von Liszt* en 1881 con la aparición de su *Das Reichs-Strafrecht*

26 *Strafrechtliche Vorträge und Ausätze*, citado, pág. 222.

27 *Ib. Idem*. Pág.

28 *C. R. Köstlin*, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, pág. 97 y stes.

29 *Ib. Idem*, pág.

30 *Ib. Idem*, págs.158 y 161.

31 *Ib. Idem*, págs..158 (dolo y caso fortuito) intención (*Absicht*), págs.181 y stes.

32 *Das preussische Strafrecht*, 1858, pags, 214 y stes y 280 y stes.

33 *Ib. Idem*, pág. 159.

34 *Ib. Idem*, pág. 117.

(Derecho penal del Imperio), admitiendo el marco teórico de la teoría de las normas de *Binding*. Pero de una manera contradictoria. Pues en la primera edición de su libro<sup>35</sup> *Liszt* parte de la teoría de las normas, como reglas con excepciones, en el sentido de *Binding*, y admite que éstas generan un deber de obediencia<sup>36</sup>. Pero es inconsecuente cuando al tratar de la culpabilidad y sus especies<sup>37</sup>, afirma que “solo la objetiva contradicción de la acción con la norma convierte al dolo en dolo culpable” y que esto tiene “la importante consecuencia” de que “la conciencia de la contrariedad a la norma no pertenece en sí al concepto del dolo”<sup>38</sup>. Con otras palabras: *la infracción del derecho, ya no requeriría necesariamente que el autor haya podido comprender la orden que el derecho le dirige a través de la norma. Ni siquiera la culpabilidad requería ya tal comprensión.*

Desde el punto de vista de la teoría de los imperativos el orden jurídico de una comunidad no era sino un “complejo de imperativos”<sup>39</sup>. Sin embargo, no llegaron a una posición común. *August Thon*<sup>40</sup> defendió un concepto de ilicitud que admitía la posibilidad de un “*ilícito no culpable*”, contradiciendo expresamente a *Merkel*. La cuestión, naturalmente, giró otra vez en torno al destinatario de la norma. Al cabo de sus reflexiones dice *Thon*, contradiciendo a *Merkel*: “Hemos llegado a las siguientes conclusiones: los mandatos y las prohibiciones del derecho no se dirigen solamente a las personas capaces de voluntad. Los incapaces de voluntad también están sometidos a ellos”<sup>41</sup>

El mismo punto de vista sostenía también *A. Hold von Ferneck* en 1903<sup>42</sup>, también desde la perspectiva de la teoría de los imperativos: “las normas del legislador solo se dirigen a personas principalmente como meros receptores idóneos de órdenes”.

35 *F. von Liszt*, Das Reichs-Strafrecht, 1881.

36 *Ib. idem*, pág. 83.

37 *Ib. idem*. Pág. 105 y stes.

38 *Ib. Idem*. Pág. 109

39 *A. Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, (reimpresión 1964), pág. 8; *A. Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, I, 1903, pág. 98 y stes.

40 Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, pág. 104.

41 *Ib. Idem*. pág. 104.

42 Die Rechtswidrigkeit, t 1º, 1903, pág. 355.

Actualmente *Jakobs* admite que: “No existe ningún obstáculo, en designar como acción la que sea completamente imputable, es decir, al hecho culpable”<sup>43</sup>. Desde esta perspectiva es claro que “toda la ilicitud pertenecerá al tipo de la culpabilidad, porque es la necesaria objetivación de la defectuosa motivación necesaria para la imputación”<sup>44</sup>.

Frente a esta práctica equiparación de la acción humana con un suceso natural regido por la causalidad y la transformación del mundo exterior (de los objetos), lesiva de un bien jurídico, que impuso la autoridad científica de v. *Liszt*, *Welzel* planteó la necesidad de una redefinición del concepto de acción, a partir del cual elaborar la teoría del delito. En realidad, *Welzel* propuso una nueva definición del sujeto activo del derecho penal acorde con la filosofía de su tiempo<sup>45</sup>. Esta nueva visión del sujeto tuvo consecuencias en el concepto de ilicitud.

Es importante subrayar que la teoría finalista es, dogmáticamente considerada, sobre todo *una teoría de la ilicitud*<sup>46</sup>, basada en una concepción de las ciencias del espíritu contraria al positivismo naturalista de v. *Liszt*<sup>47</sup>, que reconocía sus fundamentos en la obra de autores como *Wilhelm Dilthey*<sup>48</sup>, *Max Scheler*<sup>49</sup>, *H. Rickert*<sup>50</sup> y, sobre todo, de *Nicolai Hartmann*<sup>51</sup>. Sustancialmente *Welzel* parte en la elaboración del concepto de ilícito, en el sentido de *N. Hartmann*, de la comprobación de que la determinación de los sucesos relevantes para el derecho penal no tiene lugar solo causalmente, sino a través de un segundo elemento: el nexa final, conectado con

43 Strafrecht AT, 2ª edición, 1991, pág. 126.

44 Ibidem pág. 493.

45 Confr. *Arnold Gehlen*, “Geist” und “Natur” in der Philodophie der Neuzeit, en E. Topistch, (Editor) Logik der Sozialwissenschaften, 5ª ed. 1968, pág. 53 y stes.; H. Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 6ª y 7ª ed, 1926; M. Scheler, Die Stellung der Menschen im Kosmos, 1928.

46 Confr. *Armin Kaufmann*, Festschrift f. Welzel. 1974, pág. 395.

47 Confr. H. Welzel, Strafrecht u. Pholodophie (1930), en Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, pág. 1 y stes.

48 Der Aufbau der geschichtlichen Welt (1910), citado según la edición de Suhrkamp-Verlag, 1970.

49 Ver nota 45.

50 Ver nota 45.

51 Ethik, 1925, citado según la 4ª edición, edit. De Gruyter, 1962.

la determinación causal a través del “sujeto personal”<sup>52</sup>. Y de un principio metodológico expuesto en 1930: “lo que es verdad en una ciencia, tiene que poder encontrar su lugar en las otras”<sup>53</sup>.

A partir de aquí la *determinación causal* del mundo exterior, debe ser reemplazada, según *Welzel*, por la *determinación final* del mundo exterior por una persona. En la medida en que en el derecho penal se trata de la determinación de hechos contrarios a derecho, la finalidad de la determinación debía ser elemento necesario del acto contrario al derecho. En verdad *Welzel* introdujo en la dogmática de la teoría del delito una parte sustancial de la Ética de *Nicolai Hartmann*.

Ciertamente la acción finalista es también una forma de determinación del mundo exterior, pero no es la determinación del mundo exterior de la teoría causal<sup>54</sup>. Es evidente, con estas premisas, que, si un hecho humano típico constituye la determinación de un suceso del mundo exterior, el tipo penal debía abarcar también la finalidad del autor. Y que la finalidad, es decir, el dolo, debe ser comprobada en el momento de la tipicidad de la acción contraía al derecho.

En la dogmática española y argentina esta discusión no fue planteada<sup>55</sup>. La posibilidad de un concepto personal de la ilicitud fue rechazada sosteniendo que contradecía el *concepto de acción de la ley*. No se tuvo en cuenta que el sistema dogmático magníficamente elaborado y presentado por *Soler y Núñez* (1940) en Argentina y por *Jiménez de Asúa* (1931) y *Antón Oneca* (1949) en España había sido forjado sobre la base de un código penal que no era ni el argentino ni el español, sino el alemán. Tampoco en España se discutieron estos aspectos. La crítica de la teoría de acción finalista, por el contrario, no tuvo para nada en cuenta el problema del concepto personal de lo ilícito como premisa para la elaboración del sistema, ni como criterio para decidir el alcance del concepto de acción, no obstante

52 Ib. Idem. Pág- 191.

53 Loc. cit. en nota 50, pág. 3.

54 *Confr. E. Bacigalupo, en Festschrift f. A. Eser, 2005, pág.61 y stes (63).*

55 No obstante, en los años 80 aparecieron las importantes investigaciones sobre el concepto personal de lo ilícito y sobre la relevancia del disvalor del resultado de *Marcelo Sancinetti*.

que *Suárez Montes* señaló ya inicialmente la primacía del concepto de injusto en el marco de la teoría finalista<sup>56</sup>.

En realidad, no hubo más criterio que el supuesto criterio de la ley: “el objeto del conocimiento para el jurista no es la acción, sino la acción de la ley penal”<sup>57</sup>. En el mismo sentido sostenía *J. M. Rodríguez Devesa* que “toda construcción que no arranque de la misma ley está condenada a encontrarse con obstáculos insuperables”<sup>58</sup>. Pero esta manera de enfocar la cuestión era claramente errónea. Por un lado: qué es la “acción de la ley penal” era precisamente el problema a resolver; no era la solución del problema. Por el otro: la cuestión de la “unidad” del concepto de acción en el sistema, que tanto preocupó a *Rodríguez Muñoz*, a *Rodríguez Devesa* y a otros, no se salvaba recurriendo a la ley, dado que la propia ley no tiene la unidad que se le requería a la teoría, pues la ley penal distingue entre delitos activos y omisivos, entre dolosos y culposos. Sin embargo, en España fue importante la posición de *Cerezo Mir*, quien, desde la perspectiva de la naturaleza de las cosas<sup>59</sup>, sostuvo que “si el derecho parte de la concepción del hombre como persona, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana”<sup>60</sup>.

El punto de vista de *Welzel*, que favoreció un concepto personal de la ilicitud también ha sido criticado en 2012 por *Pawlick*<sup>61</sup>, quien piensa que “solo puede comportarse de forma voluntaria orientada a un fin con relación a una expectativa normativa, quien puede reconocer y realizar lo que se exige de él”. Por tal razón “la voluntariedad postulada por *Welzel* es más que racionalidad conforme a un fin”<sup>62</sup>. De esta manera, según *Pawlick*, “el

<sup>56</sup> Consideraciones críticas en torno a la teoría de la antijuricidad en el finalismo, 1963.

<sup>57</sup> *J. Córdoba Roda*, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, 1963, pág 59 (citado a través de *J. Cerezo Mir*, Problemas fundamentales del derecho penal, 1982, pág. 106),

<sup>58</sup> Introducción a la Doctrina de la acción finalista, de J. A. Rodríguez Muñoz, citado, pág. XI.

<sup>59</sup> La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, en *Rev. De Legislación y Jurisprudencia*, 1961; Notas a la traducción de “El nuevo sistema del derecho penal” de *H. Welzel*, notas 1-3.

<sup>60</sup> Problemas Fundamentales del Derecho Penal, 1982, pág.107.

<sup>61</sup> *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pág.294.

<sup>62</sup> *Loc. cit.* pág. 294.

*ilícito personal, en el sentido de Welzel, no sería más que una conducta falsa de un ser natural técnicamente competente*<sup>63</sup>.

Sobre las cuestiones planteadas por *Pawlick* habrá que discutir, pero hoy no es posible. Lo cierto es que no afectan al concepto de ilícito personal, en todo caso lo apoyan y extremarían su significado. En todo caso considera que la imputación de la ilicitud “en una sociedad que ha elevado la autonomía y la auto-realización al nivel de ideas directrices, el derecho penal tiene la función de posibilitar a todos la libre configuración de su existencia sin temor paralizante ni determinación coactiva por otros”. Esta función, admite, “implica una presunción de razonabilidad de muchas consecuencias”<sup>64</sup>. Y agrega: “el autor, en la argumentación de Welzel, no toma posición respecto del deber normativo a él dirigido, sino que actúa de manera final sobre las condiciones de existencia de bienes ajenos”<sup>65</sup>.

### III.

La problemática a la que da lugar un concepto de ilícito personal se manifiesta especialmente en el ámbito de las causas de *justificación* y de la *tentativa* y fue resumida hace casi medio siglo por *Armin Kaufmann*<sup>66</sup>. Coincidió en gran parte con sus puntos de vista.

En el ámbito de las *causas de justificación* el problema consiste en el significado del aspecto objetivo de las mismas. Si el autor ha tenido un error inevitable o invencible sobre la existencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación (p. e. sobre la existencia de la agresión antijurídica e inminente de la legítima defensa), es decir, en el supuesto de las eximentes putativas, ¿habrá obrado, de todos modos, justificadamente? La respuesta más general sostiene que se trata de un error invencible, que excluye la culpabilidad por falta de conciencia de la antijuricidad (teoría estricta de la culpabilidad). Desde otro punto de vista se sostiene que ya debe ser excluido el dolo (teoría del dolo), quedando subsistente la posible responsabilidad por imprudencia.

<sup>63</sup> Ib. Idem, pág.

<sup>64</sup> Ib. Idem. pág. 281.

<sup>65</sup> Ib. Idem, pág. 293.

<sup>66</sup> Festschrift für Hans Welzel, 1975, pág. 393 y stes.

Por el contrario, *Diethart Zielinski*, sostuvo en 1973 que en estos casos la acción debía ser plenamente justificada. Lo que justifica, a su juicio, es la representación con la que obró el autor, es decir: la *ausencia de disvalor de la acción*. “El disvalor de acción fundamenta la ilicitud, el (predominante) valor de acción fundamenta la exclusión de la misma”<sup>67</sup>.

*Armin Kaufmann* no compartió este punto de vista basado en el efecto que tiene la excepción de la norma o causa de justificación. Desde su punto de vista la excepción de la prohibición no debe depender solo de la representación del que cree defenderse, p. e. de una agresión antijurídica, que en realidad no existe, “pues el riesgo de un erróneo uso de la autorización legal de la legítima defensa afecta en primer lugar al titular de los bienes que resulten afectados, mientras que el autor solo resulta afectado secundariamente por la consecuencia jurídica”. “Dado que las causas de justificación operan frente a todas las prohibiciones (...) la articulación de prohibiciones y autorizaciones de actuar no pueden ser resueltas solo en el nivel del elemento subjetivo del autor”<sup>68</sup>. Y concluye: “El orden jurídico como regulación de la conducta humana no puede por esa razón hacer depender la intervención de una autorización de falsas representaciones del que ejerce la autorización, sino en última instancia de criterios que se encuentran fuera de las representaciones del autor”<sup>69</sup>.

En todo caso es importante señalar que como lo sostuvo ya *Welzel*<sup>70</sup>, y lo subraya *Armin Kaufmann*, la representación del autor de los elementos de la justificación debe ser apreciada *ex-ante*<sup>71</sup>. Es decir, por ejemplo, que la apreciación de si la acción defensiva es necesaria o no debe ser efectuada “en el momento de la ejecución de la acción”. Si en ese momento el autor pudo pensar que su acción defensiva era *necesaria*, su acción estará justificada, aunque *ex-post* se comprobara que no lo era.

También en el terreno de la *tentativa* se presenta una cuestión equivalente: en los casos de *tentativa acabada*, en los que el autor ha desarrollado

67 Confr. *D. Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pág. 266 y stes.

68 Loc. cit. pág. 400.

69 Ib. Idem. Es claro que entre nosotros este punto de vista requiere una mayor investigación.

70 *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, pág. 86.

71 *C. Pérez del Valle*, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, 3ª ed. 2019, pág.166 y stes.

íntegramente su plan, pero el resultado no se ha producido, parece claro que, en realidad, desde la perspectiva de la teoría personal de la ilicitud, la ilicitud está completa. Por lo tanto, está en discusión si el disvalor del resultado es, junto con el disvalor de acción, constitutivo de la ilicitud.

*Armin Kaufmann* en Alemania y *Sancinetti* en Argentina consideran que el disvalor del resultado no es constitutivo del ilícito penal y, por lo tanto, estiman que una reducción de la pena no está justificada por el hecho de que el autor no alcanzó el resultado propuesto. *Sancinetti* ha realizado, además, una importante investigación sobre la significación del resultado en el concepto ilicitud<sup>72</sup>. También *Jakobs* piensa que “La ilicitud está pegada a la acción y está completo la tentativa acabada”<sup>73</sup>. *Stratenwerth*<sup>74</sup>, por el contrario, entiende que “si solo el disvalor de acción o también el disvalor del resultado tiene el carácter de constitutivo [de la ilicitud], depende de si el tipo penal requiere la producción del resultado o no”. Y critica, además, la tesis de la irrelevancia del disvalor del resultado por su deducción a partir de una concepción de la teoría de las normas<sup>75</sup>.

No me es posible en este momento hacer un análisis pormenorizado de los argumentos y contraargumentos en esta materia. En términos generales coincido con *Armin Kaufmann* tanto en lo referente a las causas de justificación como en lo que concierne a la punibilidad de la tentativa acabada.

De cualquier manera, me permito señalar que una y otras opiniones sobre la relevancia del disvalor del resultado en el concepto de ilicitud que son *dogmáticamente* sostenibles, tanto en Alemania como en Argentina o en España. La decisión es del legislador y en su caso de la comprensión previa del intérprete<sup>76</sup>.

Pero, para la aplicación del derecho vigente en Argentina y en España, sin embargo, no es posible ignorar que ambos prevén para la punibilidad de la tentativa la *atenuación obligatoria* de la pena. Pero es posible que ello

72 Teoría del delito y disvalor de la acción, 1991; Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados, manuscrito cedido gentilmente por el autor. Otro punto de vista contrario a la tesis de *Zielinski*: G. *Stratenwerth*, en Festschrift f. F. Schaffstein, 1975, págs. 177 y stes.

73 Strafrecht AT, 2ª ed.1991, pág. 165.

74 Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág.177 (178).

75 Loc. cit. pág. 182 y ste.

76 Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972

no sea todavía fundamento suficiente para rechazar el concepto personal de la ilicitud y la plenitud de la ilicitud en los casos de tentativa acabada. Esta cuestión, por otra parte, no es pacífica en los derechos europeos y demuestra la complejidad de la misma, a la que no pretendo darle hoy una respuesta definitiva. Estas diferencias de las consecuencias jurídicas previstas en los derechos europeos para la tentativa es una prueba de la complejidad prejurídica del carácter constitutivo del disvalor del resultado en el concepto de ilícito<sup>77</sup>. En el derecho español, como en el argentino, la atenuación de la pena de la tentativa acabada es *obligatoria* (art. 62 CP), en el derecho alemán (§23.2 StGB) y en el suizo (art. 22 CP) la atenuación es *facultativa*, el derecho penal austriaco, por su parte, establece para el delito intentado la misma pena que para el consumado y solo excluye la pena de la tentativa imposible (§15.1 StGB). El *Proyecto Alternativo* de 1966 propuso que la atenuación de la pena de la tentativa fuera obligatoria (§25)<sup>78</sup>.

Teniendo en cuenta que el desarrollo dogmático actual de esta cuestión tiene su centro de gravedad en Alemania es de considerar que allí la atenuación de la pena de la tentativa es *facultativa y solo punible en los delitos donde expresamente se prevé su punibilidad*. Armin Kaufmann recomendaba que, en todo caso se hiciera un uso nulo o, por lo menos restrictivo, de esta facultad de atenuación de la pena prevista en el § 23 (2) StGB. Kaufmann sostenía, además, que el mismo tratamiento penal para el delito consumado y la tentativa acabada es también recomendable por la *finalidad preventiva de la pena*. Seguramente debe haber tenido en cuenta que una casualidad ajena, por lo tanto, a la voluntad del autor, no justifica la renuncia parcial a la pena amenazada cuando falta el disvalor de acción.

En el Código Penal argentino y en el español la atenuación de la pena de la tentativa, es decir del delito no consumado, es *obligatoria* (art. 44 CP). Estimo que hay razones para repensar esta decisión del legislador. En el caso argentino, el marco penal aplicable es mucho más amplio. Esta atenuación legal puede ser político- criminalmente y dogmáticamente cuestionada, pero está vigente y debería ser revisada en una futura reforma del Código. Es claro que en la tentativa acabada no existe

77 Onfr. W. Frisch, en Festschrift f. G.Spendel, 1992, pág. 381 y stes.

78 Entre los autores del Proyecto Alternativo se encontraban penalistas liberales como J. Baumann, Arthur Kaufmann, U. Klug, W. Maihofer, C. Roxin y G. Stratenwerth.

ninguna reducción de la “energía criminal” del autor que pueda justificar una atenuación de la pena. En este sentido el art. 41 CP argentino prevé que entre los factores de la individualización de la pena sea considerada la extensión del daño causado. Por lo tanto, como el art. 44 CP tiene un marco penal flexible y, consecuentemente la reducción de la pena debería ser la menor posible dentro del marco penal permitido por el art. 44 CP argentino.

En todo caso y en el ámbito más amplio de la penalidad, cabe recordar el punto de vista de *Zielinski* en esta cuestión: “el principio de culpabilidad no impide que el resultado sea considerado en la individualización de la pena”<sup>79</sup>. Si el disvalor de la acción agota la ilicitud, la pena podrá aplicarse, dentro de los límites del art. 43, en todo su recorrido. *Sancinetti* piensa, con buenos argumentos, que en el derecho argentino la atenuación de la pena de la tentativa acabada no es obligatoria.

Además, es de considerar la posición de *Stratenwerth* sobre la posibilidad de que el disvalor del resultado sea relevante a los efectos de la *necesidad de la pena*<sup>80</sup>. Pero, todo esto tendrá que ser materia de otra discusión.

#### IV.

No he pretendido exponer una nueva teoría de la ilicitud personal. Mi propósito solo se ha limitado a la presentación de la problemática de la ilicitud personal, que estaba necesariamente ligada a la interpretación del código penal vigente dentro del marco teórico de la teoría de la acción finalista, que algunos propusimos en los años a fines de los años 60 y en los primeros años 70 del siglo pasado. En aquellos tiempos la propuesta se rechazó prácticamente con un solo argumento: nos basábamos en concepciones que no eran las del Código Penal vigente: la teoría finalista, es decir el concepto personal de la ilicitud no era compatible con la teoría del delito del Código. No se trataba, como espero haber demostrado, solo de una discusión sobre el concepto de acción. Se trata de la teoría de la ilicitud, que estaba implícita en la teoría que entonces defendimos y cuya

<sup>79</sup> Handlungs- und Erfolgsunwert in Unrechtsbegriff, 1973, pág. 213 y stes.

<sup>80</sup> Loc. cit, pág. 189.

problemática, pienso, es todavía actual. Tal vez los partidarios de la teoría de Welzel hubiéramos debido subrayarlo entonces con mayor intensidad. Pero, el planteamiento de los críticos determinó que la defensa de la teoría finalista de la acción y del sistema, que en ella se apoyaba, demostrara, ante todo, que la letra del código penal no era un obstáculo para adoptar dicho sistema.

---

## Contra el oxímoron “dolo eventual” y en favor de la categoría “culpa grave” o “temeraria”<sup>1 2</sup>

**LUIS FERNANDO NIÑO\***

**Palabras iniciales.** Buenas tardes a todas y todos los colegas presentes. Quiero comenzar agradeciendo el convite que me formuló el digno presidente de esta Asociación, Dr. Omar Palermo, para participar en este acto de clausura. Varios son los motivos, pero aquí he de apuntar solo tres.

En primer lugar, debo reconocer que no he sido consecuente con esta Asociación, a la que me he acercado muy esporádicamente a lo largo de los años, por lo que pongo de relieve la generosidad con que se me ha distinguido, a la hora de rediseñarse el programa de este Décimo-noveno Encuentro.

En segundo término, mucho me place contribuir al homenaje que se rinde a lo largo de estas jornadas al Dr. Esteban Righi. Aunque mi relación personal con el recordado “Bebe” no fue tan próxima como la de algunos de los colegas aquí presentes, evoco aquí dos momentos trascendentes: el de nuestro emotivo encuentro en la ciudad de México, en Enero de 1975, en una época convulsa para las instituciones de nuestro país, que alejó a

\* Prof. Titular Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1 Conferencia pronunciada en la Universidad Nacional de Mar del Plata el 27 de Setiembre de 2019.

2 En este discurso de clausura del XIX Congreso de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal regreso sobre un tópico abordado en diversas ocasiones, lo que me permitió acrecentar los sucesivos textos resultantes con nuevos argumentos, emergentes de la permanente confrontación con los criterios expuestos por distinguidas voces de la doctrina penal nacional y extranjera (v., por todos ellos, NIÑO, Luis Fernando: “¿Dolo eventual o culpa temeraria?”, en (AA.VV.: “*El Derecho Penal en tiempos de cambios*”, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016, p. 6-26)

tantos amigos y compañeros y se prolongó durante los años de la trágica dictadura militar; y otro más grato, en el que un juego de felices circunstancias, recuperada ya la democracia en nuestro país, nos permitió –a Stella Maris Martínez y a quien les habla– convocar al recordado Profesor para disertar en esta querida ciudad, oportunidad en la que un grupo de jóvenes estudiosos, entre ellos Marcelo Riquert, pudieron conocerlo personalmente y disfrutar de su saber.

Un tercer motivo de alegría, *last but not list*, como dicen los ingleses, consiste en ver conjugada mi participación con la del querido amigo y estimado colega Gustavo Bruzzone. Con él he compartido experiencias de índole académica y judicial sumamente enriquecedoras. Y, a través de unas y otras, pude descubrir virtudes que lo distinguen, más allá de sus profundos conocimientos de esta rama del saber, tales como su honestidad intelectual, su nobleza y su fina sensibilidad, virtudes infrecuentes en un medio proclive al “elitismo penal”, para emplear la certera frase de Gustavo Beade en su monografía más reciente, presentada y debatida el Lunes de esta semana, en el Seminario de la cátedra a cuyo cargo prosigo.

**I. Aclaraciones previas.** Como todas y todos sabemos, el 25 de Marzo del corriente año ingresó en el Senado de la Nación el proyecto de Código Penal elaborado por la comisión creada por el actual titular del Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 103/2017.

A nadie escapa que el Código actualmente vigente (ley 11.179) data de 1921; comenzó a regir en 1922 y ha sufrido unas novecientas reformas parciales en sus noventa y cinco años, las que lo desfiguraron hasta tornarlo irreconocible, tal como supo señalar la penúltima de las numerosas comisiones oficialmente constituidas para encarar su modificación integral<sup>3</sup>.

El Martes de esta misma semana, la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado hubo de reunirse con cinco nuevos invitados, dos de

<sup>3</sup> Me refiero a aquella que fue presidida por el Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, y compuesta por los ex magistrados Ricardo Gil Lavedra y León Carlos Arslanian y los legisladores María Elena Barbagelata y Federico Pinedo. Como se recordará, dicha Comisión sesionó desde el año 2012 y entregó su Anteproyecto a la –entonces– Presidente de la República en 2014, para su consiguiente debate parlamentario; pero una verdadera avalancha política y mediática, injusta pero eficiente, lo soslayó, dando lugar a esta nueva iniciativa del Poder Ejecutivo subsiguiente.

ellos, fiscales generales –Gabriel Pérez Barberá y Jorge García– y tres jueces de Cámara –Julio César Báez, Daniel Petrone y Diego Barroetaveña. El periódico “Ámbito Financiero” informó el propio Martes 24: “*Senado: sigue debate (lento) del Código Penal*”.

Al día de la fecha sería poco juicioso aventurar cuál será el destino de ese nuevo proyecto, máxime si privilegiamos la definición del término “coyuntura” que refiere a una “oportunidad favorable para algo”. De cualquier manera, dicho sea incidentalmente, coincido con Beade cuando señala que “*la discusión de una política pública no tiene por qué ser librada a la decisión de ciertas personas más o menos formadas académicamente y más o menos conectadas con ciertas esferas del poder político*”.

Luego, sin desmedro de cuanto pueda suceder en torno a dicha iniciativa, consideré oportuno encarar, una vez más, en este ámbito, el tópico referido a la afirmación de distintos grados de culpa, incluyendo la grave o temeraria, y a la negación del mal llamado “dolo eventual”, en el Derecho Penal argentino, tema central en la teoría del delito y crucial en la práctica judicial.

**II. El “*ius puniendi*” y sus límites.** No me es posible abordar aquí, con la profundidad que requiere, un dilema previo a cualquier estudio de Dogmática: el que nos cuestiona si existe un derecho del Estado a penar, un *ius puniendi*, o si todo se resuelve en un mero hecho de poder, en una *potentia puniendi*, impuesta verticalmente sobre las mayorías, en el seno de cualquier organización social.

Luego, partiremos de conceder que existe un derecho estatal a penar, pero siempre y cuando se configure y se ejerza en el estricto marco impuesto, en el caso argentino, por la Constitución Nacional y por los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dotados de suprema jerarquía normativa, conforme lo establece el artículo 75, inciso 22, de nuestra Ley Fundamental, reformada en 1994.

Ese punto de partida condiciona la operatividad de todo el sistema penal, esto es, su capacidad para realizar la función que le corresponde en un Estado de Derecho, por cuanto tal operatividad debe reconocer unos límites materiales y otros formales. Si esos límites se desconocen, el *ius puniendi*, el derecho a penar, da paso a la *potentia puniendi*, al mero poder

punitivo; vale decir que el Estado de Derecho cede su espacio al Estado autoritario o de policía<sup>4</sup>.

Circunscrito el terreno de actuación constitucional y convencionalmente válida del legislador penal, cuadra recordar que todo concepto, en dicho terreno jurídico, tiene un sentido político, puesto que se origina en una decisión

- 4 Los límites materiales a respetar por el Estado en el ejercicio de su derecho a penar, vienen determinados por tres principios que –desde la Cátedra a mi cargo– entendemos irrenunciables: la necesidad de la intervención del Derecho Penal, el fin de protección de bienes jurídicos fundamentales y la dignidad de la persona humana. El primero de tales principios implica el reconocimiento del Derecho Penal como *ultima ratio* y su consiguiente carácter fragmentario. Dicho carácter tiene, por lo demás, clara raíz constitucional. Si nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que la ley no prohíbe hacer, y –además– cuenta con un ámbito de privacidad exento de la autoridad de los magistrados, en la medida en que no ofenda al orden ni a la moral pública ni perjudique a un tercero, como prescriben los artículos 18 y 19, respectivamente, de la Constitución de este país, el Derecho Penal se nos revela, para decirlo con un plausible aforismo de la doctrina nacional clásica, como un sistema *discontinuo* de ilicitudes, en el que toda analogía que amplíe los márgenes de lo punible –sea habilitada por vía legal, o introducida por vía doctrinal o jurisprudencial– está prohibida. Esto implica, pues, ante todo, la necesaria preexistencia de una ley escrita, cierta y estricta. Conviene remarcar este principio al pasar al tema central de esta reunión. El segundo principio material que, desde esta Cátedra, consideramos indeclinable, es el del fin de protección de bienes jurídicos de todo el sistema penal. Solo la lesión o el peligro cierto al bien jurídico de un tercero habilita, a nuestro criterio, la puesta en marcha de las agencias del control social formal que conforman ese sistema. Y entendemos por bien jurídico la relación de disposición entre el individuo y alguna de las entidades valiosas (vida, libertad, propiedad, etcétera), que el legislador penal haya elegido proteger especialmente, previendo las conductas lesivas o riesgosas más relevantes respecto de ese bien, mediante enunciados predominantemente descriptivos, y asociando a éstos una consecuencia jurídica, una sanción, esto es, una pena. Una pena traducida, en cualquier caso y sea cual fuere la justificación que normativamente se le asigne, en la privación de ciertos bienes o derechos al autor o partícipe de una de tales conductas. El tercero y último límite material a la operatividad del sistema penal está dado por el respeto a la dignidad de la persona humana, que debe ser considerada en su individualidad, con su propio margen de autodeterminación y tomando en debida consideración sus condicionamientos sociales, económicos y culturales.

Enunciados muy brevemente, los límites formales a respetar por el Estado, al legislar y aplicar la ley penal, son también tres: el principio de legalidad procesal, que reclama que la existencia de delito y la imposición de pena o medida de seguridad sea decidida mediante resolución judicial, en el marco de un proceso legalmente establecido; el derecho al debido proceso, de clara raigambre constitucional, que abarca las garantías mínimas con las que debe contar el individuo sometido a tal procedimiento, incluyendo muy especialmente el derecho a una defensa técnica eficaz; y la exigencia de una ejecución legal, consistente en la sujeción, de los efectos y las circunstancias que rodean el cumplimiento de la pena o medida de seguridad aplicada, a las previsiones constitucionales, convencionales, legales y reglamentarias vigentes.

de tal legislador, representante por excelencia del poder político en una democracia representativa, quien decide qué comportamientos humanos se prohíben, en base a qué descripciones y con qué penas se los sanciona, momento al que denominamos criminalización primaria; y el material resultante está destinado a su estudio y aplicación, en el plano de la realidad social, por un juez o tribunal, representante de otro de los poderes o funciones del Estado, en lo que se da en llamar el momento de la criminalización secundaria<sup>5</sup>.

Las consecuencias jurídicas que cualquier legislador contemporáneo prevé son, lógicamente, más graves para las conductas dolosas, que se dirigen intencionalmente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, que aquellas culposas, que producen un resultado por una infracción al deber de cuidado, es decir, por una selección defectuosa de los medios empleados para obtener cualquier otro fin.

Además, la tipicidad dolosa cuenta con dos posibles extensiones, vale decir, con dos dispositivos amplificadores de carácter general: uno personal, ya que, llegado el caso, alcanza a otros intervinientes que no son autores, tales como cómplices, instigadores o autores de determinación; y el otro, temporal, puesto que la relevancia jurídico-penal del obrar del sujeto puede adelantarse a actos de ejecución previos a la configuración de toda la tipicidad, vale decir, previos a la consumación del delito, que es lo que sucede cuando se pena por la tentativa del hecho doloso.

Y si fuera poco con esas diferencias, tengamos en cuenta que, si se descarta el dolo en una conducta y no se encuentra previsto legalmente un tipo culposo correlativo, tal conducta resultará atípica, o sea, no prohibida por el Derecho Penal.

De allí la importancia que reviste la correcta definición de los conceptos de dolo y de culpa en sentido jurídico-penal, y la correlativa trascendencia del trazado de un límite entre una y otra categoría.

**III. El concepto de dolo en el Derecho Penal comparado.** Evocadas, pues, esas nociones básicas, el primer detalle a considerar cuando abordamos el tópico del límite entre el dolo y la culpa –es la diferente manera de tratar el tema por parte del legislador en cada país.

<sup>5</sup> En el sentido indicado, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Estructura básica del Derecho Penal", Ediar, Bs.As., 2009, p. 19.

En algunos casos, como el del Código penal argentino, no existe una definición explícita de dolo ni de culpa. Rodolfo Moreno, Presidente de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria que redactó el Proyecto del que luego habría de ser el Código Penal aun en vigor, prefirió sortear de esa manera las disputas en torno al tópico, decisión que le acarrió duras críticas de personalidades destacadas como la de Luis Jiménez de Asúa en su célebre Tratado de Derecho Penal.

En algunos códigos modernos, el legislador ha preferido limitarse a sentar escuetas máximas, nombrando ambas especies de tipicidad, pero sin precisar su significado, dejando esa labor a la doctrina y la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en el artículo 5º del Código Penal español de 1995, se lee que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, y en el artículo 10, que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

En otros cuerpos de leyes, como el brasileño, el cubano, el portugués, el austríaco y el italiano, se optó –en cambio– por plasmar definiciones de ambas clases de tipicidad y de sus especies<sup>6</sup>.

6 Así, en el artículo 18 del código penal brasileño se lee que “se dice doloso el delito cuando el agente quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo”, en tanto que se dice culposo “cuando el agente dio causa al resultado por imprudencia, negligencia o impericia”. En el Código penal cubano de 1987 se optó, asimismo, por definir expresamente las modalidades típicas. En el inciso primero de su artículo 9 se lee que “el delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia”. En el segundo se define que “el delito es intencional cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido su resultado, o cuando, sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo”. En tanto que, en el tercero, se expresa que “el delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto”. En el portugués de 1982, tras aclararse que solo es punible el hecho practicado con dolo o –en los casos especialmente previstos en la ley– con negligencia (artículo 13), se procede a una meticulosa definición de ambas especies de la tipicidad legal. En el inciso primero, del artículo 14, se expresa que “obra con dolo quien, representándose un hecho que comporta un tipo de delito, actúa con intención de realizarlo”. En el inciso segundo, se prescribe que “obra, asimismo, con dolo quien se representase la realización de un hecho que comporta un tipo de delito como consecuencia necesaria de su conducta”; y en el inciso tercero se delinea lo que entre nosotros, comúnmente, se ha denominado hasta el presente “dolo eventual”, al expresar que, “cuando la realización de un acto que comporta un tipo de delito fuere representada como consecuencia posible de la conducta, hay dolo si el agente actuare conformándose con aquella realización”. En tanto, en el artículo 15, se expresa que “obra

Dentro de ese elenco de códigos penales, cuyos autores entendieron necesario u oportuno dejar definido qué debe entenderse por delito doloso o intencional, me limitaré a señalar al único de carácter internacional propiamente dicho que ha logrado operatividad como tal, el Estatuto de Roma, redactado para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya. Y lo hago para señalar que *no es cierto* que en ese Estatuto, destinado a los más graves crímenes contra la Humanidad, se haya incluido el llamado “dolo eventual”, como se ha alcanzado a afirmar, en medio de la contienda desatada en torno a esta clase o categoría típica, en Argentina<sup>7</sup>.

El zarandeado artículo 30 del Estatuto en cuestión se refiere exclusivamente al dolo directo de primer grado y al de segundo grado o de consecuencias necesarias; y lo hace de una manera que no debería dejar duda en cuanto a sus alcances<sup>8</sup>.

con negligencia quien, por no proceder con el cuidado al que, según las circunstancias, está obligado y del cual es capaz: a) se representare como posible la realización de un hecho que comporta un tipo de delito, pero actuare sin conformarse con esa realización; o b) no llegare siquiera a representarse la posibilidad de realización del hecho. El código penal de Austria, a través de los tres incisos de su parágrafo 5º, establece que actúa intencionalmente el autor que trata de realizar la circunstancia o el resultado para el que la ley presupone una actuación intencional; con dolo directo (sic) cuando aquél considera que la circunstancia o resultado para el que la ley presupone dolo directo, no solamente es posible, sino que tiene por cierta su ocurrencia o realización; y con dolo eventual cuando el autor considere seriamente la realización del resultado como posible y se conforme con él. Frente a esos detallados enunciados legales, el texto del artículo 43 del código penal italiano, bajo el epígrafe “Elemento psicológico del delito”, prescribe que el delito es doloso –o según la intención– cuando el evento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión y de la cual la ley hace depender la existencia del delito, es previsto por el agente y querido como consecuencia de la propia acción u omisión; y preterintencional o ultraintencional, cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso o peligroso más grave de aquel querido por el agente; y es culposo –o contra la intención–, cuando el evento, aunque previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o normas disciplinarias”. La manera de definir al delito doloso, “evento...previsto y querido” generó una polémica ya casi centenaria en aquel país. entre teóricos que niegan la inclusión del dolo eventual en dicha fórmula y los que la afirman.

7 Cfr.: DURRIEU FIGUEROA, Roberto, *Critica a la eliminación del dolo eventual en el Anteproyecto de Código Penal*, Publicaciones Estudio Durrieu, Buenos Aires, 2014).

8 Veamos primero la versión en Español: “Artículo 30. Elemento de intencionalidad. 1º. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento” [de tales elementos]; 2º. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En

No se me escapa que existió un pronunciamiento preliminar, por parte del órgano encargado de la instrucción del sumario, en el caso “Lubanga”, el 29 de enero de 2007, en el que se interpretó que la referencia cumulativa de intención y conocimiento del artículo 30 englobaría al dolo directo, en sus dos grados y al *dolus eventualis*. Pero me permito advertir, al tenor de la clara letra del artículo 30 del Estatuto, que se trató de una hermenéutica que forzaba claramente el sentido literal de los términos legales que acabamos de evocar, en un sentido contrario a diversos principios delimitadores del poder punitivo, tales como los de legalidad estricta y cierta, *ultima ratio* y *pro homine*<sup>9</sup>.

No obstante esa errada interpretación, bosquejada en la etapa instructoria, a la hora de pronunciar su sentencia condenatoria, que fue la primera de ese órgano penal internacional, fechada el 14 de Marzo de 2012, tras diez años de la puesta en marcha de dicho organismo, la Corte estimó acreditado que Lubanga era co-autor y que había actuado con dolo directo de segundo grado, al señalar que él era consciente, como coordinador del plan y como comandante en jefe del ejército, de que,

relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. En la versión inglesa, bajo el epígrafe “Mental element” se expresa, con esa misma necesidad, a través de la frase “that it will occur (que ocurrirá, o que va a ocurrir) in the ordinary course of events”. Lo mismo que en la versión francesa, bajo el epígrafe “Élément psychologique”, se requiere “*consciente que celle-ci adviendra (advendrá, sucederá) dans le cours normal des événements*”. Para no dejar dudas, en el párrafo 3° de ese mismo artículo 30 se prescribe que “a los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende: la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”. Y si aún cupiera algún margen de dubitación en cuanto a las exigencias del texto del Estatuto para reputar doloso o intencional un comportamiento, el precepto termina advirtiendo que “las palabras ‘a sabiendas’ y ‘con conocimiento’ se entenderán en el mismo sentido”. Luego, no hay lugar allí para el llamado “dolo eventual”.

- 9 Tal vez, contra lo esperable, haya gravitado decisivamente, en los primeros intérpretes del Estatuto de Roma, la extrema gravedad de los crímenes que dieron lugar a la creación de la Corte Penal Internacional, y –en especial– de aquellos que, en el caso concreto, fueron imputados a Thomas Lubanga Dyilo, consistentes en alistar y reclutar a niños menores de quince años, en la República Democrática del Congo, entre 2002 y 2003, y utilizarlos para participar activamente en hostilidades, enviarlos a los frentes de combate o emplearlos como guardias o –incluso– como esclavos sexuales.

en el curso ordinario de los acontecimientos, los hechos reprochados ocurrirían<sup>10</sup>.

Luego, quedó desvirtuada la interpretación extensiva de la Cámara preliminar a la hora de imputarle el reclutamiento de niños y los destinos a ellos asignados.

La pena impuesta a Lubanga suscita un comentario adicional, vinculado –en cierto modo– al tema que nos convoca hoy: la condena recibida por tales crímenes de guerra fue a catorce años de prisión, de los que se le descontaron los seis de prisión preventiva; y eso debería guiarnos a mirar hacia adentro y reflexionar respecto a las respuestas penales enormes, a menudo esperpénticas, que los legisladores hispanoamericanos, al conjuro de las coyunturas políticas o económicas, acostumbran a perpetrar sobre nuestros códigos para delitos comunes, con sus constantes reformas de “ley y orden”, pontificando que, con mayor represión, disminuirá el delito. Y, muy especialmente, a meditar acerca de construcciones doctrinales y jurisprudenciales que parecen orientadas a expandir incesantemente el alcance de los preceptos a los que aquellas respuestas se asocian.

**IV. Esfuerzos teóricos por apuntalar la noción de “dolo eventual” en la doctrina penal comparada.** Globalmente consideradas, las especulaciones de los autores lucen insatisfactorias al intentar un fundamento para el inestable constructo referido en el epígrafe, por dos motivos opuestos: los autores enrolados en las que se dan en llamar teorías *volitivas* incursionan en la búsqueda de criterios que les permitan distinguir entre un proceder indiferente y uno confiado en la evitación del resultado típico, recalando en distinciones más propias de un Derecho Penal de ánimo o de autor que en las que corresponden a un Derecho Penal liberal de acto y de responsabilidad.

A su vez, los teóricos que suscriben teorías *cognitivas* desvirtúan el significado del vocablo “dolo”, inventándose un concepto que prescinde de toda referencia al contenido de la voluntad, o bien lo presume en la mente del agente.

Unos y otros pasan por alto que quien no persigue el resultado típico ni lo prevé como de segura realización no tiene la voluntad ni cuenta con el

<sup>10</sup> V. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: “Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución”, Dykinson, Madrid, 2013, p. 460.

conocimiento cierto de su ocurrencia. En lo que coinciden, con un talante dogmático que, a mi juicio, encubre una mera intuición, es en que las conductas a las que atribuyen la calidad a la que venimos refiriéndonos, merecen igual pena que las –directa o indirectamente– dolosas, sin brindar explicaciones convincentes que avalen esa decisión político-criminal.

Ensayemos un somero repaso de las teorías tradicionales.

a) La clásica, del consentimiento, de Reinhard Frank, con sus variables - *“si lo que me parece probable fuere seguro, no obstante actuaría”*; *“si lo que me parece posible fuese seguro no actuaría”* y *“suceda esto o lo otro, en cualquier caso actuó”*, no solo es inabordable por el juzgador sino que culmina en divagaciones sobre el razonar y el decidir del sujeto, que nada cierto auguran como base para una resolución judicial.

b) La teoría del sentimiento o de la indiferencia de Karl Engisch, conforme a la cual, si el sujeto aprueba las posibles consecuencias concomitantes o acepta tales consecuencias con total indiferencia, tropieza con similares reparos. Si convenimos en que “prueba” es, ante todo, “medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”, las elucubraciones en torno a pensamientos y disposiciones emocionales del individuo sometido a juzgamiento son de abstruso curso y de aleatoria conclusión.

c) La teoría de la “voluntad activa de evitación” de Armin Kaufmann toma como concepto central para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente la actitud del sujeto activo frente a la posibilidad de una consecuencia accesoria a su obrar. Si no hace algo para evitarlo, sea porque no es posible una configuración distinta de la acción, pero al sujeto le resulta importante y no desea abandonarla, o bien porque el empleo de otros medios le resultaría costoso, o finalmente, porque le resulta indiferente la producción del resultado, cabría entender que hay voluntad de realización y que debe imputarse el resultado a título de dolo. Una vez más, estamos escrutando la actitud interna del sujeto e imputándole como querido lo que no fue precisamente tal.

d) El intento del Profesor Claus Roxin en pos de encontrar indicadores objetivos para confirmar o desechar la hipótesis central de su postura, que es la “decisión en contra del bien jurídico”, acaba naufragando en mediciones tan –o más– arduas y dificultosas que las que plantea el finalismo welzeliano acerca de la indiferencia del sujeto respecto de la posible producción del resultado o su confianza en la evitación de dicho resultado. Roxin rechaza las posiciones que identifican el elemento volitivo con las actitudes emocionales del sujeto, pero termina computando, como claves para distinguir la existencia de dolo eventual de la de culpa consciente o con representación estos tres indicadores: a) la ausencia en el sujeto de voluntad activa de evitación; b) el reconocimiento por el propio sujeto de la posibilidad de producción del resultado y c) la inclusión, dentro de su plan, de la eventualidad de que tal resultado llegue a producirse.

e) Más allá de que la condición negativa inicial –la ausencia de voluntad activa de evitación– obliga al intérprete a introducirse, mal que le pese, en la consideración de factores subjetivos propios del psiquismo del sujeto, el elemento común del reconocimiento de la posibilidad de ocurrencia del resultado lo conduce a encontrar la marca divisoria entre dolo eventual y la culpa consciente en la circunstancia personalísima de que aquel se haya “tomado en serio” esa posibilidad o no. No parece que esa sea una pauta eficiente para ensayar uno u otro encuadre y despachar una pena mucho más grave, en base a lo que el juez haya intentado determinar, de cara a ese particular contenido mental de aquel a quien juzga.

f) El recordado profesor Winfried Hassemer partía de reconocer que conceptos tales como “dolo”, “intención” o “voluntario” no son ambiguos en sí mismos: es su hipotética verificación, ante un caso concreto, la que se convierte, en el ámbito judicial, en “complicaciones de la prueba en el proceso”. Por tanto, concentró su atención en los instrumentos que permitieran dotar al intérprete de datos tendentes a conocer qué disposición o tendencia anímica había anidado, en el momento de exteriorizarse la conducta investigada, detrás de la pared que oculta el cerebro del concreto ser humano que la protagonizó<sup>11</sup>.

11 HASSEMER, Winfried: “Fundamentos del Derecho Penal”, Barcelona, 1985, p. 227.

Su intento, empero, resulta merecedor de críticas análogas a las dirigidas a la postura del profesor Roxin. Veamos: Hassemer mencionaba tres elementos constitutivos de un delito doloso: a) conocimiento o representación; b) peligrosidad de la situación para el bien jurídico y c) decisión. Pero cuando intentó caracterizar los instrumentos de los que el intérprete debe valerse para acreditar la presencia de tales elementos, de sondear las aspiraciones o disposiciones humanas que conforman el aspecto interno del hecho, no suministró un elenco posible de tales indicadores, admitiendo que cada situación fáctica requiere uno, propio y específico.

En un artículo posterior, Hassemer sistematizó aquellos tres elementos: la situación de peligro para el bien jurídico, en el nivel objetivo, y –en el nivel subjetivo– la representación de un resultado que podría afectarlo y la decisión contraria al bien jurídico, como aspectos cognitivo y volitivo, respectivamente. Pero reconoció que solo respecto del primero, la existencia de un peligro para el bien jurídico, puede el intérprete valerse de una investigación empírica, emergente de datos observables en la realidad, en tanto que depende de indicadores, no determinables en abstracto, para predicar acerca de la configuración de los dos restantes<sup>12</sup>.

Rescato un párrafo de este último trabajo del entrañable profesor Hassemer porque, con una franqueza cercana a la candidez, delega en el juez, en el intérprete, la atribución del carácter doloso o culposo de una conducta en particular. Dice así: “(n)o es casual que aquí la teoría del dolo pueda aprender mucho de la Jurisprudencia: aquel que debe aplicar las fórmulas del dolo a las peculiaridades del caso concreto capta antes sus límites que aquel que elucubra sobre ellos y está en mejor posición de hallar la salida correcta en los casos en que sea necesario una concreta decisión y aplicación de dichos conceptos”<sup>13</sup>.

A nuestro juicio, en esa suerte de confesión del ilustre hombre de doctrina reside una razón fundamental para abandonar la búsqueda de hipotéticos criterios distintivos entre el pretendido “dolo eventual” y la culpa grave.

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfried: “Los elementos característicos del dolo”, en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE, Madrid, 1990, Tomo 43, p. 929.

<sup>13</sup> HASSEMER, W.: “Los elementos...”, p. 928.

g) Mi buen amigo Urs Kindhäuser, con quien departimos semanas atrás en São Paulo, durante el Seminario Internacional del *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, echó mano –en su momento– del concepto de error sobre la capacidad preventiva del sujeto, basando la diferencia entre dolo y culpa en el error sobre la evitabilidad del resultado. Pero en su concepción, la cuestión se vuelca decididamente en favor del primero, por cuanto, conforme su visión, si el sujeto estuvo en situación de llevar a cabo su acción en forma controlada, la acción y el resultado pueden serle imputados a título de dolo.

h) A su turno, el profesor de Munich Ulrich Schroth vuelve a enfocar como tópico central, en el esfuerzo de conceptualización del llamado “dolo eventual”, al factor volitivo, al referirse a la asunción por el sujeto de las condiciones constitutivas del injusto, como momento en el que el sujeto, sabiendo que existe un riesgo de producción de tales condiciones, y aunque no quiere su materialización, se decide en contra de los bienes jurídicos ajenos protegidos por el Derecho Penal.

En realidad, descreo Schroth de la existencia de dolo como entidad empírica a investigar, y reduce las expectativas de la distinción entre un obrar doloso o imprudente a un juicio práctico, que no se refiere a la cuestión de “*cómo hemos de describir correctamente la realidad sino a la cuestión de cómo hemos de interpretar adecuada y mesuradamente el comportamiento de nuestros conciudadanos*”<sup>14</sup>.

En tren de caracterizar esa asunción por el sujeto de las condiciones constitutivas del injusto, Schroth se decanta por describir cuatro alternativas en las que no cabe considerar configurado un caso de dolo eventual, a saber: a) casos en que el sujeto reprime en su conciencia el peligro para el bien jurídico afectado; b) casos en los que el sujeto intenta seriamente evitar el resultado lesivo; c) casos en los que el sujeto confía seriamente en la evitación del resultado por parte de la propia víctima o de un tercero, y d) casos en los que el sujeto lleva a cabo una actuación riesgosa en favor del titular del bien jurídico en cuestión.

<sup>14</sup> Cit. por DÍAZ PITA, María del Mar, “El dolo eventual”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 196.

Diversas críticas merece su teoría: de una parte, resulta dificultoso, si ha de privilegiarse el factor volitivo, juzgar la asunción de las condiciones constitutivas del injusto por parte de quien no quiere su realización; de otra, no menos arduo resulta, elaborar un juicio práctico respecto del caso de represión, en la conciencia del sujeto, de la situación de peligro del bien jurídico ajeno.

i) Otro profesor alemán, fallecido como Hassemer en 2014, el ius-filósofo Lothar Phillips, adscribió también a la idea de la decisión en contra del bien jurídico de Roxin, pero tomó un rumbo propio. Los tres elementos a considerar, en su concepción, son a) la decisión entre distintas alternativas; b) las máximas de riesgo que contiene el ordenamiento jurídico y c) la conciencia de todas las alternativas posibles por parte del sujeto.

Tal como Hassemer, Phillips supo reconocer las dificultades que supone el intento de delimitar los campos del dolo y la imprudencia, por tratarse, según él, de conceptos jurídicos indeterminados; y hasta alcanzó a preguntarse si no correspondería concluir que es imposible establecer el límite entre aquellos. Pero, llegado a esa instancia de sinceramiento, retrocedió y decidió centrar su análisis en la operatividad de una lógica difusa o borrosa, una “*fuzzy logic*”<sup>15</sup>, reconociendo –textualmente– que los límites entre tales conceptos “pueden superponerse unos a otros y fundirse entre sí; y que lo que permite diferenciar a unos conceptos de otros no son sus límites, sino su centro de gravitación, cuyas irradiaciones pueden entrecruzarse con las irradiaciones de otros centros”.

Defendía Phillips que a través de dicha lógica era posible desarrollar procedimientos para tomar decisiones precisas sobre la base de conceptos imprecisos, alertando –no obstante– que para su empleo se hace necesaria la elaboración de un programa informático y el empleo de una computadora, a fin de subir en ella todos los datos que puedan resultar relevantes como indicadores del dolo.

Para referirse a esos indicadores y a los contra-indicadores, el profesor Phillips aludía a los criterios que han propuesto las diferentes teorías y, al igual que Hassemer, remitía a la casuística y a su tratamiento jurisprudencial.

<sup>15</sup> Cit. por PÉREZ BARBERÁ: “El dolo eventual. Hacia al abandono de la idea de dolo como estado mental”, Hammurabi, 2011, p. 570 y s.

Asignó capital importancia a la conciencia del peligro para el bien jurídico, por parte del autor, anotando, como un indicador favorable –textualmente– “*la típica peligrosidad de la acción*”. Estimo que coincidiremos en que, por esa senda, no se avanza demasiado en términos de la procurada delimitación de los conceptos de dolo eventual y la culpa consciente. Lo propio cuadra afirmar frente a contra-indicadores tales como que la situación se haya encontrado bajo control del autor, de la víctima o de un tercero.

Siguiendo la metodología propia de la *fuzzy logic*, la propuesta de Phillips desautoriza efectuar un análisis a “todo o nada”, sino que conduce a determinar la medida de la subsunción de cada circunstancia del caso en uno de los indicadores o contra-indicadores, para justipreciar si cabe afirmar la existencia de dolo eventual, empleando para ello una escala del cero al uno.

Al juez cabría efectuar, según esta concepción, no una suma o resta aritmética de los valores asignados, sino lo que Phillips llamó una “suma probabilística” que expresaría la tendencia que permitirá sostener la existencia de dolo eventual en un caso concreto<sup>16</sup>.

Si algo faltara para que nos apartemos de esta construcción doctrinal, al recelo –reconocido por el profesor Phillips– que la mayoría de los juristas profesan al uso de cálculos y estadísticas para la determinación de responsabilidades, en cualquier ámbito del Derecho, se suma su alusión, aparentemente tranquilizadora, a la interpelación al “sentimiento jurídico” como factor precedente a toda operación de cálculo<sup>17</sup>.

j) Entre los cultores de las teorías cognitivas, cabe recordar con tono crítico a Eberhard Schmidhäuser y su propia versión de la teoría de la representación: si, conforme a ésta, la mera representación de la posibilidad de producción del resultado ya debería conducir al sujeto a desistir de seguir

16 Con el mayor respeto, llamo la atención acerca de que, en nuestra cotidianeidad, el sistema de “*fuzzy logic intelligence*” se ha incorporado a ciertas líneas de electrodomésticos, lavarropas, en particular. Seleccionando el programa *fuzzy logic*, el lavarropas calcula la cantidad de ropa y selecciona automáticamente el nivel de agua que mejor se adapta a la carga, el grado de agitación y la cantidad de jabón que se debe utilizar. Y aunque la lógica indicaría que el programa está diseñado para disponer los mínimos requerimientos necesarios para un óptimo lavado según la carga, lo cierto es que las quejas acerca de su deficiente funcionamiento abundan en Internet.

17 V. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “El dolo eventual...”, cit., p. 573.

actuando, no queda lugar para la confianza en su no producción. Su ejemplo de quien incendia su propia casa para cobrar el seguro, ocasionando la muerte de un ocupante, con chance de ser imputada a título de culpa consciente, enturbia más las cosas. Para ser coherente con su punto de partida, solo sería culpa la culpa inconsciente. Así lo reconoce, por su parte, Horst Schröder, al establecer una sinonimia entre la ausencia de conciencia del sujeto imprudente y su “buena conciencia”. Pero flaco favor le hace a la Dogmática penal, en términos de seguridad jurídica, el oscilar entre buena y mala conciencia, para decidir entre dolo y culpa.

k) Wolfgang Frisch se desentiende directamente del resultado. Para él, lo relevante es, textualmente, la dimensión injusta del comportamiento típicamente relevante, concepción que basa en tres requisitos: ha de aparecer como un dato que revele la contradicción entre el comportamiento que el sujeto lleva a cabo y el Derecho; ha de singularizar una especial peligrosidad del sujeto activo frente a los bienes jurídicos, y ha de demostrar que la acción que el sujeto realiza constituye un fallo cualificado de la persona frente a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Entre las críticas recibidas por esa concepción cuenta la de equiparar los delitos de peligro y los de resultado y la de anticipar la punición a la acción, sin tener en cuenta el resultado. Yo añado otra: la facilidad del juez de decidir con total arbitrariedad cuando le toca juzgar especies tan inasibles como la especial peligrosidad del sujeto y la cualificación del fallo de la persona frente a las exigencias del orden jurídico.

l) Joachim Hruschka, profesor de la Universidad de Erlangen-Nürnberg, fallecido a fines de 2017, se mostró sumamente sincero: para él, la realidad psíquica es de imposible constatación. Luego, el hecho puramente interno del conocimiento se deduce por completo de circunstancias externas. Pero los indicios son solo eso, sea que partan de esas circunstancias externas o aun de confesiones. Como todo lo espiritual, consideraba Hruschka, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que, sencillamente, se imputa a ese título. La atribución del carácter doloso de una conducta depende, pues, de aquél que imputa, esto es, del juez. Conforme al esquema presentado por Hruschka, es el juez quien, en un primer nivel de imputación (*imputatio facti*) considera un cierto suceso como ‘hecho’ (*Tat*) y al sujeto actuante u

omitente como su artífice (*Urheber*), como condición necesaria para su valoración. De tal imputación inicial dependerá la aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*), y –en su caso– la formulación de un segundo juicio de imputación (*imputatio iuris*), relativo al reproche, vale decir, el de la imputación del hecho antijurídico a la culpabilidad.

Lo grave, me permito acotar, es el margen que se abre a la arbitrariedad del intérprete para decidir si, mediante su juicio adscriptivo ha de imputar cierto homicidio a título de dolo o de culpa, con una enorme diferencia en años de privación de libertad, entre una y otra alternativa, tomando por ejemplo el orden jurídico argentino actualmente en vigor.

m) En pos de elaborar su teoría unitaria del dolo, la Profesora de la Universidad de Sevilla María del Mar Díaz Pita ha renunciado al intento de determinar realidades ontológicas equivalentes entre dolo directo y dolo eventual, pronunciándose en favor de la objetivación del elemento cognitivo y desechando un concepto estrictamente psicológico por cuanto, textualmente, “*no nos acarrea más que problemas*”. Ello no obstante, pugna por no desligarse completamente de “la realidad empírico-psicológica que le sirve de base”<sup>18</sup>. En consecuencia, propone el concepto de “*aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente*”<sup>19</sup>, con la salvedad de que la pertinente síntesis psíquica en que consiste esa aprehensión varía conforme la individualidad de cada sujeto. Empero, ella admite que esa base estrictamente cognitiva no permite diferenciar entre dolo e imprudencia y subraya la necesidad de un elemento volitivo. En definitiva, siguiendo a Roxin sugiere abandonar la tradicional definición finalista de dolo como conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo y su reemplazo por el de “*decisión contraria a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal*”<sup>20</sup>.

Con ese punto de apoyo sostiene que “*no se trata de investigar si el sujeto quería o no quería la lesión del bien jurídico, si consentía o no consentía en ella, si la aprobaba o no la aprobaba. Se trata de dilucidar –argumenta– si*

18 DÍAZ PITA, María del Mar: “El dolo eventual”, cit., p. 274.

19 Ibidem, p. 275 y s.

20 DÍAZ PITA, María del Mar: op. cit., p. 284.

*el sujeto adoptó o no una decisión que podía perjudicar a un bien jurídico merecedor de la especial protección que el Derecho Penal le otorga*<sup>21</sup>.

Si hasta allí el uso del potencial “podía” continúa generando confusión a la hora de distinguir entre dolo e imprudencia consciente, la situación no mejora cuando Díaz Pita afirma, a renglón seguido, con cita de Urs Kindhauser, que “(e)l dolo se basa en la decisión a actuar (sic) por parte del sujeto, con la certeza o no (sic) de que la lesión del bien jurídico se va a producir; las razones personales en las que se fundamenta esta decisión –finaliza– no son materia de interés para el Derecho Penal”.<sup>22</sup>

Con razón se ha señalado que, en el esquema de la autora, la decisión en contra del bien jurídico intenta jugar un doble papel: el de caracterizar globalmente al dolo y el de oficiar como elemento volitivo<sup>23</sup>. Empero, si acudimos a la definición de “decisión”, nos hallamos con que es “determinación, resolución que se toma o se da, en una cosa dudosa”; luego, salvo que Díaz Pita haya decidido abjurar de la posibilidad de una culpa consciente, su exposición no permite desalojarla de la definición que ella propone como fórmula unitaria del dolo.

Considero de sumo interés destacar que, unos años atrás, la Profesora Díaz Pita había alcanzado a discernir, con claridad conceptual y agudeza político-criminal, que “(l)a eliminación del elemento volitivo en el dolo representa un claro ejemplo de una dogmática penal en contradicción con la racionalidad cotidiana, que permite una expansión de los supuestos dolosos, diluyendo la barrera entre el dolo y la imprudencia. Este fenómeno es un ejemplo de que, a veces, la racionalidad cotidiana resulta, valga la redundancia, más racional que la propia racionalidad experta. Las teorías cognitivas, al contrario de lo que debería perseguir una teoría basada en la perspectiva normativa justificada por su pretendida búsqueda de una racionalidad experta, van más allá de los planteamientos de la racionalidad cotidiana, ampliando el ámbito de «lo doloso». Al no tener presente un elemento que se da en la realidad y que se detecta por cualquier ciudadano ajeno a los intrínquilis del Derecho penal, los defensores de estas teorías no

21 Ibidem, p. 286

22 Ibidem, loc. cit.

23 ROGUÉS i VALLÈS, Ramón: “El dolo y su prueba en el proceso penal”, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p.118.

solo desconocen esa realidad, sino que también hacen gala de una irracionalidad que, en principio, no debería corresponderles. Ello, sin embargo, puede tener una explicación: tras la defensa de estas posturas podemos, quizás, detectar una tendencia expansiva del Derecho penal, caracterizada por la eliminación progresiva de elementos y barreras que afectan a la imputación. Esta eliminación aligera el objeto de la prueba y permite imputar con mayor facilidad supuestos como dolosos cuya naturaleza de tales resulta más que dudosa. La tendencia expansiva del Derecho penal puede ser, evidentemente, una opción. Sin embargo, creo que el jurista debe limitar esta tendencia y no avivarla, para conseguir esa racionalidad a la hora de utilizar algo tan peligroso como el Derecho penal”<sup>24</sup>.

n) El profesor emérito de Bonn Günther Jakobs, no dejó dudas al respecto, en su formulación inicial. Para él, dolo es –simplemente– conocimiento de la acción junto con sus consecuencias; y hay dolo eventual siempre que, en el momento de la acción, el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción<sup>25</sup>.

Obviamente, las cavilaciones suscitadas por esa toma de posición tan rígida obligaron al autor a introducirle diversas matizaciones, comenzando por el dilema conforme al cual, por ejemplo, en el marco de las llamadas infracciones de tránsito, los conductores más escrupulosos, y –por ende– más conscientes de los probables riesgos en dicha actividad, acabarían siendo víctimas de su misma estrictez ciudadana. Ante esa disyuntiva, Jakobs optó por normativizar aún más su concepto, acotando –en su obra sobre *“El delito imprudente”*<sup>26</sup>- que determinadas representaciones de los conductores escrupulosos sobre lo peligroso de su proceder en un caso concreto son irrelevantes para la imputación dolosa. De igual modo, reconociendo la ocurrencia cotidiana de infinidad de maniobras de riesgo no

24 DÍAZ PITA, María del Mar: *“La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”*, en *“Revista Penal”*, editada conjuntamente por Tirant lo Blanch y las Universidades de Salamanca, Pablo de Olavide, de Sevilla, de Castilla-La Mancha y de Huelva, n° 17, 2006, p. 59-71.

25 JAKOBS, Günther: *“Derecho Penal – Parte General”*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 316 y ss.

26 JAKOBS, Günther: *“El delito imprudente”*, en *“Estudios de Derecho Penal”*, Civitas, Madrid, 1997, p. 167 y ss.

permitido de toda magnitud, por parte de quienes guían vehículos en la vía pública, añadió a la regla general que define como dolosa la creación consciente de un riesgo no permitido, la condición de que el riesgo creado sobrepase la medida de los riesgos respecto de los cuales existe una habituación social, introduciendo una casuística que torna insegura toda la construcción teórica emprendida y la aproxima a la teoría de la probabilidad, al acabar determinando la presencia de dolo a partir de un cierto grado de probabilidad de realización del resultado.

Más recientemente, Jakobs ha sumado a su esquema otro factor sorprendente, al señalar que el conocimiento del riesgo por parte del autor no pasa de ser un indicador de la presencia de lo que él denomina “*indiferencia jurídica*”. Esa indiferencia respecto a la concreción de un resultado típico tendría lugar cuando, frente a una constelación de sucesos posibles, el autor solo tomase en cuenta aquellos que se corresponden con su personal interés. Si, en cambio, procediese por inadvertencia, sin cálculo suficiente del riesgo, no procedería con dolo<sup>27</sup>.

Como puede apreciarse, tras décadas de exorcismo de todo factor psicologista y de esfuerzos por la objetivación en el tratamiento del dolo eventual y de su diferencia con la culpa, Jakobs propone analizar si el sujeto seleccionó mentalmente, entre los posibles acontecimientos originados por su obrar, aquellos vinculados con su propio interés. Menuda tarea para el intérprete, sin contar que, como lo ha señalado Gabriel Pérez Barberá desde su radical objetivismo, la inclusión de esa nota psicológica puede expandir el concepto de dolo a casos en los que se obró con indiferencia, pero haciendo un cálculo racional de los factores en juego<sup>28</sup>. Y cierto es que no cambia las cosas la aclaración que ensayó en 2004 el propio profesor *Jakobs*, argumentando que cuando habla de “indiferencia” no se refiere a “un proceso psíquico” sino a la “ausencia de toda fidelidad al derecho”, toda vez que esa hipotética “ausencia de fidelidad” también consiste en una información fáctica que el juez debería auscultar en la mente del sujeto<sup>29</sup>.

27 Citado por PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “El dolo eventual...”, cit., p. 444.

28 PÉREZ BARBERÁ, G. op. et loc. cit.

29 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “Dolo como reproche – Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, en revista “Pensar en Derecho”, Eudeba, Bs. As., 2012, n° 1, p. 169 y ss.

ñ) Otro intento de desentrañar la clave para distinguir entre el dolo eventual y la culpa con representación ha sido el del profesor Rolf Dietrich Herzberg, desplazando el foco de atención de las representaciones del sujeto a la calidad objetiva del riesgo creado y advertido.

De todos modos, su punto de partida, conforme al cual “el dolo no depende de si el autor ha “tomado en serio” el peligro reconocido, sino de que haya reconocido un peligro a tomar en serio”<sup>30</sup> no permite precisar el anhelado límite entre el llamado dolo eventual y la culpa consciente.

Su clasificación de los riesgos no permitidos entre “cubiertos” y “descubiertos”, en cuya caracterización juegan factores como el cuidado de la propia víctima, para reconocer y evitar el riesgo, y el del propio autor, confiando fundadamente en tenerlo bajo su control, pasa inevitablemente por el psiquismo de aquélla y de éste. Con el añadido de incertidumbre configurado al ponerse en juego el papel de la víctima o de terceros en punto a proporcionar cobertura o aseguramiento al riesgo, sin que se explique cómo puede el sujeto calcular la capacidad de brindarlos y la disposición que otro u otros puedan ofrecer a tal fin.

o) Por su parte, Ingeborg Puppe parte de su concepción de dolo como “*saber y aprobar un peligro cualificado*”. Ahora bien, para orillar la carga subjetiva subsistente en ambos verbos, la autora se encastilla en una postura claramente normativista, sosteniendo que “(l)a cuestión de si se debe “tomar en serio” un peligro no la tiene que decidir el autor, sino el Derecho”<sup>31</sup>. Y completa esa visión apostrofando que “la idea subyacente a la teoría tradicional sobre el dolo, de que el autor doloso se distingue del autor imprudente en razón de que quiere o aprueba el resultado” solo es correcta si no se la entiende en el sentido descriptivo-psicológico ni –siquiera– en un sentido jurídico, sino en un sentido normativo, es decir en el sentido de imputación a la voluntad”<sup>32</sup>, postura análoga a la de Hruschka, como hemos visto. Distingue así, liberada de todo límite ontológico o jurídico, entre

<sup>30</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich: “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewuSter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes”, JuS, 1986, p. 249, cit. por PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: El dolo eventual...”, p. 142 y s.

<sup>31</sup> PUPPE, Ingeborg: “La distinción entre dolo e imprudencia – Comentario al § 15 del Código Penal alemán”, Hammurabi, Bs. As., 2010, p.89 y s.

<sup>32</sup> Idem, p. 92.

peligros propios de dolo y peligros propios de imprudencia, definiendo al primero como aquél que, considerado en sí mismo, expresa un método idóneo para la causación del resultado”<sup>33</sup>. No obstante, reconoce que solo se puede hablar de un método tal cuando, “según los conocimientos que el autor aplica, la chance de alcanzar la meta es relativamente alta”<sup>34</sup>.

Echa mano, paralelamente, de elementos de la teoría de la probabilidad, decidiendo el carácter doloso o culposo de determinada conducta según datos estadísticos sobre probabilidad de un resultado típico. Queda, pues, en manos del Derecho (en última instancia, del intérprete), determinar en cada caso concreto la existencia de dolo o imprudencia, esto es, cuando comienza a configurarse, según la nomenclatura empleada por la profesora Puppe, una estrategia de causación.

p) Ramón Ragués I Vallès, a su turno, pugna también por desplazar todo elemento emocional-volitivo del ámbito del dolo eventual y toma como punto de partida la idea de que concurre una realización dolosa cuando el sujeto actúa, a pesar de atribuir a su concreta conducta la capacidad de realizar el tipo penal; en otros términos, cuando se verifica la concurrencia de una acción voluntaria en representación de un determinado nivel de riesgo<sup>35</sup>.

Lo expresa con claridad: “(r)educir el dolo a la representación de los elementos del tipo parece ser la única vía para conseguir un concepto de dolo que se pueda hacer extensivo a todos los tipos penales imaginables y a las diversas circunstancias que esos tipos contienen y que también deben ser abarcadas por el dolo del sujeto”<sup>36</sup>.

Tomando como baremo rector el significado social de una conducta, Ragués I Vallès afirma que “concorre una realización delictiva dolosa cuando un sujeto ha actuado, pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal”<sup>37</sup>. O bien, que “(e)xiste dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan,

33 Ibidem, p. 94.

34 Ibidem, p. 95.

35 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: “El dolo y su prueba en el proceso penal”, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 158.

36 Idem, p. 166.

37 Ibidem, p. 519.

puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”<sup>38</sup>.

Los criterios de que se vale para atribuir a un sujeto el grado de conocimiento que permite imputarlo a título de dolo son: la mera condición de imputable, haber sido normalmente socializado, habersele transmitido determinados conocimientos, sus propias exteriorizaciones de conocimientos efectuadas durante o después de la realización de un comportamiento objetivamente típico, solo en caso de que haber contado con esos conocimientos le perjudique; la adjudicación al sujeto de los conocimientos propios de quien reviste determinadas características personales u ocupa determinadas posiciones sociales; y el conocimiento situacional que le permita aprehender con sus sentidos los factores objetivos que conforman tal situación, en una cierta posición espacial.

Además de desentenderse drásticamente de la culpa consciente o con representación, cabe criticar a Ragués I Vallès que, a la hora de atribuir al sujeto el grado de conocimiento con que hubo de contar, propone criterios que rememoran el sistema de prueba legal y que conducen a introducir en la práctica judicial las presunciones de dolo en el proceso penal.

**V. La situación en la doctrina penal argentina.** Como sabemos, la ausencia de una definición explícita de dolo y culpa por parte del codificador argentino ha dado lugar a diversas interpretaciones de la doctrina nacional acerca de ambas categorías y sus especies, variando, conforme a ellas, la caracterización del límite entre una y otra modalidad típica.

Básicamente, podrían agruparse los distintos puntos de vista de la doctrina penal argentina en dos principales: el tradicional, que buscó construir la conceptualización de dolo, mediante una rebuscada construcción teórica consistente en la extracción de ciertas palabras del artículo 34, inciso primero, del Código penal, referido –en rigor– a las causas de inimputabilidad, seguida de la inversión del sentido de las frases empleadas por el codificador en dicho precepto, que hablan, obviamente, de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, concluyendo así que el conocimiento del hecho sumado a la comprensión de la criminalidad, vale

38 Ibidem, p. 521

decir, de la relevancia jurídico-penal de tal hecho, darían por resultado la definición buscada.

Es fácil advertir que esa concepción clásica es deudora del hoy superado esquema causalista que, huelga recordarlo, ubicaba al dolo y a la culpa en el renglón de la culpabilidad, junto con la imputabilidad, vale decir, la capacidad psíquica de tal culpabilidad.

Frente a esa artificiosa y arcaica construcción teórica, la posición de juristas como Eugenio Raúl Zaffaroni rescata el concepto de dolo de la fórmula de la tentativa, inserta en el artículo 42 de aquel cuerpo de leyes, que comienza con la frase: “el que, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución”.

Esta última hermenéutica aparece –a todas luces– más correcta, toda vez que no acude, para erigir el elusivo concepto de dolo, a inversión alguna de los términos de la ley, ni aísla las palabras del voluminoso artículo 34 que se estimaban útiles para la otra concepción<sup>39</sup>. Pero, además –añadimos nosotros– capta, precisamente, un elemento nuclear del aspecto subjetivo de la tipicidad dolosa, vale decir, el fin.

Ahora bien, si el dolo es, entonces, el fin de cometer un delito determinado, habida cuenta de que no existe en el mismo código una consideración específica semejante a aquella que contienen los códigos de Brasil, Cuba, Austria o Portugal, no es razonable que se intente incluir el llamado dolo eventual dentro de la fórmula escogida, por cuanto no es lo mismo actuar con el fin de cometer un delito determinado que obrar conformándose simplemente con una consecuencia –representada, pero apenas posible– de la conducta abordada, o asumiendo el riesgo de su hipotética producción. Y de esa falta de montaje conceptual, de esa carencia de ensamble se alimenta el criterio de aquellos teóricos que entienden que esa modalidad de supuesto dolo no tiene lugar en el marco legal descrito.

Es válido despojarse de respuestas dogmáticas o intuitivas y replantearse sanamente de qué hablamos cuando hablamos de dolo.

<sup>39</sup> Aunque extrayendo de allí el elemento cognitivo que él privilegia para su particular concepto de la categoría dogmática a la que nos referimos, Gustavo E. L. Garibaldi admite “que en el art. 42 C.P. se encuentra contenido en forma implícita un concepto de dolo”, pero aclarando a continuación que “es posible deducir de allí la exigencia de cierto grado de conocimiento actualizado en quien actúa” (GARIBALDI, Gustavo E. L. – PITLEVNIK, Leonardo G.: E.: “Delimitación del dolo y la Culpa en el Ilícito Penal”

Si recurrimos en primer lugar, al Diccionario de la Real Academia Española, instituto oficial de la lengua castellana, hallamos en él la acepción jurídica de dolo, que se expresa en los siguientes términos: “(d)olo (del Latín, dolus). En los delitos, voluntad deliberada de cometerlo, a sabiendas de su carácter delictivo”.

“A sabiendas”, todos lo sabemos, es una locución adverbial del idioma español que significa “intencionalmente, con pleno conocimiento y deliberación”; y que, como hemos apuntado, es usada en el texto del Estatuto de Roma como equivalente de “intencional”. También es posible acudir a los diccionarios de Latín Jurídico vertido al Español, como el del jurista y magistrado uruguayo Nelson Nicolliello, o el del catedrático mexicano Germán Cisneros Farías, en los que se lee que “dolus” significa “daño intencional”, o “propósito intencional de causar daño o perjuicio a otro”, respectivamente.

Dejando, entonces, a un lado las teorías normativistas que reducen el contenido del dolo a su aspecto cognoscitivo o cognitivo, y reniegan, así, de la consideración de su aspecto subjetivo complementario (el volitivo o conativo), desdeñando el dato de la falta de representación, por parte del autor, del peligro corrido por el bien jurídico y fundando la “hipótesis de probabilidad” en el mero dato de la elevada entidad del peligro creado<sup>40</sup>, si hemos de concordar, apenas, en que el dolo se compone de un conocer y de un querer, es criterioso concluir que solo cabe calificar de conducta dolosa aquella en la que el agente opera con la conciencia de la producción segura o prácticamente segura del resultado típico de peligro o lesión de un bien jurídico ajeno, y con la voluntad deliberada de actuar, sea que aquel resultado constituya la meta, el blanco, el objetivo concreto de su acción, sea que aparezca como una consecuencia necesaria de esta última.

Desde la propia construcción semántica se puede advertir la distancia existente entre la voluntad consciente y deliberada de venir a cometer un delito y esa mixtura de vislumbre y aquiescencia que tantas doctrinas han querido agrupar bajo un mismo marco conceptual.

Sebastián Soler, tal vez el más reverenciado maestro del Derecho penal de este país en el siglo XX y de gran influencia en toda la América del Sur,

<sup>40</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “El concepto de dolo en el derecho penal Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, en Cuadernos de Derecho Penal (on line), nº 6, Noviembre de 2011, pp. 11-49.

traductor e introductor, en su momento, de las obras de Franz von Liszt y Ernst Beling a la lengua castellana, supo reconocer que, cito textualmente, “el problema consistía –y consiste– en saber si también [...] es dolosa la actitud de quien, comprendiendo la criminalidad del acto y teniendo la capacidad genérica de dirigir su acción, ha obrado, mas no con el deliberado propósito de producir cierto efecto, sino –solo– manteniéndose en una actitud de indiferencia ante la posibilidad de producirlo o no producirlo”. Lamentablemente, a ese lúcido cuestionamiento, Soler respondió dogmáticamente y sin ulterior argumentación: “a nuestro juicio, esta cuestión debe ser resuelta en el sentido de que la ley tanto abarca al dolo directo como al dolo eventual” (!)<sup>41</sup>

Otro autor clásico de la literatura jurídica argentina, el profesor de la Universidad de Córdoba, Ricardo Núñez, muy influenciado en su época por Edmund Mezger, decidía recalar prioritariamente, respecto del llamado “dolo eventual”, en el aspecto subjetivo, con matices próximos al Derecho penal de ánimo, al referirse a un “estado anímico delictivamente reprochable”, argumentando –textualmente– que no se puede hacer un reproche a la voluntad de quien, ante la posibilidad concreta de que su acción resulte un delito, la emprende guiado por la esperanza de que eso no suceda. Contrariamente, postulaba Núñez que “el ánimo reprochable característico del dolo eventual puede ser ya el simple estado anímico de la sola indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito, como el de la indiferencia con fines egoístas o malvados”. Tampoco esa franca equiparación mereció explicación alguna por parte del profesor cordobés, ni de la mayoría absoluta de los restantes publicistas dedicados al tópico.

Por disquisiciones semejantes transitaban otros autores de aquella que fue llamada “escuela clásica” del penalismo argentino, como Carlos Fontán Balestra<sup>42</sup>.

Tan solo el recordado profesor emérito de Buenos Aires David Baigún, hubo de destacar en su hora, aunque incidentalmente, que quien acepta

<sup>41</sup> Contar ese parecer como argumento para defender la existencia de un dolo eventual implica incurrir en una falacia, un *argumentum ad auctoritas*, consistente en valorar algo como verdadero porque quien lo afirma tiene autoridad en la materia. *Magister dixit*, decían los pitagóricos.

<sup>42</sup> V. FONTÁN BALESTRA, Carlos: “Derecho Penal – Introducción y Parte General”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, p. 358.

una consecuencia meramente eventual de su acto, obrando con indiferencia, actúa sin intención de obtenerla, razón por la cual no es correcto hablar de “intención indiferente” o de “indiferencia intencional”, afirmación –en sí misma– contradictoria<sup>43</sup>.

Si nos situamos en el siglo XXI, una de las obras más frecuentadas por las nuevas generaciones de penalistas argentinos, y por buena parte de los latinoamericanos, es la redactada por el ya mencionado profesor Zaffaroni, con la colaboración de los colegas Alejandro Alagia y Alejandro Slokar<sup>44</sup>. Mas, a pesar de los avances en distintos desarrollos teóricos, en ese Tratado se mantuvo la categoría del dolo eventual, intentando ajustar –valga aclararlo– los términos de su concepción.

Veamos: allí se expresa que “habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción” siempre y cuando esa posibilidad mantenga correspondencia con los datos de la realidad”.

“Se trata –prosiguen los autores– de una resolución en la cual se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado...posibilidad considerada por el agente como parte del plan”, y que distingue al dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buen o de mal grado el resultado, siendo suficiente que se conforme con él”.

En el libro *Estructura básica del Derecho penal*, publicado casi una década más tarde que el Tratado anteriormente aludido, el profesor Zaffaroni justificó una vez más la categoría del dolo eventual<sup>45</sup>.

En el aspecto subjetivo del tipo activo doloso mantuvo la concepción del dolo como representación y voluntad, vale decir, un aspecto cognoscitivo o intelectual y otro conativo o volitivo, recalcando que aquello que otorga unidad a todos los elementos del dolo es la finalidad, puesto que puede haber conocimiento sin finalidad, pero no a la inversa<sup>46</sup>.

43 BAIGÚN, David: “Dos cuestiones dogmáticas conocidas (*legítima defensa y dolo eventual*) y las valoraciones de la política criminal”, en revista “Doctrina Penal”, n° 38, Depalma, Bs.As., 1987, p. 269 y s.

44 ZAFFARONI, E. R. et al: “Derecho Penal – Parte General”, Ediar, Bs. As., 2000.

45 ZAFFARONI, E. R. ; “Estructura básica del Derecho Penal”, Ediar, Bs. As., 2009.

46 ZAFFARONI, E. R.: “Estructura...”, cit., p. 109.

Conforme a su esquema, dentro del aspecto cognoscitivo los conocimientos del agente respecto a los elementos del tipo objetivo deben ser efectivos y actuales.

Dentro del aspecto conativo, insistió, empero, con la división tripartita tradicional, de dolo directo –de primero y segundo grados–, y dolo eventual, caracterizando a este último de un modo que me adelanto a señalar que encuentro insatisfactorio. Se expresaba así: *“(e)n el dolo eventual (también llamado indirecto o condicionado) el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero encubre su voluntad realizadora acudiendo a una infundada esperanza de que no se produzca”*<sup>47</sup>.

Con todo respeto por el maestro y amigo, si *“(l)la voluntad realizadora existe en la psique del agente”* y *“éste apela al recurso de no saber lo que sabe, mediante una esperanza infundada”*, estamos frente a un obrar dolo-so, sin adjetivos que lo compliquen. El agente sabe y quiere.

Finalmente, para trazar la frontera entre el llamado dolo eventual y la culpa consciente o con representación, Zaffaroni aduce en dicha obra que *“cuando objetivamente existe dominabilidad y el agente cree fundadamente que evitará la producción del resultado, solamente hay negligencia temeraria, en la forma de culpa consciente”*<sup>48</sup>.

Ese parece haber sido el último intento de Zaffaroni de mantener la noción de dolo eventual.

En términos sustancialmente análogos a los del Tratado de Zaffaroni, Alagia y Slokar, tanto respecto de la concurrencia del conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo en la definición de dolo<sup>49</sup>, como en la admisión de un “dolo eventual”, se pronunció Maximiliano Rusconi, en su *Manual de Derecho Penal, Parte General*, reconociendo paladinamente, sin embargo, que el dolo eventual presenta un déficit de legitimidad frente al dolo de consecuencias necesarias, por la ausencia de certeza, y frente al dolo directo, por la ausencia de dirección precisa de la voluntad hacia el resultado lesivo, situación –señaló– que genera dudas en la doctrina a la hora de definir la frontera entre tal categoría y la culpa consciente<sup>50</sup>.

47 ZAFFARONI, E. R.: “Estructura...”, cit., p. 110.

48 ZAFFARONI, E. R.: “Estructura...”, cit., p. 112.

49 RUSCONI, Maximiliano: “Derecho Penal – Parte General”, Ad-Hoc, Bs. As., p. 470.

50 RUSCONI, M., op. cit., p. 473.

En cambio, receptivo del giro doctrinal hacia la teoría de la representación, y dejando atrás la postura otrora asumida en línea con la teoría de la voluntad<sup>51</sup>, el profesor Esteban Righi, optó por plegarse a “(l)a evolución del concepto de dolo en cuya virtud se lo define como conocimiento del tipo objetivo”, lo cual “supone prescindir del elemento volitivo y conduce a considerar superada la teoría de las formas del dolo”, con las inevitables citas de Helmut Frister, Günther Jakobs, asumiendo así “la eliminación de la culpa con representación, con la consiguiente expansión del ámbito del dolo eventual”, “el acotamiento del delito imprudente a los tradicionales supuestos de culpa inconsciente” y que “la distinción entre dolo y culpa no depende de la voluntad de realizar el tipo objetivo, sino del conocimiento o desconocimiento del autor en el momento del hecho” (sic)<sup>52</sup>.

Desde el margen opuesto, contra la subsistencia de la categoría del dolo eventual se yerguen contemporáneamente autores como el profesor Alberto Binder, quien, en su “Introducción al Derecho penal” argumenta, con tono vigoroso, lo siguiente: “o existe dolo (y el dolo es solamente dolo directo) o existe culpa. No son necesarias categorías intermedias, que forman nuevas clases de tipos abiertos, que violan el principio de legalidad”<sup>53</sup>.

Así también Mariano Gutiérrez, en su libro *Contra el dolo eventual* reconviene en estos términos: “la categoría dogmática que se conoce como dolo eventual no se encuentra justificada en una teoría del delito garantista o constitucionalmente estricta”, por vulnerar el principio de legalidad, por no surgir de la letra de la ley, por su oscuridad conceptual insuperable y por su imposibilidad probatoria, que redundan en arbitrariedad judicial<sup>54</sup>.

En idéntica dirección inscribe su criterio el catedrático de la Universidad Nacional del Comahue, Dr. Gustavo Vitale, en sus obras *“Dolo eventual*

51 RIGHI, Esteban: “El dolo eventual en la tentativa”, en revista *Nuevo Pensamiento Penal*, año 1, n° 2, epalma, Bs. As., 1972, p. 303 y ss.

52 RIGHI, Esteban: “Derecho Penal – Parte General”, Abeledoperrot, Bs. As., 2018, p. 274 y s.

53 BINDER, Alberto: “Introducción al Derecho penal”, Ad-Hoc, Bs. As., p. 148.

54 GUTIÉRREZ, Mariano: “*Contra el dolo eventual*”, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, *Criminología*, n°1, Ad-Hoc, Bs. As., 2002, p. 235 y ss.

como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave<sup>55</sup> y “Dolo como actuar deliberado – Su distinción con la culpa”.

Expresa Vitale que la construcción doctrinal que criticamos consiste en “una categoría conceptual contradictoria en sí misma, ya que “dolo” significa obrar deliberado e intencional...mientras que “eventual” quiere decir aquello que puede o no existir, que depende de circunstancias que pueden o no darse, que es incierto, inseguro, fortuito. Quien acepta una consecuencia meramente eventual de su acto, actuando con indiferencia –continúa expresando– obra “sin intención de obtenerla”, de suerte tal que “la defensa de este modo de actuación como una conducta dolosa no solo resulta incompatible con el significado de la palabra dolo y con el texto de la ley penal argentina, sino, lo que es peor, da lugar a una consecuencia inaceptable desde todo punto de vista: la aplicación, para los casos que comprende, de la severa escala penal prevista en la ley para los delitos dolosos..., quebrantando abiertamente, además del principio de legalidad, el de igualdad ante la ley”<sup>56</sup>.

Aun entre aquellos autores actuales que abogan por un concepto de dolo desprovisto del aspecto volitivo tradicionalmente aceptado, encontramos a quienes, condescendiendo a adoptar –por mera hipótesis– la óptica clásicamente mantenida sobre el punto, reconocen, y vuelvo a citar textualmente, que: “si se sostiene que el dolo es conocimiento de las circunstancias que integran el tipo objetivo más la voluntad de realización, surge la siguiente perplejidad: ¿por qué se califica como dolosa una conducta en la cual el autor no tuvo, ni por acaso, la voluntad de realizar el tipo (caso del llamado dolo eventual)”. Así escribe el ya citado Gabriel Pérez Barberá, acérrimo normativista. Y concluye: “una solución posible a esos interrogantes es llevar hasta las últimas consecuencias la definición obtenida a través de los datos empíricos respectivos, y sostener, por ejemplo, que, si no ha habido voluntad, no se puede verificar la presencia de dolo. Ergo, todo

55 VITALE, Gustavo L.: “Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave”, Editores del Puerto, Bs. As., 2013. Del mismo autor, “Dolo como actuar deliberado – Su distinción con la culpa”, Hammurabi, Bs. As., 2018.

56 VITALE, Gustavo L.: “Dolo como actuar deliberado”, cit., p. 68 y s.

caso usualmente calificado como de dolo eventual, constituye, en verdad, un caso de imprudencia”<sup>57</sup>.

En cambio, riguroso en su posición férreamente normativista, y volcando el dilema que aquí analizamos en dirección opuesta a la sostenida por Binder, Vitale y Gutiérrez y admitida hipotéticamente por Pérez Barberá, el profesor Marcelo Sancinetti equipara prácticamente la culpa consciente con el dolo, señalando que “si lo contrario a un deber de cuidado define al tipo de la acción imprudente, y, además, se requiere que el autor se dé cuenta de la situación que le impone un deber de cuidado que no observa, su estructura no se diferencia del dolo de los delitos dolosos; porque el autor del delito culposo, obra con voluntad de realizar el tipo objetivo, que es, aquí, infringir un cuidado. Trátese de un dolo menor, de la asunción de un riesgo (no de un daño)” agrega Sancinetti<sup>58</sup>.

Obviamente, en esa explicación no se computan dos componentes volitivos considerados fundamentales en la conducta de quien obra con culpa consciente o con representación, que son la propuesta de un fin distinto al de la causación del resultado y la confianza (o esperanza) en la evitación (o evitabilidad) de dicho resultado<sup>59</sup>.

Párrafo aparte merece la reciente aportación doctrinal del Profesor Eugenio Sarrabayrouse, quien, sin abandonar la hipotética admisión de un dolo eventual, traslada la cuestión a un plano eminentemente procesal, alertando acerca de que “con independencia de la concepción del dolo, es relevante la cuestión fundamental de cómo se prueba”<sup>60</sup>. En un planteo que nos recuerda al Winfried Hassemer de “Los elementos característicos

57 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “Dolo eventual”, Hammurabi, Bs. As., 2011, p. 52 y s.

58 SANCINETTI, Marcelo: “Casos de Derecho Penal”, Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 154.

59 Ya en su obra “*Teoría del delito y disvalor de acción*”, Hammurabi, Bs. As., 1991, el profesor Sancinetti marchaba hacia un concepto unitario de dolo, afirmando que “(t)oda acción supone pues un momento de voluntad; el conocimiento de la probabilidad (dolo) solo determina hasta dónde el autor alcanza, con su voluntad, la realización del tipo”, rematando esa aseveración con cita de Günther Jakobs: “...el dolo es el saber que la realización del tipo depende del actuar querido, pero ella misma no tiene que ser querida; brevemente, el dolo es el conocimiento de la acción y de sus consecuencias” (op. cit., p. 209).

60 SARRABAYROUSE, Eugenio C.: “*La prueba del dolo*”, conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires el 26 de Setiembre de 2019, en el “Symposium Internacional, *Voluntad y lesión en la imputación penal*”.

del dolo”, obra citada en párrafos precedentes, Sarrabayrouse advierte que “el dolo, como siempre, debe probarse en cada caso individual, según todos los medios admitidos (incluso los indicios)”, y redobla su prevención al indicar que “debe escaparse a la tentación de aplicar una sola regla con la cual en determinados casos especiales el dolo se pruebe al mismo tiempo que el tipo objetivo y con ello escapar a la necesidad de valorar la prueba”, “sin que la calificación, incluso como dolo eventual, pueda cambiar algo”<sup>61</sup>

**VI.** *El Anteproyecto de 2014 y la fuerza de la razón.* Como se señaló al comienzo, la comisión multipartidaria presidida por el profesor Zaffaroni presentó oportunamente su Anteproyecto de Reforma Integral del Código penal.

Independientemente de las polémicas suscitadas por la presentación de ese texto, lo cierto es que aquel documento se erguía como un punto de partida fundamental para que, tras el correspondiente debate parlamentario, la sociedad argentina pudiera contar con un cuerpo legal armónico y moderno, que substituyera al maltratado código vigente.

En dicho Anteproyecto se aborda sin rodeos el tema que hoy nos convoca. En su densa Exposición de Motivos, la mayoría absoluta de la comisión (cuatro miembros sobre cinco) apunta lo siguiente: “la exigencia de que en el dolo la voluntad deba ser directa tiende a resolver un problema que ocupa a la doctrina desde hace más de un siglo y que no ha tenido solución satisfactoria hasta el presente: el llamado dolo eventual. La jurisprudencia nacional ha sido aún más contradictoria que la doctrina, en particular en los casos de homicidios de tránsito y similares, donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena.

Doctrina confusa –más de siete u ocho teorías ensayadas y criticadas se han intentado– y jurisprudencia vacilante, cuando se juegan grandes diferencias de pena, no proveen seguridad ninguna”.

“Además –se alcanzó a señalar– debemos tener en cuenta que el concepto de dolo eventual puede ser manipulado en cualquier tipo penal, o sea que lo que se ha puesto de manifiesto con su juego arbitrario en el

<sup>61</sup> SARRABAYROUSE, E. C.; op. cit.

homicidio y las lesiones, puede extenderse a cualquier ámbito de la materia punible, con alcances tan insospechados como intolerables: estafas, hurtos, delitos sexuales, etc.”

“Por tales razones –hubo de concluirse– se propone eliminar el concepto y en los tipos culposos volver a la vieja fórmula de Feuerbach –fuente de inspiración de Tejedor– y distinguir, según la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y otra temeraria, con una penalidad mayor para esta última, como se verá en la parte especial”.

Basados en ese raciocinio, cuatro de los cinco miembros de la comisión concordaron en la redacción del primer artículo del Anteproyecto de Código, que incluye entre los principios constitucionales y de derecho internacional, el de *legalidad estricta y responsabilidad*, volcado en los siguientes términos: “(s)ólo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia. No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa”.

Vale destacar que el Anteproyecto introduce el concepto de culpa temeraria en el artículo 83, referido al homicidio culposo, elevando la escala de cinco a ocho años de prisión, conforme con dos criterios a valorar por el Juez: a) la jerarquía del deber que incumbía al agente; b) el grado de violación de ese deber en el que hubiere incurrido.

En consonancia con ese precepto, también se aumenta la pena en las lesiones culposas graves o gravísimas cuando se hubiere obrado con culpa temeraria, conforme al artículo 95, inciso tercero, con un máximo de cinco años, 150 días de multa y ocho años de inhabilitación.

Y, en un terreno muy específico, el de las fuerzas armadas y de seguridad, también se alude a la culpa temeraria en las figuras culposas de responsabilidad del superior por hechos de los subordinados (artículo 74, inciso segundo del Anteproyecto).

Por su parte, el quinto miembro de la comisión, el diputado Federico Pinedo, inscribió su disidencia en los siguientes términos: “No se comparte el uso del término “voluntad directa” para los delitos dolosos, con lo que –conforme la exposición de motivos– se pretende eliminar el uso del concepto de “dolo eventual”. Un importante sector de la doctrina jurídico-penal actual otorga preeminencia al aspecto cognoscitivo del dolo, del que

deduce la voluntad”. Y, acto seguido citó un párrafo del profesor catalán Ramón Ragués I Vallès, ya mencionado en esta reseña.

Basado en ello, el –entonces– diputado Pinedo prosigue diciendo: “(s)e sostiene así que si el autor conoce que su conducta entraña un riesgo de peligro o lesión a un bien jurídico y actúa, lo hace con dolo, por lo que no nos parece adecuado caracterizarlo solo como voluntad”.

No obstante, añadió en esa oportunidad el legislador disidente, “compartimos la preocupación acerca del modo en que se suele emplear el concepto de dolo eventual en materia de accidentes de tránsito. Pero creemos que este es un punto que se resuelve adecuadamente con la incorporación de la imprudencia temeraria en los delitos de homicidio y lesiones culposas, y el consecuente aumento en tales casos de la pena básica del tipo por imprudencia...”.

Como vemos, el comisionado Pinedo aceptó la introducción de la categoría de la culpa temeraria para los delitos de tránsito, en los que todos podemos hallarnos incurso, claro está; pero pretendía añadirla al elenco clásico, sin descartar al llamado “dolo eventual” como modalidad típica para todos los demás delitos.

Al día de hoy, el legislador Pinedo, otrora en minoría, ha visto materializado parcialmente su objetivo: la culpa temeraria ya está introducida en los artículos 84 bis y 94 bis del Código aún vigente, entre las formas agravadas de homicidio culposo y lesiones culposas, respectivamente, a partir de la sanción de la ley 27347, del 6 de Enero de 2017. Ello, sin perjuicio de los reparos que merece la desprolija técnica legislativa evidenciada al concretarse tal reforma, como se señalará a continuación.

## **VII. Argumentos en favor de la categoría de culpa grave o temeraria.**

Indiscutiblemente incorporada a nuestra legislación penal la culpa grave o temeraria, aunque por la tortuosa vía que acabamos de recordar, ha menester dejar sentadas las siguientes apreciaciones, en respuesta a las críticas que su incorporación al texto del proyecto presentado por la comisión presidida por el Dr. Borinsky ha despertado, conforme se lee en las disidencias presentadas por tres miembros de dicha comisión,

los Dres. Patricia Ziffer y Fernando Córdoba, en dictamen conjunto<sup>62</sup> y Patricia Llerena<sup>63</sup>.

Dos son las objeciones, en ambos casos, y a las dos cabe responder separadamente.

**a)** En el Proyecto Zaffaroni la culpa temeraria no opera como una mera agravante más, ni aparece rodeada de una casuística abrumadora por su exasperante minuciosidad e impropia de un código, como sucede con el engendro plasmado mediante la introducción de los artículos 84 bis y 94 bis en el Código Penal vigente, en virtud de la ley 27347, por iniciativa del senador Pinedo, y se repite –penosamente– en el Proyecto de Borinsky y otros.

En este sentido, las disidencias de los Dres. Patricia Ziffer, Fernando Córdoba y Patricia Llerena al Proyecto del Dr. Borinsky y sus colaboradores, llevan toda la razón al criticar semejante casuismo y ese absurdo modo de incluir a la culpa grave como una especie más, vicio reiterado por parte de los componentes de la mayoría de dicha comisión.

Ahora bien, si se observa con la atención que merece el Proyecto del profesor Zaffaroni y otros, en materia de homicidios y lesiones culposas –arts. 83, inciso 2° y 95, inciso 3°-, en el primero de tales preceptos, junto con el resultado plural de víctimas, se incluye –simplemente– la frase “o si la infracción al deber de cuidado fuere temeraria”. Por añadidura, en el artículo 95, inciso 3° ni siquiera se la menciona como tal, sino que se remite a “los supuestos del artículo 83, inciso 2°”.

Fuera de esos dos artículos, la culpa temeraria aparece expresada una vez más en el texto de la parte especial de dicho Proyecto, en la graduación

<sup>62</sup> Anteproyecto de reforma del Código Penal, volumen III, Fundamentos de las disidencias, p. 169 y ss. Indican los referidos profesores: “II. Parte especial - a. En la nueva redacción del homicidio imprudente no consideramos adecuado incorporar el concepto de “culpa temeraria”, en razón de la imprecisión dogmática de esta categoría. En nuestra opinión, ya los restantes supuestos previstos bastan para definir debidamente cuáles son los casos en los que se debe agravar la conducta en cuestión. Idéntico criterio se siguió en el delito de lesiones” (p. 173)..

<sup>63</sup> Anteproyecto, cit., p. 245 y ss. Señala la Dra. Llerena sobre el tópico: “Libro II - Artículo 84. - III No comparto la inclusión f) “hubiere actuado con culpa temeraria”, debido a que en dogmática no se encuentra precisado el concepto, y en razón de que resultaría sobreadundante frente a los demás supuestos previstos”(p.252).

de la pena prevista respecto del superior militar o de las fuerzas de seguridad y los altos funcionarios que formaren parte de la cadena de mandos, por los hechos de los subordinados, en los casos de omisión culposa previstos en el art. 74, inc. 2°).

En el artículo 35, inciso 4° de dicho Proyecto se la incluye con el apelativo de culpa “grave”<sup>64</sup>, como baremo para ponderar el incumplimiento del pago de la pena de multa, tal como queda explicado en la pertinente Exposición de Motivos.

Y en esa misma Exposición de Motivos se advierte sobre su hipotética presencia en el cálculo del homicidio preterintencional, con el consiguiente aumento de la escala penal prevista en el código de 1921 (art. 79); así como para explicar su concurrencia material con el robo con homicidio o con lesiones graves o gravísimas del art. 141; y, finalmente, al brindarse las razones por las cuales no se la distingue de la culpa simple, sino que se deja a criterio del juez su ponderación, en la modalidad culposa de los delitos de estragos e inutilización de defensas, del art. 184, inciso 3°.

La razón de la inclusión de la culpa temeraria y la salvedad de la posible contienda doctrinal a su respecto son claramente detalladas en la nota referida al artículo 83 del Proyecto de la Comisión presidida por Zaffaroni.

Allí se explica que, “(c)omo es sabido, la culpa requiere siempre la violación de un deber de cuidado. Este deber de cuidado puede ser muy diferente, según las personas y circunstancias, pues no existe un general deber de cuidado, sino que son siempre deberes particulares (del conductor, del electricista, del ingeniero, del médico, etc.). Por ende, media una cuestión de jerarquía e importancia de los deberes que cada quien tiene a su cargo, que el juez deberá valorar. Pero, además, un mismo deber de cuidado puede ser violado con diferente intensidad, o sea que su violación puede ser más o menos grave en cada caso (no es igual la violación al cuidado del electricista que no observa la humedad en una caja de electricidad, que la de quien se marcha dejando todos los cables sueltos).

Tales deberían ser los criterios a evaluar por el juez en cada caso: la jerarquía del deber que le incumbía al actor por un lado, y el grado de

<sup>64</sup> La sinonimia entre “culpa grave” o “culpa temeraria” no requiere de mayor esfuerzo. Basta acudir al Diccionario de la Lengua (RAE) y leer la primera acepción de la voz “temerario”: “*temerario, ria* – Del lat. *temerarius*. 1. adj. Dicho de una persona: Excesivamente imprudente arrojando peligros”.

violación en que incurrió por otro. Si la gravedad de la lesión al deber de cuidado resultante de las dos evaluaciones lo indica, decidirá que se halla ante una culpa temeraria y quedará habilitado para imponer la pena hasta un máximo de ocho años”<sup>65</sup>.

Y, tal como si se vaticinaran los posibles reparos a la inclusión de esa culpa grave o temeraria, en la misma nota al se anticipa lo siguiente, con meridiana claridad y haciendo especial referencia al malhadado concepto de dolo eventual.

Cito textualmente: “(e)s posible que se observe que el concepto de culpa temeraria provocará una seria discusión doctrinaria y que ésta demorará en aclararse, creando situaciones de eventual arbitrariedad. En principio, cualquier concepto nuevo requiere una discusión doctrinaria y jurisprudencial; si ese fuese un suficiente motivo de rechazo, nunca se podrían incorporar conceptos nuevos al derecho penal, que quedaría limitado al arsenal doctrinario disponible. En segundo término, la posible arbitrariedad se movería entre la imposición de una pena máxima de cinco años y otra de ocho. En la actualidad –con el escurrizado dolo eventual– la arbitrariedad se mueve entre una pena máxima de cinco años y otra de veinticinco”.

**b)** Con respecto al segundo reparo de los distinguidos miembros disidentes de la Comisión Borinsky, referido a la falta de “precisión dogmática” de la culpa temeraria, me apresuro a plantear una discrepancia tan firme como el acuerdo respecto del primero de los óbices.

Vale recordar que, en lo que configuró el primer intento de codificación penal de nuestra historia como país independiente, que fue el texto redactado por el profesor de la Universidad de Buenos Aires Carlos Tejedor, por encargo del Poder Ejecutivo Nacional, se distinguía, siguiendo la línea del Código Penal de Baviera de 1813, obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach, entre culpa grave y ligera. De modo que, ya en su génesis, el proceso de codificación penal argentino contó con una gradación de los niveles de culpa.

<sup>65</sup> En esos dos párrafos queda, pues, sobradamente patentizada la equiparación terminológica a la que nos referimos en la nota al pie precedente, entre culpa grave y temeraria. A buen entendedor...

También es útil tomar en cuenta que, al comentar el primer artículo de su proyecto, Tejedor explicaba que “siendo deber de todo hombre en sociedad abstenerse de actos peligrosos y debiendo proceder en todo lo que emprenda con la atención y reflexión necesarias para no causar perjuicio involuntariamente a los derechos de los demás, ni a las leyes del Estado, el que contraviniendo a esta obligación haga u omite alguna cosa, o incurra aunque sea sin intención, en una infracción prevista en este código, cometerá delito por culpa o imprudencia”. Y anotaba, respecto del mismo precepto: “(e) l agente será responsable...de culpa en lo “que haya sucedido en contra de su voluntad a no ser que la ley por una disposición expresa disponga de otro modo, y lo haga responsable a título de crimen, aún del resultado involuntario, como en el caso de violación si muere la víctima, etc.”.

Como aclaré en párrafos anteriores, el término “temerario” no quita ni pone nada y es perfectamente equivalente con el vocablo “grave”, como quedó plasmado en el artículo 35, inciso 4° del Proyecto de Zaffaroni.

Corresponde rememorar también que, aunque no fue sancionado como código nacional, el Proyecto Tejedor, en virtud de la autorización concedida por el art. 108 de la Constitución Nacional, fue adoptado como Código Penal por once provincias, con algunas modificaciones hechas en la de Buenos Aires.

Asimismo, es del caso apuntar que, en el proyecto de 1881, encargado a Villegas, Ugarriza y García, aunque se omite dar una definición de culpa, se señalan los casos en que ella debía reputarse grave o leve, en los artículos 37 y 38, con clara similitud respecto de las categorías empleadas en el Código Tejedor.

Y, por si ello fuera poco, el Código Penal sancionado por el Congreso el 25 de noviembre de 1886 para entrar en vigor el 1° de marzo de 1887, que en su art. 15 indicaba: “(s)on punibles las contravenciones a la ley cometidas por culpa o imprudencia”, cita como antecedente de tal disposición, en la nota pertinente, ni más ni menos que el art. 64 del código de Baviera, en el que Feuerbach concreta su distinción entre clases de culpa.

Luego, la culpa temeraria –o grave, si se prefiere– tiene una historia bien definida en nuestro acervo jurídico-penal, tanto como para no dar lugar a tantas contiendas doctrinales.

Por lo demás, en el actual Código Penal español, también se distingue, en general, entre imprudencia grave y menos grave, por ejemplo, en los

delitos de homicidio y de lesiones, en tanto que, en los delitos contra la seguridad vial se mantiene el calificativo de “temeraria” con referencia a la conducción de vehículos a motor o ciclomotor (art. 380), en tanto que, en algunas leyes especiales, se menciona la simple imprudencia, en los artículos 65 y 75 de la ley penal y procesal de la navegación aérea y también la imprudencia temeraria, en el artículo 159 de la ley orgánica del Código Penal Militar, dando lugar a una gradación de la culpa análoga a la propiciada en el proyecto argentino de referencia.

**VIII.** *Otra chance para el principio de legalidad estricta.* En momentos en que el Senado de la Nación prosigue recibiendo la opinión de jueces y publicistas acerca del proyecto emergente de la última comisión encargada de la reforma integral del Código Penal, considero que, por respeto a los principios delimitadores del poder punitivo mencionados al comienzo, y otros, tales como los de proporcionalidad y humanidad de las penas, es menester insistir en la opción de desalojar del horizonte jurídico argentino la figura del llamado dolo eventual, huérfana de sostén legal, cuya consideración doctrinal y jurisprudencial ha servido para equiparar su respuesta sancionatoria a la del dolo directo, de primero o segundo grado.

Con solo reparar en que la figura básica de homicidio doloso tiene hoy prevista una pena de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión, en tanto que la del culposo, en los más graves supuestos actualmente comprendidos, a partir de la citada ley 27347, está penada con tres a seis años de prisión, se puede advertir la enorme trascendencia práctica de tantas disquisiciones teóricas sobre el punto.

Ciertamente, la situación en que hoy nos encontramos es muy semejante a aquella que el jurista español José Arturo Rodríguez Muñoz, discípulo de Luis Jiménez de Asúa y catedrático de Valencia durante veinticinco años, destacaba más de medio siglo atrás, en momentos en que se daba a la tarea de anotar el Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger.

A partir de la ausencia de la palabra “dolo” en el Código español de esa época, Rodríguez Muñoz, apuntaba que el fundamento subjetivo de la imputación que pudiera ser llamada de “primer grado” era la “intención maliciosa”. Y cuando esa intención maliciosa faltaba, explicaba textualmente lo siguiente: “(n)os hallamos, de tal modo, ante un título subjetivo de imputación que, por ser más restringido, no se corresponde de manera alguna

con el dolo [...] no es posible incluir dentro de su propia esfera los casos de duda que la Dogmática considera como de *dolus eventualis*”. Y culminaba su disquisición afirmando, con respecto a la legislación hispana de su época: “Aquí, en virtud de la fórmula «imprudencia temeraria», la misma ley viene a compensar los efectos de su primer título subjetivo de imputación. Las consecuencias prácticas de tal sistema podrán ser aplaudidas o censuradas; pero lo cierto es que no sería lícito negar que nuestro código ha procedido aquí con lógica armonía. Frente a otras legislaciones –enfaticaba Rodríguez Muñoz– lo genuino de la nuestra consiste, precisamente, en que, a cambio de restringir el ámbito de lo que, en aquellas, integra la imputación a título de dolo, amplía en consecuencia la esfera de la imputación allí realizada a título de culpa. Y, precisamente, el núcleo cambiante está constituido por el dolo eventual. Pues [...] el calificativo de «temeraria», atribuido a una conducta, refleja exactamente lo propio y característico de los casos de *dolus eventualis* [...] No hay, por tanto, ninguna dificultad; antes bien, puede afirmarse que, en nuestro Derecho, lo que procede es la inclusión de los casos de *dolus eventualis* en la «imprudencia temeraria» del parágrafo primero del artículo 563”.

En momentos en que la culpa temeraria ha sido incluida en nuestro Código Penal, aparece una oportunidad privilegiada para reconsiderar su validez como categoría dogmática, reajustar su ubicación en la futura iniciativa de reforma integral y descartar la construcción teórica de un “dolo eventual” que, si bien se mira, emerge a partir de una presunción del dolo.

No es ocioso apreciar que, tal como paladinamente señaló el propio diputado Pinedo, al suscribir su disidencia, el sector de la doctrina penal que él destaca deduce la voluntad del conocimiento. Luego, ese sector parece echar por tierra uno de los axiomas basilares del Derecho penal acorde con un Estado Constitucional de Derecho, aquel que sentencia que, en nuestra materia, el dolo no se presume, sino que debe probarse.

El ya recordado profesor cordobés Ricardo Núñez, aunque cautivo de su tiempo, supo apuntar tempranamente que “el conocimiento y la intención en los cuales el dolo consiste, son hechos, aunque de naturaleza psíquica, y –como tales– tienen que ser probados por el juez, lo

mismo que los otros hechos que fundamentan la imputación delictiva”<sup>66</sup>. Y nos advirtió, asimismo, cuarenta y dos años más tarde, que, en nuestra materia, “e)l dolo no se presume...no rige la máxima *res ipse in se dolus habet*”<sup>67</sup>

La dificultad probatoria *no* puede salvarse reduciendo a la mitad los requisitos, disponiendo que con solo estimar acreditado el conocimiento ya basta para hablar de dolo.

El tema trasciende los límites de nuestra materia; y obliga a cuestionar, desde la Filosofía del Derecho, si se está dispuesto a abandonar la explicación intencional de las acciones humanas.

Llamar intencional a cualquier acción que ocasione unas consecuencias riesgosas o perjudiciales para terceros, por el solo hecho de que hayan resultado previstas o –aun– fuesen pasibles de previsión por el sujeto activo, desde cualquiera de las doctrinas que intentan mantener la misma consecuencia jurídico-penal para el dolo y para el llamado “dolo eventual”, apunta a tal abandono.

Tal como ha advertido María Laura Manrique Pérez, en su obra “Acción, dolo eventual y doble efecto”, “atribuir responsabilidad por aquello que el agente ocasiona, y no por lo que el agente hace, se aleja del ideal liberal y retoma un tipo de imputación propio de las sociedades primitivas”.

En conclusión: ninguna receta está a salvo de críticas en torno al llamado dolo eventual. O se intenta desentrañar si hubo indiferencia o confianza en la evitación del resultado, guiando el análisis a ponderaciones cercanas al Derecho Penal de ánimo, o se soslaya el aspecto volitivo del dolo y se construye un concepto cada vez más alejado de su significado originario.

Si no se quiere abandonar al arbitrio del juzgador la resolución de aplicar una pena drásticamente más elevada que otra, renunciando a la caracterización literal del dolo como “voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud” para transformarlo en mero conocimiento o –aun– en posibilidad de conocimiento, parece criterioso y, sobre todo, respetuoso de la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio* de la actividad estatal, establecer la categoría de culpa grave o temeraria, como forma cualificada,

<sup>66</sup> NÚÑEZ, Ricardo C.: “*La culpabilidad en el Código Penal*”, Depalma, Bs. As., 1946, p. 119.

<sup>67</sup> NÚÑEZ, Ricardo C.: “Las disposiciones generales del Código Penal”, Lerner, Córdoba, 1988, p. 124.

en el panorama general de los delitos culposos, y archivar lo que, por falta de sustantivo, es un adjetivo sin soporte, sostenido por intuiciones de los teóricos vestidas de argumentos racionales y bienvenido por los magistrados de sesgo autoritario, que ven simplificada su tarea cotidiana.

Prever la sola posibilidad de que se produzca un resultado y asumir el riesgo conjetural de su producción no equivale a quererlo; y de esa diferencia debería hacerse cargo cualquier comisión encargada de tarea tan trascendente para una comunidad jurídicamente organizada como la que constituye la reforma del Código Penal argentino.

---

# Delitos contra el Orden Internacional en el Nuevo Código Penal

**JAVIER AUGUSTO DE LUCA**

## 1) INTRODUCCIÓN

Aquí abordaré solo algunos asuntos de la incorporación al Código Penal de los delitos contra el orden internacional (Proyecto de Código Penal 2019, Libro III, arts. 513 a 540).

Las disposiciones del Libro III contienen varias normas generales que están entremezcladas con nuevas figuras delictivas e institutos del Derecho Internacional.

Ello obedece a la necesidad de contener en un mismo marco una parte general propia de estos delitos que presentan una naturaleza distinta a la de los demás.

Al tratarse de un Libro autónomo del Código Penal, la aplicación de éstas quedará reservada o limitada a las situaciones que este nuevo Libro prevé, y no serán extensibles a las de los dos Libros anteriores. A la inversa, el art. 513 del Proyecto establece que las disposiciones del Libro I sí son aplicables a las de todo el código (ídem el viejo art. 4 CP), salvo incompatibilidad.

Doy un ejemplo donde puede generarse esa situación: la positivización de una especie de “ignorancia deliberada” en el art. 536 del Proyecto (ídem art. 28 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), no será aplicable a la parte general (Libro I) ni a la parte especial, la de los delitos tradicionales (Libro II).

En la exposición de motivos se enuncia este propósito e interpretación del sistema concretado en el Proyecto.

## 2) ALGUNAS CUESTIONES CRITICABLES DE LA PARTE GENERAL

### *2.a. Medidas de vigilancia post cumplimiento de la pena*

El art. 10 dice:

En los casos previstos en los artículos... y en el Libro Tercero del presente Código... el tribunal podrá ordenar que con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta, se disponga un seguimiento socio judicial al que el condenado estará obligado a someterse, consistente en medidas de vigilancia y asistencia destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos, por el período que se deberá establecer en la sentencia y el que no podrá superar de DIEZ (10) años.

A tal fin, el tribunal podrá imponer, según las características del hecho por el cual fuera condenado, el cumplimiento de UNA (1) o más de las siguientes medidas: 1º) La obligación de estar siempre localizable mediante dispositivos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. 2º) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el órgano competente establezca. 3º) La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el órgano competente señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. 4º) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. 5º) La obligación de seguir tratamiento médico o psicológico externo, o de someterse a un control médico periódico. 6º) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del órgano competente. 7º) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente. 8º) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente. 9º) La prohibición de acudir a determinados lugares o establecimientos. 10) La prohibición de residir en determinados lugares o establecimientos. 11) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

En consonancia con estos preceptos, debe tenerse en cuenta que en el art. 281.2 se dispone: “Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, al que quebrantare en forma grave o reiterada una medida de seguridad judicialmente impuesta por una condena”.

Bien, para comenzar, debe señalarse que estamos hablando de penas, cualquiera sea el *nomen iuris* dado por el legislador y algunos autores.

El asunto ya fue resuelto por la CSJN, frente a las disposiciones del art. 27 *bis* del Código Penal vigente, que, en sustancia, representan restricciones de derechos<sup>1</sup>. Si fueran medidas de seguridad, deberían ser ejecutadas por el juez civil (que se ocupa de las personas peligrosas para sí o para terceros), y su incumplimiento no constituiría un delito, como sí lo dispone el art. 281 ya citado.

Como se trata de una pena impuesta o a ejecutarse después del cumplimiento o agotamiento de la pena individualizada en la sentencia condenatoria, ya no estamos hablando de una restricción de derechos basada en la culpabilidad por el hecho, como lo podrían ser las obligaciones del art. 27 *bis* CP vigente. En efecto, el incumplimiento de las reglas de conducta u obligaciones o restricciones del art. 27 *bis* CP lo único que genera es la revocación de la condicionalidad de la pena de prisión y la transformación de esa modalidad de ejecución de la pena por la de prisión efectiva. Es decir, se sigue ejecutando la misma pena, que aún no fue cumplida, impuesta oportunamente como resultado del juicio donde se encontró culpable al sujeto.

Si se intentase salvar la constitucionalidad del texto interpretando que esas medidas responden a la culpabilidad por el hecho porque son impuestas en la sentencia de condena, para lo cual debería tenerse por no escrita la frase que hace referencia al cumplimiento de la pena en el mismo texto, la solución aparece como poco meditada pues es imposible conocer al momento de su imposición cómo será el sujeto destinatario de esas obligaciones y su entorno después de haber pasado aquél varios años en prisión. Se trata de una irrealidad y el texto no proporciona certeza alguna (no se explica cómo sería el procedimiento para ejecutar esto, si la víctima tiene participación, el lugar del ministerio público fiscal, etc. etc.), sino que

1 CSJN, “Miño, Leandro”, sentencia del 10 de agosto de 1995 [Fallos: 318: 1508].

deja librada a la discrecionalidad de los jueces la decisión de cuándo el sistema penal va a “soltar” definitivamente a una persona.

Se puede ver entonces, que el texto de Proyecto solo tiene sustento en el pronóstico delictual, la peligrosidad y, por ello, que sus disposiciones implican una grave lesión al principio constitucional de culpabilidad<sup>2</sup>.

No se me escapa que esta cláusula aparece como copiada de varios códigos penales europeos que han incorporado la llamada custodia de seguridad, libertad vigilada o medida post cumplimiento de la pena o como quiera llamársela. Pero, lamentablemente, ese argumento de autoridad o de derecho comparado no sana su manifiesta inconstitucionalidad ante un derecho penal por el hecho o de la culpabilidad.

### *2.b. Libertad condicional selectiva para algunos y no para otros*

En el art. 14 se dispone que no se concederá la libertad condicional en el caso de condenados –en lo que aquí interesa– por delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos de guerra, tortura, desaparición forzada, terrorismo, etc.

Respecto de esta norma, me limito a señalar que, al igual que otras similares (inclusive de nuestro código penal y de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad vigentes), al vedar a los condenados por unos delitos lo que se concede a otros por delitos de igual o mayor gravedad, se violan los principios constitucionales de igualdad y de culpabilidad. En efecto, la gravedad de un delito se mide por la escala penal prevista por el legislador y la individualizada por los jueces en los casos concretos, y no por su nombre y la conmoción pública (asunto inverificable científicamente) que produce la noticia de su comisión de vez en cuando. Si el legislador y los jueces consideran que un delito (en concreto o en abstracto) es más grave que otro, cuentan con las herramientas para imponer más pena de prisión y, la consecuencia, será que la aplicación de la libertad condicional y de otros institutos se postergará en el tiempo.

Me remito a los precedentes que han tratado esta problemática: Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Suárez Rosero Vs. Ecuador”

<sup>2</sup> Véase, entre otros: CSJN, caso “Gramajo”, sentencia del 5 de septiembre de 2006 [Fallos: 329: 3680]; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Fermin Ramírez vs. Guatemala”, sentencia de 20 de junio de 2005.

Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo); Corte Suprema: “Nápoli, Erika Elizabeth”, del 22 de diciembre de 1998 [Fallos: 321: 3630]; y Corte Suprema, causa V.210 –XLI– “Veliz, Linda Cristina”, del 15 de junio de 2010.

### 3) SE INCORPORAN DISPOSICIONES INTERNACIONALES

El Libro III del Proyecto de Código Penal 2019, arts. 513 a 540, contiene disposiciones propias de parte general que se entremezclan con figuras delictivas del Derecho Internacional.

El Proyecto incorpora normas ya vigentes en tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN, y distintas leyes –por ejemplo, la ley 26.200-). Se trata de una positivización de principios y normas del *ius cogens* (art. 118 CN).

La incorporación de los delitos internacionales es una forma de realización de la llamada “garantía de código” por la cual debe tenderse a que todas las disposiciones penales estén en un mismo cuerpo legislativo, reclamada en la CN desde 1853, prevista en el actual art. 75, inc. 12, para lograr sistematicidad y seguridad jurídica a los habitantes.

Se incorpora la regla de no extinción de las acciones o penas (art. 514), y la inoponibilidad de disposiciones de derecho interno que impidan la persecución penal.

Debemos tener en cuenta que el juzgamiento debe ser serio y efectivo como forma de reparación a las víctimas y como garantía de no repetición. Es una obligación del Estado de Derecho Internacional. Rige el principio *pacta sunt servanda*.

### 4) DELITOS COMUNES INTERNACIONALIZADOS

Se opta por la enunciación de los delitos de esta categoría (arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma), pero no se aclara que cualquier delito “común” puede ser un acto de genocidio, un crimen de guerra, de lesa humanidad, o una grave violación a los DD.HH., según el contexto en el que es cometido. Solo se toma nota de esa característica en el art. 519 del Proyecto para los delitos de lesa humanidad.

Se omite el concepto propio del sistema interamericano de las graves violaciones a los DD.HH. Ello es importante porque, por ejemplo, la tortura puede darse no solo como parte de un crimen de lesa humanidad (en el marco de un ataque sistemático o generalizado), sino también como crimen de guerra (en un conflicto armado) o solamente puede constituir una grave violación a los DDHH, sin que cumpla los requisitos de generalidad y sistematicidad (torturas aplicadas a un detenido común en cárceles o comisarías).

Se incluyen los más recientes como el *apartheid*; la desaparición forzada de personas; el delito de agresión y los delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional.

## 5) LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Prevista en art. 7.1.i) y 7.2.i) del Tratado de Roma es incorporada en este Libro III del Proyecto (en un Título aparte, Tít. II, art. 516 CP), con lo cual deja de ser un delito contra la libertad, donde lo había ubicado la ley 26.679 (que incorporó el art. 142 *ter* al CP vigente).

La Comisión sostiene que se decidió eliminar la agravante del actual art. 142 *ter* (cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre), para evitar la supuesta incoherencia de aplicar menor pena si se practica un aborto (porque no hay un recién nacido aún) en lugar de la que correspondería si se produce el nacimiento, y porque de esa manera se diferencian las dos víctimas (madre y ser nacido) y habilita la hipótesis del concurso real.

Sin embargo, no hay tal incoherencia, porque la desaparición forzada de una embarazada ya está agravada, porque la muerte de *nasciturus* sería un aborto, que entre nosotros siempre tuvo pena menor que la desaparición del mismo sujeto ya nacido.

Además, el resultado de la eliminación de la agravante no siempre conduciría al concurso real con otro delito (contra el recién nacido).

Y debe tenerse cuidado porque en el vigente 142 *ter* la ley presupone que el recién nacido ya está privado ilegalmente de su libertad (nace en esa condición). En cambio, si se suprime la agravante, no está claro qué otras

figuras atraparían la acción y no se asegura que los delitos contra el recién nacido sean considerados también internacionales.

## 6) INCITACIÓN AL GENOCIDIO

Se incorpora el delito de incitación al genocidio (art. 518). Como la instigación del art. 45 CP solo es punible cuando hay comienzo de ejecución del hecho principal, para el Proyecto habrá delito aunque el genocidio no se haya iniciado. Sin embargo, este supuesto de hecho ya está previsto en el vigente Código Penal y en el mismo Proyecto (art. 209). La única consecuencia será que ésta forma de incitación será considerada delito internacional.

## 7) LESA HUMANIDAD

El art. 519 define el concepto de delito de lesa humanidad (conforme al art. 7 del Estatuto de Roma).

El requisito más relevante para la configuración de los delitos de lesa humanidad consiste en que sea cual fuere la modalidad comisiva, se exige que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que, a su vez, sea generalizado o sistemático. Debe recordarse que estos requisitos no son exigibles en crímenes de guerra u otros delitos del Libro.

Los requisitos de generalidad o sistematicidad tienen como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios. Generalidad significa la existencia de un número de víctimas, mientras que sistematicidad hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico (caso “Prosecutor v. Tadic”, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el 7 de mayo de 1997, apartados 647 y ss.).

Existe un consenso generalizado de que no es necesario que los dos requisitos previstos en la primera condición se den de forma acumulada.

Se exige un análisis del contexto histórico en el que los hechos se producen, para acreditar que los injustos se cometieron desde o bajo el amparo del aparato estatal, como parte de un plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil.

Los crímenes en sí mismos no necesitan contener los elementos del ataque, aunque pueden formar parte de dicho ataque. Así se vienen considerando los delitos sexuales durante el terrorismo de Estado.

Otra forma para probar el vínculo entre un delito y el plan sistemático consiste en observar si la vulnerabilidad de la víctima frente a un crimen se ve acrecentada porque la conducta de su autor ocurre en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Este parámetro, tiene en cuenta la razón de ser de los crímenes contra la humanidad, consistente en la necesidad de protección frente al particular peligro que implica la múltiple comisión de crímenes perpetrados o tolerados por las autoridades (de iure o de facto). Son favorecidos o facilitados por la existencia del ataque, porque no hay una autoridad dispuesta a evitarlos o a sancionarlos, ya que se trata de conductas cometidas al amparo del poder que de alguna manera “sostiene” la política de ataque generalizado o sistemático.

A continuación, el Art. 520 comienza con la frase: “A los efectos del artículo 519”, lo cual indica que no contempla que cualquier delito común puede transformarse en delito de lesa humanidad, sino solo los del arts. 519, si se dan las siguientes características: 1º) *Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el artículo mencionado contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.*

Después sigue la definición de cada uno de los delitos.

## 8) RESPONSABILIDAD PENAL DE JEFES Y SUPERIORES

No existe una disposición similar a la del art. 25 del Estatuto de Roma sobre responsabilidad individual. De modo que se aplican las reglas generales de autoría y participación.

Pero sí aparece el asunto de la responsabilidad del superior, que es igual al art. 28 Estatuto de Roma:

Art. 536. (1). El jefe militar, o quien actúe efectivamente como tal, será penalmente responsable por los hechos, descritos en los Títulos I a V de este Libro, que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su control efectivo en razón de

no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas, si concurrieren las circunstancias enunciadas en los incisos siguientes:

1°) Hubiere tenido conocimiento o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido conocer que las fuerzas estaban cometiendo esos hechos o estaban por cometerlos.

2°) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir su comisión.

(2.) El superior será penalmente responsable por los hechos, descritos en los Títulos I a V de este Libro, que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su control efectivo en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, si concurrieren las circunstancias enunciadas en los incisos siguientes:

1°) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos hechos o estaban por cometerlos.

2°) El hecho cometido guardare relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

3°) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir su comisión.

(3.) El jefe o superior que hubiere tenido conocimiento de la comisión actual o futura del hecho será penado con la pena establecida para el correspondiente delito. En los demás casos contemplados en este artículo se le impondrá prisión de TRES (3) a OCHO (8) años”.

Art. 537: “El jefe militar, quien actúe efectivamente como tal o el superior, mencionados en el artículo 536, que tomare conocimiento de que sus fuerzas o sus subordinados han cometido alguno de los hechos descritos en los Títulos I a V de este Libro estando bajo su control efectivo, y omitiere denunciarlo de inmediato ante la autoridad competente para la investigación o persecución de esos hechos, u omitiere investigarlos y sancionarlos por sí mismo, si tuviere competencia para ello, será penado con prisión de UNO (1) a SEIS (6) años”.

La responsabilidad del superior se establece también por omisión en tanto se castiga el incumplimiento del deber de supervisión de los subordinados,

por no denunciar, prevenir, investigar o sancionar (medidas preventivas o represivas según el caso y dependiendo del marco de la competencia asignada al superior), la comisión de esta clase de delitos tipificados en los Títulos I a V del Libro III. La omisión contraria al deber es el fundamento de la responsabilidad penal.

En esta clase de escenarios se dificulta la prueba de la intervención directa en los hechos. Por ello, la figura de la responsabilidad del superior sirve para criminalizar conductas que de otra forma quedarían impunes.

En el marco del sistema diferenciador de intervención delictiva que allí se recepta, la figura de responsabilidad del superior puede calificarse como una forma de intervención *sui generis*, autónoma. Así, Kai Ambos señala que no es una forma de participación en los hechos que ejecutan otros, sino tipos autónomos (el superior es responsable, como autor, de los crímenes ejecutados por sus subordinados, con pena diferenciada, inferior a la de aquéllos, que los cometen como ejecutores).

En cambio, Gerhard Werle considera que son formas menos graves de participación en los hechos de otros.

En el supuesto de que la omisión del superior pueda ser objeto de subsumición en alguna de las formas de participación en los delitos en que han intervenido otros sujetos (aún para los que estamos en contra de la omisión impropia no escrita; piénsese en una participación por omisión que es unánimemente aceptada), tendrá preferencia la forma de responsabilidad de intervención directa en el hecho. En el tratado de Roma art. 25, en el Proyecto, en las reglas generales de los arts. 45 y ssgtes. del CP.

## 9) FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

En la fundamentación de la responsabilidad del superior entran en juego tres elementos: a) debe existir una relación de superior-subordinado; b) el superior debe saber o ignorar de forma imprudente que el subordinado se propone cometer un crimen de derecho internacional o que ya lo ha cometido; y c) el superior debe omitir la realización de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión del hecho delictivo o para perseguir penalmente al autor. Además el art. 28 a) y b) del Estatuto exige que el crimen debió cometerse en razón de no haber ejercido [el superior] un control apropiado.

En cuanto al elemento subjetivo o *mens rea* del superior, existen varios estándares. Uno es de conocimiento de la comisión de los delitos, que el superior haya sido realmente consciente, “hubiere sabido”, “conocía”, que sus subordinados se proponían cometer los delitos, los estaban cometiendo o los habían cometido. Dicho conocimiento no se presume.

Pero además, el mismo texto legal recoge otras modalidades subjetivas, como ocurre cuando “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber...”, y “no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir...”, y “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometido esos crímenes...” y “no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir...”.

Es decir, admite supuestos de dolo eventual, de negligencia o culpa con y sin representación y de omisiones, entre las que se destaca la ignorancia deliberada (la llamada *mindful blindness*).

La positivización de los supuestos del art. 28 del Estatuto de Roma, permite superar las discusiones de la dogmática sobre el contenido del elemento subjetivo del agente y evita caer en verdaderos supuestos de responsabilidad objetiva, por falta de sustento legal.

## 10) CONCLUSIÓN

Existen posiciones doctrinales tendientes a aplicar algunos de estos estándares a la responsabilidad corporativa, a los delitos cometidos por sus integrantes desde el seno de las empresas que producen grandes daños a terceros, individuales y colectivos.

Para prevenir conflictos con el principio de legalidad, el acaso y la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo, se propone que si esa fuera la decisión política, se incluyan esas disposiciones en los respectivos textos legales, de una manera precisa y circunscripta a los fenómenos a los que se refiere.

---

# Los delitos contra el orden económico y financiero en el Proyecto de Código Penal\*

**CARLOS JULIO LASCANO**

## I. INTRODUCCIÓN

El progreso técnico y los riesgos crecientes en el mundo globalizado que vivimos han contribuido a una “*expansión y administrativización del Derecho Penal*” en palabras de Silva Sánchez (2001): expansión porque se introdujeron nuevos tipos penales y se agravaron los ya existentes; administrativización, a su vez, porque conductas que antes eran sancionadas administrativamente pasaron a ser delitos penales.

Conforme refiere Hefendehl (2001) “el legislador no ha quedado inmóvil en la llamada sociedad de riesgo y ha creado diferentes amenazas penales en el ámbito de la criminalidad organizada, los delitos económicos, los ambientales”.

La gran crisis financiera internacional del año 2008 –según afirma Foffani (2017)– ha vuelto a poner en primer plano la legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales a través de técnicas de adelantamiento

\* Relato en el panel sobre el proyecto de Nuevo Código Penal II - Parte Especial efectuado el viernes 27 de septiembre de 2019 en el “XIX Encuentro argentino de Profesores de Derecho Penal” y “IX Jornadas Nacionales de Derecho Penal”, organizados por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. El autor agradece la colaboración de su pupila de tesis doctoral, Ab. Sofía Díaz Pucheta, por haberle permitido valerse del proyecto aprobado por el Tribunal de Admisión de la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho de la U.N.C, intitulado *La legitimidad de los tipos penales que protegen el mercado de valores. El riesgo insito*.

de las barreras de punición y la posición del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal Económico.

En la presente ponencia se procurará establecer si es plausible o no la regulación de los delitos contra el orden económico y financiero en el proyecto de Código Penal ingresado al Senado de la Nación en el corriente año. En particular serán objeto de estudio los tipos penales que se enmarcan en el mercado financiero bancario. A su vez, dado el tiempo asignado, esta exposición se restringirá solo al delito de intermediación financiera no autorizada.

Procuraré dar respuestas provisorias a algunos interrogantes: ¿qué aspecto del bien jurídico resguarda el tipo penal analizado?; ¿cómo afectan las conductas tipificadas al bien jurídico?; ¿cuáles son los fundamentos por los que procede recurrir al Derecho Penal en lugar de otras ramas del Derecho?; ¿se pueden adoptar otras medidas no penales para evitar dichas conductas?

## II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Sostiene con acierto Gonzalo Fernández que la dogmática penal le ha atribuido diverso contenido al bien jurídico, ya desde su primitiva asimilación al derecho *subjetivo* –en el planteo pionero de Feuerbach–, considerándolo sucesivamente como un *bien*, un interés, un *principio teleológico de interpretación (ratio legis)*, una *situación, estado o relación*, un *valor funcional* y de raigambre *constitucional*, las *condiciones* de autorrealización y satisfacción de *necesidades* del hombre y del desarrollo de la sociedad, una *síntesis categorial*, la *abreviatura del tipo*, las *pautas de participación social*, etc., entre otras varias acepciones (2004)

Luis Greco (2001) resume que principalmente se debaten dos posturas. Desde una concepción *monista o personal*, defendida por Hassemer, se sostiene que dicho interés debe partir de los intereses individuales y solo justificar la protección de intereses colectivos en la medida en que refieran a individuos concretos. Por otro lado, desde una posición *dualista* defendida por Hefendehl se considera que dicho interés puede ser tanto individual como colectivo; así, en la definición de bien jurídico en el sentido político criminal, Greco (2004) lo entiende como un valor fáctico y fundamental para

dos dimensiones: la realización personal de los individuos y la subsistencia del sistema social.

De acuerdo con lo expuesto, cabe conceptualizar al orden económico como bien jurídico protegido. Si bien no hay consenso en relación a su alcance, existen dos definiciones principales para describirlo. El *concepto restrictivo* fue adoptado por Eberhard Schmidt y otros. Werget<sup>1</sup> define al orden económico como la “actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía”. Esta definición se basa en una concepción asistencial del Estado y considera como objeto de tutela penal solo el ámbito de la economía que es intervenido por el Estado.

Posteriormente, debido a la creciente economía capitalista y al fracaso del Estado del bienestar, se desarrolló un *concepto amplio* de economía basado en el Estado como simple sujeto de control, defendida por Bajo Fernández y otros. Según Cervini (2008), estos autores consideran que el orden económico abarca “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

La concepción restringida del bien jurídico comprendería las figuras delictivas objeto de mi ponencia, pero excluiría al lavado de activos, ya que éste no necesariamente se comete en un ambiente intervenido por el Estado. Del mismo modo, el orden económico no debería conceptualizarse en su versión amplia porque ésta no abarca la intervención del Estado en la economía, lo que dejaría fuera los tipos penales bajo análisis.

Por ello, cabe concluir que el orden económico debe interpretarse integrando los dos conceptos, como lo hizo David Baigún (2005) para quien no existe un sentido amplio y otro restringido de orden económico, sino que son uno solo: “el bien jurídico orden económico está integrado por tres unidades: producción, distribución y consumo de bienes y servicios, más la permanente intervención del Estado”.

Este tipo de bienes se caracteriza por tener una amplitud tal que no puede ser efectivamente afectado por una conducta particular, razón por la cual constituye un *bien jurídico colectivo* (también llamado *supraindividual*), ya que todas las personas participan en el orden económico, sin poder excluir a las demás y sin que se pueda dividir dicho sistema entre los miembros de la sociedad que participan en él. Coincidimos con Hefendehl

1 Citado por CERVINI (2008).

(ob. cit.) quien expresa que los bienes jurídicos colectivos solo pueden ser protegidos a través de tipos penales de peligro abstracto.

Según afirma Nicolás Guzmán (2014), dentro del orden económico se ubica como subsistema el orden financiero configurado por un conjunto de bienes y servicios que se intercambian en un ámbito específico e intervenido por el Estado, que abarca el mercado financiero bancario y el mercado de valores.

Compartimos el pensamiento de Guzmán quien considera correcta la decisión de la ley 26.683<sup>2</sup> de incorporar a la Parte Especial del Código Penal argentino el título XIII, denominado “Delitos contra el orden económico y financiero”, e incluir en él nuevas figuras delictivas y trasladar otras viejas. *Hasta antes de la ley 26.683, que tipificó el nuevo delito de lavado de dinero y financiación del terrorismo (arts. 303 a 306), no existía en el Código un título con ese nombre, que agrupara los denominados “delitos económicos”. Éstos se hallaban regulados en leyes especiales (lo cual aún es así en ciertos casos, v.gr., ley penal tributaria 24.769, ley penal cambiaria 19.359) o en otros códigos (v.gr., el Código Aduanero), o bien estaban incluidos en el Título XII del Código Penal, de los “Delitos contra la fe pública” (ob. cit.).*

En el Código Penal actual el orden económico y financiero constituye un bien jurídico *mediato*; mientras que el buen funcionamiento, rectitud y transparencia del sistema financiero bancario es el bien jurídico *inmediato* que sirve para proteger el preponderante.

En la exposición de motivos del Anteproyecto de Código Penal de la Nación de la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/12), presidida por Eugenio Raúl Zaffaroni, integrada por León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, en la que actuaron como Secretario Julián Álvarez y como Coordinador Roberto Manuel Carlés, se expresa que el Libro Segundo o Parte Especial es el que conserva en la medida de lo posible más disposiciones de la legislación vigente, cuando no han traído inconvenientes prácticos y jurisprudenciales. El Título VIII “Delitos contra el orden económico y financiero”, mantiene la rúbrica introducida al Código Penal por la ley 26.683. En seis capítulos, que incluyen los artículos 164 a 179, se sistematizan aquellos

2 B.O. 21/06/2011.

delitos en forma más racional y completa que en el actual ordenamiento penal. Este ponderable esfuerzo no cristalizó en un proyecto elevado al Congreso de la Nación.

El lunes 25 de marzo de este año ingresó al Senado el proyecto de reforma integral al Código Penal de la Nación, elaborado por la comisión creada por el decreto 103/2017 del Poder Ejecutivo Nacional, presidida por Mariano Hernán Borinsky, la cual empezó su trabajo en febrero de 2017 y lo culminó en junio de 2018 con el Anteproyecto elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que –sin haber sido objeto de modificaciones– constituye el texto que se encuentra a consideración del Poder Legislativo.

Su Título XIII “Delitos contra el orden económico y financiero” comprende cinco capítulos, a saber: 1. De los fraudes al comercio y la industria; 2. Lavado de activos, 3. Del pago con cheques sin provisión de fondos. 4. Delitos en el mercado financiero. 5. Otros delitos contra el orden económico y financiero. Compartimos lo expresado por Fernando Córdoba y Patricia Ziffer, integrantes de la comisión, en las disidencias respecto de la Parte Especial: *Il.m. en el caso de los delitos contra el orden económico y financiero proponemos otra sistematización de los contenidos nuevos y de los ya existentes, y disentimos asimismo en la formulación de varias descripciones legales, principalmente en las correspondientes a los delitos de corrupción entre privados, lavado de dinero y los delitos en el mercado financiero. En esta ocasión solo podré ocuparme de alguno de estos últimos.*

### III. EL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA

A los fines de nuestra intervención solo interesa el orden financiero, mediante el cual se protege el adecuado funcionamiento del sistema financiero constituido por el mercado del crédito monopolizado por las figuras societarias específicamente reguladas por la ley de Entidades Financieras n° 21.526. Explica GUZMAN: No se trata únicamente de una tutela del orden económico en sí mismo, pues en el caso de este delito... se pueden constatar otros bienes que también son objeto de protección por medio de la prohibición penal: así resulta claro que impidiendo la intermediación en el crédito sin autorización se tiende además a la protección del público

inversor en general, para evitar que sus ahorros sean captados por organizaciones desreguladas y que operan por fuera de todo control y supervisión (ob. cit.).

Antes de entrar en vigencia la ley 26.733<sup>3</sup>, conductas como las reguladas en el art. 310, primer y tercer párrafos C.P., constituían meras infracciones administrativas previstas en la ley 21.526 de Entidades Financieras, cuyas sanciones eran aplicadas por el Banco Central de la República Argentina (art. 41). En ese contexto, el art. 6° de la ley 26.733 ordenó incorporar al Código Penal la figura básica de *intermediación no autorizada entre la oferta y la demanda de recursos financieros* como artículo 309, que en su primer párrafo prescribe: «Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, multa de dos a ocho veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente»; luego mediante Decreto n° 169/2012<sup>4</sup> se renumeró el articulado del Título XIII del C.P. relacionado a los delitos contra el orden económico y financiero y el citado precepto legal fue nominado como art. 310 del C.P.

La intermediación financiera es un elemento normativo del tipo básico que se describe como “la actividad financiera conformada por medio de la captación habitual y pública de fondos de terceros, unidos o no a los propios, pero que se los utiliza como tales, y su posterior colocación” (esta última puede darse a través de mutuos, tarjetas de crédito, etc.) (RECIO, 1989).

1. La *actividad* comienza con la *captación de recursos financieros* de personas indeterminadas, efectuando luego una interposición lucrativa en el crédito entre un oferente de ese recurso financiero y el demandante del mismo. Las exigencias de la *habitualidad* y *profesionalidad* se desprenden del tipo objetivo que prevé la configuración de la conducta como “actividad”, la cual debe entenderse en el sentido de reiteración más o menos prolongada en el tiempo de los negocios, su sistematicidad, su permanencia sin intermitencias, el fin de lucro o la expectativa de su obtención en los

3 B.O. 28/12/11.

4 B.O. 6/2/12.

negocios realizados y la existencia de medios predispuestos adecuados para la realización de actos de la misma especie.

2. La captación de fondos debe estar dirigida al público en general, indeterminado. La clave para la configuración típica es que en el giro del intermediario exista una renovación continua y sostenida tanto de oferentes como de tomadores de crédito, de modo tal que se pueda hablar de *masividad* y de *continuidad* de la actividad.

3. A su vez, se requiere la *publicidad*, por la que se entiende se ofrece el servicio al público en general, con lo que se propone el mecanismo de oferta y demanda de recursos financieros. Sobre esto ha dicho la jurisprudencia al referirse a la infracción a la ley de entidades financieras, antes de la vigencia de la ley 26.733 con iguales requisitos del tipo delictivo, que: “es necesario que la empresa se encuentre a disposición del público en general, indiferenciado, tanto para recibir los fondos necesarios como para conceder créditos. Es la indeterminación de los futuros contratos y contratantes lo que le da carácter público a la oferta y la demanda” (CN-Cont. Adm., Sala IV, 23/8/10 “Préstamos S.A. y otros C. B.C.R.A.”, causa 12.498/01, entre otras). La clave para la jurisprudencia especializada es que los aportantes de recursos sean “terceros” respecto a la organización que realiza la intermediación no autorizada. Esta exigencia del tipo delictivo básico no debe ser confundida con la agravante dispuesta en el párrafo 3° del art. 310 C.P. para los casos en que el ofrecimiento se canalice a través de medios de difusión masiva.

Una vez captado el recurso financiero, el sujeto activo procede a *otorgar créditos o préstamos personales y empresariales*, actividad financiera para la cual no se encuentra autorizado. El intermediario capta los recursos para sí, a nombre propio, y los otorga a terceros por su cuenta y riesgo. Jurídicamente existen dos operaciones distintas, que no se pueden concebir calzadas entre sí (a un depósito le corresponde un crédito otorgado por el mismo monto a otro tercero diferente al depositante). Las entidades autorizadas tipifican su actividad encauzando *dos corrientes de crédito que son inseparables en el ejercicio y funcionamiento de la empresa bancaria y que reaccionan la una sobre la otra: los créditos que el banquero concede a sus clientes repercuten sobre los depósitos, puesto que los clientes suelen disponer parcialmente de los créditos concedidos por el banco, y viceversa, el incremento del volumen de depósitos permite al banco ampliar sus*

*operaciones de concesión de créditos a sus clientes. La conexión teleológica de ambas corrientes de crédito, tiene sin duda una clara trascendencia jurídica* (GARRIGUES, 1975). Surgen así dos responsabilidades diferenciadas por parte del intermediario: por un lado, asume el riesgo de restitución de los recursos captados, a su vencimiento o al requerimiento del depositante. Por su parte, quien presta asume el riesgo de incobrabilidad de los préstamos otorgados utilizando los recursos captados. Entonces el activo principal son los préstamos y el pasivo son los depósitos, con éstos se otorgan préstamos y con estos últimos se restituyen los depósitos.

El tipo delictivo de intermediación financiera no autorizada ha sido configurado como un delito doloso de peligro abstracto, que puede ser cometido por cualquier persona, ya que no requiere un sujeto activo cualificado. Para la sanción penal no se exige la producción de un resultado (beneficio o daño, ni siquiera la creación de un peligro concreto); la mera realización de la actividad marginal produce la consumación delictiva. Según Martín Paolantonio (2012), se requiere dolo directo para configurar el tipo subjetivo. El dolo se agota en la acción de intermediación, sin que quepa exigir a aquélla una finalidad o propósito particular. Por otro lado, no se prevén sanciones por culpa o conducta imprudente

Como consecuencia de lo expuesto, no encuadran en el tipo delictivo analizado la intermediación financiera efectuada de modo esporádico, la obtención de recursos de terceros para realizar actividades propias, la transferencia de recursos financieros propios a través de préstamos a terceros, ni la actuación por cuenta ajena, como administrador, mandatario, representante o apoderado (GUZMAN, ob. cit.).

Corresponde agregar que para intermediar entre la oferta y la demanda de recursos financieros se requiere la autorización emitida por la autoridad de supervisión competente, que según la ley 21.526 es solo el Banco Central de la República Argentina; sin la vigilancia de este organismo no hay control sobre las políticas crediticias del intermediario, resultando imposible detectar e impedir la utilización indebida de los fondos aportados, mediante el empleo del dinero obtenido en las operaciones de “mutuo” para actividades financieras altamente riesgosas, cambio de cheques sin fondos o denunciados, préstamos a tasas de interés elevadas a particulares y empresas, etc. Estas actividades generan el desvío del dinero a espaldas de los inversionistas, como cuando se enmascara bajo la forma de un préstamo y

los recursos pasan a manos de los propios captadores de los depósitos o de personas vinculadas a ellos. Se manifiesta en la “inversión” (casi apuesta de alto riesgo), por parte del sujeto activo en instrumentos financieros de alta volatilidad; así incurre en el delito de intermediación financiera no autorizada el que capta ahorros del público para la adquisición de valores negociables sin la debida autorización. En fin, lo significativo es que no hay manera de controlar la ponderación de riesgo crediticio efectuado por el depositario del dinero. Tampoco hay control sobre la concentración de la cartera de préstamos, los legajos de prestatarios, el exceso de préstamos o su genuinidad, ni la existencia de garantías, etc. Al final, los depósitos terminan por esfumarse y los inversores no recuperan su dinero.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación da importancia a ese rol de control del Banco Central en materia de intermediación financiera, atribuyéndole el rol de “eje del sistema financiero” encargado de reglar “a cierta clase de personas jurídicas que desarrollan una actividad esencial para el desarrollo de la vida económica del país” (CSJN Fallos 308: 418 y 303: 1776). Se halla comprometida la confianza pública en el sistema financiero (CSJN, causa B. 2177.XLII, resolución del 22/02/11 en autos “Banco Hipotecario s/acuerdo preventivo extrajudicial”).

El tercer párrafo del art. 310 C.P., describe un *tipo penal agravado* respecto de los delitos de intermediación financiera no autorizada (primer párrafo de dicho texto legal) y de captación ilegal de ahorros del público en el mercado de capitales e intermediación no autorizada para la adquisición de valores negociables (segundo párrafo del mismo texto): “El monto mínimo de la pena se elevará a dos años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva”.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba –integrado por los jueces José Fabián Asís, Jaime Díaz Gavier y el suscripto– el 27 de junio del corriente año en la causa conocida como “CBI” ha aplicado por primera vez en el país el tipo delictivo agravado de los párrafos 1° y 3° del art. 310 C.P., al condenar a distintas personas físicas que, por intermedio de la persona jurídica Cordubensis S.A., realizaron –con habitualidad, profesionalidad, masividad, continuidad y carácter público– una serie de

servicios tales como consultoría financiera; préstamos personales y empresariales con su correspondiente financiamiento; descuentos de cheques –operación consistente en la compra de cheques a un valor inferior al de su libramiento–; caución de cheques en garantía de operaciones financieras; y captación de ahorros del público mediante operaciones de depósito a plazo fijo simulando contratos de “asistencia financiera” o “mutuos”; todas operaciones para las cuales aquella empresa no se encontraba autorizada por el Banco Central. En atención a la publicidad efectuada por los responsables de Cordubensis S.A., tanto en sus locales, los cuales se hallaban en un importante centro comercial y en plena zona financiera de la ciudad de Córdoba, con visibles carteles identificatorios; como la difusión efectuada en distintos medios de comunicación (folletos y estática en vehículos de Turismo Competición 2000), el tribunal consideró aplicable el tipo calificado del art. 310, tercer párrafo C.P.

El proyecto de reforma integral al Código Penal de la Nación, elaborado por la comisión creada por el decreto 103/2017 del Poder Ejecutivo Nacional, en el capítulo 4 (“Delitos en el mercado financiero”) del título XIII (“Delitos contra el orden económico y financiero”), regula el delito en estudio en el art. 309, con el siguiente texto: “Se impondrá prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, multa de DOS (2) a OCHO (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta SEIS (6) años: 1°) Al que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente. ... Si se hubieren utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva, el mínimo de la pena de prisión se elevará a DOS (2) años”. Se puede advertir que esta redacción es similar a la del Código Penal vigente y que la pequeña diferencia del último párrafo es útil para dejar en claro que el mínimo que se eleva para el tipo agravado se refiere a la pena de prisión y no a la pena conjunta de inhabilitación especial.

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2014, en el Capítulo VI (“Delitos contra los mercados financieros”), Título VIII de la Parte Especial (“Delitos contra el orden económico y financiero”, regulaba: “ARTÍCULO

176. Intermediación y captación irregular o no autorizada. 1. Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, multa de NOVENTA (90) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días e inhabilitación hasta CINCO (5) años, el que por cuenta propia o ajena realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin autorización de la autoridad. ....3. El mínimo de la pena de prisión será de DOS (2) años cuando se hubieren utilizado publicaciones periodísticas, electrónicas, transmisiones radiales o de televisión o cualquier otra modalidad de difusión masiva. 4. No configuran los delitos de este artículo las conductas que en total no superaren el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos, vitales y móviles”. Es interesante destacar que en este Anteproyecto bajo la denominación de “inhabilitación”, solo se contempla una pena similar a la actual inhabilitación especial.

La exposición de motivos expresaba: “Corresponde al vigente artículo 310º, con modificaciones menores en el inciso 1º se fija una pena de multa; en el inciso 2º se suprime la intermediación financiera por considerarla redundante; en el inciso 3º se simplifican los ejemplos. Se introduce en el inciso 4º un monto mínimo, para evitar considerar casos de menor significación”.

Concluyo que en materia de delitos contra el orden económico y financiero la redacción del Anteproyecto 2014 es superadora del texto de la legislación vigente y que hubiera sido una expresión de prudencia legislativa haber sido tenido en consideración por la comisión reformadora designada por el decreto n° 103/2017, porque –como lo entiende José Daniel Cesano (2019) –aquel anteproyecto fue elaborado “por una comisión cuya constitución reflejaba una amplia representación del arco político, por entonces opositor. De hecho, uno de los miembros de aquella es el actual vicepresidente provisional del Senado Argentino, Federico Pinedo”. Como argumento adicional en favor de lo propuesto por el Anteproyecto 2014, se señala que la comisión que lo elaboró tuvo la virtud de abrirlo a la consulta de expertos, grupos, instituciones, etc., a diferencia del Anteproyecto 2018 en el cual no hubo una instancia formal que habilitase una ronda de opiniones tras la culminación del texto.

## BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación, (2014) Buenos Aires: Infojus, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina (2018) Buenos Aires: Eudeba.
- BAIGÚN, David (2005) *El bien jurídico orden económico*, en “Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier”, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CERVINI, Raúl (2008) *Derecho penal económico. Perspectiva integrada*, “Revista de Derecho”, Universidad Católica del Uruguay, 2008.
- CESANO, José Daniel (2019) *Los usos del Derecho Comparado en la reforma penal. Reflexiones a propósito del Anteproyecto de Código Penal Argentino elaborado por la Comisión designada por Decreto 103/2017*, “Nuevo Foro Penal”, 92 (2019).
- FERNÁNDEZ; Gonzalo D., (2004) *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- FOFFANI, Luigi (2017) *Evolución histórica y perspectivas futuras del Derecho Penal Económico europeo*, en “Estudios de Derecho Penal – Homenaje al profesor Santiago Mir Puig”, Coordinadores Jesús-María Silva Sánchez, Joan Josep Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo y María Teresa Castiñeira Palou. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- GARRIGUES, Joaquín (1975) *Contratos Bancarios*. Madrid: Imprenta Aguirre.
- GRECO, Luis (2001) *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?*, “Revista de Concorrência e Regulação”, ano II, Portugal: Coimbra.
- GRECO, Luis, (2004) *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato*, “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, 49.
- GUZMÁN, Nicolás (2014) *Delitos en el mercado financiero*. Buenos Aires: Hammurabi.
- HEFENDEHL, Roland, (2001) *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, “Anales de Derecho”, n° 19, Universidad de Murcia.
- PAOLANTONIO, Martín E. (2012) *Derecho penal y mercado financiero: ley 26.733*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- RECIO, José - VILLER, Julio (1989) *El Banco Central y la intermediación financiera. Límites de su competencia*, Buenos Aires: Depalma.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001) *La expansión del derecho penal económico. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

---

# Leyes de amnistía y delitos políticos<sup>1</sup>

**EUGENIO C. SARRABAYROUSE\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Los últimos intentos de reforma del Código Penal han mantenido, con mayor o menor alcance, a la amnistía como una forma de extinción de la acción penal.

Así, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación elaborado por la Comisión de Reforma, creada por decreto PEN 678/12 y presidida por Eugenio Raúl Zaffaroni, proponía en el art. 46, b, que la acción penal se extinguirá "...por la amnistía...". Luego, el art. 47 fijaba: "...Salvo en los casos en que no fuere admisible conforme a la Constitución Nacional o el derecho internacional, la amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares...". Por su parte, el proyecto de Código Penal presentado en 2019, ahora por la Comisión Redactora presidida por Mariano Borinsky (decreto PEN 103 / 2017) siguió el modelo tradicional y en su art. 59 establece: "...

\* Es muy difícil expresar en palabras mi cariño y gratitud al "Bebe" Righi. En los años que tuve el privilegio de conocerlo, siempre estuvo dispuesto al consejo amable, la indicación certera y a brindar su ayuda indispensable. Donde quieras que estés, querido Bebe, gracias por todo lo que me diste.

1 El texto de este artículo se basa, parcialmente, en dos trabajos anteriores: *El derecho penal del primer peronismo y los fusilamientos de junio de 1956*, Revista de Historia del Derecho, Sección Investigaciones, n° 50, INHIDE, Buenos Aires, julio – diciembre de 2015, pp. 131-226; y *El caso "Apablaza" y los delitos políticos. ¿Una categoría en extinción?*, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 20, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 141-191.

La acción penal se extinguirá por: ..2º) La amnistía...”, mientras que el art. 61 propone: “...La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares...”. Estas dos reglas repiten, a la letra, lo que el CP vigente establece en los mismos artículos; siguió así la idea del Profesor Fernando Córdoba de mantener la estructura de aquél para facilitar la tarea de los actores del Derecho penal.

A partir de esta forma de extinción de la acción penal, en este trabajo, nos proponemos analizar, muy brevemente, dos institutos que marcaron la vida de Esteban Righi: las leyes de amnistía y los delitos políticos.

En el caso de las primeras, no trataremos la ley 20.508, del 26 de mayo de 1973, originada en un proyecto del Poder Ejecutivo encabezado por el presidente Héctor J. Cámpora, en base a un texto elevado por los ministros Righi y Benítez. A ella se refirió en distintas oportunidades el mismo “Bebe”.<sup>2</sup> Aquí examinaremos otras leyes de esa clase dictadas a lo largo de la historia argentina para analizar cómo fueron utilizadas y aplicadas.

Las leyes de amnistía no pueden ser entendidas sin comprender, o al menos, examinar, la noción de *delito político*. El objetivo de este trabajo entonces es mostrar cómo se aplicaron en ciertas coyunturas históricas ambos institutos. Ello será la excusa para mostrar *cómo y por qué* los enfrentamientos políticos no deben saldarse por medio del Derecho penal. Y lo más relevante: la manera en que actuó el mismo Esteban Righi como Procurador General de la Nación. Ello nos permitirá, una vez más, apreciar que en sus actos públicos *siempre* ratificó su compromiso incondicional con la democracia y el Estado de Derecho.

## 2. LAS LEYES DE AMNISTÍA

De acuerdo con la doctrina constitucional, la amnistía es una facultad del Congreso Nacional (art. 75, inc. 20, CN) dirigida a obtener la pacificación del país, borrando los rencores propios de los enconos políticos suscitados por revoluciones abortadas o por periodos caracterizados por la persecución

2 Véase, por ejemplo, la entrevista realizada por Gustavo A. Bruzzone y Mario Wainfeld en Gustavo A. Bruzzone (coordinador), *Cuestiones penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 826-828. En ella, el “Bebe” cuenta con detalles el proceso político que desembocó en la sanción de esa ley.

política. Suprime los efectos del delito y de la condena, aunque no deroga la ley penal respectiva. Puede aplicarse tanto a delitos comunes como a políticos, pero éstos han sido los destinatarios preeminentes de su sanción. Entre los requisitos que debe cumplir una ley de amnistía se enumeran que debe ser general, pues no debe beneficiar a individuos determinados; en cuanto a su alcance puede favorecer tanto a condenados con sentencia firme, a los procesados pendientes de condena y, obviamente a los que no hubieran aún sido procesados.<sup>3</sup>

La amnistía forma parte de un ámbito más amplio: el derecho de gracia, que comparte junto con el indulto y la conmutación de penas, aunque estas dos últimas son facultades del Poder Ejecutivo. Con acierto, se habla de un concepto restringido, propio de la esfera penal y otro más amplio, que abarca las leyes que dejan sin efecto otra clase de sanciones o consecuencias de distinta índole, ya sean administrativas, tributarias, laborales o profesionales.<sup>4</sup>

En Alemania, Frank Süß destaca que si bien el tema de la amnistía despertó un interés inusitado a comienzos de la década de 1990, tras la reunificación y a raíz del tratamiento de los delitos cometidos en la República Democrática Alemana, no estuvo acompañado de una discusión profunda del tema. Por lo demás, tampoco existen allí obras que hayan tratado integralmente sus alcances y problemas. Al respecto, tres son los ámbitos que deberían discutirse: el concepto y la fenomenología de la amnistía, la cuestión político-criminal, esto es, si constituye un instrumento de la política desvinculado de cualquier “idea de justicia”, y en qué consiste el derecho de la amnistía.<sup>5</sup>

3 Sobre el concepto y alcance de las leyes de amnistía, dentro de la doctrina constitucional, cfr. María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina*, t. II, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 209 y sigs.; Pablo Ramella, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 727; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, pp. 710 – 711.

4 Cfr. Guillermo Fierro, *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 99; un completo estudio de la evolución legislativa y doctrinaria de las leyes de amnistía en materia penal, puede verse en Jorge de la Rúa, *Código penal argentino. Parte general*, 2ª ed, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1037 – 1051.

5 Cfr. Frank Süß, *Studien zur Amnestiegesetzgebung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, ps. 21 – 28. En Alemania, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se discutió el tratamiento de la responsabilidad de distintos funcionarios del nazismo y, también, particularmente la de los jueces de ese periodo. De allí que algunos autores hablaran

Por su parte, nuestro país, producto de la inestabilidad política y los enfrentamientos internos imperantes durante los siglos XIX y XX, ostenta una larga tradición en el dictado de leyes de amnistía.

En el período anterior a la sanción de la Constitución de 1853, ya se encuentran amnistías dictadas a favor de castigados por delitos políticos. De esta manera, uno de los primeros actos del Primer Triunvirato, el 30 de septiembre de 1811, fue dictar una amnistía general para los confinados por delitos políticos, que habían sido sancionados por la Junta Grande (a la cual el Triunvirato reemplazó). Luego, la Asamblea del Año XIII dictó también una amnistía el 8 de febrero. Además, cabe citar la Ley del Olvido sancionada el 7 de mayo de 1821 por la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos a instancias del gobernador Martín Rodríguez; la amnistía del 4 de diciembre de 1826 dispuesta por el Congreso General Constituyente reunido ese año. Del mismo modo, Juan Manuel de Rosas también dictó una amnistía el 19 de marzo de 1839.<sup>6</sup>

Ya en el periodo constitucional, se sucedieron hasta 1974, 22 leyes y decretos – leyes (dictados por gobiernos *de facto*) que tenían por objeto declarado la pacificación del país: entre ellas, y además de las que ya hemos citado, se destacan las leyes 714 (sancionada el 22 de julio de 1875 y promulgada el 26 de julio 1875), 2310 (sancionada el 28 de agosto de 1888 y promulgada el 1 de septiembre de 1888), 11.626 (sancionada el 27 de septiembre de 1932 y promulgada el 30 de septiembre de 1932), 12.673 (sancionada el 5 de junio de 1941 y promulgada el 19 de junio de 1941), 14.436 (sancionada y promulgada el 22 de mayo de 1958), 20.508 (sancionada y promulgada el 27.05.1973).<sup>7</sup> Tras la última dictadura militar (1976-1983), la

de una “amnistía fría” (juego de palabras vinculado con el enfrentamiento entre Estados Unidos de Norteamérica y la entonces Unión Soviética); cfr. Jörg Friedrich, *Die Kalte Amnestie. NS – Täter in der Bundesrepublik* {La amnistía fría. Autores nazis en la República Federal}, List, Berlin, 2007; del mismo autor, *Freispruch für die Nazi – Justiz. Die Urteile gegen NS– Richter seit 1948. Eine Dokumentation* {Absolución para la justicia nazi. Las sentencias contra los jueces del nazismo desde 1948. Una documentación}, Propyläen Taschenbuch, Berlin, 1998. Sobre el concepto de amnistía en Alemania, cfr. Hans – Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 4ª ed. alemana por José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 832 – 834.

6 Cfr. Oficina Parlamentaria del Congreso de la Nación, *Amnistía Política. Antecedentes Legislativos*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1973, pp. 7 – 16.

7 Un análisis de las distintas leyes de amnistía puede verse en Francisco Hipólito Uzal, *¿Conviene o no las amnistías?*, Revista “Todo es Historia”, año XVII, n° 194, en particular pp. 20 – 40, julio de 1983.

amnistía por “delitos políticos” cobró un nuevo significado. En primer lugar, casi al fin de ese periodo político, el gobierno militar recurrió a una llamada popularmente “auto amnistía” (“ley de pacificación nacional”) que fue dejada sin efecto por el Congreso nacional inmediatamente después de recuperada la democracia.<sup>8</sup> Luego, la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final, sumadas a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos generaron una doctrina según la cual los delitos de lesa humanidad, cometidos por integrantes de un aparato organizado de poder estatal, no pueden ser beneficiados por este tipo de leyes. Se abandonó así una concepción que durante mucho tiempo consideró a las amnistías como actos políticos que no estaban en sí mismos sujetos a revisión.<sup>9</sup>

De esta forma y en relación con la amnistía de los llamados delitos políticos, podemos distinguir dos grandes periodos, delimitados por los crímenes cometidos por la última dictadura militar: a partir de ésta última, se entiende que ciertos delitos, por su gravedad, no pueden ser objeto de amnistía u otra facultad vinculada con el derecho de gracia.

Sin embargo, no todas las leyes de amnistía han sido fruto de la necesidad declarada de pacificar políticamente el país, sino que se las ha dictado en el marco de una política criminal del Estado, donde la descriminalización retroactiva o futura de ciertas conductas aparece como un incentivo para promover determinados comportamientos sociales. Aquí podemos citar dos ejemplos: la ley 24.940 del 19 de marzo de 1998, cuyo art. 1º dispone: “Amnistíase a los viñateros, bodegueros, fraccionadores y demás responsables que hayan incurrido en infracciones a la ley 14.878 y sus normas complementarias y / o reglamentarias, o que no hayan dado cumplimiento oportuno a la obligación de presentar declaraciones juradas

<sup>8</sup> Sobre esta “ley”, véase el trabajo de Julio B. J. Maier, *Amnistía, vigencia del Derecho y ley más benigna*, en *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Palestra, Perú, 2008, pp. 335 - 342.

<sup>9</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Simón, Julio Héctor”, Fallos: 328: 2056 del 14 de junio de 2005; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001.

e informaciones a las que se refiere el art. 24 bis de la citada ley, hasta la fecha de publicación de la presente ley en el Boletín Oficial”.<sup>10</sup>

Otro caso de amnistía fue previsto en la ley 25.401 –que aprobó el presupuesto de gastos y recursos del ejercicio 2001- con respecto a las obligaciones tributarias. El art. 73 de esta ley disponía: “El organismo recaudador estará dispensado de formular denuncia penal respecto de los delitos previstos en las leyes 23.771 y sus modificaciones y 24.679 en aquellos casos donde el Poder Ejecutivo Nacional haya dispuesto regímenes de presentación espontánea en función de lo reglado por el art. 113, primer párrafo de la ley 11.683 (t.o. 1998) y sus modificaciones, en la medida que el responsable de que se trate regularice la totalidad de las obligaciones tributarias omitidas a que ellos se refieran. En los mismo términos estará dispensado el organismo recaudador cuando el Poder Ejecutivo Nacional haya dispuesto regímenes de regularización de obligaciones tributarias. En aquellos casos donde la denuncia ya la hubiera formulado el organismo recaudador, el Ministerio Público Fiscal, procederá a desistir de su pretensión punitiva, una vez verificado que el contribuyente o responsable se haya presentado espontáneamente para regularizar el cumplimiento de sus obligaciones o previsionales omitidas.”

Formuladas estas precisiones sobre las leyes de amnistía, nos abocaremos al análisis de su aplicación en un momento concreto de nuestra historia política.

### 3. LA PRÁCTICA DE LAS LEYES DE AMNISTÍA Y UN PERIODO PARTICULAR DE LA HISTORIA ARGENTINA: EL PRIMER PERONISMO Y LA LLAMADA “REVOLUCIÓN LIBERTADORA” (1946-1957)

Para comprender el contexto político en el cual fueron sancionadas diversas leyes de amnistía en el periodo analizado, conviene realizar algunas precisiones históricas.

<sup>10</sup> La ley 24.940 de “Amnistía para viñateros, bodegueros, fraccionadores infractores de la ley 14.878” se sancionó el 11 de febrero de 1998 y se publicó en el “Boletín Oficial” el 19 de marzo de 1998.

El primer peronismo tuvo ciertas características autoritarias y personalistas que irritaron a la oposición. Durante parte del gobierno de Perón fue difícil expresar ideas opositoras con total libertad, lo que se vio reflejado en las leyes penales de la etapa, endurecidas al compás de la escalada en el conflicto entre peronismo-antiperonismo. En este sentido, las actividades de los partidos políticos estaban muy limitadas, los periódicos opositores encontraban dificultades para editarse y circular.<sup>11</sup> Quizás en este aspecto influyó la formación militar del mismo Perón que le impidió en esa etapa enfocar los conflictos con otra lógica que no fuera la de “amigo - enemigo”, sumada a la intransigencia de los sectores opositores para dirimir la cuestión en la arena política. Todos estos elementos contribuyeron para que gran parte de la oposición visualizara al gobierno peronista como una dictadura autoritaria y a empañar el reconocimiento de los logros alcanzados en otros campos como el social o el económico.<sup>12</sup> A ello se agrega que, desde un inicio, los opositores a Perón lo identificaron con el fascismo y el nazismo, sin admitir, con el transcurso del tiempo, ninguna forma de comunicación; de esta manera, suprimida la política como canal de diálogo para superar los disensos, solo quedó el camino de la insurrección armada para derrocar a Perón.<sup>13</sup>

Cerrados los caminos políticos del diálogo, el primer intento de derrocar a Perón se produjo en septiembre de 1951, que marcó también el inicio

- 11 Un caso paradigmático fue el del periódico “La Vanguardia”, órgano de difusión del Partido Socialista (PS), que sufrió diversas clausuras, motivadas muchas de ellas en inspecciones municipales, de hacienda o judiciales, realizadas en los talleres de su imprenta para encontrar alguna irregularidad (por ejemplo, puede verse la causa que se le siguió por apología del delito de desacato, cuestión de competencia resuelta por la Cámara Federal de la Capital, el 18 de junio 1948; cfr. *Jurisprudencia Argentina*, 1948 - III, pp. 50 - 51); cfr. también Roberto Reinoso (comp.), *La Vanguardia: selección de textos (1894 - 1955)*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1981.
- 12 Cfr. Felipe Pigna (coordinador), Julio Bulacio / Guillermo Cao / Marta Dino / Carlos Mora *Bicentenario. Dos siglos de la historia argentina, A - Z* Editora, Buenos Aires, 2010, p. 180.
- 13 Cfr. María Estela Spinelli, *Los vencedores vencidos. El antiperonismo y la “revolución libertadora”*, Editorial Biblos, Bs. As, 2005, p. 23, donde se señala que tras la victoria electoral del peronismo en 1946, los partidos políticos derrotados concibieron aquel triunfo como ilegítimo pues simbolizaba la adhesión de las masas al fascismo. Esto condujo a desnaturalizar la relación entre el peronismo y los partidos de la Unión Democrática vencidos, ya que se la entendió como una lucha sin cuartel en la cual el enemigo debía ser eliminado.

de un largo y accidentado proceso de gestación de la que se denominó “revolución libertadora”. En efecto, el 28 septiembre de ese año se produjo en Córdoba el alzamiento de tropas del ejército, en lo que constituyó el primer eslabón de una larga cadena de sucesos que terminaron con el derrocamiento de Perón en septiembre de 1955. Encabezadas por el general retirado Benjamín Menéndez y con la participación de los oficiales Alejandro Agustín Lanusse, Rodolfo Larcher y Julio Alsogaray, estos militares contaron con el apoyo de muchos dirigentes políticos de la época, lo que probaría que ya entonces había desaparecido cualquier posibilidad de negociación entre el peronismo y el antiperonismo.<sup>14</sup>

El mismo día del levantamiento, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 19.376/51 que declaró el estado de guerra interno en todo el territorio de la República. Textualmente establecía: “Buenos Aires, 28 de septiembre de 1951. En presencia de un levantamiento de jefes y oficiales del Ejército, movidos por elementos internos y externos, alzados contra el gobierno legalmente constituido, que tiene su origen en comicios unánimemente reconocidos como puros e inobjectables, mancillando las armas que la Nación le confió para su defensa contra los enemigos de la Patria y Considerando: Que se trata de un movimiento contra los derechos del pueblo que pone en peligro la soberanía nacional, las conquistas obreras, encarnados en la posición justicialista del Gobierno. El Presidente de la Nación Argentina decreta: art. 1º: Declárase el estado de guerra interno en todo el territorio de la República. Art. 2º: Todo militar que se insubordine, o subleve contra las autoridades constituidas, o participe en movimientos tendientes a derrocarlas o desconocer su investidura será fusilado inmediatamente...”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Entre los civiles que firmaron la proclama difundida por los alzados en armas figuraron Reynaldo Pastor (Partido Demócrata Nacional), Arturo Frondizi y Mauricio Yadarola (Unión Cívica Radical), Julio A. Noble y Horacio Thedy (Partido Demócrata Progresista), y Américo Ghioldi (Partido Socialista); también se mencionó como parte de la conspiración a Miguel Ángel Zavala Ortiz, diputado radical. El objetivo inmediato del golpe fue impedir la reelección de Perón, habilitada por la reforma constitucional de 1949, y el intenso malestar generado por la candidatura de Eva Perón a la vicepresidencia de la Nación, promovida por la Confederación General del Trabajo; cfr. María Estela Spinelli, *Los vencedores vencidos*, op. cit., pp. 21 - 22. En la nota 2, p. 22, puede verse el texto de la proclama difundida por los golpistas; también en Horacio Verbitsky, *Medio siglo de proclamas militares*, Página 12 – Sudamericana, Buenos Aires, 2006, p. 58.

<sup>15</sup> El texto del decreto puede consultarse en ADLA t. 1951-A, p. 524 ; también en Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, p. 1396.

La ley 14.062 ratificó este decreto y extendió la jurisdicción militar a los civiles que prestaban servicios en establecimientos militares o dependencias militarizadas, con independencia del delito o falta que hubieran cometido.<sup>16</sup>

Otro episodio ocurrió en abril de 1953.<sup>17</sup> Comandos terroristas antiperonistas hicieron estallar bombas en el medio de una manifestación organizada por la CGT en la Plaza de Mayo. Los atentados arrojaron seis muertos y decenas de heridos. Entonces, se acentuó la represión policial y se desataron represalias: fueron incendiadas las sedes del Partido Socialista y del Jockey Club, y el local central de la UCR.<sup>18</sup>

Aquel año no era auspicioso para el peronismo. La crisis económica desatada en 1952, la muerte de Evita, las denuncias de corrupción, entre otros factores, habían debilitado al gobierno. Para fortalecerlo, se había convocado una movilización frente a la Casa Rosada, momento en que se produjo el estallido de las bombas.

Con la intención de pacificar el país, el gobierno sancionó el 18 de diciembre de 1953 la ley 14.296<sup>19</sup>, que disponía una amplia amnistía política, según el siguiente texto:

“Artículo 1º - Concédese amplia amnistía general por delitos políticos cometidos con anterioridad a la presente ley.

Art. 2º - Los beneficios de esta ley serán aplicados a los autores de delitos militares conexos con los previstos en el artículo 1º solo en los casos y en la extensión que determine el Poder Ejecutivo.

Art. 3º - La amnistía no alcanzará a los delitos vinculados con actos de terrorismo realizados con fines políticos.

<sup>16</sup> La aplicación del “estado de guerra interno” por parte del peronismo mereció críticas de la doctrina, pues muchos autores consideraban que se trataba de una figura inexistente en nuestro derecho constitucional o bien, equivalente a la ley marcial, tampoco aplicable.

<sup>17</sup> Por razones de espacio, aquí no trataremos el frustrado movimiento de febrero de 1952 encabezado por el coronel José Francisco Suárez.

<sup>18</sup> Cfr. María Estela Spinelli, *Los vencedores vencidos*, op. cit., pp. 26 - 27. Otras fuentes consignan 5 muertos, 93 heridos, 19 de ellos con lesiones permanentes. Antonio Cafiero, en una columna de opinión aparecida el 3 de junio de 2003 en el diario “La Nación” elevó a 7 el número de muertos.

<sup>19</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 24 de diciembre de 1953.

Art. 4º - Concédese amplia amnistía general a los militantes gremiales que, con motivo de su actuación sindical, anterior al 17 de octubre de 1945, hubieran cometido hechos considerados como delitos, faltas o contravenciones.

Los beneficios de este artículo serán también otorgados a los autores de hechos del mismo carácter realizados a partir de la expresada fecha, en los casos y en la extensión que determine el Poder Ejecutivo...”

Durante el trámite parlamentario, en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, la minoría aconsejó la redacción del siguiente texto:

“Artículo 1º - Concédese amnistía general y amplia a todos los que hubieren cometido delitos políticos y comunes conexos con los políticos, hasta la promulgación de la presente ley. Quedan comprendidos en esta disposición todos los que con motivo de su actuación gremial incurrieron en faltas o contravenciones. Art. 2º - Están igualmente comprendidos en los beneficios de esta ley todos los militares que hubieren incurrido en los delitos a que se refiere el artículo 1º, con el efecto del inmediato reintegro al escalafón respectivo y con el grado y honores que investían en el momento de su separación. Art. 3º - Deróganse todas las disposiciones de la ley 14.062 que establece el estado de guerra interno, y las comprendidas en el decreto nº 536 del año 1945, de represión de delitos contra la seguridad del Estado. Art. 4º - El Poder Ejecutivo dará inmediato cumplimiento a las disposiciones de la presente ley y el Poder Judicial archivará todas las actuaciones pendientes...”<sup>20</sup>

Como puede apreciarse, el proyecto de la minoría planteaba una amnistía más amplia con respecto a los delitos militares conexos, pues en la ley sancionada, solo resultaba aplicable a ellos “...en los casos y en la extensión que determine el Poder Ejecutivo...” (art. 2º). De esta forma, se buscaba incluir en el beneficio a los implicados en las conspiraciones de 1951 y 1952. También limitaba claramente la competencia de aquel poder en el tema: debía cumplirla de inmediato (art. 4º). Además, la ley 14.296 no abarcaba los delitos vinculados con actos de terrorismo realizados con fines políticos.

<sup>20</sup> Cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría, División de Información Parlamentaria, *Amnistía política. Antecedentes legislativos*, Buenos Aires, 1958, pp. 49 - 52.

Del mismo modo, el proyecto opositor contenía otra diferencia de peso: proponía derogar la ley 14.062 y el decreto ley 546 de 1945, que eran cuestionados de manera permanente por los opositores.

La ley dejó en libertad a gran parte de los presos políticos y se levantó el estado de sitio, anunciado como una oferta de reconciliación política por parte del gobierno.<sup>21</sup>

En esta rápida recorrida, llegamos a uno de los momentos más infaustos de este enfrentamiento y que marcó el principio del fin del primer gobierno peronista: los bombardeos de Plaza de Mayo del 16 de junio de 1955.

Sobre este suceso, conviven dos relatos: por un lado, uno de tono épico y heroico, proveniente de aquellos que enfrentaban al peronismo y veían en la desaparición física del líder de este movimiento la única alternativa para tomar el poder. Así, para ellos, los sangrientos bombardeos constituyen un “capítulo” dentro de ese combate; no por casualidad, el historiador Isidoro Ruiz Moreno denomina el ataque a la Plaza de Mayo como *La batalla del 16 de junio*.<sup>22</sup> En la otra vereda, se encuentran quienes consideran este hecho una verdadera masacre, donde se violaron todas las leyes, se asesinó población civil inocente y se estableció el primer jalón de los crímenes de lesa humanidad cuya expresión máxima se alcanzaría con la dictadura militar de 1976-1983.<sup>23</sup>

En esta oportunidad, la conspiración anti-peronista se había tejido con paciencia; sin embargo, el movimiento se precipitó por una delación que obligó a adelantar el ataque. Del mismo participaron la aviación naval, la aeronáutica, tropas de infantería de marina, comandos civiles antiperonistas (como asistentes o franco tiradores), cuadros intelectuales y políticos del nacionalismo. Por su parte, la defensa del gobierno constitucional la protagonizaron fundamentalmente contingentes peronistas convocados por la CGT y el Regimiento de Granaderos a Caballo General San Martín,

21 Cfr. María Estela Spinelli, *Los vencedores vencidos*, op. cit., p. 27.

22 Cfr. Isidoro Ruiz Moreno, *La revolución del 55*, Buenos Aires, Claridad, 2013. Se trata de una narración excelentemente documentada y mejor escrita.

23 Cfr. Gonzalo Leónidas Chaves, *La masacre de Plaza de Mayo*, De la Campana, La Plata, 2005; Pedro Victorio Bevilacqua, *Hay que matar a Perón*, 2ª ed., Ediciones Fabro, Buenos Aires, 2011; Archivo Nacional de la Memoria, *Bombardeo del 16 de junio de 1955*, Unidad Especial de Investigación sobre Terrorismo de Estado, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2010.

encargados de la custodia del Presidente, el Regimiento Buenos Aires y tropas antiaéreas.<sup>24</sup>

La tensión entre el gobierno y la oposición, nucleada tras la Iglesia Católica, había alcanzado su pico más alto el sábado 11 de junio, durante la procesión de Corpus Christi, en la cual, en un incidente nunca aclarado del todo, se arrió y quemó una bandera argentina. Por ese motivo, el gobierno organizó un acto de desagravio para el 16, donde desfilarían aviones a reacción Gloster Meteor de la Fuerza Aérea, con participación de civiles. El jefe de los conspiradores, contraalmirante Sánchez Toranzo, decidió fijar la fecha del golpe; contaba con el apoyo del General Justo León Bengoa, jefe de la III Brigada con asiento en Paraná, Entre Ríos, y la participación de políticos opositores, que formarían una Junta de Gobierno: Miguel Ángel Zavala Ortiz (radical), Adolfo Vicchi (conservador mendocino) y Américo Ghioldi (socialista, exiliado en Montevideo). Esta Junta reemplazaría a Perón inmediatamente después de muerto o depuesto.<sup>25</sup>

El diario *La Nación* en su edición del 18 de junio de 1955 narró el bombardeo de la siguiente forma:

“...Los tres aparatos de la Marina de Guerra que volaban sobre la Casa de Gobierno y el Ministerio de Guerra arrojaron mortíferas bombas sobre la sede gubernamental, sobre la plaza y el elevado edificio del Ministerio de Ejército, en la calle Azopardo. Una de las bombas cayó de lleno sobre la casa de gobierno. Otra alcanzó un trolebús repleto de pasajeros que llegaba por Paseo Colón hasta Hipólito Irigoyen. El vehículo se venció sobre el lado izquierdo, sus puertas se abrieron y una horrenda carga de muertos y heridos fue precipitada a la calle. Una tercera bomba tocó la arista nordeste del cuboide edificio del Ministerio de Hacienda, despidiendo pesados trozos de mampostería. Junto con el mortal estrépito de las bombas prodújose una intensa lluvia de esquirlas y menudos trozos de vidrios. La violencia de la expansión del aire con la explosión provocó la rotura instantánea de centenares de vidrios y cristales en todos los edificios de ese sector céntrico. Al mismo tiempo restallaron los cables rotos de los

<sup>24</sup> Cfr. María Estela Spinelli, *Los vencederos vencidos*, op. cit., pp. 36 - 37.

<sup>25</sup> Cfr. Archivo Nacional de la Memoria, *Bombardeo del 16 de junio de 1955*, op. cit., pp. 25 - 26. Por problemas meteorológicos, el ataque tuvo que retrasarse y comenzó cerca del mediodía.

trolebuses y mientras se oía el brusco aletear de millares de palomas que alarmaban la plaza, se escuchaban los ayes y lamentos de docenas de heridos. Fue un momento de indescriptible y violenta sorpresa. Los cronistas que se hallaban en la Sala de Periodistas de la Casa de Gobierno vieron desplomarse el techo de la amplia oficina. Cayeron arañas sobre la mesa de trabajo y las máquinas de escribir fueron acribilladas con trozos de mampostería y vidrios. Gateando para sortear las nuevas explosiones salieron de la Casa de Gobierno, tropezando con los soldados de la guardia de Granaderos que se precipitaban por los corredores a reforzar las guardias, y se dirigieron al edificio del Ministerio de Ejército, pasando entre coches destrozados, cadáveres yertos, heridos clamantes y ramas de árboles desgarradas”.<sup>26</sup>

Terminado el ataque, el 17 de junio se sancionó la ley 14.409 que establecía el estado de sitio en todo el país.

La causa penal que tramitó por el delito de rebelión también informa el mismo horario de comienzo de los bombardeos: las 12: 40 hs., momento en que se escucharon los estruendos de las primeras bombas, se advirtió el paso de aviones e inmediatamente el tableteo de las ametralladoras.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> La cita ha sido tomada de Archivo Nacional de la Memoria, *Bombardeo del 16 de junio de 1955*, p. 25. Una narración similar realiza Isidoro Ruiz Moreno. Señala que el primer ataque lo protagonizó la Escuadra Aeronaval N° 3, integrada por cinco aviones de bombardeo horizontal, bimotores Beechcraft, armados cada uno con dos bombas de 110 kg cada una. A ellos los seguían otras trece aeronaves monomotores de bombardeo en picada, con ametralladoras y dos bombas de 50 kg cada uno. “Eran las 12: 40. El primero de los Beechcraft derivó ligeramente hacia la izquierda del blanco y cuando salió la primera bomba, impactó de lleno sobre un vehículo de transporte: ‘A través de las computas la vi caer y explotar un trolleybus, que se levantó verticalmente y cayó sobre un costado; era impresionante’, refiere el guardiamarina Miguel Ángel Grondona...”; cfr. Isidoro Ruiz Moreno, *La Revolución de 1955*, op. cit., pp. 191 – 193.

<sup>27</sup> Cfr. el expediente 3744/55 “Averiguación de hechos de rebelión”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Penal Especial N° 2, a cargo del juez (interino) Carlos Augusto Gentile, Secretaría a cargo de Ovidio Fernández Alonso, n° de archivo 10.392, fs. 16: se trata del minucioso informe redactado por el Jefe de la Comisaría 2ª, Comisario Rafael C. Pugliese del 22 de junio de 1955; la investigación estuvo a cargo de la Policía Federal, Dirección de Investigaciones, Comando Político - Social. El relato policial de los hechos señala: “Cuando las informaciones generales indicaban que las fuerzas leales se hallaban cercando el reducto de los insurgentes en el Ministerio de Marina y que hasta las últimas habrían habrían enarbolado bandera blanca de rendición, a las horas 15.33 sorpresivamente aparecen nuevos aviones que bombardean la Casa de Gobierno e inmediaciones, para luego ametrallar la misma zona en distintas evoluciones, causando gran cantidad de víctimas personales y graves daños materiales. Diseminados quedaron numerosos cadáveres de

Tras diversos combates en el Ministerio de Marina, donde se intercambiaron disparos con civiles armados, el ministro, contraalmirante Olivieri rindió el edificio al Ejército.

En un primer momento, el número de civiles muertos durante el ataque según los cálculos policiales era de 180 y alrededor de 800 heridos; la prolija investigación realizada por el Archivo Nacional de la Memoria ubica la cifra de muertos en 308, aunque se aclara que persiste un número incierto de víctimas cuyos cadáveres no pudieron identificarse, consecuencia de las mutilaciones y carbonización causada por las deflagraciones.<sup>28</sup>

Actualmente se sigue discutiendo acerca de la cantidad de muertos y la extensión del ataque. Quienes lo defienden, señalan que se circunscribió a la zona de la Casa Rosada y limitan las víctimas a un número bajo; mientras que quienes sostienen lo contrario, mencionan los muertos ocurridos en lugares muy distantes a la Plaza de Mayo y los ataques finales de la aviación, que arrojó nafta sobre la población civil.<sup>29</sup> Por su parte, Daniel Cichero destaca en un cuadro las disímiles estimaciones con respecto al número de

civiles, quienes encontraron la muerte mientras intentaban buscar refugio en los edificios contra las bombas y metralla. Los aviones se alejan, siempre ametrallando en picada, suponiéndose que volverían luego de reabastecerse de proyectiles...”...Tras un periodo de calma, más o menos a las 17 hs. se produjo una nueva incursión y ataque aéreo, siendo ametrallada especialmente la zona sud de Paseo Colón, teniéndose noticias de numerosas víctimas entre civiles de las proximidades de Méjico, Chile e Independencia, a raíz de que el posible objetivo era completar el ataque al local de la Confederación General del Trabajo...”...Se contaron treinta automotores destrozados o quemados por las ametralladoras o bombas de los aviones; También se hallaron siete bombas sin explotar...”. La policía explicó esta última circunstancia: “En oportunidad de que los técnicos de la Aeronáutica examinaban las bombas sin estallar, explicaron al suscripto de que debido al poco ‘plafond’, los aviones las lanzaron desde baja altura y que por esa circunstancia el dispositivo de espiral contenido en su interior, y el que debe entrar en ignición totalmente para producir la explosión, no alcanzó a consumirse; razón por la cual no funcionaron los percutores.- Cuando ello ocurre, la bomba no puede ser tocada, por que se ignora hasta qué punto ha ardidó el referido espiral, ofreciendo entonces el proyectil grave riesgo, ya que el espiral podría estar quemado a solo poco milímetros del percutor” (cfr. fs. 17 / 18 vta., expediente citado).

**28** La investigación tomó como fuente el registro civil (actas de defunción), familiares de las víctimas, policía federal y CGT. Cfr. Archivo Nacional de la Memoria, *Bombardeo del 16 de junio de 1955*, ps. 135 - 142.

**29** Cfr. Pedro Victorio Bevilacqua, *Hay que matar a Perón*, op. cit., pp. 339 - 343, donde se mencionan cartas publicadas en La Nación enviadas por el autor citado e intercambiadas con Isidoro Ruiz Moreno.

mueritos y heridos, que van de 200 a 2000, según las diversas fuentes y el uso político de las diferentes cifras.<sup>30</sup>

Tras el fracaso de la intentona golpista, los aviadores siguieron vuelo y buscaron asilo en Uruguay: 37 aviones aterrizaron en aeródromos de Colonia, Montevideo y Boiso Lanza.<sup>31</sup> Por la noche, se produjo la quema de iglesias y otros templos católicos, con irreparables pérdidas materiales y culturales, porque se destruyeron archivos de la época de la colonia, de un valor incalculable.

Los bombardeos del 16 de junio de 1955 originaron dos expedientes para juzgar la responsabilidad de los implicados: por un lado, el que instruyó la justicia civil por el delito de rebelión que citamos más arriba; el otro tramitó ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, bajo la carátula "*Contraalmirante D. Aníbal O. Olivieri y o. s/ rebelión militar*", y el n° 1438/55.<sup>32</sup>

Además del contraalmirante Olivieri, también estaban acusados, entre otros, los oficiales de la Marina del mismo rango, Samuel Sánchez Toranzo y Raúl Lynch; los capitanes de navío Mario A. Robbio, Benjamín Moritan Colman, Rubén Américo Martínez Micheli; los capitanes de fragata, Guillermo Jorge Rawson, Francisco Manrique, Jacinto Cueto, Antonio H. Rivolta, Jorge Ángel Mones Ruiz y Asdrúval Cimadevilla. Todos ellos estaban acusados por los delitos de rebelión militar, con excepción de Olivieri y Moritán Colman a quienes se les reprochó "*...no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar la rebelión que presenciare...*". También estaban acusados algunos oficiales de la Fuerza Aérea, como el capitán de aeronáutica Oscar Ángel Barni. En el caso de Rawson, se le reprochó el delito de rebelión militar y la falta disciplinaria de irrespetuosidad. A todos los imputados se les impuso prisión preventiva rigurosa, cumplida en la Penitenciaría Nacional.

30 Cfr. Daniel Cichero, *Bombas sobre Buenos Aires*, Vergara, Buenos Aires, 2005, pp. 161 – 173, en particular el cuadro 10, pp. 163 – 164, donde se vuelcan diferentes testimonios y las cifras que surgen de cada uno de ellos.

31 Cfr. Daniel Cichero, *Bombas sobre Buenos Aires*, op. cit., p. 173.

32 La misma consta de cinco cuerpos y puede consultarse en el Archivo General de la Nación, Fondo CONSUFA. Olivieri designó como defensor al contraalmirante Isaac Francisco Rojas, que poco tiempo después sería uno de los jefes del golpe de septiembre de 1955. En esta causa, también declaró por su actuación en los sucesos de junio, Emilio Eduardo Massera, uno de los integrantes de la Junta Militar que gobernó el país a partir de marzo de 1976.

Para entender el significado de este proceso, no debe perderse de vista que la ley 14.117, sancionada poco después del primer alzamiento militar contra el peronismo, había endurecido la pena de muerte que preveía el Código de Justicia Militar (en adelante, CJM), al eliminar la exigencia de que ella ocurriera ante el enemigo extranjero. De esta manera, la pena de muerte podía aplicarse a los militares que participaban de movimientos armados dirigidos a modificar el orden constitucional.

Pese a la gravedad de lo sucedido el 16 de junio de 1955, esta clase de sanción no se aplicó.

El 10 de agosto de 1955, el Consejo Supremo sentenció la causa. Consideró que el contraalmirante Olivieri no sabía sobre la gestación del movimiento subversivo y que había impartido órdenes para que el Ministerio de Marina “no fuera tomado por civiles”. Se consideró como atenuante que muchas de sus resoluciones las había adoptado bajo el apremio de evitar “...que civiles armados se apoderaran del edificio donde se hallaban numerosos empleados civiles, hombres y mujeres...”.<sup>33</sup> Fue condenado por no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar una rebelión (art. 650, CJM) a la pena de un año y seis meses de prisión y destitución. En cuanto a quien fue considerado el cabecilla, Toranzo Calderón, se lo sancionó por el delito de rebelión militar (art. 642, CJM) con la pena de reclusión por tiempo indeterminado y degradación.<sup>34</sup> Conviene destacar que la fiscalía había pedido la aplicación de la pena de muerte para Toranzo Calderón y su defensa había planteado su inconstitucionalidad pues vulneraba los derechos consagrados en el art. 29 de la Constitución Nacional

**33** Este atenuante aparece tanto con respecto a Olivieri como Sánchez Toranzo, cfr. considerandos 11 y 27 de la sentencia.

**34** Con respecto a la aplicación de la pena de muerte, se dijo: “Que si bien el art. 643 inciso 1º del CJM prevé como sanción aplicable la pena capital, en presencia del imperativo del art. 583 del mismo Código el cual establece que se aplicará la pena inmediata inferior cuando concurrieren prevalentemente circunstancias atenuantes, cuya existencia ha sido declarada por el Tribunal, este aprecia que en definitiva la pena a aplicar es la de reclusión por tiempo indeterminado sin que por ello se altere la aplicación de la pena conjunta de degradación, puesto que la variante en cuanto a la pena corporal que ha consagrado el artículo 583 solo a ella se refiere sin que por ello se modifique el carácter que la ley atribuye a quienes lo cometen en la categoría de promotores o cabecillas, condición que ha quedado acreditado respecto al encausado”; véase la fs. 32 del cuerpo del expediente 1438/55 que contiene la sentencia.

de 1949, en cuanto declaraba abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas.

El capitán de fragata Guillermo Jorge Rawson fue condenado por el delito de rebelión militar y la falta disciplinaria de “irrespetuosidad” a sus superiores (arts. 642, y 213, I del CJM respectivamente) a la pena de reclusión por tiempo indeterminado más la accesoria de destitución, con la atenuante del art. 515, inc. 5° CJM (buena conducta durante el servicio con anterioridad al hecho juzgado).

Mientras tanto, en la causa que tramitaba en la justicia civil, la investigación se orientó hacia quienes se presumía habían participado del intento.<sup>35</sup>

La causa finalizó con la aplicación de la amnistía dictada por medio de dos decretos-leyes al poco tiempo de derrocado el primer peronismo, como se verá en el punto siguiente.<sup>36</sup>

Pese a los intentos del peronismo, ya no hubo retorno en el enfrentamiento con la oposición.

El gobierno ofreció una política de convivencia, modificó el gabinete, derogó el estado de sitio (ley 14.416 del 10.08.1955), propuso posponer la convocatoria a elecciones para reformar la Constitución, y reconoció el fin de la revolución peronista y el inicio de una nueva etapa. Sin embargo, la opinión pública fue sacudida por la desaparición de un dirigente del partido comunista, el médico Juan Ingalinella.<sup>37</sup> El 30 de agosto, Perón pronunció un duro discurso, donde prometió represalias contra los enemigos del gobierno.

Un nuevo levantamiento se produjo el 16 de septiembre de 1955 que, pese a la inferioridad en fuerzas, logró imponerse.

<sup>35</sup> Entre los acusados, figuraban Miguel Ángel Zavala Ortiz, David Michel Torino, Santiago Israel Nudelman, Américo Ghioldi, Adolfo A. Vichi, Mario Octavio Amadeo y Raúl Lamuraglia, entre otros. También aquí se consideró que existía una “línea histórica” entre el levantamiento de septiembre de 1951, el frustrado movimiento de febrero de 1952 encabezado por el coronel José Francisco Suárez y los atentados de abril de 1953.

<sup>36</sup> Luego que la “Revolución Libertadora” tomara el poder, el Ministerio de Marina pidió copia de la declaración de los testigos de esta causa, “...para complementar la investigación que se está efectuando sobre la actuación de algunos suboficiales en los sucesos revolucionarios...” (fs. 1638), es decir, la conducta de aquéllos que habían permanecido leales al gobierno constitucional.

<sup>37</sup> Cfr. María Estela Spinelli, *Los vencedores vencidos*, op. cit., pp. 41 - 45; también, Osvaldo Aguirre, *El crimen de Ingalinella*, revista “Todo es Historia”, n° 455, junio 2005, pp. 6 - 16.

Ya el 19 de septiembre quedaban solo dos focos rebeldes: Córdoba y Bahía Blanca, además de la Marina de Guerra que en su totalidad se había sublevado. En ese momento, los generales encargados de la represión recibieron de manos de Perón el encargo de pacificar el país, que fue interpretado como una renuncia. De esta manera, llegó a su fin el primer gobierno peronista.

Comenzó, entonces, un nuevo capítulo en la historia argentina y en particular de su derecho penal.

#### 4. LA LLAMADA “REVOLUCIÓN LIBERTADORA”: LOS DECRETOS-LEYES EN MATERIA PENAL Y LA PERSECUCIÓN DEL PERONISMO

Según informa Arturo Sampay, el 20 de septiembre de 1955 se llegó a un pacto entre los representantes del “Comando Revolucionario” que se habían levantado contra el gobierno de Perón y la Junta Militar conformada por el mismo presidente para pacificar el país.

El acuerdo quedó plasmado en el “acta n° 1 de la Marina de Guerra en operaciones que registra el pacto entre las fuerzas militares leales al gobierno constitucional y las fuerzas militares insurrectas”.<sup>38</sup>

Eduardo Lonardi asumió como presidente provisional de la Nación el 23 de septiembre de 1955, comenzando entonces el gobierno de la autodenominada “revolución libertadora”. Su mandato concluyó abruptamente el 15 de noviembre del mismo año, cuando fue reemplazado por el general Eugenio Aramburu.

Al asumir el cargo, Lonardi pronunció un “discurso programa” y tras designar a los ministros que lo acompañarían, dictó el decreto 42 por el cual asumía facultades legislativas.

Desde el punto de vista jurídico, una de las características del período que comenzó el 16 de septiembre de 1955 es la aparición de gran cantidad de artículos y opiniones sobre los poderes revolucionarios, en general favorables al nuevo gobierno; sin embargo, a poco que las medidas

<sup>38</sup> Cfr. Arturo Sampay, *Las constituciones de la Argentina (1810 / 1972)*, op. cit., ps. 553 - 554. En la nota al pie se indica que el acta fue publicada en el periódico *Resistencia popular*, semana del 2 al 8 de abril de 1957, y publicado además en el Diario de Sesiones de la Junta Consultiva (Reforma Constitucional - Debate), Buenos Aires, 1957, ps. 198 - 199.

adoptadas se profundizaron (por ejemplo, con la derogación de la reforma constitucional de 1949 mediante una proclama) surgieron mayores y profundas polémicas.

Una de esas discusiones giró en torno a la facultad legislativa que había asumido el gobierno de Lonardi, que se prolongó hasta la década de 1970, al compás de la inestabilidad institucional de nuestro país, que alternó desde entonces gobiernos *de facto* y *de jure*.<sup>39</sup>

Tras esta asunción de potestades legislativas, el nuevo gobierno dictó una verdadera catarata de reglas destinadas no solo a desmontar el régimen jurídico establecido durante el primer peronismo sino a regular los ámbitos más disímiles. Para mostrar este verdadero *furor legislativo*, según la crítica de Rafael Bielsa, basta señalar que hasta el 30 de diciembre de 1955, en poco más de tres meses, se dictaron la friolera de 8.335 decretos - leyes y 8.333 decretos.<sup>40</sup>

En lo que aquí interesa, el decreto - ley 63, dictado el 26 de septiembre de 1955 (Boletín Oficial del 29 de septiembre de 1955), dispuso la amnistía

<sup>39</sup> Crítico de los decretos - leyes, Pablo A. Ramella, *Derecho constitucional*, 1ª ed., op. cit., pp. 654 - 655, que comparó el comportamiento de la Corte Suprema en 1943 y 1955, resaltando que en este último periodo, el máximo tribunal le permitió al gobierno de facto "...expandirse fuera de los moldes constitucionales, con lo que se le dio amparo judicial a la arbitrariedad..." (p. 656); Bielsa, por su parte, objetó el "furor reformador de la legislación": "...pocas veces se ha visto en nuestra historia legislativa y administrativa mayor número de leyes y decretos que en el período de los diez años últimos. Solamente ha sido superada esa fecundidad 'normativa' por el último gobierno de facto, que dictó miles de decretos, la mayor parte de ellos - es obvio decirlo - innecesarios, aun considerada la emergencia, o sea, la llamada 'revolución' (palabra que convendría eliminar de la terminología oficial por su evidente impropiedad y descrédito)..." (cfr. Rafael Bielsa, El poder reglamentario y la libertad en el orden constitucional, La Ley, t. 81, p. 685). Dumm aceptaba expresamente el ejercicio de facultades legislativas por el gobierno instalado en 1955: "En cumplimiento de sus fines, el gobierno de facto, legisfera" (Raúl E. Dumm, Facultades legislativas del gobierno de facto, Jurisprudencia Argentina, t. 1957 - I, pp. 149 - 154; del mismo, Poderes de la Revolución, La Ley, t. 80, pp. 806 - 808. En este tema, es fundamental el dictamen de Enrique Bacigalupo como Procurador del Tesoro de la Nación, redactado muchos años después: véase Validez de las normas del gobierno de facto después de la elección de las autoridades constitucionales. Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, doctor Enrique Bacigalupo, El Derecho, t. 48, pp. 867 - 870; del mismo autor, Algo más sobre la derogación de la legislación de un gobierno "de facto", El Derecho, t. 49, pp. 990 - 992; Genaro Carrió, Sobre la legislación "in extremis" de los gobiernos de "facto", El Derecho, t. 50, pp. 129 - 134.

<sup>40</sup> El número se calcula de acuerdo con la publicación en ADLA, t. XVI - A, 1956, pp. 88 y 91; el número exacto debería obtenerse de la compulsas del Boletín Oficial.

para todos los condenados por delitos políticos, militares, y comunes conexos durante el gobierno del primer peronismo, según el siguiente texto:

“Art. 1°- Amnistíase en forma amplia y general a todos los que hubieran sido condenados por delitos políticos y comunes conexos con aquellos, desde el 4 de junio de 1946 hasta la fecha del presente decreto-ley y también a quienes hasta el 16 de junio del corriente año hubieran sido procesados por las mismas causas.

Art.2° Concédase idéntico beneficio a todo personal militar de las fuerzas armadas de la Nación que a partir del 4 de junio de 1946 hubiere sido condenado por la justicia militar o sancionado en virtud de pronunciamientos de Tribunales de Calificación Especial a penas o sanciones que aparejaran la destitución, la baja por rebeldía o la simple baja, por atribuírsele la comisión de ‘Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional’ (título II, libro II, tratado III del código de justicia militar) o infracciones disciplinarias que se vinculen con aquéllos”.

Art. 3°- Concédase idéntico beneficio que el indicado en el artículo precedente al personal de las fuerzas de seguridad, federales o provinciales, que se encuentren en análogas situaciones.

Art.4°- Deróganse todas las disposiciones legales o reglamentarias que se opongan al al cumplimiento del presente decreto-ley.

Art. 5°- Dése cuenta oportunamente al Honorable Congreso de la Nación...”

Como puede apreciarse, la regla *de facto* no alcanzaba a los procesados por los sucesos del 16 de junio de 1955, en particular a los procesados civiles. Por esta razón, ya en la presidencia Aramburu, el 21 de noviembre de 1955 se dictó el decreto - ley 3433 que decía:

“Considerando: Que la finalidad del decreto 63/55 es comprender en la amnistía amplia y general a todos los que hubieren sido procesados o condenados por delitos políticos y comunes conexos con aquéllos, desde el 4 de junio de 1946; Que esa amnistía se refiere exclusivamente a los procesados y condenados como consecuencia de su actividad política en oposición al régimen de puesto por la Revolución Libertadora, siendo justo que dicha amnistía alcance a todos los ciudadanos en esas condiciones. Por ello, el Presidente provisional

de la Nación Argentina, en ejercicio del Poder Legislativo, decreta con fuerza de ley: Art. 1° - Aclárase el decreto 63/55 y amnistíase en forma amplia y general a todos los que, como consecuencia de su actividad política en oposición al régimen depuesto por la Revolución Libertadora, hubieren sido procesados o condenados por delitos políticos y comunes conexos con aquéllos, desde el 4 de junio de 1943 hasta el 16 de septiembre, inclusive...”.

Estos decretos-eyes o leyes *de facto* presentan varias peculiaridades: en primer término, por primera vez en la historia institucional argentina se incluyeron los delitos comunes conexos como objeto de la amnistía; luego, el segundo decreto-ley citado redujo los alcances del perdón a los opositores al primer peronismo, con lo cual resultaban “...dudosos el requisito de la generalidad y el propósito de olvido...”, propios de una amnistía. Del mismo modo, otro decreto-ley (el 6009 del 4 de abril de 1956) dispuso por primera vez en la historia argentina la indemnización del quebranto patrimonial producido a los beneficiarios de la amnistía, “...ordenando la liquidación íntegra de los haberes del personal militar que hubiera sido privado de su libertad o, por sanciones, de todo o parte de los mismos, extendiendo el beneficio a los herederos...”.<sup>41</sup>

Dentro de los anales legislativos de la época es posible encontrar un decreto fechado el 21 de septiembre de 1955 y publicado en el Boletín Oficial de Tucumán el 11 de enero de 1956, suscripto por Lonardi y el almirante Rial. En él se decía: “Atento a que en muchas cárceles del país se encuentran presos políticos de la más variada condición, miembros de las Fuerzas Armadas y civiles, entre los cuales puede señalarse de modo muy especial a los Oficiales de la Marina de Guerra y Aeronáutica Militar que el 16 de junio pasado realizaron los actos preliminares de la Revolución que la Providencia ha permitido completar más tarde; Que esos presos políticos, en su mayor parte, no han realizado otro delito que el de armar su brazo en defensa de la Constitución y las leyes o propagar principios de amor a la libertad y al decoro ciudadano: ...”. Por estas razones, se ordenaba a los

<sup>41</sup> Cfr. Alberto S. Millán, *Amnistía penal*, op. cit., pp. 23 – 31. En el mismo sentido, Alfredo Vítolo señala que se trató de una amnistía para los vencedores, “...*mientras que su contracara fueron las medidas que se dictaron expresamente para los vencidos...*”; cfr. autor citado, *Amnistías políticas argentinas*, Desmemoria, Buenos Aires, 1999, pp. 190 y sigs.

directores de los establecimientos carcelarios, policiales o de cualquier otra clase, poner en libertad a esos detenidos.<sup>42</sup>

El decreto-ley 4864, del 6 de diciembre de 1955 (Boletín Oficial del 30 de enero de 1956) derogó las leyes 14.036, 14.128, 14.131 y las declaraciones aprobadas por ambas Cámaras del Congreso el 7 de mayo de 1952, por las que se otorgaban a Perón el título de Libertador de la República, a Evita el de Jefa Espiritual de la Nación, declaraban monumento histórico el edificio del Ministerio de Trabajo, consagraban al justicialismo las semanas comprendidas entre los días 14 y 20 de octubre de todos los años y atribuían a la República Argentina los caracteres de una Nación Justa, Libre y Soberana. Según los considerandos del decreto ley, "...actos semejantes caen bajo la execración del terrible anatema constitucional –escrito con la 'sangre de nuestros hermanos' , al decir de José Manuel Estrada–, que sujeta a los que las formulan, consientan o firmen 'a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria...'. El art. 1º derogaba las tres leyes mencionadas mientras que el art. 2º señala nulas las declaraciones hechas en el Congreso el 7 de mayo de 1952, las cuales no tendrían más efecto "... que responsabilizar a quienes las aprobaron..."<sup>43</sup>

Las leyes mencionadas, además de ser derogadas, dieron origen a una causa penal por el delito de traición a la patria por primera vez en la historia constitucional argentina;<sup>44</sup> en ellos, diputados y senadores del primer peronismo fueron encarcelados con prisión preventiva, entre los más

<sup>42</sup> No surge del decreto qué carácter revestían estos detenidos; pero si eran procesados o condenados debía dictarse una amnistía o un indulto para proceder de tal manera y que no era suficiente una simple orden. Además, está fechado con anterioridad a la asunción del propio Lonardi como Presidente; cfr. Anales de Legislación Argentina (en adelante, ADLA), t. XVI - B, 1956, p. 5.

<sup>43</sup> Cfr. ADLA, t. XVI - A, 1956, pp. 10 - 11.

<sup>44</sup> El otro antecedente es el de Juan Manuel de Rosas, pero por hechos anteriores a la Constitución de 1853 que en su art. 29 prevé el delito de traición a la patria mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo; el 28 de julio de 1857, el Senado y la Cámara de Representantes de Buenos Aires sancionó la "Ley sobre enjuiciamiento de Juan Manuel de Rosas" cuyo art. 2º lo declaró "...reo de lesa patria por la tiranía sangrienta que ejerció sobre el pueblo durante todo el tiempo de su dictadura..."; Rosas fue condenado a la pena ordinaria de muerte con "calidad de alevé" por el juez Sixto Villegas; véase, Juan Silva Riestra, *Proceso criminal contra Rosas ante los tribunales ordinarios de Buenos Aires*, Bases editorial, Buenos Aires, octubre de 1955, pp. 7 - 15; sobre el tema y el delito de traición a la patria, Julio Argentino Decoud, *Concesión de facultades extraordinarias y poderes omnímodos*, La Ley, t. 81, pp. 805 - 815; también, Horacio N.

destacados, John W. Cooke, Pablo A. Ramella, Héctor J. Cámpora y Alejandro Leloir. Esa causa motivó dos intervenciones de la Corte Suprema. En la provincia de Buenos Aires se siguió un procedimiento similar contra los legisladores locales por la concesión de “poderes tiránicos” al gobernador Vicente C. Aloé,<sup>45</sup> quien había administrado el territorio bonaerense a partir de 1952 y hasta la caída del primer peronismo.<sup>46</sup>

En el caso “Juan Carlos García y otros in re: Juan Domingo Perón y otros” algunos de los acusados de haber cometido el delito de traición a la patria (art. 20, Constitución de 1949; art. 29, Constitución de 1853/60) solicitaron se les aplicara la ley de amnistía 14.296 (del 18 de diciembre de 1953, dictada por el primer peronismo para intentar alguna conciliación con sus opositores) y el decreto - ley 63 del 26 de septiembre de 1955, sancionado apenas había triunfado el movimiento encabezado por Lonardi. Rechazado el planteo en primera instancia, la Cámara confirmó esa decisión, pese a reconocer que los hechos estaban alcanzados por el art. 1º de la ley 14.296 interpretada *gramaticalmente* (no así *teleológicamente*). También excluyó el decreto - ley 63/55 porque éste se aplicaba *únicamente* a los que habían desarrollado una actividad política *opuesta* al régimen derrocado.

Por su parte, el dictamen de Sebastián Soler señaló que todo el planteo estribaba en el error “...de asignar al Poder Legislativo, o al que ejerza

Castro Dassen, *Enriquecimientos ilícitos*, La Ley, t. 81, pp. 1063 - 1069, que compara el gobierno de Rosas con el Perón (la primera y la segunda tiranía, respectivamente).

<sup>45</sup> Las distintas sentencias dictadas en la causa seguida contra los legisladores nacionales pueden verse en La Ley, t. 83, pp. 639 - 642 (“Perón, Juan D. y otros [incidente excepción previa de falta de acción deducida por la defensa de Alberto Teisaire”]); La Ley, t. 87, pp. 61 - 66 (“Cooke, John W y otros en: Perón, Juan D.”); en el mismo tomo, pp. 168 - 178 puede verse la sentencia de la Cámara Tercera en lo Criminal de La Plata, causa “Senadores y diputados provinciales”. Por su parte, la Corte Suprema resolvió los siguientes incidentes: “Juan Carlos García y otros in re Juan Domingo Perón y otros”, del 8 de febrero de 1956, Fallos, 234: 16; “Alejandro Leloir in re Juan Domingo Perón y otros”, Fallos, 234: 250.

<sup>46</sup> Aloé estuvo encarcelado entre el 21 de septiembre de 1955 y el 28 de diciembre de 1957 y alojado en distintos lugares de detención: Río Gallegos y el penal de Ushuaia, reabierto para recibir a los presos peronistas. En los procesos que se le siguieron por enriquecimiento ilícito y negociados no se le pudo probar nada; cfr., Claudio Panella, *Carlos V. Aloé. Lealtad y Administración*, en Raanan Rein / Claudio Panella (comps.), *La segunda línea. Liderazgo peronista 1945 - 1955*, Eduntref, 2013, pp. 11 - 28; también, Oscar H. Aelo, *El peronismo en la provincia de Buenos Aires. 1946 - 1955*, Editorial de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, Caseros, 2012.

las funciones propias de éste, la atribución de amnistiar un hecho que, por la circunstancia de estar expresamente prohibido por la Constitución Nacional, se halla, a todos sus efectos, fuera del alcance de la potestad legislativa....Se trata en la especie de un delito que solo puede cometerse en el desempeño de un poder político, que afecta la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, y que deriva de una disposición constitucional. Es por eso que corresponde tener particularmente en cuenta que la amnistía, en cuanto importa en cierta medida la derogación de un precepto, no puede ser dispuesta sino por el mismo poder que se halle investido de las atribuciones que se requieren para sancionarlo...”.

La Corte Suprema confirmó las sentencias de las instancias anteriores. Refiriéndose al art. 20 de la Constitución de 1949 dijo: “...Que los términos enfáticos en que está concebida, los antecedentes históricos que la determinaron y la circunstancia de habérsela incorporado a la ley fundamental de la República, revelan sin lugar a dudas que la disposición citada constituye un límite no susceptible de franquear por los poderes legislativos comunes, como son los que ejerce el Congreso de la Nación cuando dicta una ley de amnistía por delitos del Código Penal y de leyes accesorias, o un gobierno revolucionario fuera de los fines primordiales de la revolución...”.<sup>47</sup>

Otro caso relevante, sucedido dentro del primer peronismo pero que tuvo resolución judicial muchos años después, fue el de Arturo Sampay. Ideólogo y redactor de la Constitución de 1949, Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires, al poco tiempo de asumir como gobernador Vicente Aloé, fue sometido a juicio político y destituido en dos semanas bajo la acusación de haber tramitado expropiaciones sin fundamento. Su caso también llegó a la Corte Suprema muchos años después, la que señaló “...la interpretación de las leyes de amnistía no debe ser restrictiva. Esas leyes, en efecto, configuran un acto político y de soberanía, tendiente a la pacificación social (Fallos, t. 245, p. 455), la cual, a su vez, hállese clara e

<sup>47</sup> Cfr. sentencia citada, del 8 de febrero de 1956. La Corte volvió a referirse al alcance de estas amnistías pero ya bajo el gobierno de Frondizi y con otra integración, “Fallos” 247: 387; el análisis de estas sentencias puede verse en Marcelo Sancinetti / Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 266 y sigs.; Marcelo Sancinetti, *Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución Nacional*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal”, n° 16, pp. 49 – 68.

indisolublemente ligada a los valores básicos de la seguridad y el orden. El logro de tan elevado fin podría resultar impedido o dificultado si se limitase, indebidamente, el alcance de las normas sancionadas por el legislador. Por ello, no deben convalidarse interpretaciones susceptible de traer consigo el riesgo cierto de frustrar el objeto perseguido y retardar, con grave daño común, el definitivo encausamiento de la armónica convivencia colectiva (Fallos, t. 178, p. 377; t. 245, p. 455 y otros) ...”. Luego, la Corte rechazó la argumentación de la sentencia de Cámara, “...sin duda inaceptable y contradictoria, de que lo que el Congreso ha querido es amnistiar a determinadas personas bajo la condición de que, en todos los casos, ellas, previamente, comprueben su inocencia...”.<sup>48</sup>

## 5. EL CASO “APABLAZA” Y EL CONCEPTO DE DELITO POLÍTICO

### *a. Los hechos*

De acuerdo con el resumen efectuado en el dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Esteban Righi, el 1º de abril de 1991, a la salida de la Universidad Católica de Chile, dos personas interceptaron el automóvil en el que se encontraba Jaime Guzmán Errázuriz, entonces Senador de la República de Chile y profesor de aquella casa, y le dispararon varias veces produciéndole la muerte.

Luego, el 9 de septiembre del mismo año, cuatro personas interceptaron a Cristian Edwards del Río, hijo del dueño del diario “El Mercurio”, lo encañonaron, introdujeron en el baúl de un automóvil y lo trasladaron a un inmueble. Allí permaneció cautivo hasta el 1º de febrero de 1992, momento en que fue liberado tras el pago de un rescate de un millón de dólares estadounidenses.

Se imputó como presunto responsable de estos hechos al Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), comandado, entre otros dirigentes, por Galvarino Sergio Apablaza Guerra, respecto del cual, la República de Chile pidió la extradición.

<sup>48</sup> Cfr. causa “Sampay, Arturo E.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 4 de mayo de 1962, La Ley t. 107, pp. 460- 461.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 rechazó el pedido fundado en varios argumentos. En lo que este trabajo interesa, el juez de primera instancia señaló que los delitos por los que se requería la extradición de Apablaza eran políticos, excluidos del catálogo de extraditables conforme lo establecido por el art. 3.e de la Convención sobre Extradición, firmada en la 7ª Conferencia Internacional Americana de Montevideo de 1933.<sup>49</sup> En este aspecto, la sentencia señaló que incluso luego del retorno a la democracia en Chile, subyacía un estado de terror que permitiría o al menos toleraría, la continuidad de la represión de la dictadura en contra de aquellos que se le opusieron. De esta forma, al momento en que ocurrieron los hechos atribuidos a Apablaza, éstos obedecerían a móviles políticos y no terroristas, lo que impedía extraditar a sus responsables.

#### *b. El dictamen del Procurador General de la Nación*

El dictamen de Esteban Righi no compartió los fundamentos de la sentencia del juez federal por varias razones, y con respecto a la caracterización de los delitos imputados, se refirió a la situación institucional chilena de aquel momento, cuya realidad institucional no precisaba "...acreditar que aplicará con justicia la ley de la tierra...". Luego, analizó el carácter de políticos atribuido a los delitos reprochados a Apablaza y les negó tal perfil.

Con respecto al secuestro de Cristian Edwards del Río, examinó en primer término lo estipulado por la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (ley 24.767), donde el art. 8, inc. a, establece el criterio general: la extradición no procede "...cuando el delito que la motiva fuese un delito político...". Aclaró que dicha ley no contiene ninguna definición positiva de este concepto sino que, al contrario, presenta criterios de exclusión. El art. 9 de la ley enumera aquellos delitos *que no pueden considerarse políticos*: a) los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; b) los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de un jefe de Estado o de gobierno o de un miembro de su familia; c) los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de personal diplomático o de otras personas internacionalmente protegidas; d) los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de la población o del personal civil inocente

49 Cfr. el punto II del dictamen del Procurador General.

no comprometido en la violencia generada por un conflicto armado; e) los delitos que atenten contra la seguridad de la aviación o la navegación civil o comercial; f) los actos de terrorismo; g) los delitos respecto de los cuales la República Argentina hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar.” Este último inciso permitía rechazar la subsunción en la clase delito político.

Luego, analizó el concepto de delito político: esa categoría, de difícil definición, sigue parámetros propios, es decir “...lo que sea un delito político depende de criterios materiales autónomos...”. “...Desde ese punto de vista, cuando la ley 24.767 dice que ‘no se considerarán delitos políticos’ aquellos por los que se haya asumido una obligación de extraditar, quiere decir, en realidad, que las salvaguardas especiales que se aplican a los delitos políticos respecto de la extradición no han de ser aplicadas. Ello no significa que realmente, desde el punto de vista material, el delito ya no sea político. Esto quedará más claro luego del desarrollo que seguirá a continuación...”.<sup>50</sup>

De esta manera, el dictamen analizado repasó diferentes formas de aproximarse a los delitos políticos. Una de ellas, lo describe, desde una perspectiva objetiva, como aquéllos que solamente violan el orden político de un Estado, más concretamente, los delitos que atacan la forma de gobierno, la organización y el funcionamiento de los poderes políticos y los derechos de esa misma clase de los ciudadanos.<sup>51</sup> Luego, examinó la noción moderna del delito político. Como efecto de una larga evolución y del liberalismo, la percepción de aquél se modificó, al punto de considerarlo como la expresión de ideales positivos de cambio. Además, como la calificación de un delito como “político” dependía de cuestiones fácticas, todo esto influyó para su tratamiento cada vez más leve. Señaló que en esta línea de pensamiento se inscribe el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, en cuanto prohíbe la pena de muerte para los delitos políticos y el creciente desarrollo de la protección contra la extradición.

También repasó los criterios de clasificación puramente subjetivos, es decir, basados en los motivos del autor, determinantes para la escuela

<sup>50</sup> Cfr. la p. 8 del dictamen.

<sup>51</sup> Con cita de Robert Ferrari, *Political crime*, Columbia Law Review 20-1920, p. 308 y ss., p. 309, tomando la definición de Vidal.

positiva italiana, pues ese aspecto era fundamental para establecer la “peligrosidad del delincuente”.

El entonces Procurador se inclinó por el criterio objetivo, en tanto lo principal del delito político reside en si “...el hecho ataca realmente a la forma de gobierno o a los poderes públicos...”. Además, el criterio subjetivo no puede establecer por sí mismo cuál es el “bien jurídico protegido” en esta clase de delitos. “...Para expresarlo más claramente, se requiere que exista objetivamente un ataque al sistema político y ello significa, según se verá enseguida, que debe existir objetivamente una situación de confrontación abierta entre sectores o bandos por el poder político. Por ello, el mero voluntarismo del autor no puede transformar su hecho común en un hecho político cuando falta ese elemento objetivo...”. Sin embargo, el problema principal es que rara vez estos delitos aparecen sin ningún fenómeno acompañante ya sea porque su ejecución implica al mismo tiempo la realización de otro tipo penal o porque para ejecutarlos se cometieron, a manera de medio, otros delitos. De allí surgen las categorías de los delitos políticos complejos y de los delitos políticos conexos. Los primeros implican la lesión simultánea del orden político y la ley penal ordinaria. Los segundos son aquéllos que siendo comunes son cometidos en un contexto de ejecución de otros hechos que sin dudas se subsumen en la categoría de políticos. En estos casos, el punto conflictivo es justamente establecer cuándo la vinculación de un hecho con un delito político permite calificarlo como delito político complejo o conexo. Por eso, lo principal era determinar que los hechos hayan tenido lugar en un contexto que pueda ser caracterizado como una confrontación abierta entre bandos o sectores por el poder. Luego, el entonces Procurador analizó los diversos tests para para determinar *objetivamente* cuando un hecho constituye un delito político complejo o conexo, y concluyó que los delitos imputados a Apablaza no podían ser considerados como tales. Así, el dictamen propuso que se hiciera lugar al recurso extraordinario federal y se revocara la sentencia cuestionada.

### *c. La sentencia de la Corte Suprema y el asilo posterior*

La Corte Suprema, por su parte, hizo expresa mención al pedido de refugio efectuado por Galvarino Sergio Apablaza ante el Comité de Elegibilidad para Refugiados (CEPARE), organismo luego reemplazado por la Comisión

Nacional para Refugiados (Co.Na.Re) creada por la ley 26.165. Tras puntualizar el estado del trámite de aquella petición (considerandos 4º, 5º, 6º, 7º y 8º) y resaltar que ya habían transcurrido más de cinco años desde la formulación del pedido, dispuso reanudar el trámite del recurso (considerando 11).

Luego, consideró que los hechos del caso, por su gravedad, eran ajenos a la tradicional noción de delito político, "...cuyo trato favorable desde el punto de vista de la extradición se funda en la circunstancia de que esta clase de infracciones lesionan exclusivamente el régimen interno de los gobiernos y encuentran su inspiración en móviles altruistas..." (considerando 16). Recordó también que el derecho de gentes progresivamente le fue negando el carácter de delito político a las acciones que si bien atentaban contra el régimen de un gobierno, revestían el carácter de crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común (considerando 17). Además, la Corte resaltó que, desde el punto de vista subjetivo, Apablaza Guerra "...no formuló la más remota alusión de que hubiera obrado bajo la influencia de una motivación política..." lo cual era suficiente para desestimar los argumentos esgrimidos por su defensa (considerando 18).

De esta forma, la Corte Suprema hizo lugar a los recursos planteados, revocó la resolución apelada y declaró procedente la extradición de Galvarino Sergio Apablaza Guerra.

Sin embargo, pocos días después, el 30 de septiembre de 2010, la CO-NARE lo consideró refugiado y le otorgó asilo político en nuestro país

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

El período histórico analizado, en particular la sanción de los "decretos – leyes" de amnistía, muestra la posibilidad cierta de manipular la categoría "...delito político...", en tanto su alcance y aplicación dependió de la propia ideología de quien la sancionó. El mismo texto de la ley *de facto* establecía de manera literal un perdón segmentado y aplicado solo a los triunfadores de un golpe, con independencia de la discusión que su aplicación concreta luego generó. De algún modo, años después la Corte Suprema en el caso "Sampay" retornó a una lectura amplia de las amnistías, no sesgada, en

un caso cuyo trámite había comenzado paradójicamente durante el primer peronismo.

Por otro lado, queda claro que ciertos delitos no pueden ser considerados, en ningún caso, *políticos*, y por ende, susceptibles de amnistía. Así, los delitos de lesa humanidad a los que habría que agregar la categoría de *graves violaciones a los derechos humanos*, elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>52</sup>

Por lo demás, tal como lo planteó Esteban Righi, en un marco democrático resulta muy difícil sostener la categoría de delitos políticos para calificar sucesos que de otro modo no recibirían un trato más benigno. Aquí solo sería posible remitirse al ejercicio de un *derecho de resistencia a la opresión* que la misma Constitución autoriza desde 1994, pero que exige un contexto donde no rige el orden democrático, lo cual, de todos modos, coloca al intérprete frente a dilemas de muy difícil de solución que aquí no podemos responder.

Del mismo modo, el criterio objetivo parece ser el más adecuado técnicamente para definir el delito político, a partir de los establecidos en la Constitución y en el código penal, donde la motivación del agente debería discutirse o bien en la culpabilidad o en la determinación judicial de la pena, con todas las dificultades que esto acarrea: aquí se mezclan cuestiones vinculadas con el conflicto entre las propias convicciones y lo realizado frente a lo que establecen las reglas específicas vinculadas con razones de prevención general positiva. De todos modos, la tentación de atribuir a un determinado hecho la categoría de político puede deberse a la mayor o menor simpatía que las concepciones del autor del hecho despierte en quien deba juzgarlo. Esto muestra a las claras los peligros de la utilización “política” del derecho penal: como mecanismo de persecución del oponente ocasional, señuelo al que puede caerse mediante la represión de la protesta social o la confusión de la sedición con el mero disenso.

En definitiva, el delito político siempre es una categoría esquiva y difícil de conceptualizar, cuyo margen de aplicación cada vez es más estrecho. La solución probablemente se encuentre en otro lado: desde el punto de vista de los opositores, fijar como regla la eliminación de la violencia política

<sup>52</sup> Esta afirmación jurídica es válida en nuestro ordenamiento. En otros sistemas, la respuesta a esta cuestión debe implicar el análisis de otros factores.

y saber que ningún móvil, por más altruista que fuera, justifica atentados contra bienes jurídicos básicos, como la vida y la libertad, durante la vigencia del orden democrático. Y para quienes detentan ocasionalmente el gobierno, saber que el Derecho penal no puede ser utilizado como un medio de persecución política y silenciamiento de los opositores. Y de esta concepción, Esteban Righi brindó testimonio a lo largo de toda su vida.

---

# Posición de garante como competencia excluyente y la responsabilidad en comisión por omisión de los funcionarios públicos

**JOSÉ MILTON PERALTA\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Se entiende que es posible que la responsabilidad por omisión sea tan grave como la responsabilidad por acción. Esta tesis es discutible, pero aquí se dará por cierta. La pregunta, una vez que uno da esto por válido, es saber cuándo alguien satisface los requisitos para que se pueda afirmar que su omisión vale tanto como una acción, pues no todas las omisiones valen lo mismo. Según es doctrina dominante, el requisito crítico pasa por poder afirmar que existe posición de garante. Solo si alguien tiene posición de garante respecto de la evitación de cierto resultado podrá predicarse de él una responsabilidad por omisión tal que permita una equiparación valorativa con la responsabilidad por acción.

El punto es, entonces, poder determinar cuando alguien tiene posición de garante, pues si bien se acuerda que esta posición es decisiva, no se está de acuerdo respecto de cuándo se satisfacen esos requisitos. Existen al respecto dos posturas centrales. Una de ellas ve las fuentes de la posición de garante en una idea de deber jurídico extrapenal, pero con relevancia penal. La otra, en cambio, se basa en una idea de control sobre la producción del resultado que busca un paralelismo con la tesis del dominio

\* Profesor Titular de Derecho Penal de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

propia de los delitos activos. Solo si existe tal control, podrá hablarse de posición de garante.

El objetivo de este trabajo es presentar ambas tesis y evaluar qué impacto tienen sobre la responsabilidad de funcionarios públicos. Tal como hoy se entiende a ambas teorías, ofrecen soluciones diferentes para casos iguales. Aquí se sostendrá, por el contrario, que ambas tesis, al menos en lo que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos, deben coincidir. Esto se debe, por un lado, a que las tesis del deber no dicen aquello que se les imputa desde las tesis del control y, por el otro, a que las tesis del control *deberían concluir*, de acuerdo con sus propias premisas, *algo distinto de lo que concluyen* en esos casos.

En lo que sigue, presentaré, primero y brevemente, las tesis centrales (2). Luego, mostraré la relevancia que los sostenedores de la tesis del control le asignan a esta diferencia en el caso de responsabilidad de los funcionarios públicos y haré una evaluación crítica de esta última postura (3). Finalmente, intentaré mostrar por qué entiendo que la tesis del dominio debería llegar a una solución distinta a la que le atribuyen sus sostenedores y que, por ende, dados ciertos presupuestos, estos deberían afirmar la existencia de una posición de garante derivada de ese deber. Allí también mostraré la diferencia que existe entre el deber que se viola en posición de garante y aquel que se viola cuando se imputa un mero incumplimiento de deberes de funcionario público (4).

## 2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN

Dijimos que lo primero que se debe hacer para determinar la responsabilidad de los funcionarios es establecer si tenían posición de garante (PG), pues es solo ella la que permite una equiparación valorativa entre el comportamiento activo y el pasivo. A grandes rasgos, existen dos grandes fundamentos para la PG: por un lado, aquel según el cual esta se basa en un puro deber, cuya violación vale tanto como la violación de una norma de prohibición; y, por el otro, el que busca una “equivalencia estructural” entre el obrar pasivo y el activo y basa la PG en una idea de dominio o control.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Existe, también, una tercera tesis diferenciadora. Cfr. Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 49 ss.

### a. Posición de garante por infracción de deber

Según el primer punto de vista, los delitos en comisión por omisión (DCO) son parte de un colectivo más grande de delitos que se denominan de “infracción de deber”<sup>2</sup> y, al menos en ciertas versiones, su ilicitud se determina en virtud del valor de ese deber.<sup>3</sup> Para esta concepción de los DCO, la capacidad fáctica de evitar la producción de un resultado es, en todo caso, una condición necesaria, pero nunca suficiente para atribuir una responsabilidad de esta clase. Por eso, quien tiene deberes menores, como, por ejemplo, deberes de auxilio, no responde en comisión por omisión (CO) por el resultado que se produzca, aun cuando pueda evitarlo.

Esta postura suele ser criticada porque, si bien excluye la capacidad de evitación como condición suficiente para atribuir responsabilidad por el resultado, tendría dos defectos. Por un lado, permitiría derivar de una norma cualquiera que prescriba una acción una responsabilidad similar a la del obrar activo, sin que se den los “presupuestos materiales necesarios”.<sup>4</sup> Esto, según los críticos, porque aquí la responsabilidad en CO termina fundándose en normas de derecho público, como por ejemplo, las que obligan a los policías a intervenir ante la comisión de un delito, las que nunca

2 Recientemente, Roxin, Claus, “Pflichtdelikte und Tatterschaft”, en Hefendehl, entre otros, (ed.), *Libro Homenaje a Bernd Schünemann*, Berlín, De Gruyter, 2014, p. 510; con las especificaciones que menciono en la nota 3. La idea de que los DCO son delitos de infracción de deber vale especialmente para los delitos cometidos por funcionarios públicos. Cfr. Jakobs, Günther, “La competencia por organización en el delito omisivo”, en el mismo, *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM-Civitas, 1997, pp. 362 ss.

3 Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-NewYork, De Gruyter, 1991, § 21, nm.115 ss. Así, también, la descripción que hace Silva Sánchez de esta postura en “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario” *Cuadernos de política criminal*, N° 38, 1989, pp. 371 ss. Hoy ya no puede decirse que Roxin defiende esta postura, según la cual es la infracción al deber la que define el grado de ilicitud, que sí defendió en sus inicios. En un trabajo relativamente reciente sostiene que el deber solo determina la autoría, pero que la ilicitud penal de la omisión se basa en la afectación al bien jurídico (“Pflichtdelikte...”, *op. cit.*, pp. 414 ss.). Entiendo que esto implica un acercamiento a la postura opuesta.

4 Silva Sánchez, Jesús María, “Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte”, en Heinrich, entre otros (ed.) *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Berlin-NewYork, De Gruyter, 2001, pp. 642 s., 647.

pueden, de por sí, tener la entidad suficiente para equiparar una omisión con el obrar delictivo activo.<sup>5</sup>

Por otro lado, las normas que permitirían esta equiparación no serían fáciles de identificar y, por ende, de distinguir de aquellas que no cuentan con ese valor. De ese modo, se correría el riesgo de una expansión penal y de que cualquier norma, incluso una de poca monta, conduzca a una atribución de responsabilidad en CO.<sup>6</sup>

La primera es una objeción de principio (nunca la violación de una norma de derecho público puede equipararse a la violación de una norma penal). La segunda, en cambio, tiene más bien un carácter consecuencialista (pues, aunque aquello fuera falso, no sería sencillo diferenciar las normas que permiten esa equiparación de las que no lo hacen y esto conduciría a un exceso en el castigo). En todo caso, ambos errores se evitarían si se contara con un fundamento *genuinamente penal* de la PG.

#### *b. Posición de garante derivada del dominio*

La teoría opuesta entiende que los DCO, para tener un verdadero fundamento penal y evitar excesos, tienen que responder a una idea de dominio. Si lo que permite el reproche característico de los delitos activos es el dominio del hecho que tiene el autor, en los DCO se debe buscar algo análogo,<sup>7</sup> una “equivalencia estructural” que permita la igualación valorativa.<sup>8</sup> “Dominio” sugiere algo análogo a “capacidad de evitación”,<sup>9</sup> con lo que, al final, pareciera que sí es esto lo decisivo para atribuir responsabilidad en CO. Pero Schünemann, autor de esta teoría,<sup>10</sup> explica que no se trata de lo mismo. En sus palabras, “dominio no se debe confundir con la mera posibilidad de evitación”; por el contrario “se deben perfeccionar aquellas

5 Schünemann, Bernd, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, en el mismo, *Obras*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 552; Silva Sánchez, “Aspectos de la comisión por omisión: ...”, *op. cit.*, p. 374.

6 Silva Sánchez, “Zur Dreiteilung der...”, *op. cit.*, p. 642.

7 Roxin, “Pflichtdelikte...”, *op. cit.*, p. 518.

8 Schünemann, “Sobre el estado actual de la dogmática...”, *op. cit.*, p. 552.

9 Así, Roxin, “Pflichtdelikte...”, *op. cit.*, pp. 520 ss.

10 Schünemann, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid (entre otras), Marcial Pons, 2009; *passim*.

constelaciones para la concreción del concepto de dominio en las cuales no ya un actuar positivo transmite el dominio del suceso, sino en los que tal dominio se encuentra preestablecido, ya que la fuente o el objeto del suceso lesivo ya se encuentran controlados con anterioridad”.<sup>11</sup>

Esta línea de Schünemann ha sido continuada por Silva Sánchez.<sup>12</sup> Él sostiene que el soporte de la responsabilidad en los delitos de acción está en la “intromisión en la esfera jurídica de terceros”. Por otro lado, entiende que los DCO se fundamentan en la asunción voluntaria de una obligación de controlar riesgos concretos sobre bienes jurídicos específicos. Esto genera, según este mismo autor, un “efecto de confianza y renuncia tanto en el potencial afectado como en el potencial tercero interviniente”, que luego justifica que la no realización de la acción mandada y debida sea equiparable a una acción.<sup>13</sup> Concluye diciendo que “los delitos de omisión impropia tienen en común con los delitos de comportamiento activo que efectivamente constituyen intromisiones en esferas jurídicas ajenas, en las que el autor expande su propio ámbito de organización a aspectos concretos del ámbito de organización de terceros”.<sup>14</sup> Para Silva Sánchez, entonces, ambas formas de comportamiento constituyen violaciones a la autonomía de terceros.

Como se verá enseguida, en Schünemann y Silva Sánchez estas consideraciones valen no solo para aquellos casos que típicamente requieren un acto previo para generar una PG (injerencia o asunción), sino para todos los delitos en CO, esto es, incluso en aquellos donde ciertas personas, como los funcionarios estatales, tienen roles asignados que implican el deber de llevar adelante ciertas acciones con la finalidad de que no se produzcan resultados indeseados.

Estas son, entonces, en líneas generales, las dos posturas principales, que ahora se van a profundizar por medio del análisis de casos más difíciles y vinculados a nuestra preocupación principal.

11 Schünemann, “Sobre el estado actual de la dogmática...”, *op. cit.*, p. 557.

12 Silva Sánchez, “Zur Dreiteilung der...”, *op. cit.*, pp. 64 ss.

13 Silva Sánchez, *Ibid.*, p. 644.

14 Silva Sánchez, *Ibid.*, p. 644.

### 3. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

Normalmente, los desacuerdos entre teorías penales tienen relevancia solo en casos difíciles. En los casos fáciles existe una coincidencia en los resultados, y el desacuerdo radica más en establecer cuál es la mejor justificación de la forma en que de hecho atribuimos responsabilidad. Así, en el caso paradigmático, la madre que no interviene para evitar que su hijo pequeño se accidente comete lesiones en CO para cualquiera de las dos teorías. Para la teoría de la infracción de deber, dado que en ese caso existe un deber tal de resguardar la integridad del niño que permite, sin discusiones, equiparar esa omisión con un obrar activo.<sup>15</sup> Para los que defienden las tesis del control, pues, evidentemente, la madre tiene el control “de la situación de desamparo de la víctima” en la medida en que sigue, voluntariamente, a cargo del niño<sup>16</sup>.

Puesto que la preocupación principal de este texto es la responsabilidad de los funcionarios públicos, voy a tomar dos ejemplos, discutidos en la doctrina, que hacen referencia exclusivamente a ellos: a) el de los funcionarios policiales que no evitan la comisión de delitos y b) el de los funcionarios penitenciarios que no evitan lesiones sobre los sujetos privados de su libertad.

#### *a. Funcionarios policiales*

¿Cómo debe responder un policía que, en el ejercicio de sus funciones, deja que se cometan delitos que él podría evitar? Supongamos un funcionario policial que observa como un padre golpea a su hijo y no hace nada para evitarlo. La pregunta es si debe responder como autor en CO o solo por la omisión de deberes de menor relevancia. En nuestro derecho, la omisión de esos deberes de menor jerarquía significarían algo más que una omisión de auxilio, pero no superarían una responsabilidad por meros incumplimientos funcionales, una responsabilidad ciertamente muy menor a la CO.

A favor de responsabilidad en CO habla el hecho de que en un Estado de derecho los particulares renuncian al ejercicio pleno de sus derechos de

<sup>15</sup> Jakobs, “*Strafrecht...*”, *op. cit.*, § 29, nm. 59 ss.

<sup>16</sup> Schönemann, Bernd, “*Fundamento y límites...*”, *op. cit.*, pp. 390 ss.

defensa<sup>17</sup> y están obligados a pagar tributos para contribuir con la existencia del Estado. Como consecuencia de esta contribución, y como contrapartida de la renuncia al ejercicio de la violencia, existe la institución policial, que puede y debe ejercer la violencia, si es necesaria, para garantizar la paz social.<sup>18</sup>

La doctrina alemana, en su mayoría, sostiene que de esto se sigue una auténtica PG, al menos si la discrecionalidad de la policía en el uso de la fuerza, en el supuesto concreto, se encuentra reducida a cero.<sup>19</sup> Adhieren así a una posición según la cual los DCO son delitos de infracción de deber, pues son los deberes que emanan de la propia función como policía los que fundamentan la PG.

En sentido contrario se pronuncia Schünemann. Para él “el deber como tal” no puede fundamentar la PG del policía, sino “la relación de dominio que posiblemente subyace a él”. Sostiene que esta relación se da normalmente, pero que no está implicada en el deber. De otro modo, afirma, se volvería a tesis formalistas. Da el ejemplo de un policía que patrulla y no evita un hurto. Niega allí una PG pues la “relación de poder general” entre estado y ciudadano no alcanza para fundamentarla.<sup>20</sup> Por el contrario, hace falta una “relación de poder especial”, como la que se da, por ejemplo, entre superior y subordinado, para que realmente se pueda afirmar que el policía tiene una función de garante.<sup>21</sup> Para Schünemann, en este caso de inactividad del policía se da “solo una omisión propia (en todo caso especialmente merecedora de punición), cuyo castigo requiere un tipo especial”.<sup>22</sup>

17 Jakobs, “*Strafrecht...*”, *op. cit.*, § 29, nm. 77d.

18 Por otro lado, ser policía no es una carga cívica que uno debe asumir por el solo hecho de ser ciudadano, sino que se trata de una actividad que se ejerce voluntariamente. Cfr. Coca Vila, Ivo, “Tirar a matar en cumplimiento de un deber”, *RECPC* 19-24, 2017, p. 22. Sin embargo, para este autor, esto no es suficiente, como veremos en lo que sigue del texto.

19 Roxin Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2006, § 32, nm. 87, n. 139; Jakobs, “*Strafrecht...*”, *op. cit.*, § 29, nm. 76; Pawlik Michael, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, *Indret Penal*, Barcelona, 1/2008, pp. 18 ss.; entre otros.

20 Schünemann, “*Fundamento y límites...*”, *op. cit.*, p. 413.

21 Schünemann, *Ibid.*, p. 414; en el mismo sentido Coca Vila, *op. cit.*, p. 29.

22 Schünemann, *Ibid.*, p. 414.

Zaczyk también comparte esta opinión. Este autor argumenta que el deber del Estado, en este caso representado por la policía, es de carácter secundario, pues el ciudadano “libre” no se encuentra sometido a aquel como un hijo a su padre y tiene facultades propias de defensa. Él es el primer responsable de su propia integridad.<sup>23</sup> Zaczyk agrega que derivar una PG directamente del deber general de evitar delitos implicaría hacer responsable de esto también a quienes, por ejemplo, deciden sobre el presupuesto de la policía.<sup>24</sup> Después de todo, ellos también tienen el deber de velar por la seguridad ciudadana. Finalmente, sostiene que solo existe PG cuando se puede decir que la víctima realmente depende del actuar del garante,<sup>25</sup> lo que requiere que el autor haya “tomado una tarea especial de cuidado”.<sup>26</sup>

Aquí puede verse cómo las distintas teorías hacen una diferencia en la solución de este caso difícil. Mientras que para la de infracción de deber es suficiente para afirmar la existencia de PG que exista un policía en funciones, para la segunda hace falta un acto adicional, en el que el policía asuma el cuidado de una persona concreta.

De todos modos, como se vio, los defensores de la segunda teoría no conciben la omisión policial como una simple omisión de auxilio o como uno mero incumplimiento funcional. Esto les parece demasiado poco. Schünemann, por ejemplo, sostiene que es necesario un tipo especial para dar cuenta del grado de ilicitud que encarna esta omisión<sup>27</sup> y Coca Vila le otorga incluso un nombre específico: “deber de competencia preferente”, proponiendo también una pena más intensa que la que ofrece el ordenamiento español.<sup>28</sup> Ambos se mantienen, de todos modos, en que las herramientas de la parte general no pueden solucionar este problema, porque para las omisiones puras hacen falta tipos penales específicos.

23 Zaczyk, Rainer. “Zur Garantenstellung von Amtsträgern”, en Rogall, entre otros (ed.) *Libro homenaje a Rodopfi*, Neuwied, Luchterhand, 2004, p. 361.

24 Zaczyk, *Ibid.*, p. 369.

25 Zaczyk, *Ibid.*, p. 368.

26 Zaczyk, *Ibid.*, p. 370. En sentido similar a estos autores se pronuncian también Robles Planas, *op. cit.*, pp. 56 s. y 67 y Coca Vila, *op. cit.*, pp. 27 s.

27 “Fundamento y límites...”, *op. cit.*, p. 414.

28 Coca Vila, *op. cit.*, pp. 31 ss.

## b. Funcionarios penitenciarios

Otro caso que fue objeto de atención es el de los funcionarios penitenciarios en relación con su deber de velar por la integridad de los detenidos a su disposición. Silva Sánchez, en consonancia con lo dicho por varios autores sobre los policías, sostiene que la obligación genérica de cuidado de estos funcionarios no puede fundamentar una posición de garante.<sup>29</sup> Esta, en cambio, debe buscarse en un “dominio del acontecer típico, que muestre identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa”.<sup>30</sup> Ello se adquiere, a su criterio, cuando se ha “adoptado el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados”, lo cual exige la realización de actos inequívocos en ese sentido.<sup>31</sup>

El mejor ejemplo para ver la relevancia de esta postura es el del médico que también trabaja en el establecimiento penitenciario. Al respecto, Silva Sánchez sostiene que, si este no asiste a los internos y con ello ocasiona un resultado, incumple sí su obligación “jurídico-pública”, pero que ello no alcanza para imputarle CO, aun cuando haya una relación de dependencia de los internos respecto de él. Silva Sánchez exige, para la existencia de una genuina PG, que el médico asuma el compromiso “inequívoco y específico de cuidado”<sup>32</sup> en el caso concreto. Entiende igual, en consonancia con Schünemann y Coca Vila, que, de *lege ferenda*, esta “omisión pura de garante” merece un tipo especial más grave que el mero incumplimiento funcional.<sup>33</sup>

Por el contrario, una posición que entienda que la omisión del médico es una forma de infracción de deber deberá afirmar su responsabilidad en CO si el interno muere, dado que es evidente, desde el punto de vista legal, que el médico tiene la obligación de velar por los internos. Ese es su trabajo.

<sup>29</sup> Silva Sánchez, “Aspectos de la comisión por omisión: ...”, *op. cit.*, pp. 378 ss.; En el mismo sentido, Ayestarán, Nicolás, “Responsabilidad por omisión impropia de las autoridades penitenciarias”, *En letra*, N° 5, 2017, p. 4.

<sup>30</sup> Silva Sánchez, “Aspectos de la comisión por omisión: ...”, *op. cit.*, p. 374.

<sup>31</sup> Silva Sánchez, *Ibid.*, p. 376; en el mismo sentido, Ayestarán, “Responsabilidad por omisión impropia...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>32</sup> Silva Sánchez, “Aspectos de la comisión por omisión: ...”, *op. cit.*, pp. 384 y ss.; en el mismo sentido, Ayestarán, “Responsabilidad por omisión impropia...”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>33</sup> Silva Sánchez, “Aspectos de la comisión por omisión: ...”, *op. cit.*, p. 391.

Utilizando una expresión mencionada más arriba, si el poder de discreción del médico está reducido a cero, la tesis de la infracción de deber debe concluir que el médico es autor de los perjuicios que sufra el interno por su omisión de llevar adelante su trabajo.

### *c. Valoración parcial*

Hasta aquí han quedado claras las dos posturas y sus consecuencias en casos difíciles. Ciertamente, entiendo que un deber general de actuar no puede ser suficiente para fundamentar una PG, pero tampoco me parece satisfactorio que dependa *siempre* de una asunción voluntaria específica. Con ello se equipara, prácticamente, la obligación que tienen ciertos funcionarios de velar por la integridad de otros con la obligación de cualquier particular de auxiliar a terceros.

En efecto, la teoría de la asunción deja a la voluntad del funcionario destinatario de aquellos deberes su propia obligación de cuidado, de tal modo que si él decide no ejercerla no responderá por ella. Esto quizás sea sensato en el caso de los particulares. La vecina que ve como un padre abandona a su hija y la coloca en un riesgo de muerte puede no querer asumir tal obligación, y responderá solo por omisión de auxilio si no se ha arrogado de hecho el deber de cuidado. Esto es comprensible en el caso de los particulares, por el valor que tiene la autonomía. La autonomía tiene una importancia tal que hace que las personas puedan desentenderse de intereses ajenos importantes para llevar adelante actividades privadas incluso triviales. Esto explica por qué las obligaciones de auxiliar son excepcionales, si acaso existen, y se sancionan con una pena muy baja en comparación con aquello que se salvaría si la acción se emprendiese.<sup>34</sup>

Pero no es plausible predicar esto de los policías y médicos penitenciarios, o de los funcionarios en general, quienes ya han renunciado a esta parte de su autonomía al aceptar llevar adelante ciertas funciones. Esto no implica caer en un formalismo, pues no se trata solo de que exista un deber

<sup>34</sup> Al respecto, Peralta, José Milton, “La explotación como la violación de un deber positivo” en Álvarez, entre otros, (eds.), *Autonomía y constitución: la interpretación del artículo 19 de la CN*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020 (en edición). Entiendo que no es solo el ejercicio de la autonomía lo que transforma una omisión simple en una CO, pues también está la generación del riesgo que esa asunción genera. Pero incluso así la autonomía ejerce un rol preponderante en esta cuestión.

indeterminado de llevar adelante cierta acción. Se trata de llevar adelante la acción consistente en reducir riesgos significativos y concretos para la afectación de determinados bienes jurídicos. Un deber que no deja margen si no a la acción mandada, si es que el funcionario está ejerciendo sus funciones y su posibilidad de ejercicio de la discrecionalidad se encuentra reducida a cero. Pues, si el funcionario tiene ese deber y ese día está llevando a cabo sus funciones, ¿qué otra decisión adicional hace falta para decir que ha asumido la obligación de velar por los demás?

No me ha quedado claro qué se quiere indicar cuando se sostiene que la relación entre los funcionarios y los particulares no está definida como la del padre con su hijo, pero si con ello se quiere decir que el padre no tiene opción alguna que no sea cuidar a su hijo, lo mismo *puede ocurrir* con los funcionarios y los particulares. Es solo que no se trata de todos los aspectos de la vida del particular, sino *solo* de ese aspecto concreto que por las circunstancias (el riesgo evidente) hace que la relación entre el particular y el funcionario también esté perfectamente definida: este tiene derecho a que el funcionario lo auxilie para evitar afectaciones a sus legítimos intereses y el funcionario el correlativo deber específico (y perfectamente definido) de intervenir.<sup>35</sup>

#### 4. FUNCIONARIOS COMO AUTORES POR OMISIÓN SEGÚN LA TESIS DEL DOMINIO

##### *a. Elasticidad de la idea de control: posición de garante como competencia excluyente*

En la búsqueda de una equivalencia estructural entre la responsabilidad activa y la omisiva se ha llegado a la tesis del control. En el lenguaje común, que un sujeto tenga el control de un evento significa que tiene la capacidad de lograr que ese evento resulte como él quiere. Esto haría pensar que control equivale a poder de evitación. Schünemann responde a esto aclarando

<sup>35</sup> Robles Planas sostiene que “si no se quiere caer en una atribución puramente objetiva de responsabilidad, deberá reconocerse que solo cuando lo no impedido por el superior jerárquico forma parte del círculo de prestaciones a terceros que se derivan de su organización inicial existirá la relación de sentido necesario para reprocharle también a él el daño”; Cfr. *op. cit.*, p. 68.

que por control se quiere dar a entender algo distinto, que no es algo que se deba tener solo en el momento del evento, sino de lo que se dispone ya “con anterioridad” aun cuando, de hecho, el poder pueda estar en manos de otro. Pero esto *tampoco debe ser entendido como una cuestión estrictamente temporal*, pues bien puede ocurrir que ante lo inesperado ese control sea menor a la capacidad fáctica de evitar. Por ejemplo, puede ser que la vecina casualmente vea como un niño ha sufrido un accidente, pero que sea igualmente el padre, quien aparece en escena después, el que deba ocuparse del problema, o tenga un deber de ocuparse mayor.<sup>36</sup> Ergo, el padre no tiene el control *con anterioridad* en ningún sentido fáctico comprensible. Entonces, si esto es así, ¿qué significa exactamente tener el control?

Control significa tener la competencia por algo. Esto parece una verdad de Perogrullo, pues, justamente, lo que busca la pregunta por la PG es determinar quién tiene competencia por un resultado y la discusión es si depende de una norma o de un acto específico. Sin embargo, creo que esto no es tautológico, pues es la competencia lo que otorga un poder fáctico y no al revés.

Para terminar de explicar esto, voy a valerme aquí de la clasificación que hace Jakobs de las situaciones de PG, porque en este punto me parece la más idónea para explicar lo que aquí hay que explicar. Jakobs distingue entre “competencia por organización” y “competencia institucional”. Por la primera clasificación entiende aquellos supuestos en los que no hay una institución previa en la que se desenvuelven los sujetos actuantes. Allí, la PG se adquiere, en algunos casos, a través de un acto. En el supuesto más pertinente para nosotros, se adquiere por la asunción voluntaria del sujeto pasivo. Por ejemplo, cuando alguien asume, de modo particular, el cuidado de un adulto mayor. Dicha asunción le otorga al cuidador facultades específicas –de intervenir en el cuidado de esa persona– que otros no tienen. Estas facultades también le otorgan un control, pero para que este no sea confundido con un poder fáctico de evitación (que contingentemente también podría tener otra persona), hay que entenderlo de otro modo. El control que tiene el cuidador consiste en un *poder*, derivado de esas facultades jurídicas específicas *de excluir* a otros en este asunto. Y es este poder de

<sup>36</sup> Así también Roxin, “Pflichtdelikte...”, *op. cit.*, pp. 520 s.

exclusión el que, a la postre, le otorga, ahora sí, el poder fáctico, de hacer más que otros. Dicho de otra manera, *son las facultades jurídicas implicadas en su deber las que le otorgan el poder fáctico* y no el poder fáctico el que genera el deber jurídico. Por supuesto, siempre que ella haya asumido efectivamente el rol y no solo lo haya prometido.

Esta competencia excluyente diferencia a los deberes propios de la PG de otros deberes, de menor envergadura, como el que surge de los deberes de solidaridad. Allí no hay poder de exclusión.

Hasta aquí creo que los defensores del control podrían compartir esta reconstrucción. El control sigue siendo decisivo, solo he intentado explicar qué significa de un modo que permita distinguirlo más nitidamente del poder de evitación. La pregunta es si la necesidad de un acto concreto de asunción por el que alguien afirma hacerse cargo de un asunto también debe valer para la “competencia institucional”. Por competencia institucional se entienden aquellos ámbitos en los que ya existen instituciones preconfiguradas a las que se acoplan los sujetos intervinientes. Un ejemplo paradigmático de esta clase de competencias es la que surge del desempeño de funciones en el ámbito público.

Pawlik, quien sigue la línea según la cual los DCO son delitos de infracción de deber, sostiene que, “en la medida en que estén en juego las áreas estatales centrales, existen deberes de garante penalmente relevantes por parte del funcionario también frente a aquellos ciudadanos que no estén en una relación de dependencia especial con el Estado”.<sup>37</sup> Aquí puede verse ya, que no se trata de cualquier deber, sino de la violación de deberes específicos. En todo caso, cabe la siguiente pregunta: ¿es esto incompatible con los fundamentos que subyacen a la tesis del dominio? Entiendo que no, pues, en la medida en que el funcionario ha elegido insertarse en una institución con una tarea específica, ya ha ejercido un acto de autonomía tal que permite legitimar la PG frente a él. Y, además, en la medida en que esto le otorga facultades específicas para intervenir frente al evento concreto, de las que otros están excluidos, también tiene competencia excluyente, es decir, el control de la situación. Siempre, claro, que esté ejerciendo sus funciones cuando ocurre el evento concreto.

<sup>37</sup> Pawlik, Michael, “Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils”, en *Libro homenaje a Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin-New York, 2011, p. 944.

Entonces, en el caso de los funcionarios, no es necesario un acto concreto de asunción específica (en el sentido requerido por Schünemann y sus seguidores) para que tengan el control. Solo alcanza con que se den las siguientes tres propiedades: a) Que exista una institución que haya definido de manera específica lo que corresponde hacer frente al evento concreto de riesgo sobre el bien jurídico; b) que el sujeto haya decidido voluntariamente formar parte de esa institución y c) que se encuentre al momento de los hechos en el ejercicio de sus funciones. Dados estos supuestos, el sujeto debe actuar y, si no lo hace, responde en CO por el resultado que ocurra. En este sentido, a mi criterio, los defensores de la tesis del control deberían defender posturas similares a la que defienden los defensores de las tesis del dominio.

Esta no es una tesis formalista, pues no se desentiende de que, en efecto, exista un control de la situación. La diferencia con las tesis que hacen depender ese control de una decisión específica del sujeto obligado se basa más bien en un desacuerdo sobre cuándo se puede decir que alguien tiene el control de algo. Mientras que, dentro de la competencia por organización, es necesario un acto específico de asunción –pues solo allí se ejerce la autonomía y solo de esa decisión surge el control–; en los casos de competencia institucional, alcanza con la voluntad genérica actualizada “ese día” mediante el ejercicio de las funciones que le son propias. Quien hace esto, a mi modo de ver, ya tiene el control, y responde en PG si su deber de actuar frente al riesgo concreto está perfectamente especificado. Esta tesis es, por cierto, como lo demuestran las afirmaciones de Pawlik, también compatible con aquellos que defienden que los DCO son delitos de infracción de deber, pues ellos no dicen que cualquier deber es suficiente para fundamentar una PG, sino que se debe tratar de deberes específicamente definidos frente al riesgo concreto.

#### *b. Competencia excluyente, policías y guardiacárceles*

Especificado así el significado de control, donde este es más una consecuencia de tener una competencia excluyente, que de una capacidad de evitación, es necesario volver a evaluar la situación de los policía y de los funcionarios penitenciarios. En el caso de los policías, como dice Jakobs, la propia institución está destinada a monopolizar el uso de la violencia. Por

eso los ciudadanos pagan impuestos y renuncian al ejercicio de la justicia por mano propia. E incluso más, podría agregarse, se renuncia incluso a la *posibilidad* de ejercerla en casos extremos al no poder contarse con la posibilidad de ciertas defensas predispuestas. Por eso no es lícito portar ni tener armas para la defensa, aun cuando llegado el caso fuera lo único idóneo para ello. Como contracara, existe la institución policial, con todos sus deberes y las correlativas facultades de intervención, que tiene incluso el derecho a portar y utilizar elementos letales de ser necesario.

La policía tiene competencia por los hechos de violencia que ocurren en las calles, esto les permite excluir a terceros que quieran intervenir para controlar la situación y genera, lícitamente, en estos, el derecho a despreocuparse. Esto pasa especialmente con los patrullajes y, ciertamente, ante la escena propuesta por varios autores, en el que la policía está frente a una situación concreta de riesgo. Su no intervención es una omisión justamente de aquello para lo cual está desempeñando una función, su función no solo de policía, sino ya de funcionario policial que están realizando un patrullaje. Entonces, si el resultado ocurre, le puede ser imputado al funcionario en CO. Con el médico de la cárcel podría ofrecerse una solución similar, que, por su sencillez, no es necesario desarrollar aquí.

### *c. Diferencia entre los casos de posición de garante y los de meros incumplimientos funcionales*

Si la posición que ocupan estos funcionarios los hace responsable en PG por lo que ocurre a raíz de sus omisiones, ¿qué espacio existe para los delitos de incumplimiento de los deberes funcionales? Decir que esta norma sería redundante, pues todos los deberes funcionales establecen PG y su incumplimiento implica violar normas como las del derecho penal nuclear, parece una respuesta insatisfactoria y conduciría a lo que mencionaba Zaczek, a encontrar PG hasta en situaciones claramente contraintuitivas. Creo, por el contrario, que ambas normas penales, las que castigan las omisiones funcionales y las que establecen genuinas PG, hacen referencia a *situaciones* diferentes, aunque ambas estén basadas en la misma norma extrapenal, algo que, de hecho, no es privativo de esta constelación de casos.

El tipo penal que sanciona a quien incumple con sus deberes de funcionario público debe ser entendido como un tipo penal de peligro abstracto.

Los delitos de peligro abstracto son aquellos que se consuman cuando no se hace lo mandado, con independencia de la existencia de un resultado e incluso de que algún bien jurídico sufra un riesgo concreto. Pero su existencia, de todos modos, tiene también una función trascendente, pues lo mandado tiene que ser útil para algo. Por ejemplo, el deber que tienen los funcionarios penitenciarios de efectuar requisas periódicas tiene la finalidad de evitar que existan elementos peligrosos en los establecimientos penitenciarios y, así, evitar eventuales accidentes o ataques dolosos dentro de esos lugares. Esto último que se evita es, en última instancia, lo que les da sentido a los deberes de los funcionarios y lo que justifica que sean sancionados cuando no los cumplen. De otro modo, se trataría de meros deberes formales. Puede sostenerse, siguiendo la terminología acuñada por Jakobs,<sup>38</sup> que estos deberes generales constituyen genuinas normas de flaqueo, normas destinadas a custodiar que otras normas más básicas y principales no resulten violadas: aquellas que establecen derechos de propiedad, a la integridad física o a la vida.

Cuando el riesgo es remoto, el sujeto no puede ser hecho responsable por la violación de una norma de lesión. Como sostiene Jakobs, “el cuidado elemental que debe prestar el estado como garante” abarca solo “aquel aspecto del cuidado referente a peligros drásticos”, y no a cualquier otra actividad en este sentido.<sup>39</sup> Este distanciamiento del resultado explica por qué no puede hacerse responsable tampoco a otras autoridades que, en algún sentido, también deben ocuparse de este problema, pero que no están frente al riesgo concreto, como los funcionarios del ministerio de justicia o directores generales de los establecimientos penitenciarios que pueden influir en el desempeño de sus inferiores por medio de directivas.<sup>40</sup> Pero cuando el riesgo de afectación a un bien jurídico resulta elevado y se trata de aquellas actividades específicamente asignadas, la omisión ya no

<sup>38</sup> Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en el mismo, *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM-Civitas, 1997, pp. 293 ss.

<sup>39</sup> Jakobs, “*Strafrecht...*”, *op. cit.*, § 29, nm. 77c.

<sup>40</sup> En el mismo sentido Jakobs, *Ibid.*, § 29, nm. 77. Ofrece como ejemplo el no haber importado, oportunamente, medicamentos a raíz de lo cual alguien tiene lesiones.

implica la violación solo de una norma de peligro abstracto, sino que se trata de la violación de una norma de lesión.<sup>41</sup>

Esta distinción general también explica por qué no debe responder el policía que ese día decide no patrullar, incluso sabiendo –en abstracto– que existen a diario hechos de violencia. En todo caso, el policía que no lleva a cabo su tarea como corresponde, incumple sus funciones, algo que quizás también pueda afirmarse de los otros funcionarios que se encuentran muy alejados del riesgo, pero no viola una norma de lesión.

La distinción por el grado de riesgo generado por una conducta permite distinguir también en los delitos comisivos entre distintos casos de responsabilidad. Según el riesgo implicado por la conducta se puede hablar del delito de peligro abstracto de abuso de armas o de tentativa homicidio con armas. O de un delito contra la salud pública por circular a pesar de padecer una enfermedad grave de fácil contagio o lesiones, si, directamente, con esa misma enfermedad, se somete a otro un riesgo concreto. Esto también pasa en los delitos omisivos. En este sentido, Sancinetti sostiene que la diferencia entre el homicidio por omisión y el abandono de personas pasa por el tipo de riesgo presente en cada uno de ellos. El delito de abandono de personas prevé un riesgo “abierto” o “general”, mientras que el primero hace referencia a uno definido y concreto.<sup>42</sup> Así, ante el mismo deber de ocuparse de los demás, la responsabilidad puede cambiar, según el grado de riesgo a que se expone a la persona.<sup>43</sup>

Cabe aclarar, de todos modos, que esto no sucede a la inversa, quien no tiene el deber de ocuparse de los demás, no puede pasar a tenerlo por el riesgo que implique su omisión: la omisión de auxilio no dejará de ser omisión de auxilio, aunque el riesgo que el sujeto advierta sea sumamente

41 Esto, por supuesto, no impide de por sí que los superiores jerárquicos puedan ser responsables, en CO, de lo que hacen sus inferiores. Deberá comprobarse, en ese caso, tanto el conocimiento de la situación riesgo concreto, la competencia específica de este control y la posibilidad de evitarlo. Dados estos supuestos, su responsabilidad existe y puede incluso ser mayor a la de sus inferiores.

42 Sancinetti, Marcelo, *Casos de Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Buenos Aires, Hamurabi, 2006, pp. 315 s.

43 Quizás a esto se refiere Roxin cuando dice que el deber define al autor, pero la parte penal es definida por el riesgo al bien jurídico, ver nota 3 de este texto.

concreto, porque él no tiene ese compromiso preasumido. Esta es una asimetría propia de las omisiones que debe mantenerse.

## 5. CONCLUSIÓN

La afirmación aquí defendida es que, a pesar de los desacuerdos teóricos entre las diferentes posturas acerca de los fundamentos de la PG, estas deberían coincidir, en los resultados acerca de cómo solucionar los casos de PG de funcionarios públicos. Dado un riesgo concreto y un deber específico de controlarlo, ambas deberían afirmar que existe posición de garante.

La tesis de la infracción de deber, dado que esta no asume que cualquier deber de ocuparse de problemas de seguridad o de salud genera PG. Por el contrario, exige que se trate de “peligros drásticos” referentes a “áreas centrales del estado”, donde la discreción para actuar se encuentre reducida a cero. Y la tesis del control, debido a que quien tiene un deber específico de evitar resultados y está frente a un riesgo concreto, tiene el control de la situación. Ese control surge de la expectativa razonable que tienen terceros de que ese funcionario se ocupe de lo que ocurre.

La discusión teórica no es, de todos modos, superflua. Así como cuando discutimos sobre el sentido de la pena sin que esto impacte, muchas veces, en la forma en la que pretendemos castigar. Saber cuál de los dos fundamentos es más acertado, si el del deber o el del control, sirve para evaluar cuál de las dos posiciones ofrece el fundamento más adecuado. Personalmente, me inclino por la postura del control, con las matizaciones aquí esbozadas. El fundamento sobre por qué esta postura es mejor que la opuesta no ha sido, en todo caso, dado aquí. Por el contrario, el punto ha sido mostrar que la tesis del control debería tener una posición similar en los casos de funcionarios públicos a la que defiende la tesis del deber.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ayestarán, Nicolás, “Responsabilidad por omisión impropia de las autoridades penitenciarias”, *En letra*, N° 5, 2017, pp. 155-171.

Coca Vila, Ivo, “Tirar a matar en cumplimiento de un deber”, *RECPC* 19-24, 2017, pp. 1-41.

- Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-NewYork, De Gruyter, 1991.
- Jakobs, Günther, “La competencia por organización en el delito omisivo”, en el mismo, *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM-Civitas, 1997, pp. 347-363.
- Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en el mismo, *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM-Civitas, 1997, pp. 293-324.
- Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices*, Barcelona, Atelier, 2007.
- Pawlik, Michael, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, *Indret Penal*, Barcelona, 1/2008.
- Pawilk, Michael, “Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils”, en *Libro homenaje a Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin-New York, 2011, pp. 931-945.
- Peralta, José Milton, “La explotación como la violación de un deber positivo” en Álvarez, entre otros, (eds.), *Autonomía y constitución: la interpretación del artículo 19 de la CN*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020 (en edición).
- Roxin Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 4ª ed., C.H.Beck, Múnich, 2006.
- Roxin, Claus, “Pflichtdelikte und Tatherschaft”, en Hefendehl, entre otros, (ed.), *Libro Homenaje a Bernd Schünemann*, Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 509-532.
- Sancinetti, Marcelo, *Casos de Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- Schünemann, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid (entre otras), Marcial Pons, 2009.
- Schünemann, Bernd, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, en el mismo, *Obras*, Buenos Aires, Rubinza –Culzoni, 2009, pp. 539-561.
- Silva Sánchez, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuadernos de política criminal*, N° 38, 1989, págs. 367-404.
- Silva Sánchez, Jesús-María, “Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte”, en Heinrich, entre otros (ed.) *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Berlin-New-York, De Gruyter, 2001, pp. 641-650.

Zaczyk, Rainer, "Zur Garantenstellung von Amtsträgern", en Rogall, entre otros (ed.) *Libro homenaje a Rodophi*, Neuwied, Luchterhand, 2004, pp. 361-370.

---

# Consideraciones sobre la responsabilidad penal de auditores ambientales

Nuevos enfoques para resolver cuestiones vinculadas a su nivel de intervención delictiva<sup>1(\*)</sup>

**NICOLÁS EDUARDO AYESTARÁN**

## 1. INTRODUCCIÓN

Conforme ha trascendido en algunos medios de comunicación, uno de los ejes de la reforma del Código Penal argentino lo constituye la importancia que se le ha asignado a la cuestión ambiental. En efecto, la Comisión de Reforma ha impreso un significativo énfasis en conductas que puedan lesionar el medio ambiente. Así, en el Título XXIII del anteproyecto elaborado se encuentran ocho capítulos dedicados al abordaje de conductas susceptibles de lesionar bienes jurídicos vinculados a aspectos ecológicos, los cuales incluyen el ambiente propiamente dicho<sup>2</sup>, así como la biodiversidad, fauna, flora, bosques nativos, etcétera.

\* Abogado egresado de la Universidad Nacional de San Juan. Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal por la Universidad de Castilla – La Mancha. Maestrando en la Maestría en Derecho penal y ciencias penales dictada por la Universidad Nacional de Cuyo. Docente en la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan. (Argentina)

1 Dedicado a Juan Ignacio, pequeño gran milagro de amor que construimos junto con su madre.

2 Resulta aquí especialmente relevante lo dispuesto en el art. 444 del Anteproyecto de reforma del Código Penal argentino, elaborado por la Comisión de Reforma, que establece: “El que, infringiendo leyes o reglamentos nacionales o provinciales especiales protectores del ambiente, provoque o realice emisiones, vertidos, vibraciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo,

Ello no resulta azaroso en lo absoluto, ya que actualmente el importante crecimiento de actividades industriales y económicas que inciden directamente sobre el medio ambiente y la biodiversidad ha obligado a replantearse el alcance de la responsabilidad de los sujetos que interactúan en este tipo de actividades, y el Derecho penal no puede ser ajeno a esta realidad, otorgar respuestas eficaces a esta problemática propia de las sociedades modernas. De esta manera, uno de los aspectos que caracterizan a las mismas es el hecho de que las organizaciones empresariales ya no solo deben limitarse a incrementar beneficios económicos, buscando reducir costos, ya que actualmente se encuentra en boga la noción de responsabilidad social corporativa, lo que trae aparejado que las empresas deben desarrollar su actividad con especial consideración de los efectos que de la misma puedan derivarse<sup>3</sup>. Esta noción se ha elaborado normativamente a través de instrumentos supranacionales, principalmente provenientes del derecho comunitario europeo, que funcionan como guía de interpretación. Así, el emblemático Libro Verde, presentado por la Comisión Europea Libro Verde con el objeto de fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas –COM/2001/0366–, establece en sus puntos 3 y 9

el subsuelo o las aguas, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause daños graves al aire, el suelo o las aguas, o la flora o fauna, será penado: 1º) Con prisión de UN (1) mes a CINCO (5) años y UNO (1) a SESENTA (60) días-multa, siempre que el hecho no se halle comprendido en alguno de los incisos siguientes; 2º) Con prisión de DOS (2) a DIEZ (10) años y VEINTICUATRO (24) a CIENTO VEINTE (120) días-multa, cuando el hecho se cometiere mediante la utilización de residuos legalmente calificados como radiactivos, peligrosos o industriales, sustancias tóxicas prohibidas; 3º) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y TREINTA Y SEIS (36) a CIENTO VEINTE (120) días-multa, cuando el hecho provocare un peligro para la salud humana; 4º) Con prisión de CUATRO (4) a QUINCE (15) años y CUARENTA Y OCHO (48) a CIENTO OCHENTA (180) días-multa, si el hecho: a) tornare no apta para la ocupación humana un área urbana o rural; b) impidiere el uso público de ríos, lagos, o lagunas; c) provocare el desplazamiento, aunque fuere temporal, de los habitantes de las áreas afectadas; d) causare daños directos, graves para la salud de la población; e) provocare la interrupción del abastecimiento público de agua de una comunidad; f) se efectuare sobre un área natural protegida; 5º) Con prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años y CIENTO VEINTE (120) a TRESCIENTOS (300) días-multa, cuando en los supuestos del inciso 3º resultare, como consecuencia no querida del hecho, la muerte de alguna persona. Lo dispuesto en el presente artículo y en el artículo 445 no rige para vehículos automotores, ferroviarios, aéreos o marítimos.

3 Mc Convill. *Positive Corporate Governance*. En: *Journal of Business and Securities Law* 6, 2005-2006; p. 62.

que la responsabilidad social de las empresas es, esencialmente, “un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio, que se expresa frente a los trabajadores y, en general, frente a todos los interlocutores de la empresa, que pueden a su vez influir en su éxito. Esto implica, asumir voluntariamente compromisos que van más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, que deberían cumplir en cualquier caso estas empresas. Además, se agrega que estas entidades corporativas intentan elevar los niveles de desarrollo social, protección medioambiental y respeto de los derechos humanos, y adoptan un modo de gobernanza abierto que reconcilia intereses de diversos agentes en un enfoque global de calidad y viabilidad”.

Cómo lógico corolario de ello, estas corporaciones no solo deberán cumplir las disposiciones jurídicas que regulan su actividad, sino que también deberán autorregularse con el objeto de contar con mejores herramientas de gestión y control de riesgos, reduciendo las posibilidades de incurrir en responsabilidad. Dentro de este escenario, cobran especial relevancia los programas de cumplimiento normativo, los cuales pueden ser entendidos como un sistema de gestión empresarial que tienen como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento.

En este sentido, Silva Sánchez ha destacado que la sociedad postindustrial no solo se caracteriza por ser una “sociedad del riesgo”, sino que además se trata de una sociedad de enorme complejidad donde la interacción individual ha alcanzado ribetes hasta ahora desconocidos, desprendiéndose de ello dos importantes consecuencias: por un lado, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que de algunos de estos contactos sociales redunden consecuencias lesivas, y por el otro, la creciente interdependencia da lugar, a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos dependan de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros, agregando que “las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos –recíprocos– de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas” (Silva Sánchez, 2001, p. 29). Estas reflexiones serán de

capital importancia a fin de analizar la responsabilidad penal de los auditores ambientales y su grado de intervención delictiva.

## II. BREVES NOCIONES SOBRE LA FIGURA DEL AUDITOR AMBIENTAL

En materia de actividades corporativas que inciden directa o indirectamente sobre el medio ambiente, la autorregulación a la que se hizo alusión *ut supra* muchas veces se traduce en la incorporación de funciones de auditoría. A lo largo de este trabajo, serán de fundamental importancia los aportes realizados por la dra. Raquel Montaner Fernández, quien a criterio del autor, es la persona que ha efectuado los análisis dogmáticos más profundos en esta materia, sin perjuicio de las diferencias que oportunamente se señalarán.

Como dijimos, las auditorías ambientales son instrumentos de gestión que se configuran como herramientas al servicio de la protección del medio ambiente, lo cual permite a las empresas prevenir riesgos medioambientales jurídicamente relevantes<sup>4</sup>. El sujeto activo de esta particular categoría de lides es el auditor ambiental, quien se erige como una pieza fundamental del proyecto empresarial de evitar riesgos que repercutan negativamente en el medio ambiente. La persona competente para desarrollar esta tarea debe contar con una aptitud demostrada para aplicar sus conocimientos y habilidades técnicas y científicas. Estas actividades pueden ser desarrolladas tanto por una persona individual o por un grupo de individuos que actúan coordinadamente, cobrando aquí relevancia la figura del auditor jefe, quien tendrá a su cargo la dirección y representación del equipo auditor. Asimismo, el auditor ambiental puede formar parte de la organización auditada, pudiendo ser también externa a la misma<sup>5</sup>. La opción por una u otra modalidad dependerá de la dimensión y recursos con que cuente la organización auditada.

4 Montaner Fernández, Raquel, La posible responsabilidad penal del auditor ambiental, En: *InDret Penal* n.º 2, 2012; p. 4.

5 Darnaculleta I Gardella, Merce, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005; pp. 170-171.

Ahora bien, respecto de las funciones que debe desarrollar el auditor ambiental, las mismas pueden operar de forma bipartita. En un primer momento, el auditor –una vez que asume efectivamente su función– debe ejecutar todas las tareas necesarias para proceder a la evaluación sistemática del objeto de la auditoría, comprobando si la empresa u organización cumple los parámetros establecidos en la normativa jurídica aplicable o en su programa de cumplimiento normativo. Por ello, puede sostenerse que en esta etapa, el auditor realiza básicamente una actividad de “vigilancia”<sup>6</sup>. Aquí, Montaner Fernández efectúa también una interesante distinción, señalando que se entiende que la función de vigilancia en la empresa se refiere tanto al concepto de *control* como al de *auditoría*. Estas modalidades de vigilancia presentan una importante diferencia: mientras la auditoría es considerada como una actividad de vigilancia que no se incorpora en el desarrollo del trabajo empresarial, sucede todo lo contrario respecto a la función de control. En esta medida, la consecuencia principal es que el auditor vigilante no es responsable de los resultados del proceso vigilado, sino solamente de su propia actividad. Por el contrario, cuando la actividad de vigilancia adquiere la forma de control, las acciones de vigilancia sí se integran en lo que constituye el desarrollo del trabajo vigilado y el auditor que efectúa este control será también responsable del devenir de la actividad auditada, aunque ambas esferas de competencias (proceso auditado y función de auditoría) sean independientes entre sí<sup>7</sup>. A los fines de los análisis abordados en este trabajo, interesan particularmente los auditores que efectúan una vigilancia bajo la modalidad de control, ya que es desde esa particular función que puede incrementarse a niveles no permitidos el riesgo que la actividad auditada conlleva al bien jurídico protegido, originándose en consecuencia interesantes cuestiones en cuanto a estructuras de imputación y determinación del nivel de intervención delictiva.

Además de la función *ejecutiva* recién mencionada, el auditor tiene también una tarea eminentemente *informativa*, la cual consiste en proporcionar una serie de datos al sujeto auditado por medio del denominado *informe final de auditoría*, en el cual se consignan los resultados y las conclusiones,

6 González Malaxecheverría, *Auditoría Ambiental. Su evolución histórica y entorno político-institucional*. Madrid: Instituto de Auditores Internos de España, 1997; p. 9.

7 Montaner Fernández, op. cit., p. 7.

indicando riesgos y recomendando también las medidas correctoras que fueran necesarias para prevenir la materialización de daños al medio ambiente. Esta tarea también resulta de vital importancia para garantizar los postulados contenidos en los arts. 16, 17 y 18 de la Ley General del Medio Ambiente, sobre la relevancia que se otorga a la información sobre cuestiones ambientales.

Antes de abordar el análisis sobre la responsabilidad penal del auditor ambiental y su grado de intervención delictiva, debemos preguntarnos qué clase de deberes infringe cuando emite un informe falso, y de ello se derivan daños al medio ambiente. En este sentido, con relación a la naturaleza de los deberes de los auditores ambientales, y de acuerdo con la clásica diferenciación consagrada por Jakobs, considero que por la dinámica propia de este tipo de auditorías, estos instrumentos de gestión son titulares de deberes negativos y positivos. En efecto, y con relación a la primera categoría, no caben dudas de que los ecoauditores deben organizar su ámbito de libertad de forma tal que de su comportamiento no devengan daños al medio ambiente que podría verse afectado por el desarrollo de la actividad auditada (por supuesto, este deber también recae con especial intensidad en el sujeto auditado). Estos deberes se basan en el deber intersubjetivo de respeto *nemimen laedere* y por esta razón, todos los ciudadanos que ostentan el derecho a gozar de un ambiente sano<sup>8</sup> (a quienes este tipo de conductas afecta de forma oblicua o tangencial) tienen frente a los sujetos que realizan una actividad industrial que impacta sobre el mismo a no ser lesionados. La ley general que vincula a los deberes negativos con la responsabilidad por las consecuencias es la del ejercicio previo de libertad con respecto a las esferas jurídicas ajenas, de manera que puede legitimarse

8 Artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

frente al propio individuo que es especialmente responsable de lo que suceda a otro por haber ejercido su libertad<sup>9</sup>. De estas instituciones negativas se desprende necesariamente que quien organiza debe responder por aquellas consecuencias que se deriven de su defectuosa organización, ya sea actuando u omitiendo.

De igual manera, los auditores ambientales ostentan también verdaderos deberes positivos, que son propios de quien se encuentra en ejercicio de un “rol especial”, el cual se traduce en la necesidad de preocuparse “de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida” (Jakobs, 2012, p. 83). Tales deberes derivarían de la existencia de instituciones diferentes a la libertad de organización y libertad por las consecuencias (propio de los deberes negativos), pero con la misma trascendencia que aquellas, dado que la infracción de estos deberes permite la imputación del resultado en comisión por omisión<sup>10</sup>. Sin embargo, este particular efecto no es monopolio de las instituciones positivas, ya que la infracción de deberes negativos también da origen a esta clase de imputaciones. Por ello, es necesario emanciparse de aquellas tendencias que asimilan la distinción entre deberes positivos y negativos con la de acción y omisión, según las cuales las conductas omisivas infringirían deberes positivos, mientras que las activas infringirían deberes negativos. Actualmente, gran parte de la doctrina jurídico-penal está de acuerdo en que ambas categorías de deberes pueden transgredirse tanto por acción como por omisión<sup>11</sup>.

Retomando con el análisis de infracción a deberes positivos, debe destacarse que lo relevante no es, aunque exista, dominio sobre un suceso, sino que lo verdaderamente trascendente es que se verifique la infracción de un deber especial que solo incumba al autor, es decir, que sea impuesto

<sup>9</sup> Robles planas, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, En: InDret Penal n.º 4, 2013; p. 5.

<sup>10</sup> Robles Planas, *supra* nota 7, p. 3.

<sup>11</sup> Similares valoraciones fueron realizadas por el autor en “*Responsabilidad penal de autoridades penitenciarias bajo la óptica de la omisión impropia y de las incumbencias (Obliegenheiten)*”, En Letra Penal n.º 5; 2017.

por una institución positiva<sup>12</sup>. En algunas ocasiones, el legislador no ha establecido tales deberes de fomento expresamente positivados, mientras que en otras oportunidades sí. Respecto de algunos tipos penales, el legislador no ha atendido a la naturaleza externa del comportamiento desplegado por el autor, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial o deber positivo.

Corresponde ahora preguntarse qué tipo de deber se infringe concretamente cuándo un auditor ambiental no realiza un acto propio de su haz de actividades, y de ello se deriva un daño para el medio ambiente. Sería fácil caer en la tentación de afirmar que nos encontramos ante la lesión de un deber positivo, toda vez que el agente vulneraría la misión de mejorar ese mundo común que existe entre el bien jurídico y él. Sin embargo, y siguiendo la tesis de Robles Planas, considero que la solución debiera enmarcarse dentro del contexto de la infracción a deberes negativos, ya que existe, por parte del auditor ambiental, un compromiso específico de contención de determinados riesgos, cuyo incumplimiento habilitaría la imputación del resultado lesivo en razón del incremento del riesgo que supone para el bien jurídico protegido el hecho de que el auditor no realice sus lides de contención previamente asumidas<sup>13</sup>.

### III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL AUDITOR AMBIENTAL Y GRADO DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

#### *III.1. Consideraciones generales*

Los delitos que se cometen en perjuicio del medio ambiente desde el ámbito corporativo presentan generalmente la concurrencia de una pluralidad de personas que interactúan verticalmente. Esto sucede cuando la conducta de los diversos intervinientes se inserta en niveles o esferas de actuación con relevancia diversa (reparto de competencias) en el seno de una

<sup>12</sup> Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Delito de Infracción de Deber*. En Silva Sánchez (ed.) Estudios y Debates en Derecho Penal, Tomo VIII. Buenos Aires: B de F, 2014; pp. 293.

<sup>13</sup> Robles Planas, *supra* nota 7, p. 16.

misma estructura organizada jerárquicamente –como las empresas–<sup>14</sup>. En estos casos, generalmente, se presentan dificultades para concretar criterios y títulos de imputación, poniéndose de manifiesto que, ya en el nivel de la calificación y cuantificación de los riesgos de las conductas implicadas en un complejo organizativo, las instituciones y figuras clásicas de la teoría de la imputación para casos de concurrencia de aportaciones son, en muchas ocasiones, “demasiado rígidas y en parte insuficientes con vistas a un tratamiento adecuado de la problemática en toda su dimensión”<sup>15</sup>. Es en este marco donde puede presentarse el aporte delictivo de los auditores ambientales, ya sean internos o externos.

Como se señaló anteriormente, la función última de estos auditores es proporcionar un informe técnico donde se consignent conclusiones y recomendaciones en orden a evitar daños ambientales. Esta información debe ser susceptible de ser utilizada por un tercero autorresponsable: la empresa o cliente auditado, quien en definitiva es quien tiene el verdadero poder de decisión sobre las medidas a adoptarse. Es esta la manera de comenzar a analizar la valoración de la conducta del auditor ambiental en relación al delito ecológico.

Previo a ello, y a los fines de comprender con mayor claridad lo que se desarrollará a continuación, estimo oportuno hacer mención a los dos momentos de la intervención delictiva delineados por Robles Planas: la fundamentación de la intervención, por un lado, y su calificación, por el otro. El primer momento (fundamentación de la intervención) está vinculado estrechamente a la teoría de la imputación objetiva, resultando importante tener en cuenta el principio de autorresponsabilidad, pero entendido de una forma normativa: creación desaprobada –activa u omisiva– de un riesgo teniendo en cuenta la conducta autorresponsable de otro sujeto. En la medida en que la conducta de varios intervinientes está desaprobada en vistas a un mismo hecho delictivo puede sostenerse que el hecho delictivo pertenece a todos los intervinientes<sup>16</sup>. Por su parte, la calificación de la inter-

14 Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons; 2003; p. 27.

15 Ídem.

16 Robles Planas, Ricardo, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). En: *InDret Penal* n.º 2, 2012.

vinción busca determinar, entre el círculo de intervinientes, quienes deben recibir mayor pena. Si bien todos han infringido una norma, la intensidad de la infracción no siempre es la misma.

Por tanto, todo se reduce a una gradación de infracciones de deberes realizadas por cada interviniente. Para ello, será determinante analizar la magnitud de los actos de organización de cada uno y su incidencia en la concreta realización típica. Como bien señala el citado autor, la valoración del aporte de cada interviniente debe realizarse no solo teniendo en cuenta la proximidad fáctica con el menoscabo del bien jurídico o con el dominio del hecho que conduce al mismo, sino también el significado que dicha aportación tiene como acto de organización para la negación del Derecho, donde cobra relevancia la infracción de deberes especiales. En este sentido, si el auditor proporciona un informe falso –ya sea porque omite indicar posibles riesgos o recomendaciones, o bien porque sugiera medidas contraproducentes– puede dar lugar a una situación en la cual el sujeto auditado, confiando en los conocimientos técnicos y científicos del auditor, no adopte las medidas necesarias para evitar o prevenir determinados delitos o daños ecológicos. Esta situación se traduce en una verdadera creación o aumento de un riesgo penalmente reprobado. Pero resta aún valorar cual es la intensidad de esa intervención delictiva.

Montaner Fernández entiende que la responsabilidad penal del ecoauditor se explica en el plano de la comisión por omisión, ya que este agente ha asumido un compromiso concreto de garante, del cual nace un verdadero deber de evitación del resultado cuya infracción, a criterio de la autora citada, permitiría un “juicio de identidad estructural” en los términos definidos por Silva Sánchez, o dicho de otra manera, daría lugar a una omisión estructuralmente idéntica a la realización comisiva de un tipo de la Parte Especial<sup>17</sup>. De esta solución debiera derivarse –siguiendo la línea teórica definida por el profesor español– una responsabilidad a título de autoría. Sin embargo, Montaner Fernández destaca que estamos ante un típico caso de participación, agregando que la respuesta se encuentra en el contenido y alcance del compromiso asumido por el auditor ambiental<sup>18</sup>. Así,

17 Silva Sánchez, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: BdeF, 2006; p. 276.

18 Montaner Fernández, op. cit., p. 21.

comparte con Robles Planas la idea de que “la decisión sobre la calificación como de autoría y participación de una conducta omisiva dependerá del valor de la omisión para el conjunto del hecho” (Robles Planas, 2007, p. 74.) y vuelve a señalar que el aporte del ecoauditor se inserta en un ámbito de competencia que se encuentra en la órbita de un tercero autorresponsable, que en definitiva es quien tiene la función material de adoptar las medidas necesarias para evitar que estos riesgos se traduzcan en daños ecológicos, relegando de esta manera el aporte del auditor a un plano relativo, de relevancia secundaria. Por ello, estima que, en este tipo de casos, el auditor ambiental debe responder en calidad de partícipe.

### *III.II. ¿Es posible analizar estas constelaciones de casos desde una modalidad autónoma de realización de tipos penales?*

No obstante el atendible argumento brindado por la profesora española, discrepo de la conclusión a la cual arriba, pudiendo verificarse razones que legitimarían imputar al auditor ambiental en calidad de autor. En este sentido, considero que el ámbito donde se desempeñan los auditores ambientales puede ser un particular fenotipo para explorar la aplicación de una figura escasamente abordada por la dogmática jurídico-penal: la interrupción de cursos causales salvadores, entendida como una modalidad de *omisión por comisión* (también denominada “comisión impropia”). Si el análisis de la omisión impropia ha generado encendidos debates dogmáticos, esta modalidad no es la excepción.

De esta manera, y para comprender mejor el abordaje que aquí se propone, es preciso efectuar algunas consideraciones en torno a qué debe entenderse por omisión por comisión, categoría que, como bien señala Fernández<sup>19</sup>, fue rescatada del olvido dogmático, principalmente, por Roxin<sup>20</sup>. Inicialmente, este tema fue planteado de forma expresa por Overbeck, quien presentó a la comisión impropia como una categoría autónoma de imputación, ciñendo la misma a casos de *omissio libera in causae* y a la

<sup>19</sup> Fernández, Gonzalo D., El intento interrumpido de cumplir el mandato ¿una omisión por comisión? En Silva Sánchez, Queralt Jiénez, Corcoy Bidasolo y Castiñeira (Coord.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017. BdeF; p. 556.

<sup>20</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*. Civitas, 2014; pp. 788-796.

ruptura de un curso causal salvador ya independizado o puesto en marcha por el omitente<sup>21</sup>.

Como dijimos anteriormente, es mérito de Roxin que nuevamente esta figura dogmática ocupe nuevamente la atención e interés de la doctrina, sosteniendo que es posible “en algunas constelaciones casuísticas individuales el castigar un hacer desde un tipo omisivo” (Roxin, 2014, p. 789). Así, quienes se enrolan en la vertiente doctrinaria que reconoce esta modalidad conciben a la omisión por comisión como la contraposición de una conducta con una norma de mandato (norma impositiva), lo que la define –en principio– como un delito de omisión. Pero esta omisión puede configurarse, excepcionalmente, por medio de una conducta eminentemente activa. Para comprender esta concepción de una forma óptima, Fernández propone tener presentes las diferencias estructurales que existen entre *prohibiciones*, las cuales se transgreden mediante una realización activa, y los *mandatos*, que se vulneran a través de la abstención de un obrar determinado<sup>22</sup>. Ello significa, en palabras del autor, que la construcción categorial del ilícito debe atenerse al tipo, detentando donde se encuentra el punto neurálgico de la figura delictiva, agregando que el dogmático, en su comprensión jurídico-penal de un suceso, reelabora el material fáctico y lo ordena categorialmente dentro del proceso de subsunción del hecho a una determinada figura típica. Por tanto, acción y omisión pueden apreciarse desde una óptica normativa, aun cuando ambas puedan obedecer a modelos de comportamientos finalísticamente orientados. Así, el hecho omisivo abarca cualquier conducta del agente distinta a la acción esperada<sup>23</sup>.

### *III.III. La orientación infractora de la función del auditor ambiental como interrupción de un curso causal salvador*

Ahora bien, habiendo desarrollado sucintamente en qué consiste la categoría de comisión impropia (u omisión por comisión), corresponde –tal cual se anticipó– abordar a una de las principales constelaciones que se

21 Freiherr Von Overbeck, Alfred. *Unterlassung durch Begehung*, en *Der Gerichtssaal*, n° 88, 1922; p. 319-317.

22 Fernández, op. cit., p. 560.

23 Ídem.

encuadran en ella: la interrupción de cursos causales salvadores. Esta fórmula permitirá arribar a la conclusión de que el auditor ambiental debe responder en calidad de autor, y no como un mero partícipe.

En primer lugar, es preciso señalar que la doctrina no ha alcanzado a formular un concepto inequívoco, sino que busca aproximarse al mismo tuitivamente a través de ejemplos<sup>24</sup>. Sin embargo, tal como destaca Silva Sánchez, la mejor óptica para abordar esta temática es dejar sentado que aparece como salvador aquel curso caracterizado, no por la voluntad salvadora del agente, sino por su idoneidad para salvar<sup>25</sup>. El citado autor español propone también distinguir la *perspectiva ex ante* de la *perspectiva ex post*. La primera constituye el modo propio de determinación de lo injusto del hecho, su antinormatividad. En este sentido, solo la interrupción de un curso causal adecuado *ex ante* para mantener la indemnidad de un bien jurídico determinado supone la creación (o aumento) de un riesgo penalmente relevante y, consecuentemente, la realización de un injusto típico<sup>26</sup>. Por otra parte, la perspectiva *ex post* refiere a la posibilidad de evaluar si el resultado se produjo, precisamente, por el no desarrollo del curso causal salvador que podría haberlo evitado. De esta manera, podría imputarse este resultado a quien interrumpió este curso de salvamento. Como puede advertirse diáfananamente, este juicio de constatación es independiente de la apariencia *ex ante* de dicho curso como idóneo para evitar el resultado lesivo. Si bien la doctrina dominante considera que en este tipo de constelaciones de casos nos encontramos en escenarios de “causalidad hipotética”, en el cual se exigiría una posibilidad rayana a la seguridad de que el curso causal interrumpido habría evitado el resultado, considero que basta con que ello haya significado una creación (o aumento) de un riesgo no permitido en relación al bien jurídico, el cual ulteriormente se materializa en el resultado<sup>27</sup>.

Cabe preguntarse por qué sería recomendable abordar la intervención del auditor ambiental como la interrupción de un curso salvador. Creo que

<sup>24</sup> Lerman, Marcelo. *La Omisión por Comisión*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013; p. 199.

<sup>25</sup> Silva Sánchez, op. cit, p. 268.

<sup>26</sup> Ídem, p. 269.

<sup>27</sup> Hoyer, Andreas. *Causalidad y/o incremento del riesgo*. En Sancinetti (Compilador), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. Buenos Aires; 2009, Hammurabi; pp. 447-462.

la razón radica especialmente en las características propias de la función del ecoauditor, es decir, en el hecho de que es contratado para que, por medio de la aplicación de sus conocimientos especiales, actúe conjuntamente con el auditado como barrera de contención de riesgos jurídicamente reprobados en relación al medio ambiente. De tal manera, si el auditor no cumple en informar y detallar los riesgos a los que se encuentra sometido el medio ambiente a raíz de la realización de las actividades desarrolladas por el auditado, en un momento ulterior este no contará con las herramientas necesarias para evitar la consumación del daño. Por eso podría afirmarse que en este caso existe una suerte de categoría híbrida entre interrupción de un curso salvador propio y ajeno. En un primer momento el auditor es contratado para emplear su sapiencia en orden a mantener o garantizar la incolumidad del medio ambiente. Si elabora un informe defectuoso estaría omitiendo realizar un acto necesario para contener esos riesgos. Pero, al no informar debidamente al auditado, también impide que este –quien ostenta la competencia material de tomar decisiones y dirigir el rumbo de la organización auditada– disponga las medidas necesarias para evitar la consumación de daños ecológicos, circunstancia que probablemente hubiese realizado en caso de haber contado con el debido desarrollo de la tarea que había encomendado al auditor.

En este orden de ideas, y de acuerdo al análisis aquí propuesto, pueden verificarse la concurrencia de las perspectivas *ex ante* y *ex post* desarrolladas *ut supra*. En efecto, la función del auditor ambiental se erige, preliminarmente, como una actividad de gestión y control idónea para contener una serie de riesgos que la actividad auditada implica para el medio ambiente, y es por ello que el sujeto pasivo de esta relación (el auditado), en ejercicio de estas lides propias de las necesidades de autorregulación, confía esta responsabilidad en personas u organismos dotados de conocimientos específicos. Si el ecoauditor realiza un informe intrínsecamente falso (ya sea, por omitir consignar la existencia de determinados riesgos o por recomendar medidas inconvenientes), produce un incremento de un riesgo desaprobado para el medio ambiente, creándose en consecuencia una relación de pertenencia con el hecho típico, habilitándose en consecuencia la posibilidad de imputar el resultado lesivo al auditor ambiental.

Del análisis del caso propuesto pareciera surgir que el reproche penal que se realiza al auditor ambiental se focaliza en la omisión de contener

riesgos determinados, función que previamente habría asumido formal y materialmente y, por ende, la razón que legitimaría la atribución de responsabilidad radicaría en esa abstención, en ese *no hacer* lo que la acción mandada imponía. Sin embargo, considero que esta no es la solución correcta, ya que esta omisión tiene un origen específico: la elaboración de un informe de auditoría. Por consiguiente, la omisión en contener los riesgos asumidos se produce *realizando* un informe que es el resultado de la actividad ejecutiva del auditor. Es allí donde se manifiesta el acto interruptivo, que es precisamente aquel que se erige como acto de organización contrario a Derecho o, dicho de otra manera, es la conducta que posee un significado comunicativo que refleja una clara negación a la norma. De esta manera, se visualiza claramente la estructura característica de la omisión por comisión como modalidad de realización típica.

#### IV. PALABRAS FINALES

Cómo lógico corolario de lo recientemente expuesto, considero que el hecho de que los aportes realizados por un auditor ambiental se incorporen en la esfera de terceros autorresponsables, quienes en definitiva pueden adoptar las decisiones finales que eviten un delito ecológico o conlleven a su consumación, ello no resulta óbice para considerar a los primeros como autores, ya que dichos aportes resultan determinantes para que el ilícito se materialice, toda vez que su conducta se traduce en un aumento exponencial de riesgos penalmente relevantes, los cuales se materializan en el resultado –delito ecológico–. Es importante destacar que esta circunstancia no significa, necesariamente, que el sujeto auditado no merezca también algún tipo de reproche penal, podría incluso verificarse casos de coautoría. Lo que aquí se pretende resaltar es que el hecho de contar con la potestad final de decisión del rumbo empresarial, así como también la circunstancia de efectuar un aporte próximo al acontecimiento lesivo, no puede excluir otras aportaciones de carácter disvalioso que igualmente se patentizan en un resultado típico. La calificación de estas intervenciones delictivas permite concluir que debe responsabilizarse al auditor ambiental a título de autor.

Si bien el abordaje propuesto amerita un análisis más profundo, estimo que el caso particular de los auditores ambientales es un escenario ideal

para realizar un estudio aplicado de diversas formas de imputación, y particularmente, de un dispositivo dogmático escasamente abordado doctrinariamente como la omisión por comisión y, particularmente, la interrupción de cursos causales salvadores.

Este tipo de análisis ofrece nuevas ópticas que permiten evaluar conductas que, en oportunidad de formular juicios de imputación, generan múltiples interrogantes. Por consiguiente, es necesario repensar críticamente las clásicas modalidades de realización delictiva, analizando nuevas alternativas de abordar el estudio de los distintos niveles de intervención delictiva que se pueden presentar en delitos complejos donde interactúan pluralidad de sujetos.

De esta manera, y atento a la importancia que los delitos ambientales ostentan en el proyecto de reforma del Código Penal, considero que este tipo de análisis puede contribuir a solucionar una amplia gama de casos que puedan presentarse en la práctica forense.

## BIBLIOGRAFÍA

- Fernández, Gonzalo D., El intento interrumpido de cumplir el mandato ¿una omisión por comisión? En Silva Sánchez, Queralt Jiénez, Corcoy Bidasolo y Castiñeira (Coord.), *estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. BdeF, 2017; pp. 55-568.
- Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte General* (traducción a cargo de Marcelo A. Sancinetti), 4° Edición. Ed. Hammurabi, 2009.
- Gimbernat Ordeig, *Enrique, Estudios sobre el Delito de Omisión*. BdeF, 2013.
- Jakobs, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Recht als Kultur, 2012.
- Lerman, Marcelo, *La Omisión por Comisión*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.
- Montaner Fernández, Raquel, *La posible responsabilidad penal del auditor ambiental*, En: *InDret Penal* n.º 2, 2012.
- Robles Planas, Ricardo, “*Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*”, En: *InDret Penal* n.º 2, 2012.

- Robles Planas, Ricardo, *Garantes y Cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Ed. Atelier, 2007.
- Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*. Civitas, 2014.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Sancinetti (Compilador), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- Silva Sánchez, Jesús María, *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Barcelona, Ed. B deF, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2º edición, Barcelona: Civitas, 2001.



EdS