

DERECHO PENAL

VI y VII Encuentro 2014

Intercátedras

NÚMERO 3 - AÑO 2015

Directores: Javier A. De Luca - Daniel A. Erbetta



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

Intercátedras

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

NÚMERO 3 - AÑO 2015

ISSN 2314-3185

Revista Intercátedras

Año III - N° 3 - Edición septiembre 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Intercátedras y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la de los directores de la revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Javier Augusto De Luca
Daniel Aníbal Erbetta

Directores

Nadia Espina
Francisco Figueroa
María Ángeles Ramos

Coordinadores



Asociación Argentina de
profesores de derecho penal



Universidad Nacional
de Rosario

Auspiciantes

Prólogo

La presente publicación representa mucho más que la compilación de los artículos doctrinarios expuestos en el marco de la VI y VII edición de los Seminarios Intercátedras (UNR-UBA), que se desarrollaron durante el año 2014: es el producto de la continua interacción entre dos cátedras pertenecientes a las Facultades de Derecho de distintas Universidades —la Nacional de Rosario y la de Buenos Aires—, intercambio que se ha mantenido en el tiempo con motivo de la participación y el esfuerzo de cada uno de los docentes que las integran.

Es preciso recordar que la idea del Seminario Intercátedras surgió como una propuesta de los integrantes de la universidad rosarina en el año 2011, y que desde entonces se han venido realizando dos encuentros anuales, uno en cada ciudad, con la finalidad de promover ese ámbito de discusión.

A través de esta iniciativa no solo se quiso generar un espacio para que los miembros de ambas cátedras expongan sus ideas en punto a problemáticas del derecho penal, sino también para generar debate y una enriquecedora discusión entre todos los asistentes.

PRÓLOGO

Durante estos cinco años se fortalecieron los vínculos y las relaciones entre los jóvenes docentes de las distintas universidades que, en el futuro, reemplazarán a aquellos con mayor experiencia, y se trazaron nuevos proyectos y trabajos académicos en común.

Nos resulta imposible transmitir en escuetas líneas lo que se vivió en los ocho encuentros realizados; mas solo podemos acercar al lector las posturas centrales desarrolladas por quienes, oportunamente, tuvieron a cargo cada uno de los paneles.

Esperamos que disfruten de este nuevo número de la revista y que en los próximos encuentros podamos no solo contar con su presencia, sino también enterarnos que nuevos seminarios Intercátedras se han creado.

Para finalizar, no queremos dejar de agradecer a los más de 1000 asistentes que, hasta el momento, participaron en las distintas ediciones del Seminario, a los coordinadores de la revista, y a quienes colaboran de manera activa en la organización de cada encuentro.

Octubre de 2015.

Javier A. De Luca (UBA)

Daniel A. Erbetta (UNR)

Índice General

VI Encuentro Intercátedras	p. I
Reseña	3
Eximentes incompletas o impropias en el Anteproyecto de Código Penal por FLORENCIA CHAUMET y PABLO G.TOJO	5
Eximentes de responsabilidad penal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación por FLORENCIA P. NOCEREZ y DANIELA R. PART	45
VII Encuentro Intercátedras	p. 8I
Reseña	83

ÍNDICE GENERAL

Reflexiones acerca del reemplazo de la pena de prisión por las alternativas
por NADIA ESPINA y GUADALUPE PIAGGIO 85

La hora iluminada del juez. Un análisis de los criterios de determinación de la pena
a la luz del Anteproyecto de Código Penal
por GABRIELA CONDE, MATÍAS NICOLÁS YOHAI y MIGUEL MONES RUIZ 117

Verdades y mentiras: ¿Se deroga la reincidencia en el Anteproyecto de Código Penal
de la Nación?
por LUCÍA MONTENEGRO 151

Fuentes citadas **p. 171**

VI Encuentro Intercátedras

Reseña

El viernes 30 de mayo de 2014, con la presencia de los titulares de cátedra Profesores Daniel Erbetta y Javier De Luca, tuvo lugar el “VI Seminario Intercátedras de Derecho Penal” de las Facultades de la UBA y UNR, en la ciudad de Rosario.

Al encuentro asistieron más de 100 personas, entre docentes de ambas universidades (titulares de cátedra, adjuntos, jefes de trabajo prácticos, ayudantes de primera y de segunda, adscriptos y ayudantes alumnos), además de alumnos de posgrado y de grado.

El tema **“Eximentes completas e incompletas en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014”**, fue trabajado por quienes representaron a las distintas cátedras, con la finalidad de someter a discusión el texto redactado por la Comisión creada mediante decreto PEN 678/2012, presidida por el destacado penalista Dr. E. Raúl Zaffaroni.

En primer lugar, expusieron los docentes locales, Florencia Chaumet y Pablo Tojo (UNR), quienes efectuaron un análisis sobre las eximentes incompletas incorporadas en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación,

teniendo en cuenta las discusiones doctrinarias existentes y los supuestos que, de modo asistemático y disperso, se encuentran regulados en el actual Código Penal.

En ese sentido, sostuvieron que el Anteproyecto aporta claridad y previsibilidad en la materia debido a que propone la reformulación completa del art. 34 CP en cuanto a los supuestos en los que no habrá delito, la regulación precisa en el art. 6° Anteproyecto de Código Penal de las eximentes incompletas o impropias —incluyendo dentro de estas a la imputabilidad disminuida—, y una prolija regulación en materia de error.

Seguidamente, las docentes Florencia Nocerez y Daniela Part (UBA), tomaron a su cargo el análisis comparativo del actual art. 34 CP con el art. 5° del Anteproyecto de Código Penal, limitando el objeto de la exposición a la presunción de legítima defensa contemplada en el Anteproyecto en caso de mediar violencia doméstica.

En ese sentido, entendieron que dicha incorporación constituye un avance que trata de cumplir con las obligaciones asumidas a nivel internacional por el Estado argentino en los casos de violencia doméstica y de género, y sostuvieron que si bien se trata de una presunción *juris tantum* y como tal no excluye la verificación de todos los requisitos de la legítima defensa para aplicar dicha causal de justificación en el caso concreto, deja expresamente planteada una situación que los magistrados deberán valorar especialmente: la violencia doméstica, lo que supone un avance en la materia.

Por la noche, como es habitual, tuvo lugar el encuentro de camaradería.

Daniel A. Erbetta (UNR)

Eximentes incompletas o impropias en el Anteproyecto de Código Penal

por **FLORENCIA CHAUMET**⁽¹⁾ y **PABLO G. TOJO**⁽²⁾

I | Introducción

El Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión creada por el decreto PEN 678/2012 y presidida por Eugenio Raúl Zaffaroni,⁽³⁾ trae como novedad, respecto a la actual sistemática del Código Penal vigente, la regulación expresa de la materia que, en algunos códigos y en la doctrina, es conocida bajo la denominación de eximentes “incompletas” o “impropias”.

.....

(1) Abogada. Miembro de la Cátedra de Derecho Penal I dirigida por el Dr. Daniel Erbetta, (Facultad de Derecho, UN Rosario).

(2) Abogado. Miembro de la Cátedra de Derecho Penal I dirigida por el Dr. Daniel Erbetta, (Facultad de Derecho, UN Rosario).

(3) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, [ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf](http://www.infojus.gov.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf), consultado el 12/05/2014. En adelante, mencionado como Anteproyecto 2014.

Denominación que, cabe señalar, no resulta familiar en nuestro medio, pues es habitual hallar el tratamiento de las cuestiones que bajo aquella se agrupan de modo más bien asistemático y disperso. Así, no nos resultan desconocidos los debates en torno a la imputabilidad disminuida o al exceso en la legítima defensa, más son escasas las perspectivas que abordan estas cuestiones como integrantes de una problemática común que, como veremos, se halla relacionada con la teoría del delito.

Sin ingresar aún, en esta Introducción, a la valoración del modo en que el Anteproyecto 2014 plantea la regulación de esta materia, aparece como positivo el que se la aborde de manera expresa, con lo cual entendemos que se sortea el primer obstáculo que hoy existe al respecto, y que es su lisa y llana negación.⁽⁴⁾

2 | Caracterización

2.1 | Consideraciones previas

Referirse a eximentes “incompletas” o “impropias” implica abordar un concepto de carácter referencial o relativo, ya que su definición se logra en referencia o en relación a otro instituto. En lo que podemos anticipar, configura una relación del tipo género a especie.

En este sentido, hallamos, ante todo, una figura genérica: las denominadas “eximentes”. Estas pueden ser caracterizadas como circunstancias cuya presencia determina que nos hallemos ante “supuestos en que no corresponde aplicar una sanción penal”.⁽⁵⁾ Esto no responde a que se trate de “causales de ‘ausencia de punibilidad’”,⁽⁶⁾ sino a que “la persona no ha cometido un delito”.⁽⁷⁾ Es por ello que se dice que estas eximentes precisan “los ingredientes que permiten reconocer el concepto teórico de delito para la legislación

(4) Fenómeno particularmente intenso respecto a la llamada “imputabilidad disminuida”.

(5) D’ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal comentado y anotado: Parte General (arts. 1 a 78 bis)*; Bs. As., La Ley, 2005, p. 201.

(6) D’ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal...*, op. cit., p. 201, donde además, acertadamente, señala que dichas causales operan en casos en que, “pese a la existencia de un delito, no procede aplicar una pena”.

(7) *Ibid.*

argentina”⁽⁸⁾ o, como se afirma en la “Exposición de motivos” del Anteproyecto 2014, “configuran la base legal de la llamada teoría del delito”.⁽⁹⁾

Ello es así porque, definiéndose tradicionalmente al delito como acción típica, antijurídica y culpable, dicha caracterización implica referirse a cuatro niveles analíticos que deben hallarse presentes: ante todo, que exista acción, y luego, que esta sea típica, antijurídica y culpable. Si no existe acción, es evidente que nunca podrá llegar a hablarse de la existencia de un delito. Pero tampoco habrá delito si habiendo acción, esta no es típica; o si, siendo típica, no es antijurídica; o si, aun siendo típica y antijurídica, no es culpable. De modo que, ante un caso concreto, al no hallarse reunidos los caracteres que satisfagan las exigencias que requiere uno cualquiera de estos estratos analíticos, no tiene sentido proseguir el examen más allá del nivel en que ello se verifique, pues nunca podrá llegar a afirmarse la existencia de un delito.

Las circunstancias a la luz de las cuales debe efectuarse este examen y que, en caso de hallarse presentes, descartan la existencia de un delito, son, como señalamos, las denominadas “eximentes”, y suelen encontrarse reguladas normativamente en la Parte General de los códigos penales. Ello resulta sistemáticamente correcto, por tratarse de circunstancias cuya presencia excluye la posibilidad de hallarnos ante un delito, y es coherente entonces proceder a su consideración de modo previo a introducirnos en el examen de tal o cual figura delictiva concreta.

En el caso de la legislación argentina, el Código Penal vigente regula estas eximentes fundamentalmente en su art. 34, con la conocida fórmula⁽¹⁰⁾ que comienza con la expresión “No son punibles”, y luego se desarrolla en diversos supuestos que excluyen la existencia de delito.

2.2 | Las denominadas eximentes “incompletas” o “impropias”

Además de las eximentes que descartan por completo la existencia de un delito,⁽¹¹⁾ a nivel tanto teórico como en numerosas legislaciones positivas,

(8) *Ibid.*

(9) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 69

(10) Fórmula objeto de numerosas y justificadas críticas por parte de la doctrina.

(11) Las cuales, en parte por esta razón y en parte para realizar una distinción nítida respecto a las llamadas “eximentes incompletas”, suelen ser también denominadas “eximentes completas”.

suele señalarse la existencia de otras circunstancias que, si bien no poseen una entidad tal que conduzca a desechar la existencia de un delito, producen el efecto de disminuir la responsabilidad del sujeto que actúa en el marco de ellas, y que se traducen en una disminución, en el caso concreto, de la escala penal que sería aplicable si mediase responsabilidad plena.

En este sentido, y como señaláramos al sostener que las eximentes “incompletas” o “impropias” constituyen un concepto **relativo**, es común que algunos códigos penales las contemplen en un precepto ubicado inmediatamente a continuación de las eximentes completas, y generalmente por medio de una fórmula que suele estar redactada en los siguientes términos: “cuando no concurren todos los requisitos del artículo anterior”.⁽¹²⁾

Puede entonces sostenerse, como señala el chileno Enrique Cury Urzúa, que, con las llamadas eximentes “incompletas” o “impropias”, “... se confiere capacidad atenuatoria a las causales (circunstancias) que ordinariamente eximen de responsabilidad criminal, cuando, por encontrarse incompletas, no surten efecto excluyente de la punibilidad”.⁽¹³⁾

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta que las eximentes completas pueden operar en cualquiera de los niveles de la teoría del delito, debemos adelantar desde ya que las eximentes “incompletas” o “impropias” no actúan en un ámbito totalmente coincidente, lo cual responde a la razón de que no todos los estratos de la teoría del delito presentan la característica de ser **graduables**. En este sentido, los ámbitos de la acción y de la tipicidad responden más bien al modelo de **todo o nada**: no es factible hablar de fenómeno alguno que sea “algo menos que acción”, o de una acción que sea “parcialmente típica”, pues es claro que, en tales supuestos, estaremos ante una falta de acción, o ante una acción atípica, según el caso.

(12) En este sentido, puede citarse como paradigmática la regulación que contiene el Código Penal de España: “Son circunstancias atenuantes: 1. Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos” (art. 21, inc. 1º). Este artículo es el único que constituye el Capítulo III, denominado “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, ubicado en el Título I —“De la infracción penal”— del Libro I —“Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”—, y la referencia es al Capítulo II, denominado “De las causas que eximen de la responsabilidad criminal”.

(13) CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 104.

3 | Fundamento

La doctrina suele ser coincidente en cuanto a que las eximentes “incompletas” o “impropias” son una creación legislativa del Código Penal de España de 1848. Este, de manera similar a la actual redacción, en su Capítulo III se refería a “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”. Específicamente, el art. 9º, inc. 1º, establecía: “Son circunstancias atenuantes: 1º Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.⁽¹⁴⁾

En opinión de Zaffaroni,⁽¹⁵⁾ sin embargo, y refiriéndose a la imputabilidad disminuida, esta fórmula es una simplificación de la regulación que de las atenuantes realizaba el Código Penal del Imperio de Brasil, de 1830.⁽¹⁶⁾ En su parecer, la claridad que respecto a esa temática tenía el Código de

(14) Ver [en línea] <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>, consultado el 12/05/2014.

(15) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, Bs. As., Ediar, 1999, p. 178. En idéntico sentido, ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 708.

(16) Ver [en línea] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm, consultado el 12/05/2014. El art. 18 disponía: “São circunstancias atenuantes dos crimes:

1º Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar.

2º Ter o delinquente commettido o crime para evitar maior mal.

3º Ter o delinquente commettido o crime em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos; em defeza de sua familia, ou de um terceiro.

4º Ter o delinquente commettido o crime em desaffronta de alguma injuria, ou deshonra, que lhe fosse feita, ou á seus ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos.

5º Ter o delinquente commettido o crime, oppondo-se á execução de ordens illegaes.

6º Ter precedido aggressão da parte do offendido.

7º Ter o delinquente commettido o crime, aterrado de ameaças.

8º Ter sido provocado o delinquente.

A provocação será mais ou menos attendivel, segundo fôr mais ou menos grave, mais ou menos recente.

9º Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez.

Para que a embriaguez se considere circunstancia atenuante, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos; 1º que o delinquente não tivesse antes della formado o projecto do crime; 2º que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime; 3º que o delinquente não seja costumado em tal estado a commetter crimes.

10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos.

Quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade”.

Brasil en el art. 18, inc. 1º,⁽¹⁷⁾ se perdió en el Código de España al pretender sintetizar todas las eximentes incompletas. Con respecto a la opinión mayoritaria en relación al texto del Código español, se menciona la influencia de Joaquín Francisco Pacheco,⁽¹⁸⁾ quien en su *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, se había referido al tema en estos términos:

Las causas de atenuación pueden referirse a los mismos principios, y derivarse de los mismos orígenes que las causas de justificación y disculpa. También, si las examinamos con detención, encontraremos en ellas algo semejante a un derecho violado, algo parecido al error y a la ignorancia absoluta, algo que tiene relaciones muy íntimas con la coacción y la violencia. En una palabra, lo que siendo pleno y completo produce la omnimoda inculpabilidad, eso mismo, incompleto, faltó, destituido de alguna importante circunstancia, es lo que produce la excusa, es lo que da margen a la atenuación.⁽¹⁹⁾

El fundamento de cada una de las causales de atenuación es, en esta relación de todo a parte, el mismo que posea la eximente completa de que se trate⁽²⁰⁾ y podría ser explicado de manera simple a través del aforismo “Lo que completo exime, incompleto atenúa”.⁽²¹⁾

(17) “No haber habido en el delincuente pleno conocimiento del mal, ni directa intención de cometerlo”, en la traducción que brinda ZAFFARONI, E. RAÚL; *Tratado...*, op. cit., p. 179, nota 13.

(18) Si bien también hay opiniones que atribuyen el rol fundamental en la redacción del texto legal a Manuel Seijas Lozano y José María Clarós, o incluso a Seijas Lozano en soledad, se señala que Pacheco era sí el principal penalista español de la época, y que su *Estudios...*, fue la obra de mayor influencia sobre los redactores del Código. Ver ONECA, JOSÉ A., “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; t. 18; n° 3, Ministerio de Justicia de España y Boletín Oficial del Estado, 1965, pp. 473/495.

(19) PACHECO, JOAQUÍN F., *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 1842. Tuvimos acceso al texto de la edición hecha en Madrid, Imprenta a cargo de D. S. Compagni, 1854, [en línea] <http://books.google.com.ar/books?id=-ALaoK16mhYC&pg=PP9&lpq=PP9&dq=%22pacheco%22+%2B+%22estudios+de+derecho+penal%22&source=bl&ots=GLu8s8exir&sig=nV56qD5Y4TpO7eLOm2KE2BfxmTo&hl=es-419&sa=X&ei=v-9vU966F9TIsAstlYL4BA&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>, consultado el 12/05/2014, p. 82.

(20) “La necesidad y el interés eran al caso del capítulo precedente como un quebrado a la unidad; y por eso mismo si la unidad es la disculpa, el quebrado será la atenuación”, PACHECO, JOAQUÍN F., *Estudios...*, op. cit., p. 82.

(21) JAÑA FERNÁNDEZ, MITZI YANETT, “Las eximentes incompletas: requisitos doctrinales y jurisprudenciales para su procedencia”, agosto 2011, p. 15, [en línea] <http://tesis.uchile.cl/bitstream/>

Parece lógico pensar que si se exige de responsabilidad penal al concurrir determinados requisitos, cuando estos se presentan solo en parte, la pena no debería desaparecer, pero sí al menos atenuarse. Disiente con este fundamento Cury Urzúa, señalando que, en cambio, todas las eximentes “incompletas” o “impropias”

... son situaciones de exigibilidad disminuida a causa de la anormalidad de las circunstancias [y expresa que] ... el efecto atenuatorio de las eximentes incompletas no puede deducirse sin más de que sean “parte” de un “todo” capaz de eximir. En el plano de las valoraciones jurídicas, este género de razonamiento lógico-formales de tipo matemático carece de vigencia. Si las cosas fueran como pretendía Pacheco, se producirían conclusiones tan absurdas como las de que, cuando un sujeto ejecuta sólo una fracción de la conducta típica (...) habría también que imponerle parcialmente la pena, porque si el ‘todo’ es injusto, la “parte” debería serlo asimismo (...) Cuando se dan sólo algunos de los presupuestos de las eximentes, de suerte que éstas no justifican una exclusión de los elementos integrantes del delito, subsiste, sin embargo, en la mayor parte de los casos, una situación anómala que deteriora la capacidad de autodeterminación del individuo, reduciendo la posibilidad de exigirle que se comporte con arreglo al mandato o a la prohibición respectiva (...) Así pues, las eximentes incompletas como atenuantes no obedecen al mismo fundamento —imperfectamente manifestado— de las respectivas causales de exclusión de responsabilidad, sino que todas ellas son situaciones de exigibilidad disminuida a causa de la anormalidad de las circunstancias...⁽²²⁾

Ahora bien, existe un tercer grupo de autores que distinguen entre el hecho base que posibilita la atenuación de la pena, de la eximente originaria. En este punto, Jaña Fernández cita a Carolina Rudnick Vizcarra, para quien el fundamento de la atenuación de la responsabilidad penal, en el caso de concurrir alguna eximente incompleta, puede obedecer indistintamente a una disminución en el injusto penal o la culpabilidad, dependiendo del

.....
handle/2250/111378/de-jana_m.pdf?sequence=1, consultado el 12/05/2014, con cita de Groizard, *El Código Penal*, t. I, p. 365.

(22) CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 104/105.

caso, no sujetándose *ex ante* a la justificación de una u otra eximente de responsabilidad penal.⁽²³⁾

Otra posición es la expresada por Gonzalo Quintero Olivares, quien deriva la cuestión a consideraciones político-criminales, al afirmar:

... la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuridicidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amén de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede suceder que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuridicidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal.⁽²⁴⁾

En similar sentido, se expresa Manuel José Arias Eibe, quien apunta que si bien la mayoría de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal “tienen su fundamento conectado con el injusto y la culpabilidad”, existen también “circunstancias cuyo fundamento se encuentra en razones netamente político-criminales”.⁽²⁵⁾

Por último, resulta interesante el planteo que formula Enrique Bacigalupo, quien afirma que las eximentes incompletas son una figura solo relevante en la medida en que el sistema penal no contemple el error, e irrelevante cuando este es admitido.⁽²⁶⁾ Señala que, a partir de la reforma de 1983 al Código Penal de España, dichas eximentes solo abarcan posibles casos de imputabilidad disminuida, pues los demás constituyen

(23) JAÑA FERNÁNDEZ, MITZI YANETT, “Las eximentes ...”, *op. cit.*, con cita de C. S. Rudnick Vizcarra, *La compensación racional de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la determinación judicial de la pena*, 2ª ed., Santiago de Chile, Fundación Fernando Fueyo/LexisNexis, 2007, p. 15.

(24) QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, Marcial Pons, 1989, p. 609.

(25) QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “Graduación del desvalor y reproche en el marco de la estructura esencial y accidental del delito”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo*, [en línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_19.pdf, p. 6, consultado el 12/05/2014.

(26) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 240 y ss., p. 433 y ss., y p. 610 y ss. En la p. 240, menciona expresamente los supuestos de legítima defensa incompleta y estado de necesidad incompleto.

supuestos de error de prohibición evitable, que encuentran regulación en el art. 14 de ese cuerpo legal.⁽²⁷⁾ Y agrega:

En efecto, una atenuación de la pena como la prevista para las eximentes incompletas sólo es razonable cuando el autor haya supuesto erróneamente y en forma evitable el elemento de la circunstancia eximente. En la actualidad, con el desarrollo alcanzado por la teoría del error es técnicamente inadecuado el mantenimiento de una disposición que, en realidad, no hace sino crear una seria perturbación del sistema del error.⁽²⁸⁾

4 | La cuestión en el derecho comparado

Tal como expusimos más arriba, el Código Penal español prevé una cláusula genérica de eximentes incompletas, que establece que son circunstancias atenuantes: “Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando

.....

(27) El art. 14 CP de España dispone: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

(28) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 433. Cabe tener en cuenta la aclaración que el propio Bacigalupo efectúa: “... los casos de legítima defensa y estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber incompletos constituyen casos de exceso del autor y, en tal sentido, como se vio, se deben tratar como supuestos de error, dado que la atenuación sólo se justifica si el autor ignoraba que obraba sin el amparo objetivo de la eximente. Este punto de vista es consecuencia, en verdad, de la exigencia en las causas de justificación de un ánimo de defensa (propia o de terceros en la legítima defensa, y uno de los bienes jurídicos que colisionan en el caso del estado de necesidad). Por ello se explica que en la más antigua concepción, que consideraba las eximentes, y sobre todo las causas de justificación, como puramente objetivas, la cuestión del error ni siquiera se planteara. En la actualidad, en tanto se ha reconocido que la ilicitud se configura no solo por el disvalor del resultado, sino también por el disvalor de acción, en la justificación se requiere además de la justificación del resultado, también la de la acción, que depende del propósito perseguido por el autor” (p. 611). Con lo cual, desde la perspectiva de quienes, como Zaffaroni, entienden que las causas de justificación operan sin que sea necesario requerir la presencia de elemento subjetivo alguno, es lógico distinguir ambas instituciones.

no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos...” (art. 21.1).

A su vez, el Código Penal de Chile reza: “Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las expresadas en el Artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos...” (art. 11).⁽²⁹⁾

El Código Penal brasilero, si bien no establece una cláusula general como los dos ordenamientos anteriores, sí prevé una reducción de pena de uno a dos tercios para los casos de imputabilidad disminuida.⁽³⁰⁾

Por último,⁽³¹⁾ el Código Penal Alemán, al igual que el ordenamiento brasilero, solo prevé este último supuesto, mas no otros casos de eximentes incompletas.⁽³²⁾

En los códigos penales en los que se regulan las eximentes incompletas de forma general, y se atenúa la pena para tales supuestos, la remisión a los casos de eximentes completas es tan genérica que se han planteado

(29) Código Penal chileno; [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0> consultado el 14/05/2014.

(30) “*Inimputáveis: Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7209, de 11/07/1984)*”.

“*Redução de pena: Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7209, de 11/07/1984)*”; Código Penal brasilero, [en línea] <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf>, consultado el 14/05/2014.

(31) Decimos “por último” porque debemos realizar necesariamente un recorte en el objeto del presente trabajo, pero son numerosos los Códigos penales que prevén este instituto, por no decir casi la totalidad de los Códigos Penales modernos, por lo que la incorporación de este supuesto en nuestro Código Penal saldaría la deuda de nuestro ordenamiento en esta materia.

(32) “§ 21. Capacidad de culpabilidad reducida: Si la capacidad del autor por las razones señaladas en el § 20 esta considerablemente reducida en la comisión del hecho o para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser disminuida conforme al § 49 inciso 1”, Código Penal alemán [en línea] <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/03/codigos01.pdf>

numerosas dudas acerca de su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Una de ellas es en relación a los supuestos de procedencia. En este sentido se ha dicho que

... la remisión genérica que los artículos de los ordenamientos citados hacen a las eximentes completas plantea en la doctrina a cuáles supuestos se aplica, pensando algunos en que solo a las eximentes compuestas por requisitos enumerados de manera expresa en la ley, o también a las que admitían ser divididas intelectualmente (el caso de la minoría de edad no admite, por ejemplo, una situación intermedia).⁽³³⁾

La referencia al "artículo anterior" en los casos en los que "no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad" parece demasiado amplia.

A su vez, no solo se plantea el problema de qué casos podrían incluirse en la atenuación de pena genérica, sino también el de qué casos, ante la faltante de algunos recaudos considerados básicos, no podría siquiera ser considerados como eximentes incompletas.

La definición

... deja de manifiesto que, para que proceda la aplicación de las eximentes de responsabilidad como atenuantes se necesita que no concurren algunos de sus requisitos. Lo anterior, nos enfrenta a una serie de problemas como por ejemplo ¿Qué requisitos deben presentarse necesariamente para que las eximentes de responsabilidad penal operen como atenuantes? ¿Cuántos requisitos deben concurrir? ¿Basta solo con algunos o deben ser la mayoría? y ¿Qué se entiende por requisitos? ¿Lo anterior excluye a aquellas circunstancias cuya descripción no contempla una enumeración de ellos? Tales interrogantes constituyen una preocupación significativa al momento de aplicar las eximentes de responsabilidad penal como atenuante, de ahí que la doctrina haya debatido este asunto de una

(33) CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 105.

manera pormenorizada y haya acuñado el término 'requisito básico' y establecido una interpretación amplia en torno al tratamiento de tales circunstancias.⁽³⁴⁾

Es por ello que, casi en forma unánime, se considera que "... para que una eximente se transforme en atenuante es indispensable, por lo menos, del requisito básico o esencial de aquella".⁽³⁵⁾ El problema ahora radicaría en definir cuál es dicho recaudo básico sin el cual la eximente no podría existir, ni siquiera de una manera incompleta. Este requisito indispensable o básico es, se ha dicho, "... aquel elemento o circunstancia sin la cual no es posible reconocer la existencia de las circunstancias de responsabilidad penal; es aquella parte esencial de tales situaciones".⁽³⁶⁾ Para los supuestos que en este trabajo nos atañen —que son los previstos en el Anteproyecto 2014—, la doctrina chilena ha considerado que

"... en términos específicos los 'requisitos básicos' de cada una de las eximentes incompletas son:

- a. En el caso de la locura o demencia incompleta, el trastorno mental (art. 10 N° 1 CP).
- b. Tratándose de la legítima defensa incompleta, el elemento sin el cual no existe dicha circunstancia es la agresión ilegítima (art. 10 N° 4, 5 y 6 CP).
- c. En lo que respecta al estado de necesidad incompleto, el requisito esencial es la realidad o inminencia del mal que se trata de evitar (art. 10 N° 7 y 11 CP)...".⁽³⁷⁾

Ampliaremos más sobre este tema en el punto siguiente.

.....

(34) JAÑA FERNÁNDEZ, MITZI YANETT, "Las eximentes ...", *op. cit.*, p. 21.

(35) CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 106, con cita de Cordoba Roda y Rodríguez Mourullo, Etcheberry, Labatut, Novoa, Rodríguez Devesa.

(36) JAÑA FERNÁNDEZ, MITZI YANETT, "Las eximentes ...", *op. cit.*, p. 21.

(37) *Ibid.*, p. 22.

5 | Antecedentes nacionales

5.1 | Legislación

Como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, la legislación positiva nacional “había recogido la imputabilidad disminuida en forma expresa en el código de 1886”. Tal como se expresó con anterioridad, la disposición originaria del Código del Imperio de Brasil de 1830 había sido replicada, de modo sintético, en el Código Penal de España de 1848. Y fue este texto el que nuestro legislador copió, con lo cual parece ser claro que “en la ley positiva argentina se reconoció expresamente el efecto de la imputabilidad disminuida desde 1886 hasta 1922, sin contar que se reconocía desde 1877 en el art. 188 del código de Tejedor, que había tomado del art. 93 del código de Baviera, y que fue fuente también para el código imperial del Brasil...”.⁽³⁸⁾

5.2 | Otros antecedentes. Anteproyecto 2006. Remisión

Otros proyectos de reforma del Código Penal también incluyeron la imputabilidad disminuida, tales como el Proyecto de 1960 —art. 25—; el Proyecto del año 1973 —art. 25—; el Proyecto de 1975 —art. 6°— y el Proyecto de 1979 —art. 16—.

No obstante, es el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, elaborado por la Comisión conformada a partir de las resoluciones 303/2004 y 136/2005 del Ministerio de Justicia (en adelante, Anteproyecto 2006), el que constituye la fuente directa e inmediata tomada por el Anteproyecto 2014. En aras de la brevedad, hemos privilegiado la consideración de la materia en dicho Anteproyecto 2006, por tratarse, como señalamos, del antecedente directo e inmediato del actual Anteproyecto 2014. Veremos cómo regulaba la materia, en el punto VIII, a fin de poder realizar la correspondiente comparación entre ambos textos.

(38) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 708.

6 | Código Penal argentino vigente

En general se sostiene que nuestro Código Penal vigente no regula las llamadas eximentes “incompletas” o “impropias”. No hay dudas de que no hay, en dicho cuerpo legal, ningún precepto del estilo de los que señalaríamos en el punto 2.2. No obstante ello, dentro de la economía del Código, creemos que deben ser atendidas tres cuestiones diversas.

La primera de ellas es la existencia de una disposición que establece: “El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia” (art. 35 CP). Regulación que, debe señalarse, ha sido fuente de innumerables discusiones y polémicas, y respecto de la cual se ha dicho: “La forma de redacción, sumada al hecho de que no existe por parte de los redactores una clara precisión sobre la naturaleza de él, nos lleva a la situación actual de poca claridad”.⁽³⁹⁾

Si bien un análisis más exhaustivo sobre el tema excedería el objeto del presente trabajo, cabe aquí mencionar que adherimos a la postura que considera que la citada disposición no regula un caso de error ni de conductas culposas, sino de menor contenido injusto.⁽⁴⁰⁾

Ahora bien, aún para quienes coinciden en que el art. 35 CP regula un caso de menor contenido de injusto, el debate continúa en torno a si el exceso en la justificante incluye sólo al exceso extensivo (cuando la conducta continúa una vez cesada la situación objetiva de justificación), o también al intensivo (cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario). Para quienes entienden que se incluye este último supuesto,

(39) DONNA, EDGARDO A., *El exceso en las causas de justificación*; Bs. As., Astrea, 1985, p. 98. De modo coincidente, Zaffaroni, Alagia y Slokar: “Pocas disposiciones ofrecieron interpretaciones tan dispares como este artículo”, en ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 644.

(40) “Ante la disparidad de interpretaciones, cabe partir del entendimiento más respetuoso de la propia letra de la ley: sin apelar a requisitos que la ley no contiene, parece que lo más correcto es entender que se trata de la previsión de una hipótesis de menor contenido injusto, toda vez que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada (...) El fundamento es claro sin salir del plano del injusto: *existe una mayor carga de antijuridicidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica que en otra que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente*”, ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 645, cursiva en el original.

la conducta debe comenzar siendo justificada, dado que “nadie puede exceder el límite de un ámbito en el que nunca ha estado”.⁽⁴¹⁾ En el mismo sentido, Donna afirma, en su famosa tesis doctoral, que “el sujeto debe haber empezado dentro de lo jurídico y después caer fuera de esos límites (...) Quien en su primer accionar actuaba ya antijurídicamente, no puede excederse, porque nunca su actuar fue jurídico...”.⁽⁴²⁾

La segunda, es la atinente a la llamada ‘imputabilidad⁽⁴³⁾ disminuida’,⁽⁴⁴⁾ y al describir el panorama sobre el punto resulta claro D’Alessio al señalar:

Hay situaciones que, si bien no alcanzan el grado necesario como para excluir totalmente la libertad de motivación, sí permiten reducir la capacidad de culpabilidad. Algunos códigos legislan estos casos como circunstancias atenuantes y, en consecuencia, le fijan una pena menor que la del delito respectivo. En el Cód. Penal argentino, y atento a que las ciencias no han precisado los límites entre lo “normal” y lo patológico, se ha aceptado tradicionalmente que la enfermedad psíquica no tan grave afectará únicamente la extensión de la reprochabilidad y, por tanto, deberá resolverse en el plano de la graduación de pena, como cualquier otro caso de disminución de la culpabilidad, mientras que las más graves sí habrán de provocar la inimputabilidad.⁽⁴⁵⁾

Señala Soler, refiriéndose a la regulación contenida en el Código Penal argentino: “Esta manera de legislar la cuestión de la imputabilidad determina una división tajante entre imputables e inimputables. No existe, pues,

.....

(41) *Ibid.*

(42) DONNA, EDGARDO A., *El exceso...*, op. cit., p. 98.

(43) Imputabilidad entendida como “capacidad psíquica de culpabilidad”. Ver ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 689 y ss.

(44) Casi cincuenta años después de formulada, aún parece acertada la caracterización efectuada por el médico Carlos Morra: “... singular situación de no ser ni totalmente normales para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones, pero tampoco irremediablemente enfermos para no comprenderlos y dirigirlos”. MORRA, CARLOS, “El problema de la imputabilidad disminuida”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, año XXIX, enero-septiembre 1965, n° 1/3, p. 83.

(45) D’ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal...*, op. cit., p. 226 y ss.

para nuestro sistema, una categoría intermedia de sujetos con imputabilidad disminuida. Este punto marca una de las diferencias más acusadas entre el CP y el P. 1960".⁽⁴⁶⁾ En sentido coincidente, afirma Núñez:

Quien, ya sea por insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de ellas, sólo padece una disminución de su capacidad para comprender la criminalidad del acto o para dirigir sus acciones (imputabilidad disminuida), no es considerado inimputable por el Código penal; ni es acreedor a una atenuación de la pena, como, por el contrario, lo dispone el Proyecto de 1960, art. 25. Ante el silencio de la ley, se ha considerado que en razón de la peligrosidad del autor esos casos merecen un agravamiento de la pena. Esta no parece, empero, una feliz utilización del silencio de la ley, porque la disminución de la capacidad de comprensión no le es imputable a quien la padece.⁽⁴⁷⁾

De igual modo, Creus expresa:

Hay sujetos que si bien presentan las características de los inimputables, no las poseen en plenitud. Se habla entonces de imputabilidad disminuida, con lo cual se hace referencia a la situación de los autores cuya capacidad de culpabilidad está amenguada, pero sin que haya desaparecido del todo... Las leyes que la prevén expresamente resuelven los casos en que se la constata designando penas atenuadas, lo cual no ocurre en nuestra legislación (el juez sólo puede graduar la pena median-do esa disminución de la capacidad de culpabilidad conforme a las pautas generales de individualización del art. 41, CP), aunque se sostiene que podrían considerarse casos de imputabilidad disminuida, legalmente reconocidos, los de los menores de más de dieciséis y menos de dieciocho años (art. 4º, párr. 2º, ley 22.278, modificada por ley 22.803) y los de quienes actuasen en estado

(46) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, actualizador Guillermo J. Fierro, t. II, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 56.

(47) NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1999, p. 186.

de emoción violenta (arts. 81, inc. 1ºa; 93 y 105, CP); sin embargo aquel carácter puede ser discutido.⁽⁴⁸⁾

Sin embargo, creemos que debe tenerse en cuenta lo que manifiestan Zaffaroni, Alagia y Slokar: "Afirmar que el código argentino no reconoce la posible disminución de la imputabilidad implica asignarle a la expresión no haya podido del inc. 1º del art. 34 un carácter de imposibilidad total y absoluta. De igual forma supondría pasar por alto el texto expreso del art. 41 y sus correspondientes antecedentes legislativos", idea que es luego reafirmada con énfasis: "En el código argentino se reconoce la imputabilidad (culpabilidad disminuida) porque las atenuantes como eximentes incompletas del código de 1886 perduran en la fórmula sintética del art. 41 vigente".⁽⁴⁹⁾

Es mayoritaria la jurisprudencia que aborda la cuestión de la imputabilidad de forma binaria,⁽⁵⁰⁾ y afirma que nuestro sistema legal no da cabida a la imputabilidad disminuida.⁽⁵¹⁾ Aseveración que, en algunos casos, no impide que en el mismo decisorio se deplora el resultado al cual se arriba, tal como puede verse en el paradigmático caso "Galíndez":

... la pena aplicada, en razón de las circunstancias, aparece como excesiva aun cuando la imposición no sobrepasa el mínimo legal prescripto para el tipo, dejando un regusto a pena ajustada a derecho pero injusta por desproporcionada en relación al delito cometido, especialmente porque las circunstancias que lo rodearon difieren radicalmente del común, en tanto y en cuanto el aporte efectuado por la víctima para que los hechos se desencadenaran de la forma explicitada han sido de una entidad tal que eliminándolos obviamente el homicidio no habría existido. En el sistema republicano de gobierno los jueces debemos resolver los casos sometidos a

(48) CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 1992, p. 273.

(49) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 707 y 709.

(50) Existe o no existe, sin graduación alguna.

(51) Puede verse por ejemplo la jurisprudencia citada críticamente por D'ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal...*, op. cit., p. 227 y ss.

nuestro conocimiento en función de las herramientas que el poder constituyente y el legislativo nos proporcionan, lo que nos lleva a instar al poder político a que se trate el Proyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, el que entre otras encomiables reformas incorpora la imputabilidad disminuida, la que en el caso aparece como de muy probable aplicación en función del contenido del art. 35 inc. e y 8° inc. e del mencionado proyecto...⁽⁵²⁾

La **tercera** cuestión se halla estrechamente vinculada con la anterior, mas no se identifica por completo. Consiste en establecer si, ante el caso concreto, es posible para el juez interviniente llegar a imponer una pena por debajo del mínimo que fija la correspondiente escala penal en abstracto. Se relaciona con la cuestión tratada en el punto anterior en cuanto a que, en gran número de supuestos, dicha posibilidad se analizará en función de la imputabilidad disminuida del sujeto actuante. Pero no se identifica, porque la problemática de evaluar si puede determinarse una pena por debajo del mínimo legal, no solo se presenta en caso de imputabilidad disminuida.⁽⁵³⁾

Debe señalarse que en los últimos años se aprecian diversos pronunciamientos jurisdiccionales que, dentro de las variadas razones que pueden argüirse a favor de la imposición de una pena por debajo del mínimo de la escala penal prevista en abstracto para el delito del cual se trate,⁽⁵⁴⁾ proceden de tal modo tomando como fundamento, en el caso concreto, la

(52) CCRIM. Y CORRECC. 2A NOM., RIO CUARTO, "Galíndez, Mariela Fabiana", 16/06/2009.

(53) Sobre el tema, puede verse con provecho, entre otros: BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 118; BESSONE, NICOLÁS M., "¿Es posible eludir la aplicación de los mínimos penales?", [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=77%3Aderecho-penal&option=com_content&Itemid=2; p. 1, consultado el 12/05/2014; IRIBARREN, PABLO, "Sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los mínimos legales", en *La Ley*, 2007-E-228 y ss.; JULIANO, MARIO A., "La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales", [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=77%3Aderecho-penal&option=com_content&Itemid=2, consultado el 12/05/2014; y "Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales", [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=80%3Atextos-generales&option=com_content&Itemid=2, consultado el 12/05/2014; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., esp. pp. 709 y 995 y ss.

(54) Ver bibliografía citada en nota anterior.

existencia de una culpabilidad disminuida en el sujeto actuante. A mero título ilustrativo, consideramos interesante mencionar algunos de estos pronunciamientos. La CSJN sostuvo:

Sin embargo, la deliberación que ha tenido lugar en este Tribunal ha incluido una consideración novedosa, a saber: la necesidad de examinar si, más allá de las cuestiones propuestas por la defensa y que han sido consideradas en la sentencia del Tribunal Superior Provincial, puede haber en el caso alguna violación constitucional vinculada con el principio de culpabilidad.

En concreto, me refiero a la posibilidad de que la pena seleccionada por el tribunal de juicio, de alguna forma implique la imposición de una pena por encima de lo que la condenada merece, lo cual, en lenguaje del derecho penal se expresa mediante el tecnicismo de que la pena excede la culpabilidad por el hecho. De acuerdo a esta hipótesis, en tanto la culpabilidad no solo dicta el merecimiento de pena, sino también la extensión o cantidad de la pena que corresponde aplicar, imponer una sanción más allá de la cantidad merecida implicaría, además, una violación constitucional.

Ahora bien, ¿cómo puede esta Corte comprobar si la pena impuesta por el tribunal provincial va más allá de lo que la acusada merece? ¿qué regla puede usarse para “medir” si la proporción entre culpabilidad y pena es la exigida por la Constitución Nacional?

Para asegurar decisiones razonables en este terreno no hay métrica, sino procedimientos: lo que cabe y debe exigirse es el respeto riguroso del derecho a alegar y probar todo lo que pueda contribuir a que los jueces tomen una decisión sensata. Por eso, también debe exigirse que tales elementos de juicio tengan un peso en la decisión de los jueces y no sean simplemente ignorados en favor de una predeterminación caprichosa. Así, las elucubraciones dogmáticas que pretenden, cual si fuera una fórmula matemática, poner tasa a la culpabilidad, no son más que intentos de apaciguar la incertidumbre que sentimos frente a la inexistencia de un método capaz de medirla de forma exacta y unívoca.

En este caso debe decirse que la gravedad del hecho imputado a Tejerina ha sido cuidadosamente contrapesada por el tribunal de juicio con una completa consideración del contexto biográfico de la acusada y de su estado psíquico al momento de perpetrar el homicidio. Esta fue la ponderación que llevó, primero, a descartar la pena de prisión perpetua que, como regla, corresponde a la madre que mata a su hijo o hija.

Luego, esas consideraciones referidas a la capacidad de culpabilidad de la imputada también tuvieron peso para establecer qué pena concreta correspondía dentro de la escala atenuada, pues entre el mínimo de ocho años y el máximo de veinticinco, el tribunal eligió la pena de catorce años. De otro modo, si los jueces hubiesen tenido en cuenta las circunstancias de reducción de la culpabilidad solo para tener por configuradas las “circunstancias excepcionales de atenuación” y se hubiesen desentendido de ellas al momento de mensurar la pena, probablemente hubieran fijado un monto de prisión cercano al máximo previsto en el artículo 79 del Código Penal: veinticinco años.⁽⁵⁵⁾

Por su parte, la CCrimen 2a Nom. de Córdoba determinó: Por ello al estar frente a la posibilidad de aplicar una de estas nuevas escalas penales, resulta insoslayable considerar la integración del principio de culpabilidad-proporcionalidad, para analizar si la pena individualizada por el legislador —que responde a criterios de prevención general— al ser aplicada al caso concreto, anula o no, el juicio de reproche personal por el hecho, —que la culpabilidad implica—. ⁽⁵⁶⁾

CCrim. 3a Gral. Roca de Río Negro señaló: La aplicación de criterios punitivos de estricto carácter formal en punto a la

(55) CSJN, “Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado”, 08/04/2008, Fallos: 331:659, voto de la Dra. Carmen M. Argibay.

(56) CCRIMEN 2A NOM., CÓRDOBA, Sala Unipersonal a cargo del Dr. Eduardo R. Valdés, “Farías, Carlos Alberto y otros s/Robo Calificado por el uso de arma de fuego”, 21/07/2006, [en línea] www.actualidad.juridica.com.ar

cuantificación de la pena, niega practicidad al principio de humanidad de las penas. En efecto que el justiciable, como en el caso sea mayor (50 años), carezca de antecedentes penales y el daño que provocó puede considerarse insignificante (para la mirada compartida de la víctima y los operadores judiciales) tiene que tener una significación a la hora de la construcción de una penalidad proporcionada y justa. La proporcionalidad no es un valor de estandarización absoluta, de modo que pueda desentenderse de las consideraciones del caso concreto, impidiendo al juez su deber de juzgar si aún la aplicación de los mínimos predeterminados legalmente, permite en el caso el discernimiento de una penalidad proporcionada.⁽⁵⁷⁾

Y la CApel. Penal Rosario, Santa Fé, Sala II sostuvo: En la especie, la inconciencia imputable de la criminalidad del acto convierte en desmedida la pena de diez años de prisión conforme a la culpabilidad concretamente verificada, apreciándose la desproporción si se coteja que el mínimo punitivo resulta superior a la pena que le hubiere correspondido a la autora en caso de matar intencionalmente a otra persona.⁽⁵⁸⁾

No obstante, aún es mayoritario el criterio jurisprudencial que niega esta posibilidad de “perforar” los mínimos de las escalas penales, invocando en apoyo de esta posición el respeto a la división de poderes,⁽⁵⁹⁾ al

(57) CCRIM. 3A GRAL. ROCA DE RÍO NEGRO, “Solís, Ricardo Carlos s/Peculado”, 17/04/2007, voto en disidencia del Dr. Carlos Ernesto Vila, en *La Ley*, 2007-E-227 y ss.

(58) CAPEL. PENAL, SALA II, ROSARIO, SANTA FÉ, “A. S., D. s/Promoción y facilitamiento de la prostitución y lesiones leves”, 18/04/2008, voto en disidencia del Dr. Ramón T. Ríos.

(59) Se sostiene que el establecimiento de las escalas penales es una facultad propia del Poder Legislativo, que solo puede ser cuestionada cuando el producto de su ejercicio presente una contradicción grosera y evidente con disposiciones constitucionales. Es lo que, por ejemplo, afirmó la mayoría de la CSJN, “Pupelis, María Cristina y Sosa Montenegro, Gustavo s/robo con armas”, 14/05/91 (Fallos: 314:424) y, anteriormente, la minoría en “Cuvillana, Carlos Alberto y Raggio, Luis Miguel s/causa N° 21.493”, 06/06/1989 (Fallos: 312:809); “Martínez, José Agustín s/robo calificado”, 06/06/1989 (Fallos: 312:826); y “Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/robo agravado”, 08/06/1989 (Fallos: 312:851). Desde la doctrina, exponen este punto de vista ALMEYRA, MIGUEL A.; “La aplicación rigurosa de la ley penal. ¿Pueden los jueces morigerar las escalas penales?”, en *La Ley*, 2003-B-391 y ss.; THOMAS, RICARDO G.; “Robo con armas de automotor. Constitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582. Razonabilidad de la pena”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1991-III-400 y ss.

principio de legalidad,⁽⁶⁰⁾ al principio de igualdad⁽⁶¹⁾ y al bien jurídico involucrado en el caso.⁽⁶²⁾

Es interesante destacar lo expresado por Zaffaroni, Alagia y Slokar, en cuanto a que en los supuestos de imputabilidad disminuida “no cabe sostener que constituye una atenuación meramente facultativa, pues si no se adecua la pena a la culpabilidad se viola el principio de culpabilidad, por lo que debe entenderse que si hay culpabilidad disminuida la atenuación es obligatoria”.⁽⁶³⁾

7 | Anteproyecto 2014

El Anteproyecto 2014, como se señala en la “Prolusión al Poder Ejecutivo”,⁽⁶⁴⁾ responde en sus propósitos a la necesidad de que el texto propuesto “ponga orden en una legislación que se ha descodificado y

(60) Se sostiene que cuando el juez declara la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal e impone una pena inferior, viola el principio de legalidad (art. 18 CN), pues crea una pena no prevista por la ley con anterioridad al hecho de la causa. Ello también compromete la división de poderes. Podemos mencionar en este sentido: TRIB. CASAC. PENAL, Bs. As., SALA 1, “Sorensen, C. A. s/Homicidio simple”; 11/03/2008, voto del Dr. Carlos A. Natiello (mayoritario), [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=36:tribunal-de-casacion-penal-bonaerense&option=com_content&Itemid=5, consultado el 12/05/2014; TRIB. CASAC. PENAL, Bs. As., SALA 2, “López, Marcelo Ezequiel s/ Robo Agravado por el uso de Armas”, 26/02/2004, voto del Dr. Fernando Luis M. Mancini (mayoritario), [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=36%3Atribunal-de-casacion-penal-bonaerense&option=com_content&Itemid=5, consultado el 12/05/2014).

(61) Se entiende que Imponer una pena por debajo del mínimo de la escala legal sería violatorio del principio constitucional de igualdad, pues el mismo tipo delictivo estaría contemplado por diferentes marcos penales según el criterio de distintos jueces. Así se ha dicho en TRIB. CASAC. PENAL, Bs. As., SALA 1, “Sorensen ...”, fallo cit.

(62) Así, se afirma que hay figuras en las cuales debe tenerse en cuenta que el ataque a bienes jurídicos es múltiple. Criterio expuesto en TRIB. CASAC. PENAL, Bs. As., SALA 1, “B., J. D. s/ Recurso de Casación”, voto del Dr. Horacio D. Piombo (mayoritario) [en línea] <http://www.iestudiospenales.com.ar/ejecucion-penal/jurisprudencia-provincial/718-no-hay-irrazonabilidad-en-el-minimo-de-pena-del-secuestro-extorsivo-pues-el-bien-juridico-tutelado-es-sincronicamente-plural.html>, consultado el 12/05/2014) y en CNAC. CAS. PENAL, SALA III, “Tinganelli, Martín Daniel s/Robo Calificado”, 17/04/2006, voto del Dr. Guillermo J. Tragant (mayoritario), [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=411:tinganelli-robo-calificado-escala-penal-escasa-cuanta-de-los-sustraido-disidencia-inconstitucionalidad-del-minimo-de-la-escala-penal&catid=33:camara-nacional-de-casacion-penal&Itemid=5, consultado el 12/05/2014).

(63) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 708 y ss.

(64) Ver [en línea] http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/02/anteproyecto_de_coidigo_penal_de_la_nacion_in_definitivo.pdf, consultado el 12/05/2014.

desarticulado”,⁽⁶⁵⁾ concibiendo al Código Penal como “el apéndice indispensable de la Constitución Nacional, en cuanto es el instrumento que establece los límites al poder punitivo del Estado y, por ende, al ámbito de libertad de sus habitantes”.⁽⁶⁶⁾ El texto presentado, se señala, “ha procurado respetar al máximo lo que queda del Código de 1921 y, en la incorporación de los dispositivos legales descodificados, se ha intentado limitar nuestra labor a mejorar sólo su técnica legislativa”.⁽⁶⁷⁾

En este sentido, la redacción que se propone para los arts. 5° (“Eximentes”)⁽⁶⁸⁾ y 6° (“Pena por culpa. Disminución de la pena”)⁽⁶⁹⁾ luce, creemos, como un importante avance, no solo desde el punto de vista de la técnica jurídica, sino también en cuanto a garantía de los derechos del individuo sometido a la actuación del poder punitivo, limitando a este con la previsión de un texto cierto que supere las discusiones que se suscitan en el presente. El art. 6° del Anteproyecto 2014 reza:

ARTÍCULO 6°.- Pena por culpa. Disminución de la pena.

- I. *Se impondrá la pena correspondiente al delito por imprudencia o negligencia, si estuviere previsto, al que actuare con error vencible sobre algún elemento constitutivo de la descripción legal del hecho.*
2. *Se impondrá la pena reducida entre la mitad del mínimo y del máximo previsto:*
 - a. *Al que actuare con error vencible acerca de la criminalidad del acto.*
 - b. *Al que actuare con error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante.*
 - c. *Al que cometiere un hecho ilícito excediendo los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante.*
 - d. *Al que cometiere un hecho ilícito cuando concurrieren solo parcialmente los extremos de la legítima defensa o del estado de necesidad justificante.*

(65) *Ibid.*, p. 2.

(66) *Ibid.*

(67) *Ibid.*, p. 3.

(68) Reformulación del actual art. 34 CP.

(69) Sería el que se refiere expresamente a las eximentes “incompletas” o “impropias”.

3. *Según las circunstancias del caso, el juez podrá disminuir la pena conforme a la escala señalada en el inciso anterior a quien, en el momento del hecho, tuviere considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión.*
4. *Al que actuare con error sobre circunstancias que habrían configurado el supuesto de un ilícito menos grave, se le impondrá la pena correspondiente a éste.*

Podríamos afirmar, por tanto, que se regulan, en este precepto, no solo los casos de error vencible (de tipo, de prohibición —directo e indirecto— y sobre las agravantes) y de exceso en las justificantes, sino que se agrega expresamente el llamado exceso intensivo (en el inciso 2.d) y el supuesto de la imputabilidad disminuida.

Respecto al exceso y a la imputabilidad disminuida, creemos importante efectuar una breve reflexión.

En cuanto al exceso en las causas de justificación, el Anteproyecto 2014 adopta una decisión político-criminal al construir una escala penal que va desde la mitad del mínimo hasta la mitad del máximo de la escala penal prevista en abstracto, y en la "Exposición de motivos" se fundamenta la misma en la intención de evitar la desnaturalización del instituto al ser aplicado a casos como los de homicidios o lesiones provocados por funcionarios públicos. Estos supuestos, en el sistema hoy vigente, en ocasiones son encuadrados en la previsión del art. 35 CP, y terminan recibiendo la pena contemplada para el delito culposo.⁽⁷⁰⁾

En lo atinente a la imputabilidad disminuida, a diferencia del resto de los supuestos que se contemplan en el artículo, la atenuación contemplada por el inciso 2.e revise carácter facultativo ("el juez podrá"), y no obligatoria. La fundamentación del texto señala que se opta por asignarle dicho carácter ya que así se otorga al juez "un ámbito de valoración que deberá ejercer en cada caso concreto".⁽⁷¹⁾ Entendemos que, si bien puede ser atendible otorgar esta apertura a las características del caso concreto,

.....

(70) Para apreciar la diferencia, debe considerarse que con la reforma propuesta, en un caso de homicidio la pena a aplicar iría desde un mínimo de cuatro años a un máximo de doce años y seis meses (art. 76, en función del art. 6º, párr. 2, incs. c ó d del Anteproyecto), mientras que en caso de aplicarse la figura de homicidio culposo, la pena sería de uno a cinco años (art. 83 del Anteproyecto).

(71) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, op. cit., p. 75

difícilmente aprehensibles por una norma de carácter general y abstracto, la actual reticencia de la mayoría de la jurisprudencia a acoger la imputabilidad disminuida proyecta una sombra de duda respecto a que se haga uso de ese “ámbito de valoración” de un modo que reduzca el ejercicio de poder punitivo.

De igual modo, parece criticable que, entre los supuestos que pueden dar lugar a que se exima de la aplicación de una pena, o a que sea inferior al mínimo previsto en la escala conminada,⁽⁷²⁾ no se incluya la imputabilidad disminuida. Es cierto que, como se señala en la “Exposición de motivos”,

... en el derecho penal de un estado constitucional de derecho —como el nuestro— todos los mínimos de las escalas penales deben considerarse indicativos, o sea, que el juez debe respetarlos solo en la medida en que en el caso concreto no violen principios constitucionales, como la proporcionalidad y la culpabilidad, es decir, que se correspondan con el contenido ilícito del hecho (grado de lesión o peligro para el bien jurídico) y con el de reprochabilidad al autor por el hecho (culpabilidad), [y que el art. 19 proyectado no constituye un *numerus clausus*], pues resulta imposible imaginar todos los supuestos en que la pena en concreto pueda resultar desproporcionada incluso en su mínimo grado.⁽⁷³⁾

.....

(72) Art. 19 del Anteproyecto. COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 366 y ss.

(73) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 97. El artículo 19 del Anteproyecto 2014 reza: “Exención y reducción de la pena.

1. Exención de pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes.
2. Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos:
 - a) Pena natural en hechos culposos. En los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe.
 - b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho.
 - c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratase de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.
3. Aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos:

Sin embargo, y por las mismas prevenciones que formulamos en el párrafo precedente, creemos que hubiese sido conveniente incluir expresamente esta cuestión entre los casos que se anticipan como más comunes.

En vista de estas consideraciones, pese a que la redacción del art. 6° del Anteproyecto 2014 pareciera dar la primera impresión de constituir un *numerus clausus* en virtud del cual solo se aceptarían como causales de atenuación aquellas a las cuales se les confiere aquí ese carácter de modo explícito, creemos que la variedad inagotable de situaciones que pueden presentarse al correr de los diferentes casos concretos vuelve imposible semejante conclusión.

Como ya mencionamos, en este precepto se incluyen diversos supuestos:

- Inc. 1: error vencible de tipo, previendo para este caso la pena del delito culposo correspondiente, si estuviese previsto.
- Inc. 2.a: error vencible de prohibición directo.
- Inciso 2.b: error vencible de prohibición indirecto.
- Inciso 2.c: exceso de la legítima defensa o estado de necesidad justificante.
- Inciso 2.d: cualquier otro caso en el que concurren sólo parcialmente los extremos de la legítima defensa o estado de necesidad justificante.⁽⁷⁴⁾
- Inciso 3: imputabilidad disminuida.
- Inciso 4: error sobre las agravantes.

La regulación, entonces, difiere respecto a la que contienen otros ordenamientos, en tanto estos últimos remiten en forma genérica al artículo que regula las eximentes de responsabilidad penal. Por el contrario, el

.....
a) Menor significación. Cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren de escasa significación. El juez podrá imponer la pena de multa reparatoria.

b) Pena natural en hechos dolosos. En las circunstancias del apartado a) del inciso 2°, y tratándose de hechos dolosos, cuando mediare una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico.

c) Penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios. Cuando el agente hubiere sido objeto de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte”.

(74) En este punto, en la “Exposición de motivos” del Anteproyecto 2014 se clasifica a este supuesto como un caso de exceso intensivo de legítima defensa, aunque creemos que es posible incluir más supuestos en la norma.

art. 6° del Anteproyecto del 2013 establece los casos específicos de eximentes incompletas.

Parecería que, de los supuestos contemplados en el art. 5° del Anteproyecto 2014 —que, hallándose presentes de modo “completo” permiten afirmar la inexistencia de delito—, los que no admitirían su configuración “incompleta” o “impropia” en caso de concurrencia parcial de sus requisitos constitutivos, y por tanto no quedarían cubiertos por la atenuación de la pena, son los previstos en los incisos a —“el que obrare violentado por fuerza física irresistible o en estado de inconsciencia”—; c —“el que actuare en cumplimiento de un deber jurídico o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo”—; y g —“el que actuare para evitar un mal grave e inminente no evitable de otro modo, siempre que lo hiciera para apartar el peligro de su persona, de un pariente o de un tercero próximo, y se dieran las circunstancias i, ii y iii del apartado anterior”—.

Si esto fuese así, cabría preguntarse si, aún en tales supuestos, eventualmente podría aplicarse la atenuación de pena, que a falta de previsión expresa en el art. 6° debería operar por vía de la aplicación analógica *in bonam partem* de las restantes eximentes “incompletas” o “impropias”. Sin embargo, entendemos que ello no es viable ni necesario.

No es viable en el caso de la “fuerza física irresistible” o “estado de inconsciencia”⁽⁷⁵⁾ ya que, como señalamos en el punto 2.1, si no existe acción, es evidente que nunca podrá llegarse a hablarse de la existencia de un delito, ya que la acción no es un concepto graduable.⁽⁷⁶⁾ Nunca, algo que pueda pretenderse que sea “menos que acción”,⁽⁷⁷⁾ podrá ser punible en medida alguna.

Tampoco lo consideramos viable en el supuesto de quien actúe en cumplimiento de un deber jurídico o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, pues cuando la conducta del sujeto se ajuste a estas

.....

(75) Art. 5°, inc. a, Anteproyecto 2014.

(76) Es interesante señalar que, por ejemplo, el art. 10, inc. 9, Código Penal de Chile, su contempla como eximente “completa” lo siguiente: “El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”. Es clara la diferencia con nuestro caso, donde la alusión a la “fuerza física irresistible”, no genera dudas en cuanto a que su ámbito de aplicación es el del nivel analítico de la acción.

(77) Clara ausencia de acción, en nuestra perspectiva.

características, será atípica.⁽⁷⁸⁾ Y, como ya afirmamos en el punto 2.1, tampoco la tipicidad es un concepto graduable.

En cuanto a los otros supuestos, creemos que pueden ser encuadrados en la previsión general del art. 6º, inc. 3, Anteproyecto 2014.⁽⁷⁹⁾

Por otra parte, cabe preguntarse, tal como lo hicieran los doctrinarios de los países en los que se regulan las eximentes “incompletas” o “impropias” de forma genérica, si la ausencia de cualquier requisito produce la atenuación de la pena de por sí o sí, por el contrario, existen recaudos mínimos que no pueden dejar de estar presentes. En este punto, creemos conveniente tratar cada caso en particular.

7.1 | Legítima defensa incompleta (art. 6º, incs. 2.c y d, Anteproyecto 2014)

Los requisitos para que exista legítima defensa se encuentran en el art. 5º, inc. d, Anteproyecto 2014, que mantiene la fórmula legal actualmente vigente. Estos son:

- Agresión ilegítima.
- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
- Falta de provocación suficiente por parte del agredido.

Ya hemos dicho que el art. 6º, inc. 2.c, Anteproyecto 2014 incluye el supuesto de exceso en la legítima defensa y, en forma genérica, en el inc. 2.d, los casos en los que solo concurren parcialmente sus extremos. Por lo tanto, y analizando algunas de las numerosas opciones que pueden presentarse, podemos considerar supuestos en los que:

7.1.1. No haya agresión ilegítima

Creemos que, en este caso, no puede haber legítima defensa ni como eximente ni como atenuante, dado que el fundamento del instituto, ya sea

(78) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., esp. p. 496 y ss.

(79) Imputabilidad o culpabilidad disminuida.

que se parta de una tesis objetivista —según la cual el derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto—, o de una postura subjetivista o individual —que sostiene que toda persona tiene derecho frente a un ataque anti-jurídico—,⁽⁸⁰⁾ presupone este obrar “injusto” o “antijurídico”. La legítima defensa es precisamente “... la respuesta a un ataque valorativamente desaprobado...”⁽⁸¹⁾ por lo que, si no existe dicho ataque, tampoco podría existir una acción defensiva contra el mismo. En este punto, la jurisprudencia española ha dicho que:

... el agente debe obrar en “estado” o “situación defensiva”, vale decir en “estado de necesidad defensiva”, necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si **del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la exigente completa o imperfecta**, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la exigente en cualquiera de sus grados. Por ello, tal como destaca 1760/2000, de 16 de noviembre [La Ley 1270/2001], esta exigente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella, 544/2007, de 21 de junio [La Ley 52.029/2007].⁽⁸²⁾

7.1.2. No haya necesidad del medio

Según lo expuesto en el punto anterior, tampoco habría posibilidad de atenuar la pena si la acción defensiva no fuera necesaria.⁽⁸³⁾ En este sentido, en España se ha expresado:

... Estando íntima y directamente relacionados los conceptos de “agresión ilegítima” y “necesidad de defensa”, no será posible

(80) D’ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal...*, op. cit., p. 576.

(81) *Ibid.*, p. 580.

(82) RODRIGUEZ RAMOS, LUIS (dir); *Código Penal. Comentario y con jurisprudencia*, Madrid, 3ª ed., La Ley, 2009, p. 158 y ss.; negrita en el original.

(83) “La necesidad juega un papel central en la legítima defensa, en el estado de necesidad justificante y en la exclusión de culpabilidad. En los tres casos el concepto no varía: se entiende que media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión...” ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A y SLOKAR, A., *Derecho Penal...* op. cit., p. 631.

apreciar la primera cuando no concurra el segundo elemento, porque la falta de necesidad de defensa impide legalmente la aplicación de la eximente, completa o incompleta, al encontrarnos entonces ante un exceso extensivo o impropio en el que se anticipa la reacción al ataque previsto o previsible que aún no se ha producido, o bien se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión. En estos casos no podrá hablarse de legítima defensa porque la agresión no existió o ya ha terminado cuando se produce la reacción defensiva violenta (794/2003, de 3 de junio [La Ley 98.580/2003]).⁽⁸⁴⁾

Ahora bien, ...la necesidad del medio debe entenderse, no en referencia a la proporción sino a la imprescindibilidad del medio en referencia, a la cuantía del bien jurídico que se tutela.⁽⁸⁵⁾ Por lo tanto, cuando se aprecie "... una falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa ('exceso intensivo') podrá apreciarse una eximente incompleta (art. 21.1.º CP) (...) 287/2009, de 17 de marzo [La Ley 14.636/2009]".⁽⁸⁶⁾ Al respecto, señalemos que la falta de proporcionalidad podrá o no dar lugar a una eximente incompleta, según el caso y como señalaremos a continuación.

7.1.3. No haya racionalidad del medio

Como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, en la legítima defensa no se trata solo de evaluar si la acción defensiva es necesaria, sino que esa necesidad debe ser, además, racional. Con ello se entiende "la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa".⁽⁸⁷⁾ Cuando exista una desproporción de tales características, obvio resulta señalar que no podrá aplicarse una eximente completa, pero tampoco una incompleta, porque de ningún modo puede considerarse "a la defensa irracional como una forma de ejercicio abusivo o como un exceso en la legítima defensa: el parálitico que mata al niño no abusa del derecho ni se excede en el ejercicio del derecho de legítima

(84) RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (dir); *Código Penal...*, op. cit., p. 159.

(85) JAÑA FERNÁNDEZ, MITZI YANETT, "Las eximentes ...", op. cit., p. 49, con cita de Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*; Bs. As., AbeledoPerrot, 1997; ; p. 375.

(86) RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (dir); *Código Penal...*, op. cit., p. 158.

(87) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 612 y ss.

defensa sino que actúa antijurídicamente, fuera del campo de su derecho, por falta de un requisito esencial de este".⁽⁸⁸⁾

7.1.4. Haya provocación suficiente

En este caso, de darse este requisito negativo exigido por la norma, la conducta defensiva en una situación provocada es antijurídica pero, eventualmente, "... el problema podrá trasladarse a la culpabilidad y presentarse un supuesto de exculpación, basado en que a nadie puede exigírsele, por ejemplo, que se deje matar".⁽⁸⁹⁾

La primera cuestión que se plantea es, entonces, ¿para qué reducir la pena si se puede llegar a eliminar por completo en otro estrato de la teoría del delito?

En primer lugar, es dable destacar que "... no se deriva que todo sujeto que provoque una situación de justificación quede sin más amparado por una causa de exculpación, porque los requisitos de ésta no son los mismos que los de la legítima defensa".⁽⁹⁰⁾ Pero, además de este argumento, debemos señalar que el art. 5º, inc. g, Anteproyecto 2014 —que remite al inc. f del mismo artículo—, también prevé este recaudo —falta de provocación deliberada por el agente de la situación de necesidad— para el caso del estado de necesidad exculpante. Por lo tanto, creemos que este es uno de los supuestos que mayor aplicación puede tener en la práctica.

La jurisprudencia española ha dicho en este supuesto que "... cuando pueda considerarse suficiente la provocación, podrá apreciarse también la eximente incompleta (art. 21.1.ª CP), siempre, claro está, que no se trate de una provocación intencionadamente causada, pues, en tal caso, desaparece toda posible idea de defensa favorable al provocador, 287/2009, de 17 de marzo [La Ley 14.636/2009]".⁽⁹¹⁾

.....

(88) *Ibid.*, p. 615.

(89) *Ibid.*, p. 626.

(90) *Ibid.* En este apartado los autores citados ejemplifican con el caso del amante de la mujer sorprendido en adulterio en el lecho conyugal, exponiendo que no actúa ni justificada ni inculpablemente si decide matar al marido pudiendo huir, ya que le era exigible otra conducta no lesiva con la que podría eludir la agresión y el estado de necesidad exculpante solo lo amparará cuando no le quede otra alternativa que matar o morir.

(91) RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (dir); *Código Penal...*, op. cit., p. 158.

7.2 | Estado de necesidad justificante incompleto (art. 6º, inc. 2.d, Anteproyecto 2014)

El estado de necesidad justificante se encuentra regulado en el art. 5º, inc. f, Anteproyecto 2014. Los recaudos exigidos aquí son:

- Que el mal que se evita sea inminente.
- Que el mal que se evita sea mayor que el que se causa.
- Que se necesario y adecuado para conjurar el peligro.
- Que la situación no haya sido provocada por el agente.
- Que no esté obligado jurídicamente a soportar el peligro.

Como señalamos al considerar la agresión ilegítima en el supuesto de legítima defensa, la existencia de un estado o situación de necesidad es un recaudo ineludible para que pueda aplicarse la eximente, ya sea en forma completa o incompleta.⁽⁹²⁾ Como apuntan Zaffaroni, Alagia y Slokar, “se entiende que media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión”.⁽⁹³⁾

A su vez, si el mal que se pretende evitar es mayor que el que se causa, opera el estado de necesidad justificante, pero si el mal que se causa es igual o mayor al que se evita, operará el estado de necesidad exculpante, contemplado por el art. 5º inc. g, Anteproyecto 2014, en la medida en que también concurren las restantes condiciones requeridas por el inc. f del mismo artículo. En consecuencia, entendemos que, en cuanto a los requisitos cuya ausencia pueden dar lugar a la eximente impropia, podemos hallarnos ante los siguientes supuestos:

7.2.1. Que la situación de necesidad haya sido provocada deliberadamente por el agente

Consideramos que resulta aplicable aquí lo que señalamos en el punto 7.1.4, respecto a la existencia de provocación suficiente en la legítima defensa.

.....

(92) *Ibid.*, p. 163.

(93) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 631.

7.2.2. Que el autor esté jurídicamente obligado a soportar el peligro

Entendemos que esta obligación debe estar expresamente determinada por la ley, lo cual ocurre respecto a un muy reducido grupo de sujetos, como v. gr. miembros de fuerzas de seguridad, médicos y demás personal del área de salud, bomberos, etc.

7.3 | Imputabilidad disminuida (art. 6°, inc. 3, Anteproyecto 2014)

En los apartados 2 y 3 del punto IV, tuvimos oportunidad de referirnos a la cuestión, tanto respecto a la regulación actual que contiene el Código Penal vigente, como a la contenida en el Anteproyecto 2014.

Por tanto, y en aras de no extendernos más allá de lo imprescindible, nos remitimos a lo allí expresado.

7.4 | Error

Como se señala en la "Exposición de motivos", el Anteproyecto 2014 acoge la concepción dual en materia de error, que distingue entre **error de tipo** y **error de prohibición**, por entender que "es la que proporciona resultados más satisfactorios en los casos concretos y, además, es la consagrada en los códigos alemán y austríaco, con buena recepción en la jurisprudencia técnica. La doctrina, por otra parte, la adopta con amplio predominio".⁽⁹⁴⁾ Zaffaroni, Alagia y Slokar explican con suma claridad esta distinción:

El criterio diferencial entre ambas categorías responde a que (a) el error de tipo recae sobre elementos del tipo objetivo y elimina el dolo en cualquier caso, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible; en tanto que (b) el error de prohibición recae sobre la naturaleza antinormativa y antijurídica de la acción, por lo que se lo puede subclasificar en error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad) y error de permisión (sobre la justificación). En cualquier caso, se trata de errores que por ser invencibles eliminan la

.....

(94) Anteproyecto..., cit., p. 70.

culpabilidad del injusto, por lo que, cuando son vencibles, sólo pueden tener el efecto de atenuar el grado de culpabilidad del mismo injusto doloso, pero que en ningún caso afectan al dolo, que queda afirmado siempre en el nivel del tipo subjetivo.⁽⁹⁵⁾

Mientras el art. 5° Anteproyecto 2014 prevé diferentes supuestos de errores invencibles,⁽⁹⁶⁾ cuya presencia determina la inexistencia de delito, el art. 6° Anteproyecto 2014 se contemplan las hipótesis de errores vencibles, cuyo efecto es atenuar la pena que hubiera correspondido aplicar de no mediar aquellos. Daremos una ligera referencia al modo en que se regulan.

7.4.1. Error vencible de tipo

El art. 6°, inc. 1, Anteproyecto 2014 establece: “Se impondrá la pena correspondiente al delito por imprudencia o negligencia, si estuviere previsto, al que actuare con error vencible sobre algún elemento constitutivo de la descripción legal del hecho”. Tal como apuntan Zaffaroni, Alagia y Slokar, el “error de tipo será vencible cuando el sujeto, si aplicaba el cuidado debido, podía salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo”.⁽⁹⁷⁾ Si no está prevista la correspondiente figura culposa, la acción será impune.

7.4.2. Error vencible de prohibición directo

El art. 6°, inc. 2.a, Anteproyecto 2014 dispone: “Se impondrá la pena reducida entre la mitad del mínimo y del máximo previsto: a) Al que actuare con error vencible acerca de la criminalidad del acto”.

Afirman Zaffaroni, Alagia y Slokar:

... la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en

(95) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 533.

(96) Error invencible de tipo (inc. b: “El que actuare en ignorancia o error invencible sobre algún elemento constitutivo de la descripción legal del hecho”); error invencible de prohibición directo (inc. i: “El que actuare por error invencible que le impida comprender la criminalidad del hecho”); error invencible de prohibición indirecto, también conocido en doctrina como ‘justificación putativa’ (inc. j: “El que actuare por error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación”); error sobre circunstancias exculpantes (inc. k: “El que actuare por error invencible sobre las circunstancias que, conforme al inciso g), lo hubieren exculpado”).

(97) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 533.

concreto y a sus posibilidades, lo que permite afirmar que la evitabilidad del error exculpante presenta, por lo menos, tres aspectos que deben ser analizados para su correcta valoración: (a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la conminación penal de su conducta, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; (b) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del período de que disponga para la toma de decisión, de la posibilidad de reflexión en la circunstancia dada, etc. y (c) si al autor le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento, y con un standard mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla.⁽⁹⁸⁾

Resulta coherente que, dado que, en este supuesto, el dolo ya habrá sido afirmado al nivel de la tipicidad, no se trate de convertir un injusto doloso en culposo, sino que la cuestión se resuelva atenuando la pena en función de que existe en el sujeto una culpabilidad de menor graduación.⁽⁹⁹⁾

También resulta positivo que el Anteproyecto 2014 defina la cuestión de un modo claro en cuanto a la escala penal aplicable, cuestión que hoy en día es fuente de dudas y discusiones, ya que mientras algunos entienden que debe aplicarse el art. 35 CP por analogía, e imponerse la pena del correspondiente tipo culposo o, de no existir este, la escala de la tentativa, para otros la cuestión debe resolverse en el ámbito de las pautas que brinda el art. 41 CP y, eventualmente, imponerse una pena por debajo del mínimo de la escala prevista.⁽¹⁰⁰⁾

7.4.3. Error vencible de prohibición indirecto

El art. 6°, inc. 2.b, Anteproyecto 2014 preceptúa: "Se impondrá la pena reducida entre la mitad del mínimo y del máximo previsto: b) Al que actuare con error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante".

.....

(98) *Ibid.*, op. cit., p. 728.

(99) *Ibid.*, op. cit., esp. p. 730.

(100) *Ibid.*, op. cit., p. 731.

Aunque en teoría pueda distinguirse entre el error sobre los presupuestos de una causa de justificación y el que recae sobre una situación de necesidad exculpante, y quepa en este último caso sostener que es una categoría particular de error, y no un error de prohibición, habrá de resolverse conforme a las reglas de aquel.⁽¹⁰¹⁾

7.4.4. Error sobre agravantes

El art. 6º, inc. 4, Anteproyecto 2014 dice: “Al que actuare con error sobre circunstancias que habrían configurado el supuesto de un ilícito menos grave, se le impondrá la pena correspondiente a éste”.

Señala la “Exposición de motivos” que aquí se hace referencia

... al supuesto en que el error no haya recaído sobre la criminalidad misma del hecho, sino sobre su gravedad, o sea, el llamado error sobre agravantes, impidiéndole conocer la existencia de éstas. La fórmula proyectada responde a la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia nacional y comparada. El caso inverso no se prevé, porque se trata de una ausencia de tipo (nadie puede ser penado por parricidio si no mató al pariente, por más que haya creído que era el pariente) [y agrega que la] fórmula se redacta con amplitud, de modo que no solo comprende los casos en que operan tipos básicos y agravados, sino también aquellos en que el error hubiere determinado en el agente la convicción de cometer un delito correspondiente a un tipo independiente, aunque penado con menor gravedad.⁽¹⁰²⁾

8 | Comparación con el Anteproyecto 2006

El art. 35, Anteproyecto 2006 se refería a la cuestión del siguiente modo:

ARTÍCULO 35.- “Disminución de la Pena. Se disminuirá la pena:

- a. *Al que obrare con error vencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal. La pena será la del delito por imprudencia o negligencia correspondiente;*

.....

(101) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., esp. p. 754 y ss.

(102) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, op. cit., p. 75.

- b. *Al que obrare con error vencible que le impida comprender la criminalidad del acto. La pena será la prevista para la tentativa;*
- c. *Al que obrare con error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante. La pena será la prevista para la tentativa;*
- d. *Al que obrare con error sobre circunstancias que hubiesen configurado el supuesto de una infracción atenuada. La pena se determinará conforme a esta;*
- e. *Al que, en el momento del hecho, tuviera considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, por uno de los motivos establecidos en el inc. h) del art. 34. La pena será la prevista para la tentativa.⁽¹⁰³⁾*

Con lo cual, el texto del Anteproyecto 2014 reproduce casi en su totalidad el del año 2006, aunque debemos realizar algunas salvedades:

- En primer lugar, el art. 34, inc. l, Anteproyecto 2006 rezaba: “No es punible: (...) l) El que cometiere un hecho ilícito excediendo los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante por miedo insuperable...”, por lo que, en dicho Anteproyecto el exceso en la causa de justificación (cuando era producido por miedo insuperable) funcionaba como una eximente completa.
- Si bien parecería haber otra diferencia entre ambas regulaciones en relación a la pena disminuida para los supuestos de errores vencibles de prohibición, errores sobre las agravantes e imputabilidad disminuida, ya que mientras que el Anteproyecto 2014 establece que “... se impondrá la pena reducida entre la mitad del mínimo y del máximo previsto”, el Anteproyecto 2006 preveía para estos casos la pena de la tentativa, lo cierto es que este último reducía la pena para los delitos tentados “... a la mitad del mínimo y del máximo”.⁽¹⁰⁴⁾ Por lo tanto, no habría diferencia alguna en este punto.
- Como lo señalamos más arriba, el Anteproyecto 2006 no incluía la reducción de la pena, en algún punto genérica, para los casos en los que sólo concurrían parcialmente los extremos de la legítima defensa o del estado de necesidad justificante (tal como la plantea el art 6°, inc. 2.d, Anteproyecto 2014).
- Sin embargo, el art. 34, inc. g, Anteproyecto del 2006 contenía un caso específico de eximentes incompletas. Este regulaba el estado de necesidad

(103) *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*; Bs. As., Ediar/Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, 2007, [en línea] <http://new.pensamientopenal.com.ar/02072007/proyectocodigopenal.pdf>; consultado el 12/05/2014.

(104) *Ibid.*, art. 38.

exculpante y rezaba: “No es punible (...) g) El que obrare para evitar un mal grave e inminente para la vida, la integridad corporal o la libertad, no evitable de otro modo, siempre que lo hiciere para apartar el peligro propio, de un pariente, o de otra persona vinculada con el autor. **La eximente no rige si al autor le fuera exigible soportar el peligro, sea porque él lo ha provocado deliberadamente o porque exista una relación jurídica especial. En ambos casos la pena se podrá reducir en la forma prevista para la tentativa**”.⁽¹⁰⁵⁾ En consecuencia, podría decirse que, en los casos de provocación suficiente o de una relación jurídica especial en el estado de necesidad exculpante, en el Anteproyecto 2006 la pena se podía reducir en la mitad del mínimo y del máximo, lo que no está previsto de manera expresa en el Anteproyecto 2014.

Por lo tanto, las diferencias entre ambos ordenamientos, en el tema que nos ocupa, se podría sintetizar en que, en primer lugar, el Anteproyecto 2006 preveía la exención total de pena para los casos de exceso cuando fuere por miedo insuperable, mientras que el Anteproyecto 2014 que analizamos lo establece como una eximente incompleta para todos los casos. En segundo lugar, el Anteproyecto 2006 solo establecía la posibilidad de atenuar la pena para casos en los que no se daban algunos de los requisitos del estado de necesidad exculpante, mientras que el del año Anteproyecto 2014 establece en forma genérica que “... se impondrá la pena reducida...” (es decir, ya no es una facultad del magistrado), cuando concurren solo parcialmente los extremos (no se especifica cuáles) de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante. Por último, mientras que el Anteproyecto 2014 establece la posibilidad del juez de disminuir la pena en casos de imputabilidad disminuida, en el Anteproyecto 2006 ello no estaba previsto como una facultad sino más bien, tal como lo propiciamos, como una obligación del magistrado.

9 | Conclusiones

Consideramos que la propuesta de reforma que, en la materia que abordamos, trae el Anteproyecto 2014, viene a aportar claridad y previsibilidad. En este sentido, lucen como avances positivos:

- a. La reformulación completa del actual art. 34 CP, en un nuevo art. 5° Anteproyecto 2014 de mucha mayor precisión en cuanto a los supuestos en que, ya a

.....

(105) *Ibid.*, art. 34, el resaltado nos pertenece.

nivel de la **teoría del delito**, no habrá delito por falta de alguno de los niveles analíticos del mismo (las llamadas "eximentes completas" o "propias").

- b. La regulación precisa, en un nuevo art. 6º Anteproyecto 2014, de las denominadas "eximentes incompletas" o "impropias".
- c. Que se contemplen, a nivel de estas últimas, diversos supuestos, aunque sin llegar a constituir un *numerus clausus* que impida la consideración de otros casos que la inagotable dinámica de la realidad pueda presentar.
- d. La inclusión de la denominada "imputabilidad disminuida" en el ámbito de las "eximentes incompletas" o "impropias", zanjando la actual discusión en torno a si existe o no un vacío legal al respecto.
- e. La prolija regulación adoptada en materia de error, distinguiendo entre errores vencibles e invencibles tanto de tipo como de prohibición.

Como aspecto negativo, creemos que la atenuación de la sanción penal en materia de imputabilidad disminuida no debería ser facultativa, sino claramente obligatoria para el juez interviniente. Si bien entendemos el argumento dado para la solución escogida, no lo compartimos, ya que abre una peligrosa brecha a la indebida expansión del poder punitivo.

En síntesis, estimamos que el balance del Anteproyecto 2014 en este Capítulo resulta en gran medida favorable.

Eximentes de responsabilidad penal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación

por **FLORENCIA P. NOCEREZ**⁽¹⁾ y **DANIELA R. PART**⁽²⁾

I | Introducción

El objeto del presente trabajo se centra en analizar los eximentes de responsabilidad penal en el actual Anteproyecto redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, formada por disposición del decreto PEN 678/2012, presidida por E. Raúl Zaffaroni e

(1) Abogada. Profesora adjunta de Derecho Penal I, Parte General de la cátedra del Dr. Divito (Universidad de San Isidro). Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal de la cátedra del Dr. De Luca (Facultad de Derecho, UBA). Secretaria en el equipo especializado en casos de violencia doméstica de riesgo alto de la Fiscalía N° 3, CABA.

(2) Abogada (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA). Ayudante de Segunda en la cátedra de Elementos de Derecho Penal en la UBA. Adjunta en la cátedra de "Derecho Penal I" en la Universidad de San Isidro. Secretaria Ad Hoc y Ad Honorem en el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 2.

integrada por León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, Julián Álvarez como secretario y Roberto Manuel Carlés como coordinador.

Para ello consideramos útil realizar un análisis comparativo del actual art. 34 CP con el art. 5° de dicho Anteproyecto, al que estudiamos en forma conjunta con sus arts. 6° y 39, pues se encuentran íntimamente relacionados.

Más allá de señalar y valorar las numerosas diferencias entre ambos cuerpos legales, hemos decidido limitar nuestro objeto a la nueva presunción de legítima defensa que se ha incorporado en el caso de que mediare violencia doméstica, por considerar que ha sido una de las cuestiones más novedosas que ha introducido el Anteproyecto dentro del tema marco de este trabajo.

Por último, corresponde mencionar que a los fines de analizar los institutos de la ley penal ya plasmados en el art. 34 CP como las modificaciones y nuevas previsiones del Anteproyecto hemos tomado como guía, en primer término, la teoría de Zaffaroni, Alagia y Slokar, pues es aquella con la que tenemos mayor coincidencia ideológica y es, además, la más vinculada con el Anteproyecto lo cual se debe, evidentemente, a que el primero de dichos autores es el presidente de la Comisión redactora.

2 | Comparación entre el actual Código Penal y el Anteproyecto

2.1 | Cuestiones generales

En primer término, corresponde señalar que la primera diferencia que se advierte entre el Anteproyecto y el Código Penal actual es la ubicación sistemática de los eximentes de responsabilidad. Pareciera que ello obedece a una construcción del cuerpo legal que intenta seguir un orden lógico, pues primero establece los principios generales del derecho penal y de su aplicación, luego qué conductas se consideran delito —para lo cual se descartan las que estarán exentas de pena, previstas en el art. 5° Anteproyecto— como así también otros institutos de la teoría del delito que resultan reductores de la respuesta punitiva —por ejemplo el art. 6° Anteproyecto— y amplificadores de la tipicidad —como la tentativa— y recién luego de ello, se pasa al desarrollo de la sanción que recibirán dichas conductas —penas y medidas de seguridad—.

Por otra parte, cabe mencionar que en el actual Código Penal las exi- mentes de responsabilidad penal se expresan básicamente en el art. 34. Es una norma que incluye muchos conceptos y a partir de la cual se han desarrollado las diversas estructuras de la teoría del delito formuladas por los distintos autores nacionales.

La teoría del delito no es más que una forma sistematizada de analizar un caso concreto a la luz de los principios constitucionales rectores del proce- so penal, y en función de las previsiones del actual art. 34 CP. Sin embargo dicha norma agrupa una gran cantidad de conceptos sin seguir los linea- mientos de la teoría del delito. Esta es la primera diferencia que se marca con el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, que actualmente se encuentra en pleno debate.

Si bien se ha tomado la decisión de no seguir ninguna teoría del delito en particular, se ha ordenado el artículo de acuerdo a los grandes bloques que la mayoría de los autores —si no todos— coinciden que debe cumplir una conducta para ser considerada delito. Es decir, no hay mayor debate en torno a que, para que haya delito, debe haber existido una acción típi- ca, antijurídica y culpable. El debate se centrará en el contenido de esos niveles de análisis y sus alcances.

Así las cosas, los redactores del Anteproyecto no han usado terminología técnica que permita asociar los conceptos expuestos en la norma con al- guna teoría del delito en particular. Respecto de ello, en sus fundamen- tos destacaron la utilidad práctica de esa decisión, pues las fórmulas más abiertas en ese sentido han permitido el desarrollo de la ciencia jurídica favoreciendo numerosos avances dogmáticos.

Por otra parte, si bien una primera lectura pareciera indicar que no se reali- zaron modificaciones sustanciales en los conceptos incluidos en el art. 5° del Anteproyecto, en comparación con el actual art. 34 CP, lo cierto es que, al darle un orden determinado a aquellos, se han aclarado legislativamente al- gunas cuestiones que la doctrina ya había establecido sin mayores debates e incluso algunas cuestiones sobre las cuales la doctrina no se había pue- sto de acuerdo. Así, resulta de utilidad realizar un análisis comparativo de ambos artículos, partiendo de la fórmula del art. 5° del Anteproyecto no solo por ser la norma objeto de análisis de este trabajo, sino por resultar, a nuestro juicio, sistemáticamente más ordenada.

2.2 | Supuestos de exclusión de la acción

El inc. a del art. 5° del Anteproyecto abarca los supuestos que excluirían la acción, esto es, la fuerza física irresistible y el estado de inconsciencia. Este es uno de los claros ejemplos de la utilidad del nuevo orden, pues la acción es el primer nivel de análisis de la teoría del delito. Si bien ambos supuestos ya están previstos en el actual art. 34 CP, se encuentran separados en dos incisos distintos y legislados en forma conjunta con institutos del nivel de análisis de la culpabilidad.

En efecto, el art 34, inc. 2, CP establece como supuesto que exime la responsabilidad el caso de quien obrare violentado por fuerza física irresistible —aunque lo hace en forma conjunta con la “amenaza de sufrir...”, generalmente identificada con el estado de necesidad exculpante—, sin notarse siquiera alguna diferencia en la redacción de ambos supuestos. Por otra parte, el estado de inconsciencia está regulado en el art. 34, inc. 1 CP en forma conjunta con los supuestos de inimputabilidad.

Por lo tanto, únicamente los supuestos de falta de acción —aunque no mencionados de esa forma— conforman el primer inciso del art. 5° del Anteproyecto, lo cual resulta, entendemos, un acierto sistemático.

2.3 | Error de tipo

En el art. 5°, inc. b, Anteproyecto se regulan expresamente los que la doctrina denomina errores de tipo, pues exime de pena la conducta de aquel que actuare en ignorancia o error invencible sobre algún elemento constitutivo de la descripción legal del hecho. En el art. 34 CP no se consagra expresamente este supuesto de error que excluiría el dolo y, consecuentemente, la tipicidad de la conducta, ya que la única mención a supuestos de error o ignorancia se encuentra en el art. 34, inc. 1 CP, pero pareciera que regula el error de prohibición, pues se establece que deben impedir la comprensión de la criminalidad. Sin embargo, a partir de dicha norma y del principio de culpabilidad, la doctrina desarrolla el error de tipo, pues —en rigor— todo error de tipo implicaría una imposibilidad de comprender la criminalidad ya que excluye el aspecto cognoscitivo de la tipicidad subjetiva. Además, históricamente, en función de la expresión “de hecho”, se ha pretendido legislar en este supuesto los errores de

tipo y no los de prohibición, que por ese entonces se asociaban a los llamados errores de derecho.

De tal manera el inc. b del art. 5° del Anteproyecto no hace más que consagrar legislativamente el principio de culpabilidad en cuanto excluye toda posibilidad de imputación en términos de responsabilidad objetiva en el ámbito del derecho penal, en función del cual solo podrá haber responsabilidad penal en tanto el autor haya actuado con dolo o, al menos, culpa. Este conocimiento del aspecto objetivo de la tipicidad en los tipos activos dolosos es indispensable para dicha forma de atribución de responsabilidad. En ese sentido, cabe mencionar que el dolo exige, según los criterios aun mayoritarios, dos aspectos, a saber: el conocimiento de los elementos de la tipicidad objetiva y la voluntad realizadora de aquellos, de forma tal que si hay un error sobre el aspecto objetivo de la tipicidad no habrá dolo y por ello no podrá atribuírsele penalmente esa conducta al autor.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que, en la actualidad, cada vez más autores han desarrollado un concepto de dolo diferente según el cual bastará para la imputación únicamente el elemento cognoscitivo, eliminando toda exigencia de un aspecto volitivo (concepto normativo de dolo).⁽³⁾

Dogmáticamente se ha entendido que todo error de tipo excluye la tipicidad; sin embargo, este inciso se refiere solo a los casos en los cuales el error resulta invencible. La doctrina sostiene que en el caso de errores de tipo vencibles resulta posible la aplicación de una tipicidad culposa, pero nunca una dolosa, pues el conocimiento de los elementos del tipo objetivo debe ser efectivo y no potencial.

En el inc. 1 del art. 6° del Anteproyecto pareciera que se trata el supuesto del error de tipo vencible, pues aquella norma establece que se impondrá la pena correspondiente al delito por imprudencia o negligencia, si estuviere

(3) En ese sentido: "El dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace". BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal, parte general*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1999, pp. 316/317. La misma idea puede leerse en JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 312/15; DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Teoría General del delito I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pp. 592/605.

previsto, al que actuare con error vencible sobre algún elemento constitutivo de la descripción legal del hecho.

Dado que tiene una idéntica fórmula legal a la del art. 5º, inc. b, Anteproyecto, entendemos que esta norma se refiere a los errores de tipo vencibles, pese a que en la exposición de motivos se los describe como errores de prohibición, circunstancia que interpretamos como un mero error de tipo. Asimismo interpretamos que lo que se aplica es la figura culposa, es decir que no implica una mera reducción de la escala penal, pues —como hemos mencionado antes— todo error de tipo por definición excluye la tipicidad dolosa.

De tal manera, el art. 5º, inc. b, Anteproyecto representa un avance legislativo en comparación con la única mención que tiene el actual art. 34 CP a los supuestos de error. Es que, a partir de la evolución de las ideas penales, esta fórmula ha quedado con una redacción un tanto equívoca y ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias.

La primera dificultad que presenta es que se refiere a ignorancia o error, frente a lo cual la doctrina y la jurisprudencia han interpretado que la ignorancia es la falta total de conocimiento, en tanto el error es entender el significado de algo de una manera distinta a la real, sin perjuicio de lo cual se los ha considerado equivalentes. Asimismo, se ha establecido que la única ignorancia posible es la de hecho, porque la de derecho —sobre si la conducta está prohibida—, por tratarse de un sistema binario (prohibido/permitido), implica en definitiva un conocimiento falso, es decir, un error.⁽⁴⁾

Otra dificultad que presenta la norma actual es la expresión “de hecho”. En primer término, lleva a plantearse si la norma se refiere a los errores de tipo o de prohibición. Sin embargo, si bien se suele asociar a los errores de tipo con errores de hecho y a los de prohibición con los de derecho, se sostiene que ambos errores pueden ser tanto de hecho como de derecho. En efecto, bien podría ser un error de tipo de derecho aquel que recae sobre un componente normativo del tipo, mientras que el que recae sobre la situación fáctica de una causa de justificación será un error de prohibición de hecho.⁽⁵⁾

(4) D'ALESSIO, ANDRÉS J. y DIVITO, MAURO A., *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2º ed., Bs. As., La Ley, 2009, p. 388, con cita de JNAC. PENAL EC. N° 2, “Buombicci, Neli Adela”, 15/03/1991.

(5) D'ALESSIO, ANDRÉS J. y DIVITO, MAURO A., *Código Penal...*, op. cit., p. 389. En el mismo sentido: BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 328.

Sin embargo, la expresión “de hecho” incluida en el actual art. 34 CP, también ha llevado a un amplio debate doctrinario sobre si aquella fórmula legal excluye la posibilidad de admitir como exculpante el error de derecho. En efecto, por un lado, la postura doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria ha sostenido que el principio *error juris nocet* —el error de derecho no es excusa— es de plena aplicación en el derecho penal en función de las previsiones del art. 34, inc. 1 CP y 8 del actual Código Civil y Comercial de la Nación.⁽⁶⁾ Igualmente, esta teoría se ha visto corregida por los supuestos de errores de derecho extrapenal, los cuales sí se han admitido. En cambio, otros sectores de la doctrina han criticado esta tesis restrictiva del error por resultar amplificadora de la punibilidad, y porque han interpretado que en la fórmula del error contemplada en el art. 34, inc. 1 CP la expresión “de hecho” solo se refiere a la ignorancia, pues está conectado con una conjunción “o”, por lo que la expresión “de hecho” se referiría a la ignorancia únicamente y no al error, de forma tal que este incluiría no solo supuestos de errores de hecho sino también los de derecho.⁽⁷⁾

Así las cosas, la nueva fórmula prevista en el Anteproyecto no solo regula expresamente el denominado error de tipo sino que elimina el debate actual en cuanto a que si el error puede ser solamente de hecho o también de derecho, pues excluye toda mención al respecto. Por lo tanto, da la amplitud suficiente como para incluir ambos supuestos (error de hecho o de derecho) siempre que recayeran sobre la descripción del hecho y fueran, por ende, errores de tipo.

Por otra parte, cabe mencionar que diversos sectores de la doctrina han tratado los errores sobre agravantes y atenuantes dentro de los errores de tipo. Sin embargo, en el art. 6, inc. 4 del Anteproyecto se ha mencionado expresamente que a la persona que actuare con error sobre circunstancias que habrían configurado el supuesto de un ilícito menos grave, se le impondrá la pena correspondiente a este. Más allá del desarrollo doctrinario

(6) Artículo 8º del Código Civil y Comercial de la Nación: Principio de inexcusabilidad. “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”. Esta norma resulta ser una reproducción textual del artículo 20 del Código Civil de la Nación vigente al momento de la redacción del anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación.

(7) D’ALESSIO, ANDRÉS J. y DIVITO, MAURO A., *Código Penal...*, op. cit., pp. 380/390.

que han merecido los errores sobre agravantes y atenuantes dentro de los errores de tipo, esta norma ha solucionado un caso conflictivo.

Es que hay cuatro situaciones posibles relacionadas con los errores sobre agravantes y atenuantes:

- a. falsa suposición de agravantes: el aspecto objetivo de la tipicidad impide que la tipicidad subjetiva exceda esa medida, entonces no puede imputarse más que el tipo básico;
- b. ignorancia de los atenuantes existentes en la tipicidad objetiva: la imputación subjetiva no puede modificar la tipicidad objetiva, entonces no puede imputarse más que el tipo atenuado;
- c. ignorancia del agravante: solo se puede imputar el tipo básico pues no habría dolo del agravante y, en una interpretación respetuosa del principio de culpabilidad, no se puede imputar más allá de lo que el sujeto quiso; y
- d. falsa suposición del atenuante: mayoritariamente se ha dicho que quien quiere el tipo atenuado también quiere el tipo básico, pero así se estaría extendiendo el dolo a circunstancias no queridas por el autor, por lo que nunca se le puede imputar más allá de lo querido.⁽⁸⁾

Esta es la solución que ha adoptado el Anteproyecto, dándole entonces una solución legislativa a un largo debate doctrinario, aunque los trató en el art. 6, que regula los institutos reductores de la punibilidad. Cabe mencionar que este es el único caso de error de tipo que ha sido expresamente regulado en el Anteproyecto, más allá de la fórmula genérica aquí analizada.

2.4 | Cumplimiento de un deber jurídico y legítimo ejercicio de un derecho

Luego, el inc. c del art 5° del Anteproyecto es una reproducción textual del actual art. 34, inc. 4, CP, lo cual se debió —según la “Exposición de motivos”— a la circunstancia de que aquel no ha tenido dificultades en su aplicación.

Resulta indispensable destacar que esta norma, en cuanto legisla el cumplimiento de un deber jurídico, es uno de los ejemplos en los que el

(8) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002, pp. 541/542.

Anteproyecto no toma postura sobre cuestiones que se encuentran debatidas por la doctrina acerca de la ubicación sistemática de ciertos conceptos.

Este inciso abarca dos supuestos: primero, se refiere al cumplimiento de un deber jurídico, y luego al legítimo ejercicio de un derecho. Sobre este último no hay debate alguno en cuanto a que es un supuesto de exclusión de la antijuridicidad. Sin embargo, el primero es más conflictivo. Si bien la mayoría de los autores lo ubican como una causa de justificación cuya concurrencia debe ser analizada en el nivel de la antijuridicidad;⁽⁹⁾ Zaffaroni, Alagia y Slokar consideran que el cumplimiento de un deber jurídico es una cuestión que debe resolverse en el ámbito de las normas prohibitivas y preceptivas, no en el de las normas permisivas, como es la antijuridicidad. Así han sostenido que el cumplimiento de un deber jurídico es un fenómeno que tiene lugar cuando un mandato recorta una norma prohibitiva prevaleciendo sobre ella, de forma tal que no puede ser considerado un supuesto de justificación sino de exclusión de la tipicidad.⁽¹⁰⁾

Los redactores del Anteproyecto —al igual que en los demás supuestos— han optado por no enrolarse en una u otra teoría por lo que nada han dicho al respecto. Sin embargo su ubicación sistemática deja traslucir que aquella cuestión se encuentra relacionada con las causas de justificación, más allá de que Zaffaroni sea uno de los pocos autores que afirman que debería tratarse dentro de la tipicidad objetiva conglobante —según la estructura desarrollada por dicho autor—.

Ello así pues, si bien en la “Exposición de motivos” y en el texto del art 5º, inc. c del Anteproyecto nada se dice respecto de la ubicación sistemática de aquel instituto dentro de la teoría del delito, lo cierto es que el lugar en el que ha sido tratado —dentro del art. 5º del Anteproyecto— da la pauta de que debe ser analizado luego de haber verificado todos los requisitos de la tipicidad, por lo cual se examinaría dentro de la antijuridicidad. En efecto, si la Comisión redactora hubiese querido tratarlo como un instituto

(9) En ese sentido, BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 356/357; RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2009, pp. 457/458; DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal...*, t. III, Teoría General del delito II, op. cit., pp. 359/574; ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, t. I, Thomson Civitas, D. M. Luzón Peña (trad. y notas), Madrid, 1997, pp. 724/729; JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 536/541.

(10) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 496.

que excluiría la tipicidad objetiva, debería haberlo ubicado como un eximente de pena anterior al error de tipo, cosa que no ocurrió. Es que según la tesis de Zaffaroni, Alagia y Slokar, el cumplimiento de un deber jurídico pertenece a la tipicidad objetiva conglobante, que si bien no está alcanzada por el dolo (cualquier error sobre ese nivel se analizará en la culpabilidad como un error de prohibición) pertenece al aspecto objetivo. Si se siguiera la estructura desarrollada por esos autores, debería analizarse antes del elemento subjetivo.

Más allá de que el orden en el que se desarrollaron los institutos dentro del Anteproyecto no ata a los dogmáticos para darles una distinta ubicación dentro de sus propios desarrollos de la teoría del delito, toda vez que la redacción del Anteproyecto ha sido cuidadosa al ordenar los institutos antes mencionados —a diferencia del art. 34 CP— entendemos que debe interpretarse que la Comisión redactora consideró el cumplimiento de un deber jurídico como una causa de justificación que excluiría la antijuridicidad.

2.5 | Legítima defensa propia

En el inc. d del art 5° del Anteproyecto se legisla la legítima defensa propia, actualmente prevista en el art. 34, inc. 6, CP. Básicamente los requisitos exigidos por ambas normas son los mismos: que haya una agresión ilegítima, una necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y la falta de provocación suficiente. Es en este último requisito en el que hay una modificación en la redacción de la norma, pues se exige en el Anteproyecto falta de provocación suficiente por parte del agredido, en tanto que el actual art. 34 CP exige aquella por parte de quien se defiende. Sin embargo, no se da ninguna explicación para esta pequeña modificación, que entendemos no representa cambio alguno a otro nivel más que en el meramente terminológico.

Este mismo inciso incluye diversas situaciones fácticas que harán presumir un caso de legítima defensa. Establece una presunción de legítima defensa para el caso de que el sujeto actúe para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado. Esta es una modificación de una presunción que ya existe en el art. 34, inc. 6, CP, pues se eliminan algunos requisitos de aquella: ya no exige la nocturnidad ni que la fractura sea de cercos, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias cualquiera sea el daño. De tal manera, esta presunción es más amplia en el Anteproyecto que en la legislación actual.

También se repite en idénticos términos la presunción de legítima defensa para el caso de que el sujeto actuare por encontrar a un extraño dentro de su hogar siempre que ofreciere resistencia. En la “Exposición de motivos” se señala que la presunción de la defensa de la casa no ha provocado mayores dificultades y en homenaje a la tradición se propuso su mantenimiento. A su vez, el Anteproyecto incorpora una nueva presunción de legítima defensa propia para el caso de que la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia. Luego analizaremos esta presunción en profundidad.

2.6 | Legítima defensa de terceros

En el art 5°, inc. e, el Anteproyecto legisla la legítima defensa de terceros, cuyo texto es idéntico al establecido en el actual art. 34, inc. 6 CP.

2.7 | Estado de necesidad justificante

En el inc. f del art 5° del Anteproyecto se regula el estado de necesidad justificante. Este artículo, si bien es similar al actual art. 34, inc. 3 CP, detalla los requisitos que actualmente la doctrina deriva de dicha norma para considerar justificada la conducta del agente. Así, en tanto la legislación actual exige únicamente que haya ocasionado un mal menor para evitar un mal mayor inminente al que ha sido extraño, el Anteproyecto requiere además, para configurar el estado de necesidad justificante, que el hecho causado fuere necesario y adecuado para conjurar el peligro, que la situación de necesidad no hubiera sido deliberadamente provocada por el agente, y que el autor no estuviera jurídicamente obligado a soportar el peligro. No hay mayor debate dentro de la doctrina en cuanto a que para que se configure un estado de necesidad justificante se exige:

1. que haya un mal —la lesión o el peligro para un bien jurídico propio o de un tercero o incluso de quien sufre el mal menor— el cual puede provenir del hombre o de la naturaleza;
2. que ese mal sea inminente, extremo que no está puramente relacionado con lo cronológico pues es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto, aclarándose que también es inminente un mal que tiene continuidad por su reiteración muy frecuente;
3. que ese mal amenazado sea inevitable de otro modo menos lesivo;

4. que el mal causado sea menor que el que se quiere evitar —ponderación de males—; y
5. que el autor sea ajeno al mal que se pretende evitar.⁽¹¹⁾

Aunque no lo exige el actual art. 34 CP —ni la nueva fórmula inserta en el Anteproyecto— la doctrina ha exigido, para que se configure un estado de necesidad justificante, la inevitabilidad del mal por otro medio menos lesivo, por considerar que era inherente a toda situación de necesidad. Es decir que no se configurará la causa de justificación para el caso de que existan otros medios menos lesivos o directamente inocuos al alcance del sujeto que causa el mal.⁽¹²⁾ Es que este no será necesario cuando no sea el medio adecuado para evitar otro, esto es, cuando igualmente el otro mal se producirá y tampoco lo será cuando disponga de otro medio alternativo inocuo o menos lesivo.⁽¹³⁾ En consonancia con estos argumentos, en el Anteproyecto se exige que el mal causado fuere necesario y adecuado para conjurar el peligro.

Por su parte, Zaffaroni también ha exigido como requisito que el agente no esté jurídicamente obligado a soportar el riesgo, esto es que no puede ampararse en esta causa de justificación quien se halla garantizando la conservación del bien jurídico que se afecta.⁽¹⁴⁾

También se ha sostenido en la doctrina que en el estado de necesidad se exige como requisito que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse, lo cual no es personal sino funcional, de forma tal que solo rige cuando el sujeto se halle en cumplimiento de esa profesión, función o deber. En estos casos se menciona que el deber jurídico tendrá sus límites derivados del alcance que le confieran las normas jurídicas que lo establecen y también de lo exigible para cada función.⁽¹⁵⁾

Este requisito ha sido también recogido por el Anteproyecto, en cuya “Exposición de motivos” se aclara que aquel se refiere a los funcionarios con especiales deberes de garantía de protección o salvación, aunque se

(11) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 633/636. Similares requisitos fueron exigidos por RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 457/458; DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 359/574

(12) D’ALESSIO, ANDRÉS J. y DIVITO, MAURO A., *Código Penal...*, op. cit., pp. 482/483.

(13) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 633/636.

(14) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2009, p. 204.

(15) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 493/494.

resalta que esto no quita el carácter de justificación al estado de necesidad de este inciso sino que pondera el mayor deber del funcionario garantizador y, por ende, la mayor exigencia a su respecto. Por ello, en casos de altísima gravedad, no se excluye la justificación, mientras que en los restantes casos el hecho quedará abarcado por el estado de necesidad exculpante.

En cuanto a la falta de provocación de la situación de necesidad, resulta relevante destacar que el Anteproyecto agrega un requisito más en cuanto exige que la provocación sea deliberada. Doctrinariamente se ha debatido el nivel de ajenidad que debe tener el autor respecto del mal a evitar. Así, Fontán Balestra ha entendido que la provocación dolosa es la única que excluye esta eximente, en tanto que Muñoz Conde señaló que no basta que se haya cometido intencionalmente el hecho que dio lugar a la situación de necesidad sino que es preciso que sea la situación misma la que se haya provocado intencionalmente —circunstancias que se adecuan más con el Anteproyecto—. Esta no ha sido la postura unánime, pasando desde aquellas por muchos matices hasta llegar a autores que consideran que este precepto permisivo, tal como está previsto en el actual art. 34 CP, excluye expresamente todos los casos en los que el autor no ha sido ajeno al mal que pretende evitar, dejándolos abarcados en el estado de necesidad exculpante.⁽¹⁶⁾

Así las cosas, el Anteproyecto toma una postura al respecto y exige que el autor se haya colocado **deliberadamente** en la situación de necesidad para quitar operatividad a la causa de justificación. La nueva fórmula conserva como requisito que se cause el mal “por evitar” otro mayor, circunstancia que, de acuerdo a la fórmula actual, ha llevado a que algunos autores —aunque no todos— exijan que el autor obre movido por la necesidad de impedir el mal mayor. Es decir, que se exige un aspecto subjetivo de la justificación por estado de necesidad. Sin embargo, esta postura no es unánime y se deriva de una concepción genérica de las causas de justificación como la derogación de la prohibición. En cambio, si se interpreta a la antijuridicidad como el juicio que verifica que un precepto permisivo confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo aparece como innecesaria porque nadie tiene por qué saber que está ejerciendo su derecho mientras lo hace.⁽¹⁷⁾

.....

(16) D’ALESSIO, ANDRÉS J. y DIVITO, MAURO A., *Código Penal...*, op. cit., p. 481.

(17) *Ibid.*, p. 473. Con relación a la no exigencia de los elementos subjetivos en las causas de justificación, ver ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 600/605.

2.8 | Estado de necesidad exculpante

El inc. g del art. 5° del Anteproyecto regula el estado de necesidad exculpante, que en el actual art. 34 CP surge del inc. 2. En primer término, el Anteproyecto regula en forma independiente este supuesto, en tanto que la actual norma lo legisla en conjunto con la fuerza física irresistible —supuesto de exclusión de la acción—. Asimismo, la norma prevista en el Anteproyecto establece más requisitos que la norma actual. Así, requiere que se cause un mal para evitar otro mal grave e inminente —igual que el art. 34, inc. 2 CP— pero también que lo hiciera para apartar el peligro de su persona, de un pariente o de un tercero próximo, que el medio empleado sea necesario e idóneo, que la situación no haya sido provocada deliberadamente por el agente, y que el agente no se encuentre jurídicamente obligado a soportar el peligro. Estos requisitos nuevos no son exigidos por el art. 34, inc. 2 CP ni fueron establecidos tampoco doctrinariamente.

La “Exposición de motivos” fundamenta que se incorpora el requisito de que el daño a evitar sea propio o para una persona con una relación próxima con el autor, por entender que sería inadmisibles la elección arbitraria de este en un conflicto entre dos personas que le son igualmente ajenas y que por ende no genera ninguna situación de exculpación, pues ningún ciudadano está habilitado para elegir en una situación extrema entre los bienes jurídicos de una u otra persona a su arbitrio.

Por otra parte, cabe destacar que, con una remisión al supuesto iii) del inc. f) del mencionado art. 5° bajo estudio, se menciona como requisito también para el estado de necesidad exculpante que el autor no estuviere jurídicamente obligado a soportar el peligro. Sin embargo, esto no se correspondería con lo que, en la “Exposición de motivos”, detallaron los miembros de la Comisión redactora del Anteproyecto del estado de necesidad justificante, pues indicaron expresamente que dicho novedoso requisito se incorporaba únicamente respecto de aquella causa de justificación, ya que han detallado que el caso que quedara fuera de la cláusula permisiva por tener el agente un especial deber de garantía o protección del bien jurídico, quedaría abarcado por el estado de necesidad exculpante aquí analizado. Por lo tanto, pareciera que los proyectistas no han deseado incluir este requisito en el inc. g del art. 5° del Anteproyecto.

En lo que hace a la fundamentación de este inciso, nada han dicho sobre su inclusión. Sin perjuicio de ello, este requisito quedó abarcado por la

norma en el Anteproyecto, por lo cual debe exigirse su presencia para que se configure la causa de exculpación, aunque quizás en forma menos rígida que para el artículo anterior.

2.9 | Inimputabilidad

Una diferencia importante se centra en torno a la regulación de los supuestos de inimputabilidad. Actualmente se encuentran en el art. 34, inc. 1 CP, lo cual demuestra que dicha norma regula —en primer término— un supuesto de exclusión de la culpabilidad, es decir, del último nivel de análisis de la teoría del delito. Sin embargo, en el Anteproyecto, dicho instituto se prevé en el inc. h del art. 5°, estableciendo diferencias sobre los estados mentales que podrían provocar la inimputabilidad del sujeto activo. Así, si bien ambas normas establecen que aquella supone que el agente no haya podido, al momento del hecho, comprender la criminalidad del acto, o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, la diferencia radica en cuáles son los estados psíquicos que pueden desencadenar esa incapacidad. En tanto el actual art. 34, inc. 1 CP alude a una insuficiencia de las facultades mentales o una alteración morbosa de estas, el inc. h del art. 5° del Anteproyecto menciona cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica permanente o transitoria. Esta diferencia amplía los supuestos en los que una persona puede ser considerada inimputable en relación con un hecho. Ello así en tanto la interpretación de la norma actual suele asociarse a supuestos de enfermedades mentales permanentes.

Por ejemplo, con la legislación actual, nadie ha puesto en duda que los casos de psicosis —como podría ser la esquizofrenia— encuadran en los supuestos de alteración morbosa de las facultades mentales. Sin embargo, hay hipótesis más conflictivas como pueden ser los trastornos de la personalidad, *borderline* o asociales, respecto de los cuales no todos los autores y magistrados acordarían en considerarlos como enfermedades generadoras de inimputabilidad. Es que la tesis tradicional en la doctrina nacional proviene del pensamiento positivista, que definía la enfermedad mental como alienación sobre base biológica, reconocible física u orgánicamente. En ese sentido, el signo de la alienación era exclusivamente la pérdida de la razón de carácter instrumental.⁽¹⁸⁾

.....

(18) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 699.

De tal manera, entendemos que el Anteproyecto, al desprenderse de los conceptos alienistas —“alteración morbosa de las facultades mentales” e “insuficiencia de las facultades mentales”, asociados tradicionalmente a las psicosis y oligofrenias—, permite una mayor amplitud de los trastornos psíquicos que pueden ser abarcados por la inimputabilidad.

En la “Exposición de motivos” se explica que se evitó cualquier indicación psiquiátrica precisa pues, de lo contrario, de acuerdo a la evolución de dicha área de la medicina, rápidamente se modificaría el contenido de la norma, tal como ocurrió con el actual art. 34, inc. 1 CP. Sin embargo, se aclara que la inimputabilidad debe estar motivada por una alteración psíquica permanente o transitoria solo al efecto de diferenciarla con otros supuestos de inculpabilidad como los errores de prohibición. Se aclara, asimismo, que no es necesario que esos trastornos o alteraciones psíquicas sean consecuencia de alguna anomalía o patología, sino que pueden ser el resultado normal de situaciones vivenciales. Se especifica, también en la “Exposición de motivos”, que se mantienen los requisitos de que aquella situación se dé al momento del hecho —de la acción o conducta— y provoque la imposibilidad de comprensión —no del mero conocimiento— y/o de la criminalidad —no solo de la ilicitud o la antijuridicidad—.

2.10 | Medidas de seguridad

Otra diferencia sustancial en torno a los supuestos de inimputabilidad se relaciona con la posibilidad de la imposición de una medida de seguridad para el caso de que el imputado fuera declarado inimputable.

En el actual art. 34, inc. 1 CP se establece que, en el caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. También dicha norma establece que, en los otros casos en que se absolviera a un procesado por las causales de dicho inciso, el tribunal ordenará su reclusión en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.

Sin embargo, en el Anteproyecto se separó la previsión de las medidas de seguridad del artículo que regula los eximentes de responsabilidad. Así, dicho aspecto pasó a estar regulado en el art. 39 del Anteproyecto, el cual sostiene que en los casos de un hecho conminado con una pena cuyo máximo fuera superior a diez años y que el imputado hubiera sido absuelto por inimputabilidad o se hubiese impuesto una pena reducida por tratarse de un supuesto de imputabilidad disminuida (arts. 5º, inc. h, o 6º, inc. 3, Anteproyecto) el juez deberá ordenar un examen de peritos para determinar la existencia de agresividad contra la vida, integridad física o sexual, o la libertad sexual y, en su caso, el juez dispondrá su control o internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención o contención.

Este artículo regula en forma detallada la imposición y el control de medidas de seguridad, circunstancia que implica un gran avance en resguardo de las garantías de la persona a la que se le ha impuesto una medida de esa índole, que en la legislación actual se encuentra prácticamente ilimitada.

Asimismo, este artículo en su inc. 2, prevé la posibilidad de transformar en medida de seguridad la pena de prisión para el caso de que dichas circunstancias se dieran durante la ejecución de la pena privativa de la libertad. En el actual art. 25 CP se establece que "si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a los dispuesto en el apartado tercero del inc. 1º del art. 34"; esto es: "En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso". Si bien inicialmente pareciera que ambas normas resultan muy similares, la novedad que introduce el Anteproyecto es la inclusión de topes temporales, al igual que se hizo en los casos de declaración de inimputabilidad.

Con total tino, dicha norma del Anteproyecto prevé que el control o la internación cesará no solo cuando desaparezca el riesgo creado por la agresividad sino también cuando:

- a. se tratare de un supuesto de inimputabilidad y se agotare el tiempo que el juez hubiere fijado como límite máximo de sentencia en función de la gravedad del hecho, aunque aquel no podrá exceder la mitad del máximo de la pena conminada;

- b. se tratare de un supuesto de pena reducida por imputabilidad disminuida y se agotare el tiempo de la pena de prisión que se le hubiere impuesto;
- c. en el caso de una medida de seguridad que reemplazare la pena de prisión que estaba cumpliendo cuando se agotare la pena impuesta para la cual se computará el tiempo de internación.

Dicha norma también aclara que, en el caso de los dos últimos supuestos mencionados, si desapareciere el padecimiento antes del agotamiento de la pena, el condenado cumplirá la pena remanente en un establecimiento ordinario. También este artículo regula expresamente que, en el caso de que en la comisión del delito hubiere tenido incidencia la dependencia del alcohol o de una sustancia estupefaciente, el juez podrá disponer la internación del condenado en un establecimiento adecuado para su deshabitación, lo cual cesará en el caso de que se obtenga ese resultado o se agote la pena.

No resulta menor la nueva ubicación que tienen las medidas de seguridad dentro del Anteproyecto, pues ya no se regulan junto con la inimputabilidad. Ello se debe no solo a que no es el único caso en el que se aplicarán sino también a que se las agrupó con las penas al legislarlas en conjunto y al imponérseles límites similares, tales como los topes temporales.

De tal manera, el Anteproyecto recepta la postura de Zaffaroni, Alagia y Slokar en cuanto han entendido que la medida de seguridad, en particular si se trata de una internación manicomial, resulta una privación de derechos por tiempo indeterminado, que solo difiere de la pena por su carencia de límite máximo y por ello por su total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada.⁽¹⁹⁾

Finalmente, el art. 39 del Anteproyecto establece también que se dará intervención al juez civil en diversos supuestos, a saber: a) cuando la persona absuelta sufre un padecimiento y no se dieran los requisitos para la imposición de una medida de seguridad; y b) cuando debiera cesar el control o la internación y la persona continuara sufriendo un padecimiento mental.

(19) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 70.

2.II | Imputabilidad disminuida

Otro dato a tener en cuenta es que la legislación actual no prevé la posibilidad de imputabilidad disminuida en forma genérica sino solo para algunos casos en concreto y especialmente establecidos, tales como los supuestos de emoción violenta.

En efecto, el actual art. 34 solo hace referencia a la persona que tuvo incapacidad absoluta de comprender su conducta o dirigir sus acciones. Si bien el art. 5° del Anteproyecto capta los mismos supuestos, en la siguiente norma, esto es el art. 6°, inc. 3, se regula expresamente la posibilidad de una imputabilidad disminuida, la cual llevará a una escala penal reducida.

2.I2 | Errores de prohibición y exculpantes especiales

En los incs. i y j del art. 5° del Anteproyecto se regulan dos supuestos de errores que la doctrina denomina errores de prohibición. El primero se refiere a los errores invencibles que impidan comprender la criminalidad del hecho, en tanto el segundo se refiere al error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación. Luego, en el inc. k del art. 5° del Anteproyecto, se prevé el error sobre el estado de necesidad exculpante, aclarando también que debe tratarse de un error invencible.

En el actual art. 34, inc. 1 CP, como hemos dicho al analizar los supuestos de error de tipo, únicamente se incluye una mención genérica del caso de la persona que por error o ignorancia de hecho no hubiere podido comprender la criminalidad o dirigir sus acciones.

En la "Exposición de motivos" se aclara que se ha tomado la decisión de mantener la tesis dual del error —es decir, regular estos supuestos en forma separada de los errores de tipo— y que mantuvieron respecto de los errores de prohibición la exigencia de que el error recaiga sobre la criminalidad y no sobre la mera antijuridicidad, de forma tal que no resulte necesario referirse expresamente a los errores sobre las excusas absolutorias.

Allí también se aclara que el inc. j del art. 5° del Anteproyecto se refiere a los supuestos conocidos como justificación putativa, indicando que,

más allá de los debates doctrinarios, no resultan más que un supuesto de error de prohibición.

Asimismo, otra diferencia que surge es que el art. 5° del Anteproyecto solo se refiere a errores invencibles, es decir únicamente aquellos que excluyen la capacidad individual de autodeterminación del sujeto activo, en tanto que, luego, en el art. 6° del Anteproyecto se regulan los casos de vencibilidad de dichos errores, admitiendo una escala penal reducida.

En cuanto a los errores previstos en el inc. k del art. 5° del Anteproyecto, es decir, a los errores sobre el estado de necesidad exculpante, se refieren a la situación fáctica de esta necesidad, dejando atinadamente fuera del artículo los supuestos de una necesidad exculpante putativa invertida—esto es, el caso de quien actúa bajo un estado de necesidad exculpante sin saberlo, como quien tras una discusión mata a un pasajero de un avión desconociendo que en realidad era un terrorista que estaba por cometer un atentado, secuestrar al avión y matar a todas las personas que viajaran allí—. En efecto, la doctrina ha afirmado que “el fundamento de la exculpación por necesidad está en la reducción de la autodeterminación”,⁽²⁰⁾ lo cual no ocurriría en el caso de que el sujeto activo no conociera la situación real y no actuara motivado por la necesidad. Sin embargo, en la tesis de Zaffaroni, Alagia y Slokar, si bien se reconoce que

... en principio y por regla general el conocimiento de la situación objetiva de necesidad es necesario como reducción de la autodeterminación del agente, su desconocimiento no es irrelevante cuando lleva a convertir a la culpabilidad en un reproche de la insensatez, que violaría la racionalidad republicana hasta el límite de colocarla al borde del absurdo. Ello conduce a establecer una regla que se deriva de la naturaleza misma del desconocimiento de la situación de necesidad: se trata de un error al revés, en el sentido de que es un error que perjudica o un error in malam partem (...) si en el error que beneficia, el error invencible exime de culpabilidad y el vencible sólo puede atenuarla, en el error que perjudica cabe invertir la regla y admitir que el error vencible es exculpante y el invencible sólo permite atenuar la culpabilidad...⁽²¹⁾

(20) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 748.

(21) *Ibid.*, p. 756.

2.13 | Obediencia debida

Finalmente, la última diferencia que se advierte es que el Anteproyecto elimina la exclusión de responsabilidad penal para casos de obediencia debida, que actualmente está regulada como una causal autónoma de exclusión en el art. 34, inc. 5 CP.

En la "Exposición de motivos" del Anteproyecto se fundó dicha decisión en el hecho de que no se trataba de una eximente autónoma, sino que dependiendo del caso, se encontraría abarcada en otras causales como el cumplimiento de un deber jurídico, una justificación por necesidad, una exculpación por error o por inexigibilidad y, en el caso de no encontrarse abarcada en dichos supuestos, no se debería eximir de responsabilidad al autor. Por ello, se consideró que su consagración legislativa no solo resultaba innecesaria sino que, además, creaba dudas que permitían su manipulación para su aplicación en casos gravísimos como ha ocurrido en los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y en nuestra última dictadura militar.

Asimismo, en la exposición de motivos se ha destacado que el origen histórico de dicha norma resulta muy diferente al cual actualmente se le otorga. En efecto, se mencionó que sus orígenes provienen del derecho inglés y como consecuencia del patriarcado que se traslucía en una inferioridad de las mujeres y menores, pero que se desprendió de ese origen y se incorporó como cláusula general en el código imperial del Brasil, del cual pasó a España y de allí volvió a América, entendida como obediencia a la autoridad pública.

Así las cosas, el Anteproyecto no ha hecho más que recoger la tesis de Zaffaroni, Alagia y Slokar en cuanto entendieron que este instituto no se trata de un supuesto autónomo de eximición de responsabilidad penal sino que se diluye en otros. Así estos autores han analizado varios supuestos, a saber:

- a. si la orden del superior es legítima, el sujeto obrará en cumplimiento de un deber jurídico;
- b. si la orden del superior resulta ilegítima, puede ser que el subordinado no la reconozca en cuyo caso se encontrará en un error invencible de prohibición;

- c. si la orden es ilegítima y el subordinado la reconoce, puede este hallarse en una situación de estado de necesidad justificante o exculpante, dependiendo de la gravedad del mal amenazado.⁽²²⁾

3 | Presunción de legítima defensa para casos de violencia doméstica

3.1 | Presunciones *juris tantum*

En el Código Penal de la Nación actualmente vigente se han establecido dos presunciones *juris tantum* de legítima defensa en el art. 34, inc. 6 CP, a las cuales ya nos hemos referido.

Se ha afirmado que admiten prueba en contrario en beneficio del agredido, ya que dicha interpretación es la que resulta acorde a los antecedentes legislativos y porque además, en caso de interpretárselas como presunciones *juris et de jure*, ello resultaría incompatible con principios esenciales del estado de derecho tales como la división de poderes, derivada de un sistema republicano de gobierno.⁽²³⁾ En efecto, es función del juzgador determinar si el agente ha obrado bajo una legítima defensa en el caso concreto, por lo que el legislador no puede inmiscuirse en dicha función de juzgamiento considerando que siempre que se presente determinada situación fáctica el sujeto habrá actuado de manera justificada.

Idéntico análisis debe realizarse respecto de la nueva presunción de legítima defensa incluida en el Anteproyecto, de forma tal que no puede ser considerada más que una presunción *juris tantum* que sólo operará en los casos en que efectivamente se verifiquen los requisitos de una legítima defensa.

3.2 | La presunción del art. 5º, inc. d, del Anteproyecto

Como ya se adelantara, una de las innovaciones que introduce el Anteproyecto es la presunción de legítima defensa cuando la conducta de que se trate haya sido llevada a cabo en un contexto de violencia doméstica, y el agredido ya hubiese sido víctima de hechos de violencia.

(22) *Ibid.*, pp. 758/761.

(23) *Ibid.*, pp. 630/631.

Los autores, en la “Exposición de motivos”, han expresado que esta inclusión obedece a una intención de desnaturalizar los hechos de violencia intrafamiliar, en especial los casos en que hay mujeres o niños víctima. Entendieron que si bien su inclusión no sería estrictamente necesaria, pues los jueces deberían valorar las circunstancias apuntadas por la norma independientemente de la existencia de una presunción, lo cierto es que, argumentaron, aun hoy rigen ciertos parámetros culturales típicos de una sociedad patriarcal que responden a criterios de género discriminatorios.

3.3 | Marco legal aplicable

Previo a analizar detenidamente la presunción que nos ocupa, debemos estudiar los conceptos que involucra y la normativa aplicable. Especialmente, en lo atinente a los conceptos de violencia doméstica y de género, que son utilizados a menudo equivocadamente como sinónimos. En torno a la regulación específica de la materia, podemos sostener que se trata de un marco legal compuesto por:

- a. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),⁽²⁴⁾
- b. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”),⁽²⁵⁾

(24) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180 del 18/12/1979, entra en vigor el 03/09/1981. Aprobada en Argentina por ley 23.179, sancionada el 08/05/1985, promulgada el 27/05/1985 y publicada en el BO el 03/06/1985. Incorporada al art. 75, inc. 22 CN por la reforma de 1994. En su art. 1° establece que: “A los efectos de la presente convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

(25) Adoptada por la Organización de Estados Americanos el 09/06/1994. Aprobada en Argentina por ley 24.632, sancionada el 13/03/1996, promulgada el 01/04/1996 y publicada en el BO el 09/04/1996. Aquí se regula el concepto “violencia contra la mujer” en su art. 1°, que dice que “Para los efectos de esta Convención 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”.

- c. la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (ley 26.485),⁽²⁶⁾ y
- d. la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (ley 24.417).⁽²⁷⁾

A los efectos del presente trabajo, nos regiremos por las definiciones dadas en la ley 26.485 (cuyo art. 1° establece que es de orden público, y por tanto, aplicable en todo el territorio argentino) dado que, a nuestro entender, resulta ser la más detallada, la que brinda un mayor estándar de protección, y es la más cercana en el tiempo.

Así, el art. 4° ley 26.485 define que:

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.

Y el art. 6° de la misma ley dice que la violencia doméstica es una modalidad de la violencia contra las mujeres:

... aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres, Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho, y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

De lo expuesto hasta aquí se advierte entonces que **violencia de género** y **violencia doméstica** son conceptos distintos, aunque pueden coexistir.

(26) Sancionada el 11/03/2009, promulgada el 01/04/2009 y publicada en el BO el 14/04/2009.

(27) Sancionada el 07/12/1994, promulgada el 28/12/1994, y publicada en el BO el 03/01/1995.

Así, habrá casos que configuren un supuesto de violencia contra la mujer y de violencia doméstica (por ejemplo, el marido que golpea a su esposa y le genera lesiones graves); casos de violencia de género pero que no sean además una situación de violencia doméstica (piénsese en un gerente de una empresa que insiste a una empleada a que acceda a tener una relación íntima para poder conseguir un ascenso); o hipótesis en las que exista violencia doméstica pero no violencia de género (tal como el caso de una pareja conformada por dos hombres unida civilmente en la que uno de ellos amenaza de muerte al otro).

Si bien podemos acordar que, en un primer momento, cuando pensamos en violencia doméstica lo hacemos respecto de víctimas mujeres y victimarios hombres, unidos sentimentalmente en el presente o con anterioridad, o con algún lazo de parentesco sanguíneo o afín, lo cierto es que un análisis detenido de las leyes y convenciones aplicables debe llevarnos a la conclusión de que, en rigor, es un concepto que abarca más situaciones que la relatada.

En efecto, esta postura encuentra fundamento en la propia normativa de la materia. El citado art. 6° de la ley 26.485 hace mención a las diversas modalidades en que puede manifestarse la violencia contra las mujeres. Así, cuando habla de violencia doméstica, institucional, laboral y mediática, hace expresa referencia a que se trata de modalidades contra las mujeres, mientras que al referirse a la violencia contra la libertad reproductiva y a la obstétrica, no hace ninguna otra aclaración. De ello, no puede más que colegirse que las víctimas de violencia doméstica, institucional, laboral y mediática pueden ser tanto mujeres como hombres —de ahí la necesidad de la ley de apuntar que se refiere a la que sea ejercida contra aquellas—, mientras que los restantes supuestos sólo pueden dirigirse contra mujeres.

Apoyan también esta tesis los motivos dados por la Comisión redactora, que sostuvo que el objeto de la presunción incorporada era el de lograr que dejaran de percibirse como normales las situaciones de violencia intrafamiliar, **especialmente los casos en que hay mujeres o niños víctimas**. Ello, por cuanto se indicó como posibles víctimas de ese tipo de violencia a los niños; y porque al hacer hincapié en que el objeto de la norma está dirigido especialmente a las mujeres y niños víctimas, necesariamente implica que haya otros supuestos en que los afectados sean hombres y, sin embargo, estemos en presencia de violencia doméstica.

Para concluir, sintéticamente podemos sostener que el concepto de violencia doméstica permite hablar tanto de víctimas mujeres como hombres o niños; mientras que el de violencia de género únicamente importará la existencia de una víctima mujer. Sin perjuicio de ello, habrá casos en que dichos conceptos confluyan, tornando aplicable toda la normativa específica de la materia.

3.4 | El texto de la presunción de legítima defensa en casos de violencia intrafamiliar

Adentrándonos en el análisis de la presunción en cuestión, vemos que para que proceda deben darse dos requisitos: por un lado, que la conducta que se pretende defensiva haya sido llevada a cabo dentro de un contexto de violencia doméstica y, por el otro, que el agredido —es decir, quien pretende hacer valer la presunción a su favor— haya sufrido anteriores hechos de violencia.

Ahora bien, nada se dice acerca de qué se entiende por **contexto de violencia doméstica** en el articulado del Anteproyecto —ni siquiera en el art. 63, destinado a la definición de ciertos conceptos—, así como tampoco se hace alusión a ello en la “Exposición de motivos”. Por lo tanto, será menester que los operadores del sistema recurran al marco legal aplicable para poder establecer si el caso que tienen frente a sí encuadra o no en la presunción que se analiza. Al respecto, valgan las consideraciones efectuadas en el acápite precedente acerca del alcance que entendemos tiene ese concepto.

Es, en nuestra opinión, el segundo de los requisitos el que presentará mayores problemas de interpretación y, por ende, de aplicación. ¿Qué implica que el agredido “haya sufrido anteriores hechos de violencia”? ¿Cuántos hechos serán necesarios: uno, dos, veinte? ¿Qué tipo de violencia debe haber sufrido? Trataremos de aportar algunas ideas al respecto.

3.4.1. ¿Qué implica que el agredido “haya sufrido anteriores hechos de violencia”?

La duda se genera en torno a la forma en la que debería estar comprobado el contexto de violencia en que debe haber sido cometido el hecho que se pretende defensivo. Específicamente, acerca de si es menester que

hayan existido denuncias anteriores. A nuestro entender, ello no sería necesario. La norma del Anteproyecto nada dice al respecto, y sostener lo contrario implicaría una interpretación restrictiva de la cláusula permisiva y por ende violatoria de los principios de legalidad y *pro homine*. Por lo tanto, bastará con que en el caso concreto se acredite la violencia preexistente a través de cualquiera de los medios de prueba receptados por los códigos de forma. Así, serán útiles: declaraciones testimoniales, grabaciones de cámaras de seguridad que hayan podido captar alguna situación concreta, exámenes médicos, informes psicológicos, informes de evaluación de riesgo elaborados por personal de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, en caso de que hubiesen existido denuncias anteriores, entre otros.

3.4.2. ¿Cuántos hechos serán necesarios: uno, dos, veinte?

El inc. d del art. 5° del Anteproyecto usa la alocución “anteriores hechos de violencia”. La utilización del plural por parte de la Comisión redactora parece indicar que, al menos, deben haber existido dos hechos violentos.

Sin embargo, más allá de la cantidad concreta de hechos violentos anteriores, consideramos que lo que se intentó es que la presunción sea de aplicación en casos en los que quien pretende valerse de aquella haya estado sometido a un contexto de violencia. Es decir, de forma tal que la víctima haya estado atrapada en el círculo de violencia y presente un cierto grado de vulnerabilidad. Lo importante, entonces, más que un número determinado de hechos agresivos anteriores, será determinar la existencia de un contexto violento, una de cuyas características suele ser una víctima muy vulnerable que se encuentra arrasada en su personalidad, sin recursos psicológicos que le permitan alejarse de esa situación dañina.

3.4.3. ¿Qué tipo de violencia debe haber sufrido?

Nótese que el artículo que se analiza no hace referencia a qué tipo de violencia debe ser la vivida anteriormente. Al respecto, entendemos que no puede ser otra más que violencia doméstica. Una interpretación armónica de la norma así lo indica.

En conclusión, la presunción objeto de análisis debería ser aplicada siempre que se haya podido establecer en el caso concreto que el sujeto que

pretende hacerla valer estuvo sometido a una situación de violencia doméstica de cierta data —debe haber sucedido más de un hecho que encuadre en ese concepto—, y que su acción haya estado dirigida contra una persona con quien haya estado sentimentalmente unida en algún momento o al momento del hecho, o que se trate de sujetos unidos por relaciones de parentesco ya sea sanguíneo o afin.

Sentado ello, nos resta definir si, además de tratarse de violencia doméstica, esta debe haber sido de alguna clase en particular: es decir, si debe haber mediado únicamente violencia física. Toda vez que el texto del Anteproyecto nada especifica al respecto, entendemos que debe considerarse incluida toda especie de violencia: ya sea física, sexual, psicológica, verbal, económica, y toda otra que sea llevada a cabo dentro de un contexto de violencia doméstica. Así, en la Convención de “Belém do Pará”, se hace mención a la violencia física, sexual y psicológica (art. 2º), en la ley 26.485 se amplía ese catálogo y menciona, además, la violencia económica y patrimonial, y la simbólica. Por lo tanto, será aplicable la presunción siempre que exista alguna clase de violencia —física, sexual, psicológica, económica, simbólica— que haya sido llevada a cabo dentro de un contexto doméstico o intrafamiliar.

3.5 | La aplicación de la presunción de parte de los operadores

No debe perderse de vista que, si bien se trata de una presunción, no obsta a que los jueces deban analizar en el caso concreto los requisitos previstos para la legítima defensa. Así, entendemos que tanto la actualidad o inminencia de la agresión, como la proporcionalidad de la acción que se pretende defensiva, son los que deberían recibir mayor atención. El primero de ellos lo trataremos en el acápite siguiente. Veamos, entonces, qué sucede en estos supuestos con la “racionalidad”.

Pensamos que la presunción no podría prosperar si existiera una grosera desproporción entre la violencia sufrida y la desplegada. Para su aplicación, la segunda deberá ser una acción necesaria y racional. Por ejemplo: si un marido todas las mañanas durante un mes en el desayuno le gritaba a su esposa porque le preparaba mal el café —treinta hechos de violencia verbal—, y la esposa una noche lo apuñaló mientras dormía, no podría considerarse un supuesto de legítima defensa.

El contexto de violencia doméstica impone que los operadores tengan en cuenta las características especiales que presentan las víctimas que la sufren, pero no elimina los requisitos esenciales de la causa de justificación que se estudia. Así, en casos como el dado, deberá tenerse presente que, a menudo, quienes son sujetos pasivos de este tipo de violencia no cuentan con herramientas psicológicas para alejarse de la situación, o enfrentarse al agresor. Por lo tanto, la presunción obligará a los jueces a justificar por qué no la aplican, con razones concretas, sin que puedan utilizar frases generales tales como “la víctima pudo haberse ido de su casa”, o “el divorcio aparecía como la solución a la situación”.

Sin embargo, ello no impone que toda acción llevada a cabo en un contexto de violencia intrafamiliar necesariamente será defensiva.

Consideramos que no se puede hacer generalizaciones, sino que el análisis deberá hacerse en el caso concreto, teniendo en cuenta las especiales particularidades del supuesto y de la víctima. Así, no será lo mismo la mujer que lleve veinte años soportando ese tipo de agresiones verbales y que dependa económicamente del agresor, que aquella que solo convive hace un año, tiene sus propios ingresos y cuenta con una red de contención a la que acudir (amigos, familia). En este segundo caso, la irracionalidad de la acción aparece más clara (y por ende, la exclusión de la presunción), que en el primero en el que, cuanto menos, debería surgir en los operadores una duda acerca de la viabilidad de la presunción.

3.6 | El tema estudiado y su aplicación en la jurisprudencia

Es interesante analizar cómo se vienen resolviendo actualmente en la jurisprudencia, los casos que, según la regulación del Anteproyecto, encuadrarían directamente en la presunción de legítima defensa que venimos estudiando. Ello, con el objeto de dilucidar si se trata de una herramienta necesaria.

Como punto de partida, debemos mencionar el fallo “Leiva” de la CSJN.⁽²⁸⁾ Allí, el Máximo Tribunal tomó los fundamentos del Procurador Fiscal y dejó sin efecto la sentencia de la Corte de Justicia de Catamarca, que no hizo

.....

(28) CSJN, “Leiva, María Cecilia”, 01/11/2011, Fallos: 334:1204.

lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación, que había condenado a Leiva a la pena de doce años de prisión por considerarla autora de homicidio simple.⁽²⁹⁾

La postura de la defensa fue sostener que la acción de su pupila encuadraba en un supuesto de legítima defensa. En la interposición del remedio federal aseguró que tanto el tribunal de juicio como la Corte de Justicia de Catamarca descartaron esa postura, pero sin fundamentos, y a partir de un análisis arbitrario de la prueba existente.

El Procurador Fiscal dictaminó coincidiendo con esos argumentos. Hizo un análisis exhaustivo de los elementos probatorios y criticó pormenorizadamente la forma en que habían sido malinterpretados, o hasta incluso omitida su valoración por parte de los tribunales que habían intervenido.

Cierto es que no se advierte en la opinión del Procurador Fiscal una alusión directa sobre la existencia o no de una situación de violencia de género ni doméstica y, por ende, tampoco contiene ninguna mención a la normativa específica de esa materia. Sin embargo, entendemos que en un pasaje de su dictamen insinuó la posibilidad de la existencia de esa problemática. Así, destacó la importancia de determinar en el caso si Leiva "... padecía el síndrome de la mujer golpeada o abusada por su pareja..."⁽³⁰⁾ a los fines de poder establecer su responsabilidad penal.

Como ya dijéramos, la CSJN se remitió en un todo a los argumentos vertidos por el representante del Ministerio Público Fiscal.⁽³¹⁾ No obstante, las juezas Highton de Nolasco y Argibay emitieron cada una su propio voto.

En efecto, las juezas se remitieron a los argumentos del Procurador Fiscal, pero destacaron —y entendemos que fue un acierto de su parte— que el argumento que utilizara la Corte de Justicia de Catamarca en torno a que Leiva se había sometido libremente a la agresión ilegítima llevada a cabo por su

(29) El hecho por el cual había sido condenada fue el homicidio de quien era su pareja y padre de sus hijos, y la persona con quien Leiva convivía en ese entonces. La muerte fue causada con un destornillador que la nombrada hundió en la zona del tórax de aquel.

(30) Del dictamen del Procurador Fiscal, punto IV.c, párr. 2.

(31) CSJN, "Leiva...", fallo cit., voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

pareja —lo que hacía desaparecer, a criterio de ese tribunal provincial, la posibilidad de alegar legítima defensa—, chocaba de frente con las obligaciones internacionales que asumió el Estado argentino y con la legislación local que rige la materia (CEDAW, “Convención de Belém do Pará”, ley 26.485).

El acierto reside en haber expresado claramente, a través de la normativa específica citada, que se trataba de un caso de violencia de género bajo la modalidad de violencia doméstica, y que, por lo tanto, debía reenviarse el caso para que se dictara una nueva sentencia acorde a los lineamientos emanados de esa legislación. Así fue entonces que, con fecha 31 de mayo de 2012, la Corte de Justicia de Catamarca dictó un nuevo fallo, en el que absolvió a María Cecilia Leiva por considerar que había sido cometido en legítima defensa (art. 34, inc. 6 CP).⁽³²⁾

En lo que aquí interesa, la doctrina del fallo fue considerar que Leiva estaba inmersa en una situación de violencia de género y doméstica, y que poseía las características psicológicas típicas de quienes están atrapados por el círculo de violencia. Toda esa situación hacía que viviera constantemente bajo la amenaza de una agresión ilegítima inminente. La propia situación de violencia generaba la inminencia de la agresión:

... cabe destacar que **en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder**, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo —reparese aquí lo manifestado por Leiva en debate, al expresar que sólo lo denunció una vez, porque estaba amenazada por Suárez—, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o por vergüenza.⁽³³⁾

(32) El fallo fue dictado por mayoría. El juez Bustamante entendió que la conducta de Leiva no podía considerarse defensiva toda vez que no había mediado agresión ilegítima actual o inminente. En su opinión, Leiva actuó bajo una fuerte crisis emocional que tornaba aplicable al caso las previsiones del art. 81, inc. 1.a, CP.

(33) CJ CATAMARCA, “Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Pedro Eugenio Despouy Santoro en causa expediente n° 010/06 - Leiva, María Cecilia p.s.a. Homicidio simple-Capital”, 31/05/2012, voto del juez Cippitelli (el destacado nos pertenece).

La misma doctrina ya había sido sentada en el mes de febrero de ese año por el Superior Tribunal de Justicia de San Luis en el fallo “Gómez, María Laura”, donde se sostuvo que a partir del plexo legal específico de violencia contra la mujer:

... se advierte que en el presente caso la imputada ha sido víctima de violencia de género por parte del Sr. Appap, que justifica su reacción frente a la agresión ilegítima proferida por quien luego resultara víctima del hecho, dándose la causal de justificación de legítima defensa. Es que esa agresión, debe ser analizada en el contexto de violencia de género dado en el ámbito doméstico, en el cual se observan las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las características propias del ciclo de violencia en la que se encontraba inmersa “Lala” hacía tiempo...⁽³⁴⁾

A partir de ello, los jueces —en un párrafo casi idéntico al extractado anteriormente del fallo “Leiva”—, consideraron que ese contexto de violencia y, particularmente, los marcados celos que sentía la víctima, y que desencadenaban los episodios violentos contra Gómez, constituían una agresión ilegítima inminente, por lo que la nombrada fue absuelta por encuadrar su conducta en el supuesto de legítima defensa.

Por último, y en el mismo orden de ideas, contamos con un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán que revocó la condena a doce años de prisión por homicidio agravado atenuado por circunstancias extraordinarias (art. 80, inc. 1, y último párrafo, CP) de la Sala I de la Cámara en lo Penal del Centro Judicial Concepción; y dictó la absolución por considerar que se trató de un caso de legítima defensa,⁽³⁵⁾

(34) STJ SAN LUIS, “Gómez, María Laura s/ homicidio simple - Recurso de Casación”, 28/02/2012, voto de la jueza Novillo. En el caso, se había condenado a la imputada a la pena de nueve años de prisión por considerarla autora responsable del delito de homicidio simple. La víctima había sido su pareja, quien previo al hecho que le dio muerte la había golpeado reiteradamente. Durante la golpiza, Gómez llegó hasta la mesada de la cocina donde vio un cuchillo, lo tomó y luego de amargarle con este para que su pareja no se acercara y la dejara ir, lo hirió. A raíz de esa herida, estuvo internado dieciocho días, período durante el cual se le efectuaron diversas operaciones que no resultaron exitosas, por lo que finalmente falleció.

(35) CJ TUCUMÁN, “Seco, Teresa Malvina s/ homicidio agravado por el vínculo”, sentencia 329/2014, 28/04/2014. La acusada y su marido habían mantenido una discusión por lo que aquella le solicitó que no regresara al domicilio que compartían, y cerró la puerta por dentro. La víctima se hizo presente en el lugar a las horas, y forzando la puerta de entrada ingresó al

citando en sus fundamentos del antecedente “Gómez” del Superior Tribunal de Justicia de San Luis.

Asimismo, la Corte tucumana recordó que Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que debe considerarse inminente la agresión que posee continuidad, pues se reitera frecuentemente, por lo que se concluyó en el precedente que: “En consecuencia, la violencia doméstica como fenómeno que se arraiga con carácter cíclico en la vida cotidiana familiar debe ser considerado como un ‘mal inminente’ que —a priori— habilita la materialización de una conducta defensiva”.⁽³⁶⁾

En definitiva, de lo que se trata es de dilucidar si el concepto de **actualidad** o **inminencia** de la **agresión ilegítima**, como requisito de la legítima defensa (propia o de terceros) posee alguna nota especial en aquellos hechos sucedidos dentro de un contexto de violencia doméstica.

Así, compartimos el criterio doctrinario de la jurisprudencia reseñada en cuanto a que en este tipo de casos siempre existe una agresión ilegítima inminente. Las víctimas que se encuentran atrapadas en un contexto de estas características, en el que existe siempre una relación desigual de poder entre ellas y el victimario, están constantemente a merced de la voluntad agresiva de este último.

4 | Conclusión

En nuestra opinión, el art. 5° del Anteproyecto recepta de un modo ordenado y más claro un gran número de conceptos que en la actualidad presentan alguna dificultad. Esta sistematización representa una mejora en sí misma más allá del alcance que se le haya dado a cada una de las eximentes. Al respecto, hemos ido plasmando nuestra opinión a lo largo del presente trabajo.

.....

inmueble. En esa oportunidad se desató una situación violenta en la que comenzó a pegarle a su esposa. Ante ese panorama, el hijo mayor de aquella intentó separarlos, pero no pudo, y luego tomó un cuchillo que su madre, al advertirlo, le quitó. Así, como la víctima continuaba golpeándolos (ahora a ambos) la acusada lo hirió con ese elemento, lo que provocó la muerte de quien era su esposo.

(36) CJ TUCUMÁN, “Seco, Teresa ...”, fallo cit., voto del juez Gandur.

Con relación a la incorporación de la presunción que se analizó en profundidad, entendemos que constituye un avance por tratar de cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado argentino en los casos de violencia doméstica y de género.

Si bien resulta una presunción *juris tantum* y como tal no excluye la verificación de todos los requisitos de la legítima defensa para aplicar dicha causal de justificación en el caso concreto, deja expresamente planteada una situación que los magistrados deberán valorar especialmente y en mayor detalle: la violencia doméstica.

Es que es una realidad que nos aqueja como sociedad y que debe ser valorada en profundidad. Como hemos visto en los fallos mencionados, en la actualidad se resta importancia a dichas situaciones de violencia para valorar la criminalidad o no de una conducta como la gravedad del injusto, si aquel injusto se hubiera verificado. Por ello resulta interesante que se haya incluido esta presunción dentro del Anteproyecto, obligando a los magistrados a analizar la posible aplicación de la causa de justificación en contextos de violencia doméstica, circunstancia que muchas veces se ha descartado sin siquiera hacer una mínima valoración.

En ese sentido, cabe reconocer que en muchos casos pareciera que las acciones defensoras en los contextos de violencia doméstica no reúnen los requisitos de la causa de justificación aquí analizada. Ello se debe a que pareciera que el peligro o la lesión no son tan claramente inminentes o actuales, o a que pareciera que la víctima tiene otras posibilidades para evitar esa agresión ilegítima, tales como, por ejemplo, abandonar el hogar.

Sin embargo, muchas veces se llega a esa conclusión por realizarse un análisis limitado de la situación en concreto y sin tener en cuenta el contexto general de violencia doméstica. Es que una víctima de aquellos hechos muchas veces no dispone de los medios materiales o psicológicos para abandonar el hogar en el que sufre violencia o alejarse de la relación violenta, y entonces, en ese caso concreto, no dispondría de otro medio idóneo y menos lesivo para repeler la agresión ilegítima de la que es víctima.

Por otra parte, puede suceder que, en el caso concreto, la amenaza de lesión a la persona que se defiende no sea de tal gravedad como para justificar la respuesta. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el contexto

de violencia en el que se encuentra inmersa aquella, el peligro de agresión es constante, de forma tal que puede considerarse inminente también casi en todo momento. En ese sentido, cabe valorar que no es correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre agresión y defensa, pues la agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización solo de la voluntad del agresor.⁽³⁷⁾

Así las cosas, la inclusión legislativa de la presunción aquí analizada obligará a los jueces a valorar en forma minuciosa todas estas circunstancias para descartar o no su aplicación, lo cual consideramos la principal utilidad de la incorporación de aquella norma en el Anteproyecto.

(37) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 624.

VII Encuentro Intercátedras

Reseña

El viernes 31 de octubre de 2014, con la presencia del titular de cátedra, profesor Javier De Luca, tuvo lugar, en Buenos Aires, el VII Seminario Intercátedras de Derecho Penal de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Rosario.

Al encuentro asistieron más de 200 personas, entre docentes de ambas universidades (titulares de cátedra, adjuntos, jefes de trabajo prácticos, ayudantes de primera y de segunda, adscriptos y ayudantes alumnos), además de alumnos de posgrado y de grado.

El tema, "Reemplazos a la imposición y ejecución de la pena en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2014", fue trabajado por quienes representaron a las distintas cátedras con la finalidad de continuar con la discusión del texto redactado por la Comisión creada mediante decreto PEN 678/2012 y presidida por el destacado penalista Dr. E. Raúl Zaffaroni.

En primer lugar, expusieron las docentes Nadia Espina y Guadalupe Piaggio (UBA), quienes reflexionaron sobre el reemplazo de la pena de prisión por las alternativas previstas en el Anteproyecto de Código Penal

de la Nación. Para ello, efectuaron un análisis de las medidas alternativas actualmente existentes en nuestra legislación y en otros países, para finalizar con las previstas en el articulado del Anteproyecto.

En ese sentido, sostuvieron que el sistema proyectado pone de manifiesto que la pena de prisión no cumple los efectos resocializadores que propugna tener y, señalaron que el mismo resulta superador, ya que brinda un abanico de respuestas estatales que ofrecen además de una reparación a la víctima, y una ayuda o contención social al condenado, encauzando el poder punitivo del Estado por canales de respuesta más racionales.

A su turno, los docentes Gabriela Conde, Matías Nicolás Yohai y Miguel Mones Ruiz (UBA) analizaron en su exposición los criterios de determinación de la pena a la luz del Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

Y finalmente, la docente Lucía Montenegro (UBA) expuso sobre la derogación de la reincidencia en el Anteproyecto. Sostuvo que la eliminación en el texto no resulta total sino parcial, ya que se conservan sus efectos al momento de aplicar el sistema de medidas alternativas al establecer un plazo diferenciado para acceder al régimen de reemplazos de la pena privativa de la libertad cuando se tratare de condenados por delitos de mediana gravedad y el agente registrare antecedentes condenatorios en los últimos cinco años. Al respecto, cuestionó el fundamento sostenido por la Comisión.

Por la noche, como es habitual, tuvo lugar el encuentro de camaradería.

Javier Augusto De Luca

Reflexiones acerca del reemplazo de la pena de prisión por las alternativas

por **NADIA ESPINA**⁽¹⁾ y **GUADALUPE PIAGGIO**⁽²⁾

I | Introducción

Intentaremos, en esta oportunidad, formular algunas reflexiones sobre la ejecución penal y el posible impacto que las denominadas penas alternativas a la prisión producirán en el sistema penal de entrar en vigencia el Anteproyecto de Código Penal de la Nación redactado por la Comisión creada para la Elaboración de la Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación mediante decreto PEN 678/2012.⁽³⁾

En ese sentido, se efectuará una breve reseña de la legislación vigente en la materia como así también un análisis de algunos ordenamientos jurídicos

(1) Abogada (UNR). Asesora de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Adscripta a la cátedra del Dr. Daniel Erbetta (UN Rosario).

(2) Abogada (UBA). Empleada en el Ministerio Público de la Defensa. Ayudante de segunda en la cátedra del Dr. Javier. A De Luca (UBA).

(3) BO 07/05/2012.

extranjeros. Finalmente, se detallarán las medidas alternativas formuladas y se problematizará sobre su aplicación.

2 | Principios delimitadores del derecho penal

La propuesta de reforma integral al Código Penal presentada a la Presidente de la Nación a comienzos del 2014⁽⁴⁾ ofrece un marco propicio para generar un profundo debate acerca de la función del derecho penal, el sentido y justificación de la pena, los mecanismos de castigo existentes en nuestro país, la determinación de la sanción y la problemática de la realidad del encierro. Una reforma como la que se pretende no podría ignorar la necesidad de avanzar en la inclusión de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad, dirigidas a armonizar los objetivos sancionadores de la pena con los fines resocializadores de la misma.

A pesar de las bondades que ofrece nuestro marco normativo constitucional —el que incluye no solo a la Constitución Nacional sino también a los tratados internacionales a partir de la última reforma—, "... es justamente en el terreno de la ejecución penal donde se potencia superlativamente el divorcio entre norma y realidad; por ello, una cosa es el reconocimiento formal de los derechos y otra diversa la verificación efectiva de los mismos en el interior de la cárcel..."⁽⁵⁾ Es que la situación de encierro no solo provoca efectos deteriorantes respecto de quien la sufre sino que, además, en nuestro país, a ello hay que sumarle las pésimas condiciones edilicias en las que se encuentran los establecimientos penitenciarios, el fenómeno de la superpoblación carcelaria, y las prácticas sistemáticas de tortura que sufren las personas privadas de su libertad.

.....

(4) La presentación fue efectuada en Casa Rosada el 13/02/2014. Luego, el 21/04/2014, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Julio Alak, mediante resolución 567/2014, dispuso, por el plazo de tres meses, un mecanismo de consulta y participación. Se convocó a universidades públicas y privadas de todo el país y a asociaciones de profesionales con la finalidad de que realicen observaciones al texto del Anteproyecto de Código Penal de la Nación. El plazo inicial se prorrogó por un mes más. El proceso de consulta finalizó a fines de agosto de 2014.

(5) En relación a la situación del encierro en nuestra región, nos remitimos al discurso del ERBETTA, DANIEL, "Ejecución penal y derechos de las personas privadas de la libertad", en *Disertaciones y ponencias del IX Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal* editado por dicha Asociación, Corrientes, 2009, p. 186.

En este sentido, creemos acertada la incorporación en el texto del Anteproyecto de Código Penal de diversos principios limitadores del derecho penal⁽⁶⁾ que operarán como contención a los excesos del poder punitivo. En especial queremos hacer mención de aquellos que inciden en la materia que hoy nos convoca: los principios de culpabilidad y de humanidad, personalidad y proporcionalidad de la pena.

El inc. 2.b del art. 1° del Anteproyecto establece que no habrá pena sin culpabilidad ni que exceda sus medidas. Así, para la determinación de la pena, no se tendrá en cuenta el reproche de la personalidad, juicios de peligrosidad ni otras circunstancias incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona, sino que solamente se establece la responsabilidad por el hecho propio. Su incorporación busca eliminar los vestigios del denominado derecho penal de autor puesto que "... se deja claro que no será posible juzgar reemplazando a la culpabilidad por la peligrosidad (...) El único peligro a tener en cuenta siempre lo es la conducta realizada, que se concreta en la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico, según la jerarquía de éste y la magnitud de la afectación efectiva producida por el hecho...".⁽⁷⁾

El principio de culpabilidad obliga al juez a no tener en cuenta criterios de peligrosidad pero admite la valoración favorable de circunstancias personales vinculadas con la vulnerabilidad al momento de fijar el *quantum* de la pena e imponer la condena. Eso no excluye tampoco la posibilidad de flexibilizar el encierro durante la ejecución en virtud de parámetros humanitarios como el derecho a la reinserción del detenido.

El principio de proporcionalidad, por su parte, exige que la pena guarde relación con la lesión y la culpabilidad por el hecho. Cuando la pena excede la cuota de dolor o privación de derechos que cualquier pena importa en sí misma, dicha sanción pasa a tener un efecto negativo sobre la población, la cual comienza a considerar que el aparato de justicia es cruel e irracional. La pena pierde su carácter ejemplificador si no se respeta con gran cuidado que la sanción sea proporcional a la lesión y a la culpabilidad del sujeto en el caso concreto.

(6) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

(7) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, "Exposición de motivos", [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 58.

Luego también tenemos el principio de humanidad de las penas, el que —sintéticamente— proscribire la imposición de penas crueles o degradantes en respeto a la dignidad humana.

Finalmente, el principio de personalidad —conocido como de intrascendencia mínima de la pena— intenta contener que los efectos de la pena no se trasladen en gran medida a terceros inocentes. Este principio cobra especial fuerza en la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión por cuanto si bien cualquier pena va a trascender de alguna forma respecto de la persona imputada a sus allegados, la obligación del Estado es tratar que dicha trascendencia sea minimizada en la mayor medida posible, siendo menor el impacto en el grupo social y en la vida laboral si se logra evitar la imposición de penas de prisión.

Por todo ello, la expresa incorporación en el art. 1° del Anteproyecto de todos estos principios —inclusión que podría parecer incluso superflua dado el carácter suprallegal de estos principios que ya se encuentran consagrados en la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos incorporados a ella— es sin embargo un avance a fin de orientar a todos los operadores del sistema penal en el sentido que impone nuestra Ley Suprema. En palabras de Zaffaroni, el Anteproyecto intenta constitucionalizar en serio el derecho penal⁽⁸⁾ y es en dicho marco que se deben analizar las medidas alternativas a la prisión.

3 | Medidas alternativas a la pena de prisión

El art. 17 Anteproyecto dispone que las penas a imponer pueden consistir en prisión, multa e inhabilitación, y en su caso, las alternativas.⁽⁹⁾ Se advierte una similar redacción al actual art. 5° CP⁽¹⁰⁾ —habiéndose quitado la pena

.....

(8) ZAFFARONI, E. RAÚL, XIV Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Corrientes, octubre de 2014.

(9) Con disidencia del Dr. Federico Pinedo, quien propone además el cumplimiento de instrucciones judiciales accesorias para delitos de máxima gravedad. Ver COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, "Fundamentos de las disidencias", [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, pp. 315/316.

(10) El art. 5° del proyecto 2006 disponía que las penas principales iban a ser la de prisión, multa e inhabilitación.

de reclusión—⁽¹¹⁾ y, como novedad, se incluyen aquí las denominadas penas alternativas.

El fundamento de la inclusión de medidas alternativas a las penas de prisión reside en que no siempre el encarcelamiento resulta la decisión más adecuada, no solo en relación al grado de reprochabilidad del condenado, sino incluso frente a la escasa entidad del hecho cometido.

En su concepción, estas medidas alternativas vienen a paliar la superpoblación carcelaria y a evitar los efectos negativos del encierro.⁽¹²⁾ Además, en las penas de corta duración, al ser sustituidas por una medida alternativa, la finalidad a la que se apunta es a acercarse a una pena que reintegre al individuo con un efecto resocializador más tangible y real, por cuanto ningún tratamiento penitenciario serio puede lograrse mediante la imposición de una pena que sea de unos escasos meses de prisión. Deben destacarse también como ventajas de las medidas alternativas a la prisión la revalorización de la autonomía de la persona y la priorización de los intereses de la víctima.

Asimismo, los defensores de las penas sustitutivas de la prisión propugnan que con estas se reducen los costos de mantenimiento de las personas privadas de la libertad, a lo que sin embargo otros contestan que la aplicación de estas medidas requiere de un aparato organizativo de tal envergadura que también generan un elevado costo presupuestario.

Sin embargo, la discusión sobre las medidas alternativas a la prisión no es novedosa,⁽¹³⁾ ni ha escapado a la preocupación global. En dicha senda, las

(11) La CSJN expuso que "... la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión...". CSJN, "Méndez, Nancy Noemí s/homicidio agravado", 22/02/2005 (Fallos: 328:137). En la "Exposición de motivos" del Anteproyecto se establece que, en nuestro ordenamiento, la pena de reclusión y la de prisión no tienen ninguna diferenciación, en concordancia con la doctrina sentada por el Máximo Tribunal.

(12) Aunque en la "Exposición de motivos" del Anteproyecto claramente se establece, en el análisis del art. 22 —donde se detallan las penas alternativas a la prisión— que a nivel internacional la introducción de estas medidas no trajo aparejada una menor prisionización, sino que produjo una expansión de la red punitiva.

(13) Ya incluso a finales del siglo XVIII, autores de distintas corrientes de pensamiento (Jeremy Bentham y Franz Von Liszt, entre otros) comenzaban a discutir en Europa continental los graves daños que provocaban las penas de corta duración. El auge de la defensa de las medidas alternativas a la prisión se desarrolló entre los años 60 y 80, encontrándose en la

medidas alternativas a la prisión han sido validadas por la comunidad internacional. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990, son un claro ejemplo de su promoción.⁽¹⁴⁾

Recordemos que cuando hablamos de medidas alternativas a la pena de prisión, generalmente, nos relacionamos con un modelo de justicia restaurativa en el que el delito no es mirado como una infracción a una norma sino como un conflicto intersubjetivo. Así se logra superar la concepción binaria de la respuesta punitiva: penas y medidas de seguridad. Esta tercera vía —que algunos identificaron con la reparación del daño—⁽¹⁵⁾ genera una respuesta resocializadora y a su vez más ecuánime, pues obliga al autor a enfrentarse a las consecuencias del hecho y a tener en consideración los intereses de la víctima.

Por ello, lo que se intentará luego de esta breve discusión es brindar las razones por las cuales sostenemos que la inserción de medidas alternativas a la prisión en el Anteproyecto no solo es adecuada, sino que también nos posiciona de una mejor forma hacia una política criminal más racional y respetuosa de todos los intervinientes. Sin embargo, se resaltaré que su aplicación y debido contralor no es un asunto sencillo de implementar.

3.1 | Legislación nacional actual

En la legislación actual nos encontramos con que las medidas alternativas se encuentran reguladas principalmente en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (Ley 24.660). Allí se encuentra reglada la

.....
actualidad en decadencia. Para una reseña histórica más detallada, ver CARLÉS ROBERTO M., “Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal” en *Revista Derecho Penal*, año I, n° I, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

(14) Ver arts. 1.1 y 1.5 Reglas de Tokio.

(15) Ver, en este sentido, ROXIN, CLAUDIA *Derecho Penal. Parte General*, t. I, (D. M. Luzón Peña; M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, pp. 108/110. En Argentina, quien se interesó por esta cuestión es MAIER, JULIO B. J., “El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino”, en AA.VV., *El Derecho penal hoy*, Bs. As., Editores del Puerto, 1995.

semilibertad,⁽¹⁶⁾ la prisión discontinua⁽¹⁷⁾ (arts. 36 a 38) y la semidetención⁽¹⁸⁾ (arts. 39 y 40), que a su vez tiene dos modalidades: la prisión diurna (art. 41) y la prisión nocturna (arts. 42 a 44).⁽¹⁹⁾

Finalmente, también existe, en el marco de la ley 24.660, la posibilidad de sustituir total o parcialmente la pena de prisión por el cumplimiento de trabajos comunitarios cuando la pena privativa de la libertad al momento de la sentencia definitiva no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento. Luego, la ley trata diversos institutos que permiten el cumplimiento de pena de prisión en el medio libre —libertad condicional, libertad asistida y arresto domiciliario—, y finalmente se estipula la posibilidad de otorgamiento de salidas transitorias de 12 hasta 72 horas cumplida la mitad de la pena impuesta.

Asimismo, ya en el Código Penal, como opciones para evitar la prisión, tenemos la condena condicional (arts. 26, 27 y 27 bis CP)⁽²⁰⁾ y la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis CP), instituto incorporado mediante la ley 24.316 en 1994.

(16) Conforme al art. 23 ley 24.660, el régimen de semilibertad permite al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, regresando a la cárcel al finalizar la jornada laboral.

(17) De acuerdo al art. 36 ley 24.660, la prisión discontinua se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores a treinta y seis horas, procurando que ese periodo coincida con los días no laborables de aquel.

(18) La semidetención constituye la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en la autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento de sus obligaciones familiares, laborales o educativas.

(19) Los requisitos necesarios para que al condenado se le conceda la prisión discontinua o la semidetención se encuentran previstos en el art. 35 ley 24.660, según ley 26.472.

(20) En relación a la condena condicional, cabe destacar que ya en el proyecto de Código Penal de 1906 se presentaba a este instituto como la mayor novedad, aduciéndose su implementación con éxito en Francia y en Bélgica. En la exposición de motivos de dicho Proyecto se asentaba que "... La Comisión considera que es ésta una nueva conquista del Derecho penal moderno, y que habría sido imperdonable de su parte no incorporarla a su Proyecto, convencida, como está, de que ella realiza una obra de altísima justicia y aparta de la carrera del crimen a muchísimos delincuentes ocasionales...". A nivel jurisprudencial, la CSJN ha dicho "... 7º) Que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional. 8º) Que esta Corte ha sostenido en

3.2 | Derecho comparado

En el derecho comparado, la introducción de medidas alternativas a la prisión es utilizada con frecuencia.

En efecto, en la exposición de motivos de reforma al Código Penal español en 1995 —que luego fue sancionado— se daba cuenta de que se proponía una reforma total del sistema de penas, ampliando los casos en los cuales la pena de prisión iba a poder ser sustituida por otras, proponiendo el sistema de días/multa para los delitos con penas pecuniarias, y añadiendo el cumplimiento de trabajos a favor de la comunidad.

El Código Penal español presenta, entonces, un enorme catálogo de penas —las cuales pueden aplicarse tanto como penas principales o accesorias— divididas en penas graves, menos graves y leves.⁽²¹⁾ En las penas graves se advierte, además de la pena de prisión de más de cinco años de duración, o la inhabilitación absoluta, el cumplimiento de medidas alternativas a la prisión, pero lo que determina su gravedad es que se exige su cumplimiento por plazos que van de cinco a ocho años.

En las penas leves no figura la imposición de la pena de prisión e incluso algunas medidas alternativas tienen un plazo de duración extremadamente corto (de uno a treinta días de cumplimiento de trabajos a favor de la comunidad). Por otra parte, se mantiene la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 80 CP español y ss.).

Finalmente, se advierte en el Código Penal español que la sustitución de la pena de prisión por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad sólo puede hacerse si la pena de prisión es de un año y excepcionalmente cuando excedan los dos años. También se podrá sustituir por la localización permanente en los casos que la pena de prisión no exceda los seis meses de duración.⁽²²⁾

.....

Fallos: 327:3816, que ‘... la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un autor ocasional...’ y que ‘... la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente...’”, CSJN, “Squilaro, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario”, 08/08/2006 (Fallos 329: 3006).

(21) Art. 33, CP español.

(22) Art. 88, CP español.

El Código Penal alemán, por su parte, dispone que la pena de prisión de corta duración debe ser una excepción y luego regula los supuestos en los cuales puede suspenderse la ejecución de la pena de prisión, siempre y cuando esta no exceda el año de duración,⁽²³⁾ y excepcionalmente cuando no supere los dos años de prisión.⁽²⁴⁾ La suspensión de la ejecución de la pena de prisión supone un período de prueba que no puede ser menor de dos años ni mayor a cinco⁽²⁵⁾ y su supervisión estará a cargo de un funcionario del Estado.

Por su parte, el Código Penal portugués establece que la pena de prisión que no supere los seis meses puede ser sustituida por una multa o por una pena no privativa de la libertad, salvo que la ejecución de la pena de prisión sea requerida para prevenir la comisión de futuros delitos.⁽²⁶⁾ En caso de que pudiera ser aplicable en forma alternativa una pena de prisión o una pena no privativa de la libertad, se preferirá la aplicación de esta última, siempre que con ella se pueda cumplir con la finalidad de la pena.⁽²⁷⁾

Asimismo, se establece la detención de fin de semana⁽²⁸⁾ y la semidetención⁽²⁹⁾ siempre que la pena no exceda los tres meses, y se prevé la sustitución de la pena de multa por la realización de trabajos a favor de la comunidad.⁽³⁰⁾ Se habilita la suspensión de la ejecución de la pena de prisión por un plazo de uno a cinco años, sujeto al cumplimiento de obligaciones de conducta,⁽³¹⁾ estableciendo un régimen diferenciado si la persona al momento de cometer el delito no había alcanzado aún los 25 años de edad.⁽³²⁾ Finalmente, en el

(23) Art. 56.1, CP alemán.

(24) Art. 56.2, CP alemán.

(25) Art. 56.a.1, CP alemán.

(26) Art. 44.1, CP portugués.

(27) Art. 70, CP portugués.

(28) Art. 45, CP portugués.

(29) Art. 46, CP portugués.

(30) Art. 48, CP portugués.

(31) Art. 50, CP portugués.

(32) Art. 53, CP portugués.

ordenamiento portugués, se puede sustituir la pena de prisión por el cumplimiento de trabajos comunitarios si la pena no excede de un año, estableciéndose un mínimo de 36 horas y un máximo de 380 horas.⁽³³⁾

En Latinoamérica, en el caso de Uruguay, las medidas alternativas se encuentran reguladas en la ley 17.726.⁽³⁴⁾ La particularidad de dicha ley es que el arresto en días de descanso o de fin de semana no se cumple en una unidad penitenciaria sino en el hogar del liberado o en una comisaría seccional. Asimismo, se advierte que las medidas alternativas pueden imponerse incluso de manera cautelar —en el auto de procesamiento— y que no podrán otorgarse a los reincidentes. En dicho marco, los uruguayos establecieron la Oficina de Seguimiento de Libertad Asistida que tiene a su cargo la supervisión de las medidas sustitutivas de la prisión.

En Chile, las medidas alternativas a la prisión se encuentran contenidas por la ley 18.216, que fue recientemente modificada por la 20.603,⁽³⁵⁾ que agregó la libertad vigilada intensiva, la expulsión del país para extranjeros y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Los funcionarios que controlan estas medidas pertenecen a Gendarmería, siendo que en el caso de la libertad vigilada deben ser psicólogos o asistentes sociales y aprobar un curso especial destinado a tal efecto.

En ese país, no procede la sustitución de la pena para los siguientes delitos: secuestro extorsivo y secuestro extorsivo agravado; sustracción de menores; violación; homicidios agravados, parricidio y femicidio. Y tampoco procede para el condenado por robo con violencia o intimidación en las personas si previamente la persona había sido condenada por un robo agravado. Además, se estipula que no se podrá hacer cumplir trabajos a favor de la comunidad en el caso de que el delito esté relacionado con el tráfico ilícito de estupefacientes.⁽³⁶⁾ Lo distintivo es que se puede sustituir —luego de cumplidas ciertas condiciones— una medida alternativa a la prisión por otra menos gravosa.

(33) Art. 58, CP portugués.

(34) Publicada DO 07/01/2004.

(35) Publicada DO 27/06/2012.

(36) Art. 1º, ley 20.603.

En Paraguay, el Código Procesal Penal de ese país, en su art. 245 regula la sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas a modo cautelar, siendo recientemente reformado y excluyendo de su aplicación a los crímenes —que son aquellos que tienen prevista una pena privativa de la libertad mayor a cinco años—, o respecto de aquellas personas que les fue impuesto conjuntamente con la pena de prisión, su reclusión en un establecimiento de seguridad, por presentar una tendencia a realizar hechos punibles de importancia que conlleven para la víctima graves daños psíquicos, físicos o económicos.

3.3 | Alternativas a la prisión en el Anteproyecto de Código Penal

Analizando ahora en concreto las medidas alternativas proyectadas en el Anteproyecto de Código Penal argentino, se advierte que en el art. 22 se detallan cuáles son las penas alternativas a la prisión fijadas:

- a. detención domiciliaria;
- b. detención de fin de semana;
- c. obligación de residencia;
- d. prohibición de residencia y tránsito;
- e. prestación de trabajos a la comunidad;
- f. cumplimiento de las instrucciones judiciales; y
- g. multa reparatoria.

El Anteproyecto no presenta nuevas medidas alternativas que las que se propusieron oportunamente en el art. 18 del Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal del año 2006, solo varía el orden en que estas están dispuestas.

Así, en primer lugar, en el art. 23 del Anteproyecto nos encontramos con la detención domiciliaria. Se obliga al penado a permanecer en un determinado domicilio, del que solo podrá retirarse por motivos justificados y previa autorización judicial. Se agrega aquí que no impedirá la concesión de la detención domiciliaria la carencia de un domicilio previo

del penado, circunstancia que no se encuentra en la regulación actual (arts. 32 a 34 ley 24.660).

Por otra parte, advertimos que en el art. 33 del Anteproyecto se regula la prisión domiciliaria por razones humanitarias. Este artículo quedó insertado luego de los criterios de reemplazo de las penas de prisión por las alternativas, por lo que estimamos que hubiera sido más prolijo que hubiera quedado regulado en el art. 23 del Anteproyecto en el se establece la prisión domiciliaria como medida alternativa. Igualmente, la razón por la cual se dispuso colocarlo en esta parte del articulado es que el reemplazo de la pena de prisión por razones humanitarias no respeta los criterios y plazos fijados en el art. 31 del Anteproyecto, sino que se puede otorgar en cualquier momento del cumplimiento de la pena y en relación a cualquier *quantum* punitivo.

En el art. 33, inc. 1, Anteproyecto se establece que a pedido de parte interesada, el juez dispondrá que se reemplace la pena de prisión por detención domiciliaria cuando el condenado fuere: a) enfermo incurable en período terminal; b) enfermo y la prisión le impidiere recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia siempre que no correspondiere su internación en un establecimiento hospitalario; y c) discapacitado, y la prisión fuere inadecuada por su condición, implicando un trato indigno, inhumano o cruel.

Se advierte el carácter imperativo del verbo “dispondrá”, por lo que en estos casos la detención domiciliaria, cumplidos los requisitos, será un derecho del condenado y no una facultad judicial.⁽³⁷⁾

Luego, en el art. 33, inc. 2, Anteproyecto, se establece que el juez podrá disponer el reemplazo de la pena de prisión por la detención domiciliaria, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y previo dictamen del Ministerio Público cuando el penado fuere: a) mayor de setenta y cinco años; b) mujer embarazada; c) madre encargada de un menor de cinco años; d) padre encargado único de un menor de cinco años; e) padre o madre de un menor de catorce años, cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario; f) tuviere a su cargo una persona con discapacidad.

(37) En ello se diferencia claramente de la regulación prevista en el art. 32 ley 24.660 según ley 26.472.

Se expresa en la “Exposición de motivos” que la opinión del Ministerio Público en este aspecto no será vinculante, extremo que podría considerarse un retroceso en la materia. A su vez, la edad de 70 años prevista en el art. 32, inc. d, ley 24.660 según ley 26.472, se eleva a 75 años de edad y, como justificación, se esgrime en la “Exposición de motivos” que como aquí el reemplazo opera sin tener en cuenta cuánto fue el tiempo cumplido de la pena de prisión impuesta y se aplica en relación a penas de cualquier gravedad, la elevación se estima como prudente.

Se destaca la inclusión del padre que sea único encargado de un menor de cinco años, para así quitar la distinción basada en cuestiones de género que presenta la normativa actual.

Asimismo, se justifica en la “Exposición de motivos” que, en relación al supuesto del art. 33.2.e —que permite conceder el arresto domiciliario cuando el condenado sea padre o madre de un menor de catorce años—, se bajara la edad del menor respecto de la establecida en el art. 30.6 del Anteproyecto (debió decir art. 30.5) por cuanto aquí el reemplazo se efectúa sin importar qué porción de pena fue cumplida y sin tener en consideración la gravedad de la pena impuesta.

Por su parte, se observa que no se concederá la prisión domiciliaria cuando de ella pueda derivar riesgo o perjuicio para la persona afectada por el hecho o para los convivientes del condenado⁽³⁸⁾ y se insiste aquí también en que no impedirá la detención domiciliaria la carencia de un domicilio previo del condenado.⁽³⁹⁾

Continuando con el resto de las medidas alternativas, en el art. 24 del Anteproyecto se regula la detención de fin de semana.⁽⁴⁰⁾ Se limita la libertad ambulatoria solo los días sábados y domingos, por un plazo mínimo de 36 horas y uno máximo de 48 horas. Si un feriado antecede o precede al fin de semana, se puede extender el encarcelamiento por 24 horas más. En circunstancias especiales, el juez puede ordenar que esta detención se cumpla en días diferentes.

.....

(38) Art. 33, inc. 3, Anteproyecto 2014.

(39) Art. 33, inc. 4, Anteproyecto 2014.

(40) Esta modalidad de cumplimiento de pena se había previsto en el Anteproyecto de 2006, con un alcance similar en el art. 19.

La ventaja de esta medida alternativa es que habilita al condenado preservar su trabajo ya que la detención se limita a los días no laborables y, por ende, le permite mantener económicamente a su entorno familiar.

Se establece en la “Exposición de motivos”, categóricamente, que esta medida no puede ser cumplida en establecimientos carcelarios comunes. Primero, porque justamente es una medida alternativa a la prisión, y segundo, porque la aplicación de las medidas de seguridad que regulan las prisiones no solo que no tienen sentido en este caso en tanto que el penado en los días de la semana tiene plena libertad de locomoción, sino que además generarían en la persona los efectos negativos de la prisionización que son los que precisamente se quieren evitar.

En tercer lugar, en el art. 25 del Anteproyecto se propone la obligación de residencia como medida alternativa a la pena de prisión. Consiste en que el penado resida en un determinado perímetro urbano o rural, que pertenezca a un partido, departamento, municipio, provincia o comuna, establecido por el juez, respecto del cual se establece la prohibición de salir de él sin autorización judicial. El objetivo de la medida es la prevención de conflictos, permitir un mayor control del condenado o favorecer su integración social. A su vez, se resalta que la aplicación de esta pena no podrá tener un fin demográfico ni podrá elegirse un paraje inhóspito o de difícil comunicación para su cumplimiento —salvo que el penado lo solicite expresamente— puesto que sino los efectos de esta medida implicarían una deportación encubierta.⁽⁴¹⁾

Luego, en el art. 26 del Anteproyecto se encuentra la contracara de la medida recién vista, que es la prohibición de residencia y tránsito.⁽⁴²⁾ Se propone aquí que el penado no pueda habitar dentro de un perímetro determinado y transitar por él sin autorización judicial. También se expresa que el fin es prevenir conflictos, previendo su mayor utilización para conflictos intrafamiliares.

A continuación en el art. 27 del Anteproyecto está previsto el cumplimiento de trabajos a favor de la comunidad. La persona tendrá que cumplir entre 8 y 16 horas semanales de trabajo no remunerado en los lugares y horarios

(41) El Ateproyecto 2006 regulaba la aplicación de esta pena en términos sustancialmente análogos en el art. 21.

(42) En el Anteproyecto 2006, en el art. 22, se consignaba expresamente que en ningún caso la imposición de esta pena podía asumir la forma de un castigo de destierro.

que se establezcan judicialmente. Es el penado quien tiene la obligación de aportar la documentación que vaya acreditando su cumplimiento, siendo que el trabajo a realizar deberá ser adecuado a sus capacidades o habilidades; no se afectará su dignidad ni su actividad laboral. Cuando el proyecto establece que no se afectará la dignidad ello guarda relación con que no se impongan trabajos denigrantes o estigmatizantes, ya que debe tratarse de un trabajo útil, pero que de ningún modo constituya un motivo de vergüenza para el condenado. Finalmente, se prevé que en ningún caso el control del cumplimiento de esta pena estará a cargo de organismos de seguridad.

En la "Exposición de motivos" se afirma que esta es una de las medidas alternativas más promisorias, puesto que genera en el penado una conciencia de solidaridad para con la comunidad que no se obtiene con algunas de las otras medidas.

La regulación del Anteproyecto presenta diferencias con la establecida actualmente en la ley 24.660. En efecto, en el art. 50 de esta ley se establece que, por cada día de prisión, son seis horas de trabajo comunitario las que se deben cumplir en un plazo que no exceda los dieciocho meses y se entiende que la aplicación de esta pena solo será posible en caso de penas de prisión de seis meses o menos.⁽⁴³⁾

En el art. 28 del Anteproyecto se encuentra regulado el cumplimiento de instrucciones judiciales. Constituyen la sujeción del condenado a un plan de conducta en libertad, siendo que este podrá contener las siguientes directivas: a) fijar residencia; b) observar las reglas de inspección y de asistencia establecidas por el juez; c) dar satisfacción material y moral a la persona afectada en la medida de lo posible; d) adoptar un trabajo u oficio, a su elección o que le fuere provisto, o una actividad de utilidad social adecuada a su capacidad; e) concurrir a actividades educativas o de capacitación; f) someterse a un tratamiento o control médico o psicológico; g) abstenerse de concurrir a ciertos lugares o de relacionarse con determinadas personas; h) abstenerse del consumo abusivo de bebidas alcohólicas o estupefacientes y aceptar los exámenes de control.

(43) Aunque algunos autores proponen que puede lograrse la sustitución por trabajos a favor de la comunidad cuando la pena que reste cumplir al momento de la sentencia sea menor a seis meses, no necesariamente que la pena impuesta sea de seis meses. En ese sentido, ver LÓPEZ, AXEL y MACHADO, RICARDO, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Bs. As., Di Plácido Editores, 2004, pp. 160/161.

Se destaca que las instrucciones judiciales impuestas deben guardar relación con el hecho por el cual fue condenada la persona, para que el plan pueda ejercer una verdadera contramotivación. Lo positivo de las instrucciones judiciales es que el plan lo confecciona el juez, pero con intervención del penado, quien no debe aprobarlo pero sí participar en su elaboración.

Además, las instrucciones judiciales proyectadas no deben imponerse siempre en su totalidad, sino que en la "Exposición de motivos" se aprecia que podrán elegirse dentro de las propuestas las que más convengan en el caso concreto.⁽⁴⁴⁾

El plan que contiene las instrucciones judiciales no es inmutable o inmodificable puesto que puede variar dependiendo de la evolución de los informes periódicos, por lo que el juez se encuentra habilitado de modificarlo con intervención del penado.⁽⁴⁵⁾

En relación al cumplimiento de una actividad laboral u oficio, el Anteproyecto establece que en caso de que la persona no cuente con un trabajo, se le deberá proveer por parte del Estado la posibilidad de insertarse laboralmente.

La prohibición de concurrir a ciertos lugares o de relacionarse con determinadas personas no se refiere a una afectación a la libertad de movimiento del penado —como ocurre con la pena de prohibición de residencia y tránsito del art. 26 Anteproyecto, sino que guarda relación con la idea de evitar que este concorra a ciertos lugares que pueden estar ubicados en cualquier lugar (por ejemplo, casinos, espectáculos deportivos, etc.)—.

Por otra parte, en la "Exposición de motivos" se lee que la prohibición del consumo abusivo de alcohol o estupefacientes debe imponerse solo si, en el hecho punible, el abuso de una sustancia tóxica desempeñó algún papel relevante o si se observan conductas de violencia física que denoten cierto grado de agresividad y que, por ende, el tóxico pueda actuar como desinhibidor de esos impulsos.

.....

(44) El Anteproyecto 2006 era más amplio porque permitía que se impusiera cualquier otra medida que fuera aconsejable según las circunstancias particulares del caso (art. 24, inc. h, Anteproyecto 2006).

(45) Art. 28, inc. 2, Anteproyecto 2014.

Las instrucciones judiciales, obviamente, no pueden afectar la dignidad del condenado, ni su privacidad ni sus creencias religiosas o pautas sociales que no guarden relación con el delito cometido.⁽⁴⁶⁾ En los tratamientos médicos no puede exigirse una intromisión en el cuerpo del condenado y quedan prohibidos los tratamientos invasivos,⁽⁴⁷⁾ tanto los psíquicos como los físicos.

Aquí también se exige que sea el condenado quien aporte las constancias de cumplimiento de las instrucciones judiciales impartidas y se establece que el penado contará con la asistencia de inspectores y auxiliares.⁽⁴⁸⁾

El inspector ejerce una función de control y debe enviar al juez un informe mensual sobre el cumplimiento de las instrucciones. El auxiliar, por su parte, cumple un rol de guía o asistencia y cooperará con el condenado a alcanzar con éxito la observancia del plan. Con el auxiliar, el condenado podrá entablar una relación de confianza y este vínculo estará amparado por el secreto profesional.

Ninguna de estas funciones podrá ser delegada en organismos de seguridad o policiales, ni en los funcionarios encargados de la seguridad de los centros carcelarios.⁽⁴⁹⁾ En la "Exposición de motivos" se destaca que la intervención de personal uniformado presenta un efecto estigmatizante en el vecindario o en el ámbito laboral del condenado, cercenando su espacio social.

Finalmente, como última medida alternativa a la prisión, nos encontramos con la multa reparatoria, prevista en el art. 29 del Anteproyecto. Esta medida constituye el pago por parte del condenado de una suma de dinero o una parte de sus ingresos mensuales provenientes de su trabajo o renta a la víctima o a sus derechohabientes. El porcentaje se fija de acuerdo a la gravedad del daño inferido —no conforme la situación económica del penado—, pero no podrá exceder de la tercera parte de los ingresos del condenado, y por un período no mayor de un año, o una suma total

(46) Art. 28, inc. 3, Anteproyecto 2014.

(47) Art. 28, inc. 3, Anteproyecto 2014.

(48) Art. 28, inc. 4, Anteproyecto 2014.

(49) Art. 28, inc. 5, Anteproyecto 2014.

equivalente. Esta medida solo podrá ser acordada si la víctima o su familia la aceptan. En el caso de que mediare una reparación civil, se tendrá como parte integrante de esta.

Lo positivo de esta medida alternativa es que contempla el interés de la víctima y no genera gastos para el Estado en el cumplimiento de la medida.⁽⁵⁰⁾

4 | Reemplazo de la pena de prisión por las alternativas

De la lectura de los arts. 30 a 32 y 41 del Anteproyecto puede advertirse que la determinación de los reemplazos de la pena de prisión por las alternativas propuestas, será únicamente facultad del juez. Al respecto, creemos que la decisión es acertada ya que viene a desandar el camino de la arbitrariedad penitenciaria manifiesta en el actual régimen legal de la pena privativa de la libertad. En este sentido, en la explicación del art. 30, se sostiene que "Queda claro que la ejecución de estas penas es de exclusiva competencia jurisdiccional y no puede delegarse en la administración. Toda decisión a este respecto compete únicamente a los jueces".⁽⁵¹⁾ Por ello, el aumento en la cantidad de jueces de ejecución es ineludible para la adecuada implementación de la reforma.

Es obvio que la aplicación de estas penas requiere de un juez de ejecución, por lo cual tanto en el orden federal como nacional y provincial, deberá cuidarse la designación de una magistratura de ejecución idónea y, en las competencias en que el volumen de la conflictividad no lo justifique, individualizar y formar a los jueces encargados de la ejecución que a la vez desempeñen otras tareas jurisdiccionales.⁽⁵²⁾

.....

(50) En el Anteproyecto de 2006, se establecía que el condenado no sólo pagara una suma de dinero sino que trabajara para la víctima, extremo que fue quitado en el Anteproyecto que hoy se discute.

(51) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, "Exposición de motivos", [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 113.

(52) *Ibid.*

Igualmente, de implementarse estas medidas alternativas, volveremos luego sobre el impacto que tienen en la organización de justicia.

En primer lugar, el art. 30 Anteproyecto contempla las disposiciones generales en materia de reemplazos. De esta manera, afirma que las penas alternativas que se proponen podrán establecerse en forma conjunta o independiente, por igual tiempo, y que podrán ser modificadas durante su ejecución.⁽⁵³⁾

Es importante resaltar que el juez podrá reemplazar la pena de prisión o la que falte cumplir de ella, por igual tiempo, por una o más penas alternativas.⁽⁵⁴⁾ Al respecto, pese a que consideramos acertada la incorporación de estas medidas dirigidas a reducir el tiempo en prisión, llama la atención el hecho de habilitar el reemplazo por varias penas alternativas, lo que podría configurar una acumulación de penas en perjuicio del condenado a pesar de encontrarse en el medio libre.

Por otra parte, el art. 30 incs. 3 y 4, prevé los supuestos por los cuales procedería la cancelación de la o las penas alternativas. Así, establece dos hipótesis diferentes, la primera relacionada a la comisión de un nuevo delito penado con prisión,⁽⁵⁵⁾ —caso en el que cesaría la medida alternativa y se cumpliría en prisión efectiva el resto de la pena que le faltare cumplir desde el momento de la infracción— y la segunda, vinculada al incumplimiento de las penas alternativas y a la comisión de un nuevo delito no conminado con prisión.⁽⁵⁶⁾ En el segundo supuesto, el juez evaluará la gravedad del incumplimiento y la predisposición del penado y podrá disponer el cese de la medida o un nuevo reemplazo.

En relación a la revocatoria de la o las medidas alternativas, es importante destacar las diferencias que existen con la posibilidad de revocar el actual instituto de la libertad condicional, en donde también encontramos dos supuestos.⁽⁵⁷⁾ Por un lado, la comisión de un nuevo delito —sin prestar

(53) Art. 30, inc. 2, Anteproyecto 2014.

(54) Art. 30, inc. 1, Anteproyecto 2014.

(55) Art. 30, inc. 3, Anteproyecto 2014.

(56) Art. 30, inc. 4, Anteproyecto 2014.

(57) Art. 15, CP.

atención a la clase de pena con la que se lo conmina— y por el otro, la violación de la obligación de residencia, la que en el régimen legal vigente constituye uno de los requisitos para la concesión de la libertad condicional mientras que, en el Anteproyecto de Código Penal podría constituir una modalidad de pena alternativa.

Asimismo, en el caso de revocación del beneficio, no se computa, en el tiempo de la pena, el tiempo que haya durado la libertad,⁽⁵⁸⁾ es decir, no se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde el otorgamiento hasta la infracción.

Finalmente, en el último de los apartados del art. 30 del Anteproyecto, se prevén ciertas situaciones especiales respecto del penado que el juez deberá tener en cuenta al momento de determinar el reemplazo: a) edad mayor a 70 años; b) si se tratare de una mujer embarazada; c) si tuviere a cargo una persona con discapacidad y d) si fuere madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquel.

En el primero de los casos, la consideración responde a la dificultad para adaptarse a una población penal de jóvenes y a la necesidad de mayores cuidados médicos y sanitarios que los que se puedan otorgar en prisión. Los otros tres se vinculan con el principio de intrascendencia o personalidad de la pena, receptado en el art. 1º, inc. 2.d, Anteproyecto.

Por otra parte, en relación a las condiciones para el reemplazo de la pena de prisión contempladas en el art. 31 del Anteproyecto, debemos mencionar que las mismas se vinculan con el *quantum* de la pena impuesta en la sentencia condenatoria.

Así, en el supuesto de delitos leves con condenas a tres años de prisión o menos, el juez podría disponer el reemplazo total o parcial de la pena,⁽⁵⁹⁾ a diferencia de lo que ocurre en los casos de delitos de mediana y alta gravedad en donde el reemplazo sería solo parcial. Además, en la “Exposición de motivos” del Anteproyecto, la Comisión señala que de esta manera se evita la contaminación carcelaria y el consiguiente efecto lesivo

.....

(58) *Ibid.*

(59) Art. 31, inc. 1, Anteproyecto 2014.

de la autoestima del penado en penas de corta duración. Asimismo, también en la “Exposición de motivos”, se indica que no deben descartarse los supuestos en los que el juez considere inconveniente la sustitución de la pena desde el comienzo de la ejecución cuando el penado o su conducta manifiesten no solo que no se muestra arrepentido del hecho, sino dispuesto a reiterarlo o a producir otro más grave, lo que resulta altamente criticable.

En el caso de delitos de mediana gravedad,⁽⁶⁰⁾ es decir con condenas a más de tres años y hasta diez años de prisión, el plazo resulta idéntico al que se exige que sea cumplido hoy para la concesión de las salidas transitorias o incorporación al régimen de semilibertad —mitad de la condena—. ⁽⁶¹⁾

Por otra parte, el art. 31, inc. 3, Anteproyecto agrava las condiciones de procedencia del reemplazo para el penado condenado por delito de mediana gravedad que hubiere sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho. De esta manera, cumplida la mitad de la condena, se le exige como plus cumplir un tercio más.

Esta agravante no está prevista para el caso de penados por delitos graves.⁽⁶²⁾ Entendemos que en este último supuesto se ha tenido en cuenta que el condenado ya ha debido cumplir en prisión efectiva los dos tercios de la pena,⁽⁶³⁾ por lo que exigirle cumplir un tercio más implicaría que cumpla la totalidad de la pena impuesta en prisión.

A nuestro criterio, esto último pone de manifiesto que el instituto de la reincidencia⁽⁶⁴⁾ aún conserva efectos dentro del texto del Anteproyecto de Código Penal, por lo que la eliminación implícita de la reincidencia ha sido solo parcial.

.....

(60) Art. 31, inc. 2, Anteproyecto 2014.

(61) Art. 17, ley 24.660.

(62) Art. 31, inc. 4, Anteproyecto 2014. Es decir, conminados con penas de más de tres años hasta diez años de prisión.

(63) Art. 31, inc. 4, Anteproyecto 2014.

(64) Cuya constitucionalidad resulta, cuanto menos, dudosa.

Asimismo, creemos que esta objeción no se neutraliza con el argumento de que se trata de una cuestión vinculada a la ejecución de la pena y menos aún que la disposición encuentre fundamento en una supuesta mayor desconfianza con que deba tratarse a quien, luego de haber cumplido pena cometa un nuevo delito de cierta gravedad, a menos de cinco años del cumplimiento de aquélla.

Por otra parte, se ha previsto una atenuante en razón de las circunstancias especiales del art. 30, inc. 5 ya descriptas. Se trata de habilitar al juez para disponer de un ámbito de decisión más amplio, por lo que se le faculta a que considere el reemplazo desde el cumplimiento efectivo de un tercio de la prisión para el caso de penados por delitos de mediana gravedad que hubieren sufrido prisión o su reemplazo como condenado cinco años anteriores a la comisión del hecho⁽⁶⁵⁾ y desde la mitad de la pena para el caso de delitos graves.⁽⁶⁶⁾

A su vez, el art. 31, inc. 6, Anteproyecto dispone que cuando se trate de penas mayores de tres años impuestas por crímenes contra la humanidad o en razón de las circunstancias de máxima gravedad del inc. 4, art. 18 del Anteproyecto, deberá requerirse opinión fundada del Ministerio Público e informe de tres peritos —como mínimo— propuestos por el juez, el Ministerio Público y de la universidad nacional más cercana.

En cuanto a los criterios para la determinación judicial de los reemplazos, el art. 32 del Anteproyecto prevé que el juez tendrá en cuenta la capacidad y disposición del penado para asumir seriamente el compromiso de adecuar su conducta a las normas correspondientes al momento de la sustitución de la pena.⁽⁶⁷⁾

En este sentido, la Comisión refiere en la “Exposición de motivos” que el reemplazo de la prisión será procedente cuando el preso se comprometa a conducirse de la manera que acuerda con el juez, y sostiene que se intenta con ello establecer una relación de confianza entre el juez y el penado.⁽⁶⁸⁾

.....

(65) Art. 31, inc. 3, Anteproyecto 2014.

(66) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, “Exposición de motivos”, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, art. 31.5.

(67) Art. 32.1, Anteproyecto 2014.

(68) De esta manera, la crítica al arbitrio penitenciario que hoy rige en la ley 24.660, bien podría trasladarse al ámbito judicial.

A tal efecto, el juez podrá solicitar todos los informes, documentación y opiniones técnicas que considere conducentes, pero también el Ministerio Público, la defensa y el propio penado pueden aportar estos elementos de juicio.⁽⁶⁹⁾

La determinación judicial de los reemplazos será susceptible de revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias habilitadas respecto de la condenación.⁽⁷⁰⁾

Denegada la sustitución por el juez, el penado deberá esperar un año contado desde que quede firme la decisión judicial para volver a solicitar el reemplazo. Al respecto, creemos que el plazo es demasiado extenso e indeterminado puesto que opera desde la firmeza de la denegatoria. Inclusive observamos que excede el tiempo previsto en el caso de la libertad condicional en el régimen actual.⁽⁷¹⁾

Finalmente, el art. 41 del Anteproyecto contempla los criterios de la intervención judicial en la determinación de penas y medidas. Se trata del artículo que más refleja el sentido resocializador de las medidas alternativas a la prisión, y establece:

... el juez atenderá a lo más conveniente para: a) evitar o reducir cualquier eventual efecto negativo de la pena, b) proteger a la víctima, a su familia y a las personas que de ella dependen, c) mitigar las carencias económicas, sociales y educativas del condenado, d) resolver o atenuar los conflictos generados por el delito o por el contexto en que se hubiere cometido, y e) reducir la trascendencia de la pena a terceros inocentes.

En este sentido, creemos que será necesario adoptar nuevas políticas públicas en materia de rehabilitación y reinserción ya que no bastará con el juez atienda a lo más conveniente conforme los parámetros expuestos, sino que será indispensable la creación e intervención de áreas específicas de apoyo a tales efectos.

(69) Art. 32, inc. 2, Anteproyecto 2014.

(70) Arts. 32, inc. 4 y 20, inc. 1, Anteproyecto 2014.

(71) Art. 46, decreto 396/1999.

Por último, a nuestro criterio, resulta trascendental el recorte de las facultades de la administración penitenciaria y la afirmación de la competencia jurisdiccional en cuanto a las decisiones vinculadas a las modalidades de ejecución de la pena. Así, el inc. 1 del art. 41 establece: “la resolución de todas las cuestiones de ejecución, reemplazo y control de las penas y medidas, será de exclusiva competencia de los jueces”. Esta previsión, entendemos, representa un gran avance en relación al régimen actual.

Puntualmente, se diferencia con lo que ocurre hoy con el último período del régimen legal de la ejecución de la pena, es decir, el instituto de la libertad condicional, en el que se advierte un total arbitrio de las autoridades penitenciarias en la determinación de las condiciones necesarias para que proceda el instituto.

Recordemos que el art. 13 CP exige para la incorporación a dicho régimen la observancia por parte del penado de los reglamentos carcelarios e informes positivos de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social, siendo que la obtención de la libertad condicional sin contar con informes favorables de las autoridades penitenciarias resulta prácticamente una hazaña.

5 | Eventuales impactos de la implementación de la reforma

Luego de analizadas las medidas alternativas a la prisión proyectadas y como se aplicarán según la pena de prisión impuesta, es hora de efectuar algunas reflexiones en relación a su implementación.

En la “Exposición de motivos” del Anteproyecto se da cuenta que la innovación más importante propuesta es la supresión del régimen de la libertad condicional,⁽⁷²⁾ y la Comisión sostiene que la institución —que delimita a una forma de ejecución de la pena de prisión—, pasaría a ser reemplazada por un abanico de penas alternativas que suplirían las meras condiciones del art. 13 CP vigente.

.....

(72) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, “Exposición de motivos”, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, art. 22.

Esto, claramente, generará un fuerte impacto en nuestra cosmovisión de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Se advierte que, para algunos, el régimen de la libertad condicional configura un derecho del condenado cuando están reunidos los requisitos formales y materiales,⁽⁷³⁾ sin perjuicio de que, aún desde el garantismo penal, se ha criticado la concesión de estos institutos al argumentarse que una determinación posterior de la medida de la pena en la fase de ejecución colisiona con el principio de certeza.⁽⁷⁴⁾

Ahora bien, a nuestro criterio, si desaparece la libertad condicional y nacen, por el contrario, medidas alternativas a la prisión, el principio de resocialización puede darse de un mejor modo en tanto que en la imposición de una u otra medida alternativa se valora la situación integral del condenado. Por el contrario, la libertad condicional no tiene en consideración este régimen diferenciado, sino que todas las personas sujetas a él se encuentran inmersas en el mismo régimen, más allá de las obligaciones del art. 13 CP.

En nuestra opinión, el sistema de medidas alternativas diseñado generará un gran impacto en la organización judicial en tanto que deberá preverse una verdadera estructura de control y apoyo de las personas sujetas a medidas alternativas, la que a su vez deberá enfrentarse a los frecuentes ataques que en contra de ellas dirige la opinión pública y las corrientes expansivas del derecho penal.

En efecto, la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión requiere una reforma total en el sistema de administración de justicia y en las estructuras judiciales establecidas, proceso que probablemente generará una gran resistencia. Además, el diseño procesal deberá adecuarse a estas medidas alternativas a fin de dotar de efectividad al sistema.

Así, se resalta en el Anteproyecto que la ejecución de las medidas alternativas va a requerir de un cuerpo especializado, dedicado exclusivamente a su control, que funcionará como auxiliares de los jueces de ejecución

(73) ZAFFARONI E. RAUL; ALAGIA ALEJANDRO y SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 958.

(74) FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 406/410.

penal. De más está decir que la eficacia de las medidas alternativas vendrá de la mano del correcto funcionamiento de dicho cuerpo.

Ahora bien, como organismo auxiliar de la justicia en la etapa ejecutiva lo único que existe hoy es el Patronato de Liberados “Dr. Jorge H. Frías”, el cual se encuentra en huelga hace varios meses por falta de pago de salarios⁽⁷⁵⁾ y en la propia exposición de motivos del Anteproyecto es tildado de anticuado e ineficaz. Nótese que las leyes 24.050 y 24.121 sancionadas a comienzos de los años 90, proponían que el juez de ejecución penal iba a estar asistido por un equipo interdisciplinario integrado por médicos, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, asistentes sociales y antropólogos. Incluso, la ley 26.070 de 2005 elevó a cinco la totalidad de los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal.

No obstante lo dicho, no sólo que dichos Juzgados de Ejecución no han sido aún puestos en funcionamiento sino que además el equipo interdisciplinario creado para asistir al juez encargado de la supervisión de la pena nunca ha sido implementado, como así tampoco las 17 secretarías de ejecución asignadas en las unidades carcelarias seleccionadas.

Además, debe mencionarse la situación de sobrecarga de trabajo que aqueja hoy a los Juzgados de Ejecución Penal. En dicha senda, la Comisión de Ejecución de la Pena de la Cámara Federal de Casación Penal proyectó una acordada sobre reglas prácticas en materia de ejecución penal para que el control de las reglas de conducta de la *probation* lo realice el magistrado de los tribunales orales en lo criminal o el juez correccional que la ha dispuesto,⁽⁷⁶⁾ destacándose el exceso de trabajo que pesa hoy sobre los jueces de ejecución encargados de supervisar las penas impuestas y las suspensiones del juicio a prueba concedidas.

.....

(75) Existe un proyecto de ley —ya aprobado en la Cámara de Diputados— a fin de que los integrantes del Patronato de Liberados —hoy una asociación civil— pasen a integrar el Poder Judicial y se implemente la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, la que tendrá directores concursados y un consejo consultivo multidisciplinario (abogados, médicos, sociólogos, psicólogos, asistentes sociales).

(76) Debe recordarse que la ley 26.371 introdujo el art. 72 bis a la ley 24.121, y estableció que en los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y en lo Penal Económico de la Capital Federal ejercerán las funciones de ejecución un juez del Tribunal respectivo. En la misma línea, el 24/10/2013, la Comisión de Ejecución de la Pena de la Cámara Federal de Casación Penal envió al Ministro de Justicia y de Derechos Humanos un Anteproyecto de Ley de Reforma de los arts. 293, 493 y 515 CPPN, sobre control de las reglas de conducta de la *probation*.

Entonces en relación a las medidas alternativas, la dificultad radicará en conseguir el personal de vigilancia adecuado, el cual debe reunir características muy especiales, pues debe ser más que un trabajador social y menos que un policía.⁽⁷⁷⁾

En ese sentido, el Anteproyecto define quien no va a estar supervisando el cumplimiento de trabajos a favor de la comunidad —los organismos de seguridad— pero no establece quién va a ejercer dicho control. Y en las instrucciones judiciales habla de inspectores o auxiliares, cuyas funciones no podrán delegarse en los organismos policiales o las fuerzas de seguridad.

De esta manera, creemos que la adecuada implementación de las medidas alternativas propuestas dependerá directamente de los recursos con que cuenten los organismos específicos encargados de la supervisión de las mismas.

Por último, si bien la implementación de las medidas alternativas a la prisión generará muchísimos cambios en la administración de justicia, hay que tener en cuenta que los casos que efectivamente sean procesados por la justicia de ejecución serán sensiblemente menores en tanto que el art. 42, inc. 3 del Anteproyecto fija varios criterios de oportunidad que irán descartando la aplicación de penas en aquellos casos donde ello no resultare necesario por razones de política criminal.⁽⁷⁸⁾

(77) RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, "Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina (Países de sistema penal de herencia continental-europea)", en *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Bs. As., Depalma, 1992.

(78) En el art. 42, inc. 3, Anteproyecto 2014 se prevé que sin perjuicio del principio de legalidad procesal "... el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos:

- a) Cuando se tratare de hechos de menor significación, salvo que fueren cometidos por un funcionario público en razón de su cargo o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias.
- b) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fueren de tal gravedad que tornaren innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena.
- c) Cuando la pena en expectativa careciere de importancia con relación a otra pena ya impuesta o impetrada.
- d) En los hechos delictivos con contenido patrimonial y sin violencia sobre las personas, y en los delitos culposos sin resultado de muerte, cuando mediare conciliación o acuerdo entre las partes..."

Además el art. 43 del Anteproyecto amplía en gran medida las acciones dependientes de instancia privada⁽⁷⁹⁾ y en el art. 44 también se aumentan los delitos de acción privada,⁽⁸⁰⁾ por lo que se observa que el caudal de delitos que efectivamente ingrese al sistema dependerá, en gran medida, de la voluntad de la víctima de instar la acción penal, en el primer caso, o directamente llevar adelante la investigación por sí misma, en el segundo.

Y además, también deberá considerarse que en el art. 19 del Anteproyecto se regulan varios supuestos de exención o reducción de pena,⁽⁸¹⁾ por lo cual los casos donde efectivamente se llegue a imponer una sanción serán sensiblemente menores y, en consecuencia, no todos los casos que hoy se procesan en el sistema luego van a tener que ser controlados al imponerse una medida alternativa a la prisión.

6 | Conclusiones

La idea sobre la cual se basa la introducción de las distintas medidas alternativas a la prisión es contar con un abanico de respuestas estatales que ofrezcan una reparación y brinden, además, algún tipo de contención o de ayuda social al condenado. No se trata de establecer medidas que eximan de castigo al penado, sino de lograr encauzar el poder punitivo del Estado por canales de respuesta más racionales, que plasmen el principio de mínima intervención.

.....

(79) Los delitos que se prevén como de instancia privada en Anteproyecto de 2014 son: violación u otros abusos sexuales, siempre que no medie la muerte de la víctima o se causen lesiones gravísimas; lesiones leves —sean dolosas o culposas—; amenazas y coacciones; hurto simple; robo con fuerza en las cosas; estafas y otras defraudaciones; cheques sin provisión de fondos; los relativos a los derechos intelectuales, a las marcas y designaciones y a los modelos y diseños industriales; insolvencias punibles; daños; los vinculados con los fraudes al comercio y a la industria; incumplimiento de deberes de asistencia; obstrucción o impedimento de contacto y desobediencia de órdenes judiciales y violación de domicilio. Se advierte una marcada diferencia con el actual art. 72 CP.

(80) Los delitos de acción privada en el Anteproyecto 2014 son el aborto culposo, los delitos contra el honor, la violación de secretos, el acceso ilegítimo a información y el incumplimiento de deberes de asistencia.

(81) Se estipula la exención de pena por insignificancia (art. 19. 1, Anteproyecto 2014) de manera obligatoria y la facultad judicial de eximir de pena en los casos de pena natural en hechos culposos (art. 19. 2 a), si la persona perteneciere a un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido sanción conforme a sus costumbres (art. 19, 2 b) o cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratase de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

En ese sentido, celebramos la instauración de medidas alternativas a la prisión en tanto que su aplicación de manera racional permitirá reducir la cantidad de personas encarceladas, sobre todo aquellas cuyas penas no superen los tres años de prisión, ya que cualquier pena que no se exceda de ese monto podrá ser sustituida total o parcialmente por el sistema de medidas alternativas (art. 31, inc.1, Anteproyecto).

Ahora bien, dicha reducción de poder punitivo no significa que el poder de vigilancia del Estado no se traslade a otras esferas, incluso con una mayor intensidad que la que presenta el actual sistema de supervisión de condenados en libertad, sujetos, por ejemplo, al régimen de la libertad condicional o la libertad asistida.

En ese sentido, advertimos que el Anteproyecto propone que las condenas se cumplan por la totalidad de su duración de manera efectiva. A diferencia de lo que sucede actualmente con los regímenes de condena condicional o incluso de libertad condicional, en los que los condenados son liberados sin controles o asistencias suficientes por parte del Estado, el sistema de penas alternativas que se propone en el Anteproyecto apunta a cumplir con dos objetivos: un estricto control pero a su vez un mayor apoyo por parte del Estado por todo el tiempo de duración de las condenas.

Además, necesariamente, hay que tener en cuenta que al momento de seleccionar las medidas alternativas a aplicar, estas se pueden imponer separada o conjuntamente con otras, por lo que no puede descartarse la posibilidad de que se genere una eventual expansión punitiva por acumulación de penas alternativas.

De todas maneras, insistimos en que, probablemente, la inclusión de medidas alternativas a la pena de prisión sea la principal innovación del texto propuesto y no por el contrario, la supresión de la libertad condicional. Sin embargo, no se trata de nada innovador, puesto que existen infinidad de sistemas análogos en todo el mundo, e incluso varios proyectos de recodificación penal de nuestro país contemplaron sistemas muy similares.

En el derecho comparado, existen los denominados "Programas de Reinserción Social". Se trata de programas ejecutados de forma conjunta por

sectores públicos y privados con la finalidad de contribuir a mejorar la convivencia social y la seguridad ciudadana.⁽⁸²⁾

En la misma línea, creemos que la implementación de las penas alternativas a la prisión previstas en el Anteproyecto de Código Penal podría llevarse a cabo a través de un Programa de Reinserción Social que dependa y sea supervisado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con la colaboración de otros actores del Estado y del sector privado.

En lo que hay que hacer hincapié es en la instauración y correcto funcionamiento de los órganos específicos que lleven adelante la supervisión del cumplimiento de dichas medidas alternativas a la prisión. Estas estructuras interdisciplinarias deberán estar orientadas no solo al control sino también al apoyo del penado en su reinserción social y si bien no pertenecerán a las fuerzas de seguridad, deberán contar con su apoyo frente a requerimientos puntuales.

Finalmente, advertimos que la principal objeción al establecimiento de este cuerpo interdisciplinario puede encontrarse en el alto costo de implementación de este tipo de programas, extremo que no puede dejarse de mencionar. Sin embargo, de sancionarse el proyecto de reforma de fondo en curso, que vislumbra nuevos lineamientos de política criminal y establece diversos criterios de oportunidad y supuestos de exención y reducción de pena, ello generará una clara contracción del ejercicio del poder punitivo.

Si los criterios de oportunidad son aplicados correctamente, se evidenciará una rebaja en la cantidad de individuos sujetos a encarcelamiento que permitirá contrarrestar tales dificultades presupuestarias. Así, al haber menos personas en prisión, la asignación presupuestaria hoy destinada a las cárceles podrá ser utilizada en la implementación de estos programas de reinserción social.

.....

(82) A modo de ejemplo, en Chile, el Programa de Rehabilitación y Reinserción Social —adscrito al Ministerio de Justicia bajo el control de la Gendarmería de Chile—, se compone de cinco componentes que, a su vez, tienen subcomponentes. En ese sentido, el tercer subcomponente trata específicamente el Programa de Reinserción Social con penas alternativas (subsistema abierto). Actualmente, existen 37 centros de reinserción social en Chile, establecimientos penitenciarios con régimen abierto donde se coordina y desarrollan las actividades de control, asistencia e intervención a las personas que han sido condenadas a las penas sustitutivas a la prisión.

Puesto que no debe olvidarse que lo que la implementación de medidas alternativas a la prisión pone de manifiesto es que la pena privativa de la libertad no surte en la práctica los efectos resocializadores que propugna tener.

Por el contrario, las medidas alternativas a la prisión podrán cumplir con el mandato constitucional de resocialización de las penas en una mayor medida, al brindar una asistencia social integral que contemple no solo a la persona condenada y a su entorno familiar, social y laboral, sino también a la víctima y en definitiva, a la comunidad en su conjunto.

La hora iluminada del juez

Un análisis de los criterios de determinación de la pena a la luz del Anteproyecto de Código Penal

por **GABRIELA CONDE**,⁽¹⁾ **MATÍAS NICOLÁS YOHAI**⁽²⁾ y **MIGUEL MONES RUIZ**⁽³⁾

I | Introducción: una paradoja

Ya en 1977 Roxin afirmaba que la teoría de la determinación judicial de la pena estaba en sus comienzos.⁽⁴⁾ Hoy, todavía, podemos sostener la vigencia de esa afirmación. El presente trabajo, aun con el relevo de doctrina nacional e internacional que se ha ocupado especialmente del tema, intentará, en primer lugar, mostrar esa realidad tan propia del área de estudio que

(1) Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Docente (UBA). Funcionaria en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

(2) Abogado con orientación en Derecho Penal (UBA). Empleado en la Fiscalía General ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Nación N° 20.

(3) Abogado (UBA). Docente (UBA). Participa en proyectos de investigación académica (UBA). Funcionario en el Poder Judicial Penal, Contravencional y de Faltas (CABA).

(4) ROXIN, CLAUDIUS, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", en *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, Bs As., 2008, p. 143.

pretendemos abordar. En segundo orden, y además del tratamiento de los desarrollos teóricos, se dedicará una parte importante a esquematizar datos estadísticos que los tres autores han tenido oportunidad de recabar a lo largo de un año de investigación, respecto de pretendidos criterios utilizados a la hora de determinar jurisdiccionalmente la pena en casos concretos, en el plano nacional. En este sentido, si se quiere, el trabajo es el adelanto de uno mayor y futuro cuyo norte ha sido desde un principio advertir al sector académico, y a los distintos operadores del sistema penal, de las deficiencias que pueden observarse a la hora de realizar ese acto tan particular y grave que significa la imposición de una pena determinada.

A modo de introducción, entonces, nos parece interesante poner de resalto una relación aparentemente paradójica que es fácilmente apreciable al iniciar el estudio del tratamiento teórico de los problemas propios de la determinación de la pena: a medida que se investiga la cuestión, pronto podrá concluirse que autores —al principio en Alemania— originalmente dedicados al desarrollo teórico de problemas dogmáticos de la teoría del delito, se han visto obligados a pensar (y a individualizar) las aristas del conflicto que representa el acto de penar en concreto,⁽⁵⁾ ante la falta de obras especializadas en el tema. Esta aparente paradoja, no es más que la consecuencia lógica de que un ámbito teórico que ha quedado por años relegado a la realidad fáctica que de algún modo fue apropiada por el sistema judicial, hoy aparece inevitablemente frente a esta coyuntura, porque ya no pueden tolerarse sus efectos, por lo menos en un Estado de derecho. Con este dato inicial habremos de orientar la exposición que sigue.

Antes, es necesario advertir que las conclusiones que habrán de extraerse de los dos ámbitos de análisis referidos al principio serán, en rigor, preliminares. El problema que planteamos requiere de un desarrollo específico y acabado, si es que se pretende alcanzar la cima de una propuesta

.....

Años después, Hassemer se lamentaba "... la determinación de la pena es desde hace tiempo un muro de lamentaciones de los penalistas, tanto del campo de la ciencia como de foro. Y lo lamentable es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado ni con mucho un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de punibilidad...". HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 137/138.

(5) Basta aquí con citar al mismo Roxin pero también —a modo de ejemplo— a Hassemer, Stratenwerth, Schünemann, Jescheck, muy especialmente a Hirsch, e incluso Jakobs, autores muchos de los cuales han tratado el tema en obras generales, y algunos de los cuales son citados en este trabajo. A las citas respectivas, entonces, remitimos.

de cambio que pueda tener aplicación práctica y común aceptación en los distintos ámbitos jurídicos. Pero, sin perjuicio de ello, creemos que es necesario contraponer esas conclusiones con alguna otra opción o modelo que, acaso, pueda permitir la aparición de modificaciones por lo menos en algunas consecuencias bien perjudiciales de la actual realidad del sistema. En este sentido, y como un tercer ámbito de análisis final en este trabajo, se efectuará una relación somera entre la realidad descripta, y las posibilidades que se abren con el reciente Anteproyecto de Código Penal de la Nación —decreto 678/2012—. Por último, también en esta tercera parte, se efectuarán algunas consideraciones respecto del modelo de determinación judicial de la pena norteamericano, a fin de ilustrar una realidad bien diferente y acaso opuesta a la que nos es conocida.

2 | La relación con los fines de la pena

Desde temprano se ha señalado la existencia de una relación directa entre los problemas propios de la determinación de la pena y sus fines, entendida como reacción estatal frente al delito.⁽⁶⁾ En verdad, la antinomia “retribución-prevención” no ha sido soslayada al referirse los autores al problema de la determinación, y representa, si se quiere, el punto neurálgico en el que se centra la discusión sobre las derivaciones que pueden hacerse de la justificación de la pena a ese otro ámbito más oscuro que su graduación. Roxin,⁽⁷⁾ al analizar la situación alemana —en relación con la suiza— propone un modelo que —pretendidamente— encuentra basamento en la ley de aquel momento de análisis. Su tesis es la siguiente: la pena adecuada lo es siempre en relación al marco de culpabilidad por el hecho, y una vez impuesta, aun en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general; luego, las variaciones dentro del margen deben establecerse mediante el acatamiento de exigencias preventivo-especiales. Por lo demás, se deja bien en claro que no existe posibilidad de imponer una pena, en el caso concreto, que sea superior al marco de culpabilidad, ni siquiera por criterios preventivos. Mayor problema representa,

(6) ROXIN, CLAUDIUS, “La determinación...”, *op. cit.*, p. 146 y ss. También *Prevención y determinación de la pena*, *op. cit.*, p. 170 y 171.

(7) *Ibid.* En ambos casos, Roxin comparte la teoría del “margen de libertad” en contraposición con la de “la pena exacta”, aunque subraya que los defensores de esta última deberían llegar a la misma solución de graduación punitiva en concreto.

en cambio, la posibilidad de imponer —bajo ciertas circunstancias— una pena inferior a la que permitiría como mínimo el margen de culpabilidad.⁽⁸⁾ El autor propone, en este punto, una respuesta afirmativa a la cuestión. Sin embargo, tal posibilidad encontraría el límite de “la defensa del orden jurídico”, como criterio de prevención general genérico y delimitador.⁽⁹⁾

Esta configuración de criterios para establecer un método de determinación punitiva, parece admitir la premisa que el Tribunal Supremo Alemán (BGH) sentara en 1954:⁽¹⁰⁾ que existe siempre una gama de posibilidades para determinar la entidad de la culpabilidad que se adecua a cada caso concreto. Dentro de esa gama, el juez debería individualizar la pena concreta, pudiendo utilizar, como ya vimos, criterios preventivos. En definitiva, el trasfondo filosófico que prima es el siguiente: no existe una pena única para un caso concreto, y consecuentemente, no sería posible hallar un método que permita en todos los casos individualizar a tal pena.

Contra la teoría del margen de libertad —también llamada del espacio de juego— han encontrado cierto eco las opiniones de autores que defienden la teoría de la pena exacta o puntual, profusamente desarrollada en EEUU a partir de la elaboración teórica de Hirsch.⁽¹¹⁾ En líneas generales, para quienes abogan por este enfoque teórico, el imputado en un proceso penal no debe ser penado más allá de la gravedad del delito que comete. Es claro que este punto de vista evita caer en el problema sustancial de la utilización del delincuente con meros fines de disuasión, pero creemos que la “lucha” entre ambas posturas, en verdad, podría volverse estéril si tomamos en cuenta criterios pragmáticos que hacen al valor de las decisiones que todos los días se adoptan en los tribunales. En este sentido, la teoría del ámbito de juego pierde sustento práctico frente a la de la pena exacta. El juez realmente se enfrenta diariamente al problema de establecer una pena puntual en el caso concreto, aun dentro del margen de libertad, y ante ello la teoría no le dice por qué el caso que juzga hoy es más grave y merece más pena que aquel que juzgó ayer.

(8) Esto, por criterios específicos de resocialización. *Ibid.*, p. 161.

(9) *Ibid.*, p. 163.

(10) HÖRNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Bs As., Fabián J. Di Plácido Editor, 2003, p. 23, con cita de BGHSt. 7, 28, 32.

(11) HÖRNLE, TATJANA, *Determinación...*, *op. cit.*, p. 29.

3 | La cuestión de la culpabilidad

Más allá de la postura teórica que se adopte, lo cierto es que la culpabilidad es el límite o principio rector que debe considerarse a la hora de imponer una pena concreta. Así, se habla de la medida de la culpabilidad dentro de este ámbito propio de la determinación de la pena, pero también se extiende la cuestión al concepto de culpabilidad que proviene de la teoría del delito. Si bien no es posible aquí desarrollar los problemas dogmáticos que se presentan en relación al problema del **libre albedrío** como fundamento de la conducta humana punible, cabe afirmar que la comprobación de la culpabilidad es una condición necesaria para imponer una sanción penal. El acto de penar, en verdad, debe legitimarse frente al autor según este requisito de verificación.⁽¹²⁾ Como contrapartida, debemos también afirmar que en la moderna metodología de imposición de la pena en concreto, la culpabilidad personalizada del autor ocupa un papel fundamental. Hörnle,⁽¹³⁾ no obstante, ha advertido que en la práctica será muy difícil que, sobre todo por cuestiones de tiempo o de recursos, se puedan considerar las condiciones personales del autor: generalmente se basarán los jueces en la magnitud del daño, y en los antecedentes penales del imputado.

De todas las atribuciones que pueden hacerse respecto del concepto de culpabilidad,⁽¹⁴⁾ acaso la más importante sea la que enarbola el principio general de proporcionalidad. Según este principio, debe haber entre pena y culpabilidad una relación de adecuación. Claro que con la aceptación de este sano parámetro delimitador no haremos más que revitalizar la puja constante entre retribución y prevención, antinomia de la que se derivan las consecuencias propias del acto de penar. Entonces, pareciera que en torno a esto gira el mayor problema a la hora de encontrar un sistema de determinación judicial

(12) *Ibid.* p. 53. Aquí, critica la autora la idea de culpabilidad derivada del funcionalismo, en tanto advierte que lo que importa para esta teoría es la verificación de cierta capacidad en el sujeto para concluir que estamos ante un delito, entendido como acto de comunicación relevante. Ello implica que la constatación de la culpabilidad se normativice completamente: la imputación al autor es necesaria para el mantenimiento de la confianza en la norma.

(13) *Ibid.* p. 59.

(14) Ziffer sintetiza en tres a estas atribuciones: la primera, hace a la fundamentación de la culpabilidad conjuntamente con la tipicidad y la antijuridicidad; la segunda indica que entre ilícito y culpabilidad debe existir una relación de congruencia; y la tercera, la ya mencionada relación de adecuación entre culpabilidad y pena. Ver BIRRIEL MOREIRA, BIBIANA MARYS, *Una aplicación dialéctica de las finalidades sin fin y las determinaciones indeterminadas de la pena*, Bs As., Fabián J. Di Plácido Editor, 2009, p. 95.

de la pena que sea sustentable, lo que hace merecer un mayor esfuerzo a cualquier intento de clarificación del concepto de culpabilidad.

Si bien aquí no puede acabarse tal cometido, es importante entender que el concepto ha sido entendido en forma disímil en sus alcances, finalidad y dimensiones según la mirada propia, sin ir más lejos, de cada autor que ha tratado el tema. Roxin, como ya hemos visto, ha comprendido a la culpabilidad como un concepto integrado por criterios preventivos, en tanto al medirla se toma en cuenta la lesión de bienes jurídicos —luego hablaremos de la cuantificación del daño— que sería apreciable únicamente tomando en consideración aspectos de prevención dentro de la sociedad. Jakobs, por su parte, explica que para establecer el grado de culpabilidad de un sujeto por un hecho delictivo debe hacerse una relación entre las cualidades perturbadoras del imputado que deben ser toleradas por el Estado, las presiones sociales que es dable achacar al sujeto, y aquel remanente que deben soportar terceros, inclusive la víctima.⁽¹⁵⁾

Sin embargo, y a pesar de todas las elaboraciones teóricas, creemos que es aceptable concluir que el concepto de culpabilidad, finalmente, puede ser entendido como una “categoría residual” que ha de completarse con criterios variados, y que las más de las veces tendrán estricta relación con los fines de la pena propios del sistema y las creencias comúnmente aceptadas por los operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal.⁽¹⁶⁾ Entonces, de algo hay seguridad, y debe aquí reafirmarse como principio rector de nuestro análisis: si de una función del concepto de culpabilidad no hay discusión —a nivel teórico— es de aquella que la requiere y rescata como límite impuesto al ejercicio del poder punitivo del Estado.

4 | Algunos esfuerzos contra la arbitrariedad

Las teorías del espacio de juego y la de la pena puntual o exacta no han sido las únicas elaboraciones que han propiciado dar una solución al problema ínsito en la ocasión de penar. Aquí se hará una aproximación a algunos otros ensayos que, en mayor o menor medida, han tenido alguna

(15) BIRRIEL MOREIRA, BIBIANA MARYS, *Una aplicación...*, op. cit., pp. 97 y 98.

(16) *Ibid.*, p. 99.

vigencia doctrinaria o jurisprudencial y constituyen en su conjunto un esfuerzo para limitar la arbitrariedad que parece ser la característica principal del problema de la determinación de la pena hoy en día.

Un paso adelante en este sentido lo ha dado la legislación de la Provincia de Buenos Aires, que incorporó en su Código de procedimientos (art. 372 CPPBA) la llamada **cesura de juicio**. Entendemos que si bien las consecuencias de este instituto pueden verse con claridad en el ámbito procesal, responden a un enfoque dogmático que pretende dotar al acto de determinación de la pena de ciertos requisitos. Así, se habilita al tribunal, una vez arribada la decisión condenatoria —y si las circunstancias del caso lo justifican—, a postergar el tratamiento de la sanción a imponer, “lo cual tratará en debate ulterior independiente sobre la pena o la medida de seguridad aplicable (...) pudiéndolo postergar por el término de un (1) mes desde la fecha de notificación de la resolución”.

Tal como explica Harfuch, pretender que la fase en la que se decide, nada menos, cuántos años estará preso el acusado escape al control de las partes y quede sujeta únicamente al arbitrio judicial, es injustificable desde el punto de vista constitucional.⁽¹⁷⁾ De esta forma, al tratarse de un debate independiente y para el que las partes pueden llegar a tener hasta un mes de preparación e incluso volver a presentar prueba, se incentiva la discusión y el desarrollo de la determinación de la pena.

Otro ensayo, cuyo mentor —Luzón Peña—⁽¹⁸⁾ ha dado en llamar la **teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable**, postula que la pena tiene, en realidad, dos únicos fines: el de la prevención general, y el de la prevención especial, debiendo prevalecer el primero sobre el segundo. Según esta tesis, la proporcionalidad respecto del injusto y de la culpabilidad, exigidas por la prevención general, marcarían un límite máximo que no sería dable sobrepasar tomando en consideración criterios de prevención especial. Como puede observarse, se deja completamente afuera a cualquier fin retributivo.

(17) HARFUCH, ANDRÉS, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Bs As, Ad-Hoc, 2013, p. 121, donde dice: “La audiencia de cesura se instituye para que, precisamente, la Defensa pueda controvertir, mediante prueba en contrario, todas las agravantes que valora la Fiscalía y para defenderse del monto de pena. También, para que incorpore todas las pruebas, que a su juicio, atenúen o eximan de pena...”.

(18) BIRRIEL MOREIRA, BIBIANA MARYS, *Una aplicación...*, op. cit., p. 79.

Para la **teoría del valor relativo**, a la hora de determinar en concreto una pena, es preciso estimar el valor que esta tenga en el momento preciso del proceso de determinación de que se trate. En un primer momento, habrá de establecerse el grado de culpabilidad tomando en cuenta fines meramente retributivos. En un segundo período, definido por la determinación del *quantum* de la pena, tomarán mayor valor cuestiones propiamente preventivas.⁽¹⁹⁾

Hörnle, en el marco de un aporte significativo por su originalidad, a la hora de determinar una pena ha previsto considerar una **perspectiva de la víctima** para facilitar la valoración de la severidad del delito dentro del marco de culpabilidad. Y esta severidad estará, según la autora, directamente relacionada con la especificación de la magnitud del daño —algo sobre lo que ya hemos hecho mención—, lo que sin embargo no implicaría basar las condenas en las preferencias de la persona individual victimizada por el delito.⁽²⁰⁾ Según Hörnle, esta percepción garantizaría estándares más precisos para las valoraciones severas sobre el daño producido por el delito y las circunstancias concomitantes del caso: la magnitud del daño estaría estrictamente relacionada con el efecto que el injusto penal genera en determinada víctima.

5 | El problema: la triste realidad

Hemos, hasta aquí, referido la innegable relación que existe entre los distintos modelos de determinación de la pena y los fines de la misma, es decir, aquellos desarrollos que, históricamente, han tratado de justificar la imposición del castigo estatal. También se ha hecho un breve repaso de algunos de los intentos teóricos que han intentado limitar la arbitrariedad de los modelos de graduación de la condena. Pero resulta claro que el trabajo que nos proponemos realizar no debería quedar anclado en la teoría si el fin último es generar una propuesta de cambio que pueda ser oída por quienes sientan que las cosas no están bien en la práctica. Como más adelante veremos con claridad, al analizar los datos estadísticos extraídos de un sector de la práctica tribunalicia contemporánea de nuestro país, pronto habrá que concluir que, en verdad, lo que hay es una total falta de criterios que permitan legítimamente medir la pena en concreto, aun dentro de determinada escala penal.

.....

(19) *Ibid.* p. 76.

(20) HÖRNLE, TATJANA, *Determinación...*, *op. cit.*, 79/81. La autora aclara específicamente que la frase "perspectiva de la víctima" no se refiere a otorgar un valor a la creciente participación de la víctima y sus familiares en los ámbitos mediáticos a fin de expresar sus emociones y aflicción personal.

La pena impuesta, así, aparece por arte de magia, como un enigma sin justificación que pareciera emanar de la sabiduría y magnificencia del juez, que le permite, en definitiva, traducir con exactitud la conducta criminal en los meses o años que correspondería aplicar al caso concreto. Esta es la sensación que surge ante la ausencia de una expresa mención del proceso mental, del camino lógico-deductivo que le ha permitido al magistrado arribar a tal o cual solución. Esta licencia pareciera verse justificada con la mención de fórmulas abstractas tales como “en razón de la cuantía del injusto se considera la pena justa a imponer”, u otras repetidas en buena parte de los fallos que más adelante estudiaremos. Lo importante ahora es preguntarse: ¿qué es esa cuantía del injusto? Este componente de entidad suficiente para justificar por sí la imposición de una sanción penal se envuelve en el más absoluto misterio, a punto tal que, de ordinario, no se explica si esa cuantía es baja o elevada o cómo se calcula. ¿Estamos en presencia de un injusto “poco injusto”, “algo injusto”, “muy injusto”?⁽²¹⁾ Puede aquí citarse a Bombini:

No sería aventurado sostener que el proceso de determinación judicial de la pena, ajeno a cualquier racionalidad jurídico-constitucional, parece resolverse en una compleja fusión de parámetros de valoración moralista del mayor o menor desprecio del autor por el hecho cometido o por su vida precedente por parte de los funcionarios intervinientes compensada por una racionalidad de neto corte burocrático que atiende a necesidades o comportamientos institucionales completamente extraños a aquellos criterios pensados como “deseables” desde el purismo dogmático.⁽²²⁾

Estamos, y es en rigor lo que este trabajo pretende dejar planteado como problema fundamental, ante un desorden de criterios o, más bien, frente un estado de falta de ellos, que es comúnmente aceptado en el sistema penal. Pareciera que existe un arraigo a prácticas que, de alguna manera, evidencian el mantenimiento de ciertos fines penales que —aunque no expresados— tienen pleno efecto en la falta de fundamentación judicial a la hora de establecer una pena determinada para un caso concreto.

.....

(21) GARIBADI, GUSTAVO; BELLAGIO, ANÍBAL y CASTRO, MARÍA DEL CARMEN, *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 72.

(22) BOMBINI, GABRIEL, *Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal*, *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, p. 13.

Tal falta de fundamentación viene dada por el amplio margen discrecional que otorga el código penal en esta materia, el cual suele confundirse con el “libre arbitrio judicial”, lo que precisamente favorece la imposición no debidamente fundada de penas, así como también —podemos arriesgar— ha desalentado la discusión teórica en torno a la determinación de la sanción penal. Es que, “si la determinación de la pena es el “feudo inexpugnable del juez”, ¿qué sentido tiene preguntarse acerca de cuáles son los criterios que se deben utilizar para llegar a una pena adecuada?”.⁽²³⁾ Este es un fantasma que debemos eliminar si pretendemos lograr algún cambio.

Tal vez la realidad práctica encuentre una razón de ser en la actual regulación de esta cuestión en el Código Penal. En este sentido, se presenta ante el juez un menú de posibilidades a tener en cuenta para determinar la cuantía de la pena concreta, pero, en rigor, la “ley nada dice respecto de la forma en que los factores deben relacionarse, cómo deben ser ponderados y a cuáles debe darse mayor o menor peso en la decisión”.⁽²⁴⁾

Resulta evidente que falta, al decidir la magnitud de la pena, la motivación del juez, que no es más que la exteriorización de la justificación racional de determinada conclusión jurídica. Tal como indica Díaz Cantón, no existirá motivación si no ha sido expresado en la sentencia el por qué de determinado temperamento judicial, “... aunque el razonamiento no exteriorizado hubiera sido impecable”.⁽²⁵⁾

Con lo hasta aquí expuesto estamos ya en condiciones de plantear la hipótesis sobre la que habrá de basarse el análisis estadístico que sigue. Ya hemos adelantado que al final expondremos conclusiones que deberán apreciarse considerando su carácter eminentemente preliminar. Antes de ello, habremos podido dilucidar si el modelo que nos trae el nuevo Anteproyecto de Código Penal puede cambiar las cosas tal como hoy se nos presentan ante la mirada atenta del investigador penal. Ahora, aquí debe asumirse que los criterios —y la falta de ellos— que entran en juego a la hora de determinar judicialmente la pena tienen estricta relación con los fines de la pena estatal. En el medio de esta relación no está otra cosa que la famosa antinomia entre prevención y retribución. Creemos que detrás de la falta total de criterios legítimos para

(23) ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Bs As, Ad-Hoc, 2005, p. 26.

(24) ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos...*, op. cit., p. 29.

(25) DÍAZ CANTÓN, FERNANDO, *La motivación de la penal y otros estudios: el control judicial de la motivación de la sentencia penal*, Bs As, Del Puerto, 2010, p. 99.

graduar la sanción penal hoy en día, en nuestro país se esconden prácticas e ideologías que guardan conexión con creencias específicas sobre el castigo y su finalidad. Por ahora recordemos las palabras de Cárcova: “En nuestra legislación penal el homicidio simple tiene una pena de ocho a veinticinco años de prisión. Entre ocho y veinticinco años, existen 50.000 posibilidades diversas de condena: ocho años y un día, ocho y dos días... Hay creación judicial cuando se escoge una determinada de esas 50.000 posibilidades...”.⁽²⁶⁾ Pero entonces, ¿qué determina la imposición de una pena y no otra, la elección de una de esas 50.000 posibilidades en el caso del homicidio? Bien, he aquí la cuestión. Este es el problema al que habremos de dedicarnos concretamente en las líneas que siguen.

6 | La práctica: ¿una falta de criterios?

Del análisis de un conjunto de 16 sentencias de debates orales y 20 correspondientes a juicios abreviados seleccionados entre Juzgados Correccionales y Tribunales Orales de la justicia nacional y provincial (departamentos judiciales de San Martín y San Isidro), pudimos apreciar la forma en la que se aplican judicialmente ciertos “criterios”, con particularidades e inconsistencias que son, por lo menos, llamativas. En lo que sigue haremos un análisis esquematizado de tales inconsistencias.

6.1 | Criterios que no son criterios

6.1.1. El repudio al mínimo legal. El enigma del punto de ingreso

En todos los casos de juicios abreviados estudiados, el acuerdo entre el fiscal por un lado, y el imputado y su defensa por el otro, establece una pena que se encuentra ligeramente por encima del mínimo, aunque más no sea por un mes o dos, incluso cuando las partes no han señalado atenuantes ni agravantes. Semejante rechazo por la pena mínima podría obedecer a una intención de simular determinado análisis del caso que, en verdad, es inexistente, como si sugerir el mínimo legal revelase falta de trabajo por parte del fiscal; o bien puede relacionarse con algún temor a despertar descontento en la sociedad ante la imposición de “penas bajas”. En fin, la ausencia de razonamiento alguno impide hacer más que especulaciones al respecto.

.....

(26) CÁRCOVA, CARLOS M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009, p. 158.

Pero no solo eso puede observarse, sino que, ante tal situación, en la mayoría de los fallos por vía abreviada analizados el juez termina estableciendo aquella pena motivo del acuerdo entre las partes. Si bien los casos en que no se computan agravantes resultan coherentes con las bajas penas impuestas, muchas veces tal pena resulta superior al mínimo y no se condice con la ausencia de agravantes y la presencia de atenuantes que trae aparejado el caso, que aconsejarían la imposición de la inferior sanción a que habilita el Código de fondo.⁽²⁷⁾ Dicho apartamiento del mínimo legal es justificado por los jueces únicamente en virtud de la sujeción a los términos del acuerdo, sin mayor fundamentación. Como si se tratara de la homologación de un simple convenio, el juzgador olvida que tiene la facultad de imponer una pena menor, en tanto las circunstancias del caso lo recomienden.

La razón que podría justificar una pena que exceda del mínimo legal, ante la ausencia de agravantes y la presencia de atenuantes, sería un **punto de ingreso** dentro de la escala penal que fuera superior al mínimo (por ejemplo, partir del término medio), por lo que, contando únicamente con atenuantes, estos harían disminuir la pena sin llegar necesariamente a la pena inferior prevista. Sin embargo, la mención al punto de ingreso brilla por su ausencia en los fallos en estudio. Fue evocado únicamente en cuatro en los cuales se dice que debe ingresarse por el mínimo de la escala penal, debiendo justificarse el motivo por el cual se aparta del mínimo.⁽²⁸⁾

6.1.2. De los atenuantes/agravantes

Así como predominantemente no existe mención al punto de ingreso, tampoco hay referencia al valor que se asigna a cada agravante y atenuante, lo que hace pensar que los mismos jueces desconocen el valor que están atribuyendo a cada uno y que el monto de pena resultante es un número que sobreviene sin mayor explicación, producto de la impresión causada por cada caso en el juez. Asimismo, hay fallos en los que la

(27) A modo de excepción, la sentencia en causa 2180 del Juzgado Correccional N° 5 de San Martín, de fecha 19/12/2012, "Lara, Mariano Nicolás s/ hurto agravado por escalamiento, en grado de tentativa", en la que el magistrado se aparta de la pena acordada para imponer el mínimo, ante la presencia únicamente de factores atenuantes.

(28) TRIB. ORAL CRIM. N° 9, causa 4041, "Lazarte, Roque Antonio y otros s/ robo agravado por su comisión con armas de fuego", del 03/04/2013 (juicio abreviado), y causa 3765, "Corrarello, Rodrigo Ezequiel y otro s/ homicidio agravado *criminis causae*...", del 26/09/2012, y TRIB. ORAL CRIM. N° 2, causa 3940/3980, "Espínola Cristaldo, Cristian David s/ homicidio...", del 11/09/2012.

mención a determinados atenuantes/agravantes es ambigua y confusa, sin llegarse a advertir si se los considera en uno u otro sentido.⁽²⁹⁾

En la mayoría de los juicios abreviados analizados, las partes no proponen atenuantes ni agravantes, condenando el juez en base a los parámetros del acuerdo. Dicha omisión se justifica diciendo que tales extremos no son propuestos por las partes, olvidando así el juzgador que tiene la potestad de incluirlos.⁽³⁰⁾ Sin embargo, en algunos otros casos en que las partes no proponen atenuantes, es el juez quien los introduce y meritúa.⁽³¹⁾

En el caso de un juicio abreviado, además, observamos la particularidad de que dos circunstancias personales de dos de los acusados, ciertamente opuestas,—en un caso, la presencia de hábitos laborales y en el otro, la ausencia de los mismos hábitos—, se computan como factores mitigantes, sin que se justifique dicha postura la sentencia.⁽³²⁾

6.1.3. Un atenuante extorsivo

En otro puñado de fallos se toma en consideración, como factor paliativo, el **sujetarse a la vía del proceso abreviado**.⁽³³⁾ Lo expuesto es bien curioso por una serie de razones. Es que, en realidad, dicho razonamiento —en principio— podría entenderse en los procesos regidos por el CPPN, cuyo art. 431 bis prevé como requisito del trámite abreviado la conformidad del imputado sobre la existencia del hecho y su participación en el mismo,

(29) Es el caso de la corta edad del causante en TRIB. ORAL CRIM. N° 9, causa 3765, “Corrarello...”, fallo cit.

(30) Se discute la posibilidad de introducir agravantes no propuestos en los casos de juicios abreviados o si sólo podría valorar atenuantes.

(31) Es el caso de la mencionada causa 2180 del JUZ. CORRECC. N° 5 SAN MARTÍN, 19/12/2012 (juicio abreviado); así como de las sentencias de debate en causas 2411 del JUZ. CORRECC. N° 4 SAN MARTÍN, “González, Facundo Luis Horacio s/ hurto agravado en grado de tentativa”, 12/11/2012, y causa 2291 “Luna, Claudio Julio s/ robo en grado de tentativa”, del 09/03/2012.

(32) TRIB. ORAL CRIM. N° 9, causa 4041, “Lazarte...”, fallo cit.

(33) TRIB. CRIM. N° 4, SAN MARTÍN, causa 3020, “Salina, Torres, Aráoz s/ Tráfico de estupefacientes en las modalidades de comercio y tenencia con fines de comercialización”, 25/03/2013; TRIB. CRIM. N° 1, SAN MARTÍN, causa 2635, “De Espada, Emanuel Esteban s/ robo agravado por el uso de arma de fuego...”, 01/12/2008 y causa 2754, “Lastra, Claudio Daniel s/ robo agravado por el uso de arma de fuego...”, 26/06/2009; TRIB. ORAL CRIM. N° 7, causa 2894/2975/2985, “Mitchell, Ezequiel Sebastián s/ robo reiterado en dos oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, y hurto en grado de tentativa”, 18/07/2008, en la que también se computa el no tratar de evadir la justicia, otro atenuante muy cuestionable que implica reducir la pena a quien, cometido el delito, simplemente actúa conforme a derecho.

además del acuerdo respecto de la calificación legal. De esta forma, se estaría mitigando la pena a aquel sujeto que, en razón de su temprana admisión de culpabilidad, permitiría economizar los recursos del Estado evitando la realización de un juicio, llegando al mismo resultado que un debate con veredicto condenatorio pero sin debate, es decir, ahorrando el proceso intermedio. Sin embargo, carece de asidero en el marco del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el que el acuerdo no implica tal admisión. En cualquier caso el fundamento es criticable. Por un lado, conlleva la idea de que se favorece a aquel que les ahorra trabajo a los operadores del Poder Judicial, que así se evitan la realización de un juicio oral y, por eso, premian a quien disminuye sus esfuerzos.

Pero por otro lado, y como argumento de mayor peso, la admisión de semejante atenuante implica la indirecta violación del **derecho constitucional de no ser obligado a declarar en contra de uno mismo** (art. 18 CN) ya que, si se otorgan beneficios a quien pacta su condena sin llegar a juicio (y en el caso de la nación, quien además admite su responsabilidad), se estandarizan penas más severas para quien decide no pactar y es finalmente condenado. Esto equivale a una suerte de extorsión que incentiva los acuerdos, y constituye, si se quiere, una consecuencia más bien inquisitiva del juicio abreviado, cuestión paradójica en el marco de un instituto importado del sistema norteamericano, que es predominantemente acusatorio.⁽³⁴⁾

6.1.4. Puros formalismos

Como fundamento de la pena a imponer, en todos los casos se hace mención a expresiones como “la cuantía del injusto” —esa entidad misteriosa que tanto nos preocupa—, a la “equidad y justicia”, o “por haber tomado en consideración las pautas de los arts. 40 y 41 CP”; pero al no brindarse explicación alguna sobre los razonamientos aplicados, terminan siendo expresiones vagas e imprecisas, fórmulas vacías que vienen a cumplir una función puramente formal dentro de la sentencia.

6.1.5. Criterios que desconocen el principio de culpabilidad

En algunos casos, los jueces consideran como elementos mitigantes la **buena impresión causada por el imputado en la audiencia de visu del**

(34) El criterio que presentamos aquí fue receptado por el TRIB. CASAC. PENAL, Bs. As., Sala I, causa 876, “Chanquia, Heber Manuel s/Recurso de casación”, 10/08/2000: “La sujeción al procedimiento abreviado que importa aceptación de la requisitoria del acusador sin debate, debe operar como atenuante a la hora de graduar la sanción penal”.

art. 41 CP,⁽³⁵⁾ así como el haber manifestado en la misma su **voluntad de mejorar su situación actual** y adecuarse a las normas sociales, ello reflejado en el hecho de estar trabajando en el centro de detención como así también encontrarse realizando cursos de capacitación a fin de complementar su nivel de estudio.⁽³⁶⁾ Todos estos criterios, a los que podemos sumar el **buen concepto vecinal**, comúnmente empleado por los jueces,⁽³⁷⁾ tan diversos entre sí, tienen en común su desconexión con el juicio de reproche relacionado con el momento del hecho e implican, por consiguiente, también una violación al **principio de igualdad** (art. 16 CN). En el caso de la buena impresión causada en la audiencia, se trata de una cuestión que es posterior al hecho, y se vincula más con el azar o con condiciones de la personalidad del imputado, como ser el carisma o su apariencia, que implican más bien pautas propias de un **derecho penal de autor**. En igual orden de ideas, entre las pautas que suceden al hecho, podemos mencionar el **comportamiento posterior** considerado como factor agravante en algunos fallos,⁽³⁸⁾ “al no haber intentado (el autor) remediar de algún modo el daño ocasionado”. Criterio que podría entenderse violatorio del principio de culpabilidad, al tomar en consideración circunstancias ulteriores a la comisión del delito. En el caso específico del “concepto vecinal”, estamos en presencia de un criterio anterior al hecho pero que también tiene parentesco con la suerte o características de la personalidad del enjuiciado. Mientras que un tercer grupo guarda relación con pautas que, siendo posteriores al hecho, tienen en miras el fin resocializador de la pena —encontrarse trabajando y/o estudiando, el arrepentimiento—.

En las antípodas, encontramos una sentencia⁽³⁹⁾ en la que no se otorga valor alguno a la conducta procesal del imputado ni al pedido de perdón durante el juicio, ya que “la conducta procesal no solo deja intacta la culpabilidad

(35) JUZ. CORRECC. N° 5 SAN MARTÍN, fallo cit., sentencia en causa 2180.

(36) Es el caso de la sentencia de juicio abreviado en la causa 3815, TRIB. ORAL CRIM. N° 22, “Cadiu, Horacio Eugenio s/ robo agravado...”, del 10/07/2012. En igual sentido, la sentencia en la causa 3566 del mismo tribunal, “Cardozo s/portación ilegítima de arma de guerra”, 05/12/2011, en la que se valora el arrepentimiento evidenciado por el causante.

(37) TRIB. CRIM. N° 4, SAN MARTÍN, “Malanca, Mónica Beatriz s/ homicidio en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades, en concurso real entre sí”, 10/06/2013, sentencia de debate en causa 3217.

(38) JUZ. CORRECC. N° 4, SAN MARTÍN, “Antonicelli, Carlos Antonio s/ defraudación”, 01/10/2012, sentencia en causa 2287.

(39) TRIB. ORAL CRIM. N° 9, causa 3765, fallo cit.

por el hecho, sino que, antes bien, tampoco modifica la extensión del daño o peligro que fundamentan el injusto”, en el entendimiento de que deben valorarse únicamente las circunstancias ocurridas al momento de comisión del delito, en virtud del principio de culpabilidad.

Sumamente curioso es el ejemplo que brinda otra de las sentencias,⁽⁴⁰⁾ en la que se consideró como atenuante el hecho de no tener problemas con las drogas ni con el alcohol, siendo que lo más usual entre los magistrados es contemplar como tal la situación inversa, es decir, la existencia de problemas con dichas sustancias, por evidenciar una disminución en la culpabilidad por mera motivación positiva y por ende, menor reproche. La tesis adoptada por el tribunal se acerca más a criterios de índole moral. De entenderse acertada esa postura, deberían atenuarse todos los delitos perpetrados por quienes no padecen problemas de adicciones, lo que, a su vez, agravaría las respuestas punitivas hacia los adictos.

6.1.6. Algunos atinos y desatinos en referencia al *ne bis in idem*

Como punto a favor del criterio de los magistrados, podemos referirnos a un conjunto de casos en los que, ante la propuesta por parte del fiscal de considerar como agravante la existencia de **antecedentes penales** del imputado, el juez se aparta de tal criterio entendiendo que ello implicaría violentar la garantía de *ne bis in idem*. Esta posición podemos observarla en dos de los fallos relevados,⁽⁴¹⁾ mientras que en otro también se rechazó la propuesta fiscal pero con el fundamento de que la existencia de antecedentes no implica un aumento en la reprochabilidad del autor por el hecho cometido, empleando como límite el principio de culpabilidad (arts. 18 y 19 CN) y considerando que lo contrario implicaría “avanzar hacia el terreno del derecho penal de autor”.⁽⁴²⁾

No obstante, en uno de los casos estudiados se incurre en un *bis in idem* al computar como factor de aumento de pena la existencia de antecedentes condenatorios “con la misma modalidad delictiva, demostrando así

(40) TRIB. ORAL CRIM. N° 22, causa 3566, fallo cit.

(41) JUZ. CORRECC. N° 2, SAN MARTÍN, “Guglioto, Guillermo José s/ violación de domicilio”, 17/09/2009, sentencias en juicios abreviados en causa 945; y causa 2180, JUZ. CORRECC. N° 5, SAN MARTÍN —citada *ut supra*—, aunque en el segundo, los antecedentes serían materia de unificación de pena, por lo que el doble juzgamiento hubiese sido evidentemente más grosero.

(42) JUZ. CORRECC. N° 3, SAN MARTÍN, “Alonso, Juan Marcelo s/ tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil”, 05/04/2013, causa 2453 (juicio abreviado).

su reiteración delictiva y de carácter habitual". Así, no solo se violenta la mencionada garantía sino que además se adopta un criterio propio de **derecho penal de autor**.⁽⁴³⁾ Otra evidente violación al principio de *ne bis in idem* se aprecia en la sentencia en la que, ante un hurto agravado por tratarse de vehículo dejado en la vía pública, en grado de tentativa, el juez recoge la agravante propuesta por el fiscal —un automóvil estacionado en la vía pública—, sin advertir que ese factor es ya un agravante calificativo.⁽⁴⁴⁾

Es destacable el criterio de otra sentencia en la que el fiscal no propone explícitamente agravantes, aunque se aparta de la pena mínima de la escala penal basándose en el hecho de que los imputados registraban antecedentes penales por delitos similares, y que, aunque tal circunstancia no debía computarse como agravante ya que las condenas previas incidirían en la unificación de pena, luego sostiene que "ello hace más gravosa su conducta": un razonamiento que el juez acertadamente critica por insuficientemente motivado y por contradictorio. Sin embargo, el propio juez, a renglón seguido, tras haber votado de manera negativa a la cuestión de las agravantes, al momento cuantificar de la pena se aparta del mínimo legal por el hecho de que los sujetos tuvieron el poder de disposición de dos armas. Algo que entiende "una circunstancia que hace el injusto un peldaño más grave que si se hubiese hallado un solo arma". Lo expuesto deja entrever una creencia de que el injusto puede aumentar por sí solo pese a la declarada inexistencia de agravantes, entre las que cuentan las vinculadas a la culpabilidad y, precisamente, al injusto.⁽⁴⁵⁾

7 | La revisión judicial del *quantum* punitivo

Antiguamente se entendía que la determinación del monto de pena a aplicar era facultad exclusiva de los jueces de mérito, exenta de cualquier tipo de control. Sin embargo, hoy en día se ha empezado a admitir cierta supervisión por vía del tribunal revisor, aunque de manera muy tímida o limitada, con

(43) TRIB. CRIM. N° 7, SAN MARTÍN, causa 986, "Arce, Francisco Javier y otros s/ robo calificado...", 07/10/2010.

(44) Es el caso de la mencionada sentencia de debate en causa 2411, JUZ. CORRECC N° 4, SAN MARTÍN, 12/11/2012.

(45) JUZ. CORRECC. N° 2, SAN MARTÍN, "Colangelo, Gastón Maximiliano y otro s/ tenencia ilegal de arma de guerra", 21/11/2011, causa 1243.

más reparos que otra cosa, y evitando verdaderas adopciones de posición al respecto. De hecho, cada vez que la CSJN ha comenzado a discutir criterios relacionados con los arts. 40 y 41 CP ha dejado claro que “el ejercicio de la facultad de los jueces de la causa para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepan decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48...”.⁽⁴⁶⁾ Lo mismo puede advertirse en sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Casación Penal y de la Provincia de Buenos Aires. Así, han expresado que “Si bien la determinación de la pena debe ser necesariamente fundada y no podría aceptarse que se trate de una cuestión inherente a la arbitrariedad de los jueces, siendo conveniente que éstos fijen con claridad cuáles son las circunstancias fácticas y los criterios normativos que tienen en consideración, constituye una facultad inherente a los jueces de grado”.⁽⁴⁷⁾

7.1 | El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires

7.1.1. El punto de ingreso

La Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As., afirmó que:

Salvo supuesto excepcionales de notoria desproporción o irracionalidad, el remedio casatorio que se limita a tildar de excesivo el monto de la pena escogido por el a quo resulta improcedente [y agregan, mencionando una cita de autoridad] (...) Debo señalar que la Suprema Corte de Justicia ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal y también ha sostenido que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 CP, como así mismo que no existe punto de ingreso a la escala penal.⁽⁴⁸⁾

(46) CSJN, “Miara, Samuel y Castillo de Miara, Beatriz s/ suposición de estado civil”, 15/07/1997, Fallos: 320:1463.

(47) TRIB. CASAC. PENAL, Bs.As., Sala 2, “I. A. G s/ Recurso de casación”, 29/06/2010.

(48) TRIB. CASAC. PENAL, Bs.As., Sala 4, “O., M. A. s/ Recurso de Casación interpuesto por agente fiscal”, 11/06/2013.

7.1.2. La falta de arrepentimiento por las conductas desplegadas

La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires,⁽⁴⁹⁾ se expidió respecto al arrepentimiento del autor en cuanto a que

... no puede ser concebido como una finalidad del sistema penal ni una actitud del inculpado que deba fomentar el Estado, ni a ello debe tender el fin de la pena, porque no sería lícito que el derecho penal trate de modificar la estructura de la personalidad, los sentimientos o las ideas del ser humano sometido a proceso, por el contrario debe respetar su autodeterminación, derivada de una concepción antropológica que lo concibe como un ser libre, pero ello no implica que el derecho penal no pueda mirar adentro de ese hombre para enriquecer el juicio de valor sobre su culpabilidad o, en el caso, apreciar el arrepentimiento verdadero como pauta de atenuación de la pena, en cuanto demuestre la internalización del respeto por las normas y los valores vigentes.

Sin embargo, terminan aceptando valorar cierto tipo de arrepentimiento, con fines preventivos:

Considero necesario escindir la cuestión del arrepentimiento como propensión normativa que por razones religiosas, morales o políticas busque la expiación del condenado ingresando ilegítimamente en el ámbito de su libertad interna, de aquellas otras circunstancias que debidamente acreditadas demuestren un arrepentimiento espontáneo y sincero, según la apreciación de los jueces, porque ese sentimiento si bien no necesariamente produce la internalización de las normas, proceso psíquico mucho más complejo, configura una base o factor que deberá contribuir a la resocialización del autor.

7.1.3. La reincidencia como agravante

La Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As.,⁽⁵⁰⁾ entendió que “la valoración como agravante de los antecedentes condenatorios del inculpado, no implica transgresión legal alguna ni puede considerarse consecuencia de la adopción de criterios propios de un derecho penal de

(49) TRIB. CASAC. PENAL, Bs.As., Sala 2, “I. A. G...”, fallo cit.

(50) TRIB. CASAC. PENAL, Bs.As., Sala 5, “E. C. D. s/ Recurso de casación”, 03/10/2013.

autor". Entre otros fundamentos, refiere que nuestra ley penal recepta expresamente la circunstancia como pauta genérica para determinar la pena, en el art. 41 CP (se refiere a las "reincidencias y demás antecedentes"), y tal previsión no puede reputarse lesiva de principios de mayor jerarquía, como el de culpabilidad por el acto. Luego, concluye que no resulta afectado el principio de culpabilidad, desde que

... quien al haber cometido delitos anteriores ha sufrido una pena y conoce las consecuencias derivadas de haber delinquirido, cuenta en su experiencia vital con una vivencia que debiera facilitar el comportamiento debido, de manera que importa una mayor culpabilidad la indiferencia hacia ese conocimiento [y afirma] El agravamiento no deriva entonces de reprocharle al imputado su personalidad, sino de la mayor culpabilidad por el nuevo hecho proveniente del desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien ya conoce en que consiste la pena por haberla sufrido.

8 | Hacia una nueva dogmática de la determinación judicial de la pena

8.1 | Algunas consideraciones relativas al Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Arts. 40 y 41 CP	Art. 18 Anteproyecto CP
<p>Artículo 40:</p> <p>En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.</p>	<p>Artículo 18: Fundamentos para la determinación de la pena</p> <p>I. La pena se determinará conforme a la culpabilidad por el ilícito, para lo cual se tendrá en cuenta:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del daño o peligro causados. b. La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho, la capacidad de decisión en la situación concreta y la calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir. <p>2. Por regla general, serán circunstancias atenuantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Ser menor de veintiún años o mayor de setenta al momento de la ejecución del hecho. b. Cualquier padecimiento que disminuya considerablemente las expectativas de vida.

Arts. 40 y 41 CP

Art. 18 Anteproyecto CP

Artículo 41:

A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

- c. Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.
 - d. Actuar por motivos valiosos que no eximan de responsabilidad.
 - e. Las consecuencias lesivas considerables que hubiere sufrido el autor o participe como resultado de la ejecución del hecho.
 - f. Haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito.
 - g. El comportamiento espontáneo posterior al delito, que revele su disposición a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto.
 - h. La cooperación en el esclarecimiento del hecho.
 - i. Las previstas en los incs. 2° y 3° del art. 19, cuando no se verificaren suficientemente los requisitos para la aplicación de aquellas disposiciones.
3. Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad:
- a. La pluralidad de agentes.
 - b. La alta organización.
 - c. La indefensión de la persona o del bien jurídico afectados.
 - d. Valerse de la condición de autoridad pública o de una relación de superioridad o confianza.
 - e. Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias.
 - f. Actuar con crueldad o inferir grave dolor físico o moral a la víctima.
 - g. Provocar daños o perjuicios innecesarios en la ejecución del hecho.
 - h. Valerse de un menor de catorce años o de una persona incapaz.
4. En todos los casos serán circunstancias de máxima gravedad:
- a. Valerse de un alto grado de conocimiento técnico, idóneo para producir destrucción o peligro masivo para la vida o la integridad física.
 - b. La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.
 - c. Valerse de una función relevante en una asociación ilícita de alta organización y complejidad o de una función de mando en empleo público, en la comisión de hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.
5. No se considerarán circunstancias agravantes las constitutivas de la descripción legal del hecho.
6. El juez deberá fundar la pena en forma precisa y circunstanciada conforme a los criterios señalados en este artículo, bajo pena de nulidad.

Como puede advertirse, son múltiples las precisiones que incorpora el art. 18 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/2012; en adelante, Anteproyecto). Entre las más relevantes podemos destacar que dispone expresamente que la pena se determinará conforme a la culpabilidad por el hecho, y que suprime el uso de la palabra peligrosidad del vigente art. 41 CP.

En la "Exposición de motivos"⁽⁵¹⁾ se explica que el propósito fundamental de su inclusión fue indicarle al juez pautas y criterios orientadores que debe valorar al momento de dictar sentencia. Ello en virtud del sistema de penas relativas y de amplio margen discrecional, vigente en nuestro ordenamiento. De allí que, en los incs. 2 y 3 del art. 18 Anteproyecto se haya optado por emplear la fórmula "por regla general" para indicarle los criterios que usualmente son indicadores de menor o mayor gravedad de la culpabilidad (atenuantes o agravantes), aunque dejándole la posibilidad de no considerarlos si resultaran irrelevantes en las circunstancias del caso en concreto. El Anteproyecto, toma como referencia la fórmula alemana.⁽⁵²⁾

Otro de los propósitos de la inclusión del art. 18 Anteproyecto fue ordenar las confusas expresiones del vigente art. 41 CP, cuya redacción sintética, en la práctica, devino en arbitrariedad. Señalan en la "Exposición de motivos" que "ninguna sentencia justifica ni explica la elección de determinada pena dentro del marco legal" y que "muy pocos renglones y fórmulas sacramentales y reiteradas, son las que se dedican a explicar por qué se pena con veinte y no con ocho años un homicidio, y menos aún cuando se trata de delitos menores".⁽⁵³⁾

(51) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 85.

(52) *Código Penal Alemán*, C. López Díaz (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999. "Título II. Fijación de la pena § 46. Principios de la fijación de la pena. (1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad. (2) En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular: los móviles y objetivos del autor, el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho, la medida de la violación al deber la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho, los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr una acuerdo con la víctima. (3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal".

(53) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, "Exposición de motivos", *op. cit.*, p. 84.

Nótese que, si bien no resuelve acabadamente el problema de la arbitrariedad, en la práctica, su inclusión acortaría el margen de discrecionalidad, exigiendo asimismo una completa fundamentación de los motivos por los que se llega a determinada pena y no a otra. Veamos en detalle cada inciso incorporado y los fundamentos expuestos por la Comisión para ello.⁽⁵⁴⁾

8.2 | Principios generales

El art. 18 del Anteproyecto, establece en su inc. 1, que “La pena se determinará conforme a la culpabilidad por el ilícito...”. De este modo, incorpora expresamente el principio general según el cual la pena se cuantifica conforme a la culpabilidad y no a la personalidad del autor. Se trata de un concepto normativo de culpabilidad. El reproche penal debe concretarse al hecho: se reprocha por el ilícito cometido y no por la persona del infractor.

Luego, indica el primer criterio a tener en cuenta: la gravedad del ilícito o injusto penal (conducta típica y antijurídica). Una vez establecido el injusto, deben tomarse en cuenta tres criterios básicos para valorar el grado de reproche:

1. la comprensión de la criminalidad del injusto (y el distinto grado de comprensión);
2. las circunstancias que rodearon la conducta y que pudieron condicionar el ámbito de autodeterminación del autor;
3. los motivos que lo llevaron a delinquir.

Estos tres criterios deben tenerse en cuenta en la valoración del reproche, y hacen a la culpabilidad siempre que no sean contemplados expresamente en el tipo legal.

8.3 | Circunstancias atenuantes

1. **“Ser menor de veintiún años o mayor de setenta al momento de la ejecución del hecho”** (art. 18, inc. 2.a, Anteproyecto). La edad es uno de los criterios que señala el art. 41 CP vigente, sin expresar ni qué edad, ni si esta

.....
(54) *Ibid.*, p. 85 y ss.

opera como agravante o atenuante. En la "Exposición de motivos" se explica que la edad menor de los veintiún años opera como atenuante en virtud de que la madurez emocional no se completa usualmente hasta esa edad. Por su parte, la edad mayor de setenta años puede ser considerada como atenuante por la mayor vulnerabilidad física en que se encuentra la persona, que suele sentirse más amenazada por múltiples razones, lo que reduce su ámbito de autodeterminación. Además, sus expectativas de vida a esa altura son menores, con lo cual la pena medida en tiempo lineal no se ajusta a la parte de existencia que le sustrae la pena, en comparación con otra persona joven o de mediana edad.

2. **"Cualquier padecimiento que disminuya considerablemente las expectativas de vida" (art. 18, inc. 2.b, Anteproyecto).** Hay padecimientos que disminuyen considerablemente las expectativas de vida de las personas. En tales casos, la pena medida en tiempo lineal también resulta desajustada en proporción a lo que la persona vivencia como existencia. Por otra parte, existen padecimientos en los que una pena muy larga constituye un agravamiento por efecto depresivo que incide sobre el sistema inmunológico de la persona.
3. **"Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" (art. 18, inc. 2.c, Anteproyecto).** No existe ni ha existido ninguna sociedad completamente igualitaria en cuanto a espacio social de realización personal. Por ello, la parte del espacio social de que no pudo disponer el agente en relación a otros ciudadanos, configura una co-culpabilidad del conjunto, que no pueda cargarse a su cuenta.
4. **"Actuar por motivos valiosos que no eximan de responsabilidad" (art. 18, inc. 2.d, Anteproyecto).** Entiende la Comisión que "así como las motivaciones despreciables aumentan el reproche por el hecho, los motivos valiosos los deben disminuir". Y agrega que algunos delitos puede ser cometidos motivados en razones de solidaridad, piedad u otras razones semejantes, y aunque sean mal entendidas, deben ser adecuadamente relevadas por el juez.
5. **"Las consecuencias lesivas considerables que hubiere sufrido el autor o partícipe como resultado de la ejecución del hecho" (art. 18, inc. 2.d, Anteproyecto).** No se trata de supuestos de penas naturales (previstos en el artículo siguiente del Anteproyecto y de carácter excepcional), sino de aquellos casos en que el agente, si bien no sufre una lesión de tal consideración que pueda ser calificada de pena natural, sufre considerables consecuencias lesivas y dolorosas que, de alguna manera, son una suerte de pena natural parcial. Si con la pena se trata de provocar una contramotivación, sin duda que la lesión sufrida forma parte del dolor que conduciría a ese objetivo.

6. **“Haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito” (art. 18, inc. 2.d, Anteproyecto).** No siempre el desistimiento tiene éxito, pero el esfuerzo serio por desistir voluntariamente, de parte del autor o del cómplice, no debe ser ignorado totalmente por el derecho penal a la hora de individualizar la pena. Cualquiera sea la naturaleza del desistimiento, discutida en la doctrina por cierto, debe valorarse al menos como circunstancia de menor reproche.
7. **“El comportamiento espontáneo posterior al delito, que revele su disposición a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto” (art. 18, inc. 2.g, Anteproyecto).** No se trata del simple arrepentimiento del agente, sino su concreta voluntad de mitigar sus consecuencias, lo que de todas maneras debe ser estimulado. Si bien es una conducta posterior a la del tipo, no puede negarse que forma parte de la totalidad fáctica del conflicto y, en buena medida, puede significar un aporte a su solución, lo que, por otra parte, no afecta a la legalidad, dado que solo puede operar en beneficio del agente.
8. **“La cooperación en el esclarecimiento del hecho” (art. 18, inc. 2.h, Anteproyecto).** Tampoco se trata de un arrepentimiento —y menos de una transacción para obtener menor pena—, sino de un indicio de menor reprochabilidad por el hecho mismo. Quien coopera, al igual que quien procura mitigar la lesión, está demostrando de alguna manera un cierto grado de irreflexión en la anterior conducta comisiva, lo que si bien no lo exculpa, al menos indica una menor necesidad de contramotivación.
9. **“Las previstas en los incs. 2° y 3° del art. 19, cuando no se verificaren suficientemente los requisitos para la aplicación de aquéllas disposiciones” (art. 18, inc. 2.i, Anteproyecto).** Las circunstancias de los incs. 2° y 3° del art. 19 Anteproyecto⁽⁵⁵⁾ pueden darse en forma incompleta. Sin embargo, pueden presentar algunas particularidades que sean susceptibles de ser consideradas para la graduación de la pena dentro de los límites de la escala legal.

8.4 | Circunstancias agravantes

1. **“La pluralidad de agentes” (art. 18, inc. 3.a, Anteproyecto).**
2. **“La alta organización” (art. 18, inc. 3.b, Anteproyecto).**
3. **“La indefensión de la persona o del bien jurídico afectados” (art. 18, inc. 3.c, Anteproyecto).**
4. **“Valerse de la condición de autoridad pública o de una relación de superioridad o confianza” (art. 18, inc. 3.d, Anteproyecto).** Estas cuatro primeras

.....

(55) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 343.

circunstancias, obedecen al hecho de que el sujeto pasivo o el bien jurídico se hallan en una situación de inferioridad o indefensión o, por lo menos, de mayor vulnerabilidad. Esto sucede, por ejemplo, cuando media una pluralidad de agentes y están organizados. En la "Exposición de motivos" se aclara que no cualquier organización puede tomarse en cuenta, sino solo la alta organización, capaz de generar o neutralizar las defensas o resistencias de la víctima. La indefensión, puede darse en cualquier delito y reconoce grados. Los bienes librados a la confianza pública son más vulnerables a delitos contra la propiedad y la libertad es mucho menos defendible, cuando se trata de delitos cometidos por quienes ejercen una autoridad pública.

5. **"Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias"** (art. 18, inc. 3.e, Anteproyecto). Cuando la motivación repugna a los sentimientos medios culturalmente compartidos, la culpabilidad es mayor que en los casos en que no presentan esas características que la hacen repudiable. En igual sentido, la motivación dada por razones políticas, ideológicas o religiosas o por prejuicios, agrava la culpabilidad. En la exposición, se aclara que no se trata necesariamente de crímenes de odio, aunque los abarca.
6. **"Actuar con crueldad o inferir grave dolor físico o moral a la víctima"** (art. 18, inc. 3.f, Anteproyecto). Todos los delitos importan una cuota de dolor que es propia de la respectiva lesión al bien jurídico, y que puede ser física o moral, directa o indirecta (producto de alguna privación), pero el modo de actuación puede conllevar una cuota de dolor que exceda esta medida en forma de innecesaria crueldad. El robo simple, por ejemplo, puede ir acompañado de un innecesario maltrato, humillación o subestimación de la persona, el daño puede conllevar el sentido de un dolor moral por destrucción de una cosa de alto valor afectivo, la estafa puede ir acompañada de la burla a la víctima, etc.
7. **"Provocar daños o perjuicios innecesarios en la ejecución del hecho"** (art. 18, inc. 3.g, Anteproyecto). La ejecución de un delito conlleva daños o perjuicios, pero cuando estos no resultan necesarios o exceden el marco de un plan de ejecución usualmente adecuado a su consumación, el injusto es necesariamente mayor y esta circunstancia debe ser tomada en cuenta. No se trata del mismo caso que el anterior, pues el mayor daño no necesariamente debe provocar mayor dolor. Por ejemplo, cuando alguien para apoderarse de una cosa ajena dentro de un vehículo, arranca la puerta en lugar de forzarla.
8. **"Valerse de un menor de catorce años o de una persona incapaz"** (art. 18, inc. 3.h, Anteproyecto). El empleo de estas personas, especialmente vulnerables, para cometer delitos, casi siempre genera un riesgo para ellas que si bien no siempre es físico, puede comprometerlas en problemas policiales y/o judiciales. Sobre este apartado, cabe una aclaración, el Anteproyecto ha suprimido el actual art. 41 quater CP, que incrementa la escala penal en un tercio del mínimo y del máximo, cuando alguno de los delitos sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad.

8.5 | Circunstancias de máxima gravedad:

A diferencia de los incisos 2 y 3 del art. 18 Anteproyecto, en este no se expresa que estas circunstancias lo son “por regla general”. Los jueces deben considerarlas siempre como tales, sin admitir excepciones, salvo las que eventualmente puedan derivar de los principios del inciso 1 del citado artículo (naturaleza y gravedad del hecho; magnitud del daño o peligro causados; mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho; capacidad de decisión en la situación concreta y calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir).

1. **“Valerse de un alto grado de conocimiento técnico, idóneo para producir destrucción o peligro masivo para la vida o la integridad física” (art. 18, inc. 4.a, Anteproyecto).** La moderna tecnología pone cada día al alcance de mayor número de personas conocimientos que son capaces de producir masacres y catástrofes de magnitud, es decir, lesión masiva de bienes jurídicos. No se refiere a aquellos delitos en perjuicio de la seguridad pública, ya que en ciertos casos, pueden emplearse para cometer delitos contra particulares, pero que generan o pueden generar peligro común. Quien resulta depositario de conocimientos altamente técnicos y los utiliza para cometer un delito, revela una culpabilidad mayor que el común de las personas, pues precisamente se trata de hechos que resultan personalmente más reprochables en función de la especial capacidad del sujeto activo.
2. **“La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual” (art. 18, inc. 4.b, Anteproyecto).** El común de los hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, importan cierta dosis de crueldad inherente a la propia tipicidad, pero es innegable que hay hechos de esta naturaleza en que aparece una crueldad inusitada. No se trata necesariamente de circunstancias que califican el hecho, sino de características del medio empleado, del modo de comisión, o bien de la misma vulnerabilidad de la víctima. La crueldad con que actúa el sujeto —sea por el medio o por la forma— aumenta el reproche penal, o sea, su culpabilidad.
3. **“Valerse de una función relevante en una asociación ilícita de alta organización y complejidad o de una función de mando en empleo público, en la comisión de hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual” (art. 18, inc. 4.c, Anteproyecto).** En el caso de las asociaciones ilícitas de alta organización y complejidad, corresponde un reproche mayor a quienes cumplen funciones de relevancia —administradores, jefes, organizadores, etc.—, en particular cuando se trata de delitos dolosos contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad sexual. De igual modo, quienes se valen de una función de mando en empleo público y utilizan los medios que el Estado pone bajo su mando, para lesionar a la personas.

Finalmente, los incs. 5 y 6 del art. 18 Anteproyecto determinan que “No se considerarán circunstancias agravantes las constitutivas de la descripción legal del hecho” y que “El juez deberá fundar la pena en forma precisa y circunstanciada conforme a los criterios señalados en este artículo, bajo pena de nulidad”.

Con el primero de ellos, se busca evitar la doble agravación de un delito: la circunstancia que está expresamente prevista como agravante no puede valorarse dos veces respecto del mismo hecho. No obstante, nada impide que si la circunstancia señalada en el tipo admite grados o niveles, estos sean valorados a la hora de individualizar la pena, pues en tal caso no media una doble valoración, sino que se trata de la precisión de una única desvaloración.

El inc. 6° parece innecesario. Sin embargo, la Comisión entendió que su prescripción expresa resultaba imprescindible. En este sentido, refieren que: “Una sentencia condenatoria que no fundamente la pena no tiene fundamento y, por lo tanto es arbitraria y, por ende, debe ser anulada”.⁽⁵⁶⁾

8.6 | La revisión de las sentencias en materia de determinación judicial

El Anteproyecto dispone en su art. 20, inc. 1, que “La determinación de la pena conforme a las pautas de los dos artículos precedentes, será susceptible de revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias habilitadas respecto de la condenación, de acuerdo con lo que regulen las leyes pertinentes”.

Su inclusión implica una enorme mejora en materia de revisión ya que durante mucho tiempo se entendió que la determinación del monto de pena a aplicar era facultad exclusiva de los jueces de mérito, exenta de cualquier tipo de control, y, si bien tal criterio se ha ido modificando en los últimos tiempos, la lectura de las distintas sentencias permite advertir que los jueces revisores se comprometen con timidez en el asunto, con más reparos que tomas de posición.

(56) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, “Exposición de motivos”, *op. cit.*, p. 91

9 | Una mirada al sistema norteamericano

9.1 | Un breve análisis del sistema de determinación de penas en Estados Unidos

Si bien hasta aquí hemos hecho un examen de la situación teórica y práctica del panorama nacional respecto de las particularidades y problemas que se presentan a la hora de establecer, no ya sistemas o modelos, sino criterios para determinar judicialmente la pena, creemos oportuno, para dar un cierre al presente trabajo, ofrecer una aproximación al sistema de determinación de la pena imperante en los Estados Unidos. El mismo presenta ciertas particularidades que lo diferencian claramente de los sistemas continentales. En particular, la legitimación de los acuerdos entre fiscal, defensor y Juez acerca de la pena a aplicar (llamado *plea bargaining*) y la restricción posterior (01/11/1987) de estos acuerdos a través de lineamientos estrictos acerca de las penas a aplicar según el hecho (*sentencing guidelines*), con el consiguiente acercamiento a un sistema de "penas tasadas".⁽⁵⁷⁾

9.1.1. Las *sentencing guidelines*.

Los jueces federales de EEUU deben considerar, al momento de dictar sentencia, ciertas directivas que otorgan rangos de determinación acotados, basándose tanto en la magnitud del crimen como en las particularidades del imputado y sus antecedentes.

Las *Federal sentencing guidelines* son reglas elaboradas por la U.S. Sentencing Commission (USSC). Dicha comisión forma parte del Poder Judicial de los EEUU. Entre sus propósitos se encuentran establecer políticas y prácticas para la elaboración de sentencias dictadas por tribunales federales, incluidas ciertas directrices que puedan consultarse respecto al monto de pena apropiado a imponer a aquellos delincuentes condenados por delitos federales. Asimismo, asesora y asiste al Congreso y al Poder Ejecutivo en el desarrollo de políticas en materia de seguridad. Finalmente, recoge, analiza, investiga y distribuye una amplia gama de información sobre cuestiones de delitos federales y sentencias, que sirve como fuente de información para el Congreso, el Poder Ejecutivo, los tribunales, la comunidad académica y la sociedad en general.⁽⁵⁸⁾

(57) ZIFFER PATRICIA S., *Lineamientos...*, op. cit., p. 187.

(58) Ver [en línea] <http://www.ussc.gov/about>

9.1.2. El funcionamiento de las guías y la llamada *sentencing table*

Las guías para la elaboración de sentencias tienen en cuenta tanto la gravedad del delito como los antecedentes del acusado. La gravedad del delito se mide en cuarenta y tres niveles. Cuánto más grave sea el hecho, mayor será el nivel.⁽⁵⁹⁾

A cada delito se le asigna un nivel base, que funciona como punto de partida. Por ejemplo, a la violación de domicilio se le asigna un nivel base de 4, en tanto el secuestro tiene un nivel base de 32. No obstante, cada tipo legal normalmente lleva consigo una serie de características específicas. Estas particularidades varían de delito a delito y pueden aumentar o disminuir el nivel básico y, en definitiva, el monto de pena que el condenado recibirá.

Por ejemplo, cuando el robo (que tiene un nivel base 20), se realiza con el uso de un arma de fuego, si el arma se exhibió durante el robo, el nivel básico se aumenta en 5 niveles, dando por resultado un nivel 25. En cambio, si el arma fue disparada durante el robo, el aumento será de 7 niveles (27).

Luego, se realizan ciertos ajustes relacionados con otros factores que al igual de las características específicas del tipo, aumentan o disminuyen el nivel base. Entre estos factores se incluyen el papel que tuvo el acusado durante la ejecución del hecho, la obstrucción a la justicia, entre otros. Algunos ejemplos: Si la participación del acusado durante el hecho fue mínima, el nivel base se reduce en 4 (tomando nuevamente como ejemplo el robo, el nivel pasaría a ser 16). Si el acusado sabía que estaba ante una víctima especialmente vulnerable por su edad o condición física/mental, se adicionan 2 niveles. Otros tantos se adicionan cuando el acusado ha entorpecido las investigaciones.⁽⁶⁰⁾

Cuando se debe dictar pena por más de un delito, las guías proporcionan instrucciones para combinar los respectivos niveles de cada una de las figuras.

(59) Ver [en línea] http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/about/overview/Overview_Federal_Sentencing_Guidelines.pdf

(60) De acuerdo al art. 18 USC. 1503, *Obstructed justice*: “whoever corruptly or by threats or force, or by any threatening letter or communication, influences, obstructs, or impedes, or endeavors to influence, obstruct, or impede, the due administration of justice, shall be (guilty of an offense). [Obstrucción de justicia: ...el que en forma corrupta o por amenazas o usando violencia, o por una carta amenazante o comunicación, inflencie, obstruya u obstaculice, o intente influir, obstruir o impedir, la debida administración de justicia, será (culpable de un delito)”. Traducción de los autores.

El delito más grave se utiliza como punto de partida.⁽⁶¹⁾ Finalmente, se valora la aceptación o no de responsabilidad por parte del acusado. Si admite responsabilidad, el juez puede hacer una reducción en 2 niveles.

La otra arista fundamental de la guía, la conforman los antecedentes criminales del acusado. De este modo, a cada infractor se le asigna una de las seis categorías contempladas en base a su historial delictivo.

El monto de pena a aplicar será entonces aquel rango donde el nivel de gravedad del hecho (luego de realizar los ajustes explicados *ut supra*), y la categoría de antecedentes penales correspondiente se entrecruzan. En el cuadro consignado abajo, quien haya cometido un delito cuyo nivel de gravedad es 12 y en función de sus antecedentes, se encuentre en la categoría I, se le aplicará una pena de 10 a 16 meses.

9.1.3. Algunas críticas al modelo de determinación estadounidense

Explica Ziffer⁽⁶²⁾ que en las *sentencing guidelines* es posible reconocer una combinación entre los fines preventivos y la gravedad del hecho, con un claro retroceso de los fines de resocialización (prevención especial positiva). La pena debe reflejar la gravedad del delito y fomentar el respeto al derecho. Asimismo, como fines de igual importancia, se mencionan la prevención general negativa y la protección de la comunidad frente a posibles hechos delictivos futuros del condenado. La resocialización solo entrará en consideración en la medida en que sea compatible con los otros fines.

10 | Algunas conclusiones preliminares

Luego del desarrollo que antecede, y acaso como un respiro para poder asimilar muchos de los aspectos que se derivan del análisis propuesto, creemos estar en condiciones de plasmar aquí algunas conclusiones. Al respecto ya hemos advertido que las mismas deben entenderse según su carácter meramente provisional, pues los autores estamos convencidos de que debemos seguir investigando. El norte, como se dijo, es un trabajo más

(61) [En línea] http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/about/overview/Overview_Federal_Sentencing_Guidelines.pdf

(62) ZIFFER PATRICIA S., *Lineamientos...*, op. cit., p. 192.

abarcar e integral que presente el análisis pormenorizado de los puntos que en este trabajo hemos mínimamente advertido. Para ello será preciso contar con mayor cantidad de datos estadísticos y, asimismo, abordar los sistemas de determinación judicial de la pena de otros países, priorizando sobre todo los casos latinoamericanos, pues son ellos los que mayor conexión guardan con nuestra realidad diaria.

Volvemos a requerir la presencia de la tan nombrada antinomia de los fines que justifican la imposición de la pena estatal. La retribución, creemos, parece haber ganado la batalla en la práctica, pero a su vez admitimos que el principio de culpabilidad —hoy en día— representa por lo menos el límite máximo que se antepone al Estado a fin de evitar la arbitrariedad propia de la irracionalidad del ejercicio de su poder punitivo.

Hemos adelantado, en su momento, que los criterios utilizados por nuestros jueces y tribunales para determinar judicialmente la sanción penal —o bien la falta de tales criterios, porque en definitiva de lo que se trata es de “criterios legítimos”— permite vislumbrar, muy atrás, en una zona si se quiere oscura, la permanencia de creencias e ideologías cuya vitalidad tenemos el deber de, por lo menos, alumbrar. La retribución por el daño causado parece ser el sendero por el que transitan los jueces a la hora de imponer la pena concreta, y las condiciones personales del autor son la mayor fundamentación de la graduación penal, aunque no hemos visto que la utilización de criterios preventivos resocializadores sean especialmente tenidos en cuenta.

Podemos advertir, sin embargo, que no es unívoca la finalidad con que se aplica la pena en todos los casos. A veces subyacen nociones que aluden al fin resocializador (prevención especial positiva) que el castigo estatal debe buscar. A este criterio obedece, por ejemplo, la aplicación de atenuantes tales como que el imputado se encontrase estudiando o trabajando en su lugar de encierro, lo que sugeriría la voluntad de mejorar su situación actual. Sin embargo, en múltiples ocasiones, el afán por justificar la pena desde la resocialización confluye en argumentos que exceden el principio constitucional de culpabilidad por el hecho e, incluso, rozan con el derecho penal de autor. No podemos aquí profundizar esta cuestión, pero basta afirmar que el fin resocializador constituye un punto que es tenido mayormente en consideración durante el proceso de ejecución de la pena que en el momento de determinar judicialmente su cuantía. Es paradigmático el caso de la ponderación de las reincidencias y antecedentes condenatorios como agravantes, o el comportamiento posterior al delito, aunque también podemos apreciar

estas nociones que van más allá de la culpabilidad por el hecho en situaciones que son consideradas atenuantes, tales como la buena impresión causada por el imputado en la audiencia de visu, el buen concepto vecinal, o el tan controvertido arrepentimiento. Este último merece especial reflexión toda vez que, en aras a encaminar al sujeto a la reinserción social, se enrola dentro de criterios propios de un Estado paternalista, que pareciera querer imponer determinada moral a su población, penetrando así en el ámbito interno, incluso espiritual, de los hombres, entrando así en colisión con el art. 19 de nuestra Ley Suprema. La misma consideración puede hacerse respecto de la atenuante relacionada con la ausencia del consumo de alcohol o estupefacientes.

La resocialización, entonces, parece ser el disfraz de otros fines más bien ocultos, o que la mayoría de los operadores jurídicos no se animarían a admitir. En cambio, los criterios preventivos cuya aplicación puede aceptarse son aquellos que tienen relación con la prevención general positiva. Pero respecto de esta realidad preventiva, hemos ya mencionado que presenta el riesgo de permitir la aplicación de penas realmente ilimitadas.

Pareciera ser que el panorama es complicado, y peligroso. Una concepción personalizada de la culpabilidad podría esconder ideas que en una época fueron defendidas por autores como Dreher o Mezger,⁽⁶³⁾ debiendo concluir que muchas veces no existen límites propios de la culpabilidad por el hecho que permitan disminuirla como criterio rector. Más bien lo que parece estar presente es la culpabilidad de autor, y día tras día los jueces reafirman ello ante la falta de verdaderos criterios de determinación de la medida de la pena.

Queda pendiente el problema de la disuasión, especialmente en relación a una discusión aun no resuelta respecto de la posibilidad o no de que el derecho penal logre evitar conductas futuras en la población. Si bien no podemos aquí siquiera esbozar una aproximación, habremos de remitir por ahora a los trabajos especializados.⁽⁶⁴⁾ No obstante, con lo visto, estamos seguros de haber ofrecido un panorama suficiente para llamar la atención. Que algún mínimo sector del ámbito académico escuche el llamado cumplirá efectivamente con los fines de este trabajo preliminar.

.....

(63) HÖRNLE, TATJANA, *Determinación...*, op. cit., pp. 60 y 64.

(64) Remitimos, por todos, a ROBINSON y DARLEY, "¿Disuade el derecho penal?", en *Oxford Journal of Legal Studies* 24, 2004, pp. 173/205.

Verdades y mentiras: ¿se deroga la reincidencia en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación?

por **LUCÍA MONTENEGRO**⁽¹⁾

*¿Por qué no tomas otro nombre? La rosa no dejaría de ser rosa,
y de esparcir su aroma, aunque se llamase de otro modo*
William Shakespeare, Romeo y Julieta

I | Introducción

Desde hace ya mucho tiempo, especialmente en los últimos años y desde la modificación de nuestra Carta Magna, con la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al bloque constitucional, nos hemos preguntado, críticamente y desde perspectivas disímiles y contradictorias, acerca del instituto de la reincidencia.

.....

(1) Abogada (UBA). Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal en la cátedra del Dr. Javier De Luca (Facultad de Derecho, UBA).

En la actualidad, y desde el año 2000, nuestro país ha sufrido un proceso de sucesivas modificaciones en materia penal que han devenido en “parches” y “enmiendas” a nuestro Código, que, como sabemos, data de 1921. Las modificaciones han supuesto también la incorporación de algunas penas y la reenunciación de tipos penales que, a simple vista, resultarían de un proceso de “inflación penal” proveniente de coyunturas sociales momentáneas y políticas legislativas tendientes a la “mano dura” respecto de ciertas conductas delictivas. Quizás las más recordadas sean las tristes declaraciones del entonces aspirante a la gobernación de la provincia de Buenos Aires, Carlos Ruckauf, quien dijo que había que “meterle bala a los delincuentes”⁽²⁾ y que “a los asesinos quería verlos muertos”⁽³⁾; o bien el proceso legislativo conocido como “reforma Blumberg”⁽⁴⁾ que, a grandes rasgos, modificó y adicionó monto de pena a los delitos relacionados con armas o considerados “aberrantes”, derogó el llamado “dos por uno” y modificó el máximo de pena aplicable a 50 años.⁽⁵⁾

La tendencia es indiscutible. ¿De qué hablamos entonces cuando hablamos de reincidencia?, ¿qué consecuencias tiene la declaración o mantención de la reincidencia en una sentencia penal?, ¿qué valor le otorgamos?, y, especialmente, ¿qué lleva a parte de nuestra doctrina de grandes expertos y juristas a pensar que la declaración de reincidencia es inconstitucional?

Este trabajo se ocupa, en particular, de la reforma legislativa presentada por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/2012), el Anteproyecto de Código Penal,⁽⁶⁾ que, al parecer, elimina la reincidencia como instituto de esta rama del derecho. Sin embargo y como se verá más adelante, no es completamente cierto

(2) Durante su gobierno se reformó el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.405), se limitaron las excarcelaciones y se ampliaron las facultades policiales para operativos de control e interrogatorios.

(3) [En línea] <http://www.lanacion.com.ar/148578-a-los-asesinos-los-quiero-muertos>.

(4) Reforma impulsada por Juan Carlos Blumberg luego del fallecimiento de su hijo Axel en un hecho de secuestro extorsivo.

(5) Cómputo doble de cada día que la persona detenida pasaba privada de su libertad preventivamente, sin condena firme.

(6) [En línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf,ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

que se derogue la reincidencia o, mejor dicho y aún más importante que la categoría en sí, las consecuencias de dicha declaración.

2 | El instituto de la reincidencia

2.1 | Concepto

La reincidencia está definida dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 50 del actual CP la siguiente manera: "Habrà reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena".

En otros términos, será reincidente quién haya sufrido una pena de prisión y, luego de agotarla o salir en libertad por algún otro instituto previsto en la ley, vuelva a cometer un delito reprimido con pena privativa de la libertad.

La jurisprudencia ha hecho, a través del tiempo, un especial esfuerzo por definir, entre otras cosas, qué se entiende por "cumplir pena privativa de libertad" y, por ende, que se entiende por "condena penal". Finalmente, la CSJN aceptó de forma clara y precisa que el artículo se refiere especialmente a quienes, por un lado, registran un antecedente condenatorio que implique el efectivo cumplimiento de la totalidad o una parte de la pena en un ámbito carcelario y, por otro, hayan cometido un nuevo hecho.⁽⁷⁾ Por otra parte, el Dr. Zaffaroni también ha resuelto, en disidencia, que la condición de reincidente solo puede ser válida si ha sido declarada por un juez competente, previo a invocarla para denegar cualquier libertad anticipada.⁽⁸⁾

2.2 | La opinión de la CSJN

En primer término, en el precedente "Gómez Dávalos",⁽⁹⁾ la Corte indicó que:

... el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae

(7) CSJN, "Mannini, Andrés Sebastián s/ causa N° 12.678" 17/10/2007; y "Romero, Chistian Maximiliano s/ causa N°7019", 15/06/2010 (Fallos: 333:1075).

(8) CSJN, "Caetano Flores, Elbio Ciriaco s/ causa N°8570" del 10/08/2010, disidencia del Dr. Zaffaroni.

(9) CSJN, "Gómez Dávalos, Sinforiano", 16/10/1986 (Fallos 308:1928).

en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce.

Por otra parte, en el fallo “L’Eveque”⁽¹⁰⁾ profundiza los motivos de su postura a favor de la validez constitucional del instituto al decir que:

... la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir una pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla a sufrido antes, recae en el delito.

Es interesante sin embargo el voto de la Dra. Argibay en el fallo “Maciel”, en donde descarta por completo que pueda atacarse la reincidencia del mismo modo que el resto de las condiciones personales del imputado, afirmando que:

No puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente a una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta a tales fines el modo en el que el individuo ha conducido en general su vida o las características esenciales de su personalidad, tales como la raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas, condición social, etcétera.⁽¹¹⁾

Además, intenta dar una justificación profunda y cristalina acerca de la aplicación del agravante, al decir que:

Es constitucionalmente admisible establecer una diferencia valorativa entre el comportamiento de quien porta legítimamente un arma sin registrar antecedentes condenatorios de aquel que,

.....

(10) CSJN, “L’Eveque, Ramón Rafael p/ robo”, 16/08/1988 (Fallos 311:1451).

(11) CSJN, “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, 05/02/2013, voto de la Dra. Argibay, consid. 6.

además de incurrir en el tipo básico, registra condenas por haber cometido delitos dolosos con el uso de armas o contra la vida o integridad física de los demás. En otras palabras, es razonable entender que el comportamiento de portar un arma tiene un significado social más disvalioso en aquellos casos en los que el autor ya ha sido sancionado judicialmente por haber exteriorizado un impulso delictivo contra otro y/o mediante el uso de armas.⁽¹²⁾

2.3 | Efectos

En nuestro actual ordenamiento jurídico, la reincidencia como categoría tiene consecuencias prácticas identificables. En primer lugar, ser utilizada como agravante de la pena a imponer en cada caso en concreto.⁽¹³⁾ En segundo lugar, para la aplicación de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.⁽¹⁴⁾ Finalmente, y respecto del tema que nos convoca, es decir, la ejecución de la pena, la reincidencia obsta la concesión de la libertad condicional de acuerdo a lo normado en el art. 14 CP.

2.3.1. El art. 41, inc. 2 CP: agravantes y atenuantes

Respecto de la medición de la pena, el art. 41 CP establece las pautas de graduación de la pena concreta a aplicar, de acuerdo a lo que comúnmente se conoce como “agravantes” y “atenuantes” que, de algún modo, establecen puntualmente la medida del injusto y de la culpabilidad. En relación al tema que aquí se analiza, se toman como pauta agravante “las reincidencias en que el autor hubiere incurrido”.

(12) *Ibid.*, consid. 8.

(13) De acuerdo a lo regulado en el art. 41 CP respecto de los agravantes y atenuantes a utilizar por los jueces para graduar la pena y aplicar un monto concreto, que, por supuesto, debe estar comprendido entre el mínimo y el máximo legal para el delito de que se trate.

(14) El art. 52 CP indica: “Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26”.

Eso resulta, como mínimo, problemático. Si bien se ha aclarado que el agravante no opera por razones de peligrosidad, pues esta no puede ser medida sin un análisis concreto médico respecto del imputado, las objeciones respecto de su utilización son válidas y, a mi juicio, acertadas.

No puede, en un Estado de derecho, considerarse conductas pasadas para graduar una pena a propósito de un hecho del presente porque, como se ha dicho en incontables oportunidades, ello resulta violatorio del principio de culpabilidad por la pena. Cualquier consideración que, dentro de la escala penal prevista para el delito en concreto, la agrave con motivo en la persona del autor y no en lo ocurrido al momento del hecho, resulta inadmisibles para la consideración de la sanción penal a imponer. Como bien señala Gustavo Vitale,

Al fundarse la mayor severidad del trato legal no en la conducta que es materia de juzgamiento, sino en conductas anteriores de la vida del sujeto (o en el cumplimiento anterior de otra pena), el objeto del juicio de reproche deja de ser el hecho cometido y juzgado para dirigirse a aquello que el individuo es (o, más propiamente, lo que fue, pues se valora el delito anterior —o la pena que antes debió cumplir por ese delito— como un síntoma de peligrosidad). De esta manera, se está instaurando una forma de “derecho penal de autor” (a través de la “culpabilidad de autor”), lo que constituye —además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19 CN— un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un “derecho penal de acto” o “de acción” no sólo a nivel del juicio de culpabilidad (que es un juicio de reproche por el hecho juzgado), sino a su vez a nivel del juicio de tipicidad (por lo que el legislador debe prohibir solo acciones). Precisamente son esas acciones prohibidas —y no otras ya valoradas en otras sentencias, ni tampoco otras penas ya cumplidas por algún hecho anterior— las que el principio de legalidad penal —a través de su exigencia dogmática de tipicidad— permite juzgar y las que el principio de culpabilidad posibilita reprochar.⁽¹⁵⁾

(15) VITALE, GUSTAVO, “La ‘reincidencia’ contamina el derecho penal constitucional”, en *Revista Pensamiento Penal*, [en línea] <http://new.pensamientopenal.com.ar/19042007/vitale.pdf>

Asimismo, considero que a la reincidencia en tanto agravante genérica del art. 41, inc. 2, CP también le cabe el argumento constitucional respecto de la prohibición de la doble incriminación (*ne bis in idem*). Ello pues se toma como argumento para evaluar (y agravar) la imposición de una pena en una causa actual, es decir, evidentemente se está valorando un hecho pasado, por el que el autor ha sido perseguido, juzgado, condenado y por el que ha cumplido ya la sanción oportunamente impuesta. Esto resulta, como mínimo, de dudosa constitucionalidad habida cuenta de la prohibición de juzgar y aplicar pena dos veces por el mismo hecho.⁽¹⁶⁾ A partir de la reforma constitucional de 1994, no caben dudas ni siquiera sobre el alcance del principio, en virtud de que el art. 14.7 PIDCyP lo establece con evidente claridad al decir que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme”. Nuevamente es notoria la explicación que ofrece Gustavo Vitale respecto del particular, al decir que si un condenado fuera:

... tratado más severamente al ser juzgado por otro hecho, en consideración al hecho antes juzgado y sancionado, se lo estaría volviendo a sancionar por el hecho anterior, pues otro entendimiento del principio restringiría su acepción sólo al aspecto procesal, con lo cual se desconocería su segundo componente, que prohíbe sancionar a la misma persona (en otro juicio) por un hecho anterior ya juzgado. Si “sancionado” quisiera decir lo mismo que “juzgado”, no tendría sentido el doble componente atribuido por el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, por el cual nadie, por el mismo hecho, puede ser vuelto a juzgar y, además, como un aspecto diferente, nadie puede (en un nuevo juicio por un hecho distinto) ser sancionado más severamente por el hecho anterior, sino que su sanción debe limitarse al hecho que es materia de nuevo juzgamiento.⁽¹⁷⁾

Entonces, la reincidencia, en este sentido en particular, se utilizaría efectivamente para imponer una pena mayor a la que correspondería legalmente por el nuevo delito, bajo una motivación que considera los delitos

(16) Principio reconocido en primer lugar como garantía no enumerada (art. 33 CN) y luego como expresamente consagrada a partir de la inclusión de los tratados de derechos humanos al bloque constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

(17) VITALE, GUSTAVO, “La ‘reincidencia’ ...”, *op. cit.*

cometidos previamente, trayendo a la vida procesos fenecidos y valorándolos para aumentar la sanción a imponer. Es palmaria la conclusión de que, en rigor de verdad, se vuelve a penar al imputado por ilícitos anteriores, cuestión prohibida por nuestro ordenamiento constitucional.

2.3.2. El art. 52 CP: la reclusión por tiempo indeterminado

Respecto de la segunda consecuencia de la declaración de reincidencia, esto es, la aplicación de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado con motivo en la multireincidencia, la CSJN se ha expedido declarando inconstitucional el art. 52 CP en el precedente "Gramajo".⁽¹⁸⁾ Allí se sostiene que:

La pena de reclusión indeterminada del art. 52 CP es una clara manifestación de derecho penal de autor (...) resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el Estado decide considerar culpable o peligrosa.

Asimismo, concluye que:

... en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 CP resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple y el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes.

Teniendo en cuenta lo expuesto por nuestro Máximo Tribunal, no tiene sentido ninguna discusión a propósito de este artículo.

(18) CSJN, "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa -causa N° 1573-", 05/09/2006 (Fallos: 329:3680).

2.3.3. El art. 14 CP: la libertad condicional

Ahora bien, sobre el tema que nos importa, es decir, la reincidencia como pauta objetiva para no conceder la libertad condicional, la CSJN, en su composición actual, se expidió recientemente de un modo muy claro y directo, abordando el tema concreto y cortando toda posibilidad de un pronunciamiento adverso en materia de constitucionalidad de la reincidencia respecto de este efecto en particular. De este modo, en "Arévalo",⁽¹⁹⁾ la CSJN hace suyos los argumentos del Procurador y resuelve que la reincidencia es un instituto que se ajusta a la Constitución.

Eduardo Casal, el representante de la Procuración General de la Nación en este caso, hace una especial mención respecto del tema que aquí nos ocupa al decir que:

A este respecto, debe notarse, en primero término, que —dentro de los límites del derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10) y a no ser sometido a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante (Fallos: 328:1146; y 329:3680, considerando 19)— la determinación de las escalas punitivas, de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso (cf. Fallos: 209:342; 314:440, considerando 5°; Y dictamen del Procurador General D'Alessio en Fallos: 312:309, esp. pág. 816).⁽²⁰⁾

El régimen de libertad condicional que regula el Código Penal entre sus arts. 13 y 17 es, junto con el de suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, regulado en los arts. 26 a 28 CP, una manifestación de una misma política del legislador nacional dirigida a graduar el uso del encierro carcelario en respuesta a particularidades de la historia punitiva de la persona condenada. Así, la ley permite prescindir condicionadamente de la prisión cuando el condenado lo es por primera vez y por un delito no

.....

(19) CSJN, "Arévalo, Martín Salomón s/ causa N°11.835", 27/05/2014.

(20) CSJN, "Arévalo..." fallo cit., Dictamen del Procurador General de la Nación, punto VI.

particularmente grave, y reducir sensiblemente —en un tercio— el tiempo efectivo de internación carcelaria en los casos en los que el condenado cumple pena de prisión por primera vez, o cuando ya haya cumplido pena con anterioridad si es que ha pasado un tiempo considerable, un tiempo que oscila entre cinco y diez años según cuál haya sido la pena impuesta por el delito anterior.⁽²¹⁾

En la adopción legal de este patrón de empleo gradual del encierro carcelario que la ley prevé como respuesta proporcional a la gravedad del hecho ilícito por el que la persona condenada es responsable, no advierto que el Congreso haya excedido los amplios márgenes de discrecionalidad que la Constitución le atribuye en materia de política criminal.⁽²²⁾

Aquí el Dr. Casal vuelve a traer a la discusión un argumento que, a mi criterio, tiene una indudable fuerza persuasiva. El Congreso puede, dados los extensos márgenes que la Constitución le provee, decidir sobre la política criminal a seguir en la Nación. Es esa inteligencia, se toma la decisión de utilizar la morigeración del encierro carcelario de acuerdo a la historia delictiva del agente. Por esto, justamente, es que no debe confundirse este efecto de la declaración de reincidencia con aquel que la utiliza como agravante. Sí parece posible afirmar que la utilización de un dato objetivo —la reincidencia— para aplicar al condenado un régimen de ejecución de la pena distinto al impuesto a aquel que se encuentra detenido por primera vez, forma parte de los criterios de política criminal cuya regulación queda reservada al legislador y, de acuerdo a lo expuesto, entraría dentro de sus prerrogativas constitucionales.

Por otra parte, el Dr. Casal trae otra línea argumentativa interesante, que se relaciona con la limitación real del derecho del penado al acceso a alguna de las libertades anticipadas previstas en el régimen de ejecución. Al respecto, afirma que:

Asimismo debe destacarse, en segundo término, que la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional del art. 13 CP no importa privar al interno del acceso a otros mecanismos de atenuación paulatina de las restricciones propias de las penas de encierro carcelario —incluyendo alguna modalidad de

(21) *Ibid.*

(22) *Ibid.*

egreso anticipado de la prisión— a los que tiene derecho, en línea con el fin de reforma y readaptación social que el art. 5°, inc. 6°, de la CADH asigna a las penas privativas de la libertad.

En efecto, el marco mínimo que fija la ley 24.660 (cf. Fallos: 328:1146, considerando 9°) asegura a las personas sometidas a penas privativas de la libertad el acceso progresivo a regímenes de liberación como las salidas transitorias (artículos 16 y siguientes) y la semi-libertad (art. 23 y ss) una vez cumplida la mitad de la condena (o quince años en el caso de penas perpetuas) y finalmente la libertad asistida (art. 54 y ss) en el tramo final antes del agotamiento de la pena.

La agravación por reincidencia no pone en riesgo la disponibilidad para las personas condenadas de ninguno de estos regímenes.⁽²³⁾

Esta conclusión, pese a tener menor fuerza de convicción que la anterior, es igualmente válida e interesante. En rigor de verdad, es solo una de las opciones de morigeración del encierro la que queda conculcada por aplicación del instituto de la reincidencia. Tan es así que el reincidente puede acceder al régimen de salidas transitorias o semilibertad a la mitad de la condena, o al de la libertad asistida seis meses antes del agotamiento de la pena, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en la ley de ejecución penal.

3 | ¿Es la reincidencia constitucional?

Dentro de las críticas usuales que se la han hecho al instituto en discusión, se encuentran, en primer lugar, que se funda en la supuesta mayor peligrosidad del autor aún cuando no haya mayor peligrosidad. En segundo lugar, que se basa en la culpabilidad del autor y no en la culpabilidad por el hecho —la única constitucionalmente aceptada—, es decir, que se le reprocha al autor lo que es y no lo que ha hecho. Y, por último, que es violatoria del *ne bis in idem*, por agravar una segunda pena por la existencia de una anterior, por un delito que ha sido juzgado y penado oportunamente.

De acuerdo a lo expuesto en el punto 2.3.2, al cual me remito, y al margen de las consideraciones ya zanjadas respecto de la inconstitucionalidad del

.....
(23) *Ibid.*

art. 52 CP, considero que el único efecto inconstitucional de la declaración de reincidencia —que también valora los antecedentes más allá de que se declare o no reincidente al imputado— es su utilización para agravar la pena concreta a imponer en un caso específico, es decir, como pauta de medida de la sanción penal del art. 41, inc. 2, CP.

Al respecto, el Dr. Zaffaroni ha defendido históricamente —o por lo menos en los últimos 20 años— la inconstitucionalidad del instituto al sostener que de las explicaciones posibles respecto de su constitucionalidad:

... ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al *non bis in idem* o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición. Luego, la idea tradicional de la reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional.⁽²⁴⁾

En principio, esta consideración es correcta, pero solo respecto del art. 41, inc. 2, CP, pues no creo que, al someter al imputado a un régimen distinto de ejecución de la pena se están valorando las condenas anteriores en violación del *ne bis in idem*, sino, simplemente, disponiendo un régimen de ejecución disímil respecto de quienes, mediante un mayor desprecio por la norma y seguridad jurídicas, y pese a haber sufrido en carne propia las consecuencias de la pena privativa de libertad como condenados en una causa penal, sin embargo, reiteran la conducta delictiva.

El Dr. Zaffaroni, adicionalmente, indica que no solo la reincidencia no puede tomarse como un parámetro de mayor culpabilidad, sino que debe ser considerada como indicador de una menor, ya que:

.... en lugar de una mayor conciencia de antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga, en términos de la teoría de la responsabilidad, a acotar el marco de la prisionización es la reincidencia, el Estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar.⁽²⁵⁾

(24) ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, A. Y SLOKAR A., *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As, Ediar, 2000, p. 1009.

(25) ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, A. Y SLOKAR A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 1011.

Otra vez, una argumentación de remarcable claridad, si pensamos en la reincidencia como agravante de una pena concreta y no como un obstáculo para la libertad condicional.

4 | El Anteproyecto de Código Penal

4.1 | “Derogación” de la reincidencia

Si bien es cierto que se da dicho que en el Anteproyecto se elimina la reincidencia,⁽²⁶⁾ tal consideración es, en principio, inexacta. Lo que se elimina es, por un lado, la reincidencia como agravante genérico de la pena a aplicar y, por otro, la libertad condicional (y todo el régimen de egreso anticipado) como modo de adelantamiento de la salida del ámbito carcelario. Teniendo en cuenta que el instituto de la reincidencia tiene como única y solitaria consecuencia práctica la imposibilidad de acceso de los declarados reincidentes a la libertad condicional como modo de libertad anticipada, el instituto, entonces, deviene inútil, pues al no existir la posibilidad de acceder a la libertad condicional, como se ha visto, su aplicación carecería de consecuencias prácticas.

El Anteproyecto establece, sin embargo, la posibilidad de reemplazar la pena privativa de libertad por medidas alternativas que resulten menos lesivas de los derechos del imputado, en razón de la pena a imponer y, evidentemente, del delito cometido. Precisamente, lo que postulo es que, más allá de la eliminación de la libertad condicional, no es cierto que se haya derogado la reincidencia. No en sus efectos prácticos por lo menos.

4.2 | El reemplazo de penas

El art. 31 del Anteproyecto regula el reemplazo de la pena privativa de libertad por medidas —también llamadas “penas”— alternativas, reguladas a su vez en el art. 22 del Anteproyecto, menos lesivas para el detenido.⁽²⁷⁾

(26) Particularmente, las declaraciones, por demás tendenciosas, de ciertos exponentes del escenario político argentino. Ver [en línea] <http://www.frenterenovador.org.ar/massa-quieran-un-codigo-penal-que-abre-las-puertas-de-las-carceles/>

(27) Detención domiciliaria; detención de fin de semana; obligación de residencia; prohibición de residencia y tránsito; prestación de trabajos a la comunidad; cumplimiento de las

Divide entonces las penas en tres clases, siguiendo las clásicas clasificaciones de la gravedad por el monto de la condena.

La primera de estas categorías es la pena que va hasta los tres años, que puede ser reemplazada desde su comienzo.⁽²⁸⁾ En la explicación del artículo se hace especial referencia a la 'contaminación carcelaria' y al efecto lesivo que esta pueda tener en la autoestima del penado, sugiriendo ya de por sí que el tratamiento carcelario, en principio, lejos se encontraría de las teóricas funciones preventivas especiales positivas que motivan parte de la justificación de quienes postulan la inconstitucionalidad de la reincidencia en relación con la ejecución de la pena.

Esta categoría, claro está, reemplazaría a la ya conocida "condena de ejecución condicional" que es eliminada en el Anteproyecto y sustituida por alguna de estas alternativas. Si bien parecería en un principio que la modificación se produce en perjuicio de la persona sometida a proceso,⁽²⁹⁾ en realidad en la práctica se torna beneficioso pues, en muchos casos lo que sucede es que las condenas en suspenso se terminan unificando con las actuales por el breve plazo que transcurre entre la resolución que suspende el cumplimiento de la pena y la comisión de un nuevo delito, dando lugar a una pena aún mayor y que, en la mayoría de los casos, será de efectivo cumplimiento. Aquí todas las penas privativas de la libertad son de efectivo cumplimiento pero aquellas leves tendrán una gran posibilidad de mutar en medidas alternativas, menos lesivas de los derechos del imputado. Finalmente en estos casos, el Anteproyecto no presenta supuestos en los que no pueda reemplazarse la pena, mas sí se aclara, en la "Exposición de motivos", que el juez puede resolver no hacer lugar a este reemplazo, si, por ejemplo, el imputado no se mostrara arrepentido del hecho o manifestara que volvería a cometer el delito. Esto es altamente problemático, pues mediante este tipo de limitaciones se apela a buena voluntad del juez y a la credibilidad del detenido respecto de la demostración de su arrepentimiento.

.....

instrucciones judiciales y multa reparatoria, todas reguladas por separado y en este orden, entre los arts. 23 y 29 del Anteproyecto.

(28) Art. 31, inc. 1, Anteproyecto: "El juez podrá reemplazar parcial o totalmente cualquier pena de prisión que no exceda de tres años".

(29) Se modifica una suspensión en el cumplimiento de la condena y se sustituye por una pena que, en definitiva, será de efectivo cumplimiento.

La tercer categoría de penas, mayores de 10 años, no tiene mayores inconvenientes pues se consideran en general penas graves y se prevé su reemplazo genérico luego de transcurridos dos tercios de cumplimiento efectivo en el ámbito carcelario, sin hacer distinciones entre unos casos y otros.

La segunda de las categorías propuestas está determinada por aquellas penas que oscilen entre los 3 y los 10 años de prisión. Teniendo en cuenta que el máximo de pena está fijado, en el Anteproyecto, en 30 años,⁽³⁰⁾ parece razonable, en este punto, fijar una categoría intermedia de gravedad entre los 3⁽³¹⁾ y los 10 años, un tercio del máximo aplicable. Teniendo en cuenta que cualquier distinción numérica será igualmente aleatoria y arbitraria, la elegida resulta bastante sensata. Respecto de este tipo de penas, se indica que se propone su reemplazo a partir del cumplimiento de la mitad de la condena, proyectando, a su vez, dos casos excepcionales que prevén soluciones contrarias: en uno se prolongará el plazo hasta las dos terceras partes de la condena y, en el otro, se abreviará.

Analizaré en primer lugar la segunda excepción, pues resulta la más sencilla.⁽³²⁾ Se trata de un supuesto de reducción del plazo de cumplimiento de la pena en prisión antes de que pueda reemplazarse por una medida alternativa. En este supuesto, el plazo genérico de cumplimiento de una pena media dentro de un ámbito carcelario antes de que ésta pueda ser reemplazada se reduce de la mitad a sólo un tercio en consideración de ciertas condiciones que, de por sí, se toman como especiales circunstancias que el juez deberá considerar al resolver el reemplazo. Todas estas

(30) Un monto razonable, teniendo en cuenta que es el máximo de pena que tiene permitido aplicar (de acuerdo a lo estipulado en el Estatuto de Roma) la Corte Penal Internacional para los más graves delitos cometidos contra la humanidad (delitos de lesa, crímenes de guerra y genocidio).

(31) Nuevamente, la cantidad máxima que puede dejarse en suspenso en el caso de una primera condena en el Código actual.

(32) Art. 30, inc 5, Anteproyecto: "El juez deberá tener especialmente en cuenta la situación del penado cuando:

- a) Tuviere más de setenta años.
- b) Fuere una mujer embarazada.
- c) Tuviere a su cargo una persona con discapacidad.
- d) Fuere madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél".

cuestiones denotan una especial vulnerabilidad del imputado y, por consiguiente, una especial propensión a un nivel de tolerancia menor respecto de la estadía en un ámbito carcelario. Estas especiales circunstancias son, de hecho, similares a los parámetros que hacen aceptable la concesión de la prisión domiciliaria en nuestro ordenamiento jurídico actual.

Por otra parte, la primera de las excepciones al requisito temporal previsto en el art. 31, es decir, el cumplimiento de la mitad de la pena, lo agrava y lo lleva a dos tercios, el mismo tiempo de cumplimiento necesario para acceder a la libertad condicional. Allí se indica que:

3. Se podrá reemplazar sólo después de cumplidos dos tercios de la pena, si el agente hubiere sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho.⁽³³⁾

Podríamos pensar que, dada la teórica derogación de la figura del reincidente, y teniendo en cuenta además la eliminación de la libertad condicional como modo anticipado de acceder al medio libre (que supone además que todas las penas privativas de libertad serán, indefectiblemente, de efectivo cumplimiento), el reemplazo de pena sería la única alternativa que tendrá el condenado de salir en libertad antes del agotamiento de la pena.

¿Qué sucede entonces con esta cláusula en particular? Es sospechosamente similar a la que establece las condiciones para el acceso a la libertad condicional. Si bien nada dice acerca si existirá algún requisito adicional — por ejemplo, el cumplimiento de los reglamentos carcelarios—,⁽³⁴⁾ el requisito temporal es exactamente el mismo. Y digo exactamente porque, de hecho, este inciso imita al atacado y tachado de inconstitucional art. 14 CP, que prohíbe el otorgamiento de la libertad condicional a los reincidentes. No habla de reincidencia (derogada) por supuesto, porque resultaría ya de un absurdo extremo. Pero, de hecho, valora los antecedentes del condenado (a prisión o su reemplazo) para denegar aquello que le permitiría acceder al medio libre antes de que cese la pena impuesta (o sea, lo que antes conocíamos como libertad condicional, también derogada). Esta

(33) Art. 31, inc. 3, Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

(34) Más allá de los criterios de reemplazo, regulados en el art. 32 del Anteproyecto.

disposición necesita, como mínimo, una explicación razonable, que nos permita entender de manera acabada y clara los motivos por los cuales esta regulación no es equiparable a la pretérita de los arts. 14 y por ende, 50 del actual CP. En cambio, la explicación que nos da la Comisión es la siguiente:

No se trata de un agravamiento por reincidencia, instituto que desaparece disuelto en disposiciones de esta naturaleza. La reincidencia importa la agravación de la pena de un delito posterior en razón de la comisión de uno anterior y por el que ya ha sido condenado y ha cumplido pena. Lo que se propone es una cuestión referida **solo a la ejecución de la pena**, que no altera su extensión ni cancela del todo la posibilidad de reemplazo, sino que toma **precauciones** mayores en cuanto al momento de este.⁽³⁵⁾

Veamos. "Lo que se propone es una cuestión referida sólo a la ejecución de la pena". La libertad condicional también es una cuestión referida a la ejecución de la pena. De hecho, es un modo de egreso anticipado del ámbito carcelario, cuando, de la totalidad de la pena impuesta se han cumplido dos tercios u ocho meses si la pena es de tres años o menos. La disputa acerca de la concesión de la excarcelación en término de libertad condicional y el hecho de que la mayoría de las personas privadas de a libertad en nuestro país estén detenidas de manera preventiva, en calidad de procesados y sin condena no es materia de discusión de este trabajo. No se entiende entonces porque el agravar el tiempo que debe esperar el detenido para que se comience a considerar el posible reemplazo de la pena que se encuentra cumpliendo no constituiría una violación al principio de culpabilidad en los términos de las críticas a la reincidencia que ya hemos visto o porque la norma analizada no es violatoria del *ne bis in idem*, cuando en realidad la consecuencia de su aplicación valora un antecedente condenatorio, cumplido y finiquitado, para agravar un pena impuesta por otro hecho, en otro momento y que dio lugar a otro delito.

(35) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, "Exposición de motivos", [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 119. El resaltado me pertenece.

La Comisión intenta profundar la diferencia entre las pautas actuales de agravamiento por reincidencia y lo regulado en el Anteproyecto afirmando que:

Quien ha sido condenado a pena de prisión y ha cumplido todo o parte de esta pena y, en un tiempo no muy prolongado, o sea, a menos de cinco años del cumplimiento de ella, comete un nuevo delito de cierta gravedad, requiere que se lo trate con **mayor desconfianza en cuanto a su conducta futura**. Obsérvese que no se propone que esta limitación sea obligatoria para el juez en el caso de las penas hasta tres años, pero tratándose de penas superiores y hasta diez años, la situación cambia: el hecho mismo de la comisión de un delito de mediana gravedad está poniendo de manifiesto una **considerable asunción del rol desviado**.⁽³⁶⁾

Otra vez, la Comisión, en el afán de dar una explicación razonable respecto del tratamiento de este caso en concreto, da argumentos que fueron tachados de inconstitucionales en el pasado por miembros de la Comisión misma. Por más que el texto se esfuerce en apartarse de los criterios peligrosistas que se han atacado en el pasado, en realidad lo que sucede es que utilizan una pauta del estilo agravando la situación del condenado pues, al haber incurrido en el delito nuevamente luego de un breve período de tiempo, "requiere que se lo trate con mayor desconfianza en cuanto a su conducta futura". En definitiva la disquisición terminológica no deja de intentar ocultar algo que igualmente resulta evidente: la mera consideración de un tratamiento diferenciado teniendo en cuenta argumentos del pasado para intentar proyectar un comportamiento futuro es, de hecho, un argumento peligrosista.

Adicionalmente, intenta zafarse de tal encasillamiento arguyendo que, en realidad, la comisión de un nuevo delito, sumado a que este sería de mediana gravedad (por la pena impuesta, claro) implicaría una manifestación del rol desviado del agente. ¿En que se diferencia entonces esta consideración de lo resuelto por la CSJN en "Gómez Dávalos" o "L'Eveque"? A grandes rasgos, en nada. La argumentación, pese a la utilización de palabras disímiles, es, en su raíz, la misma: la persona que ha sido sometida a proceso,

(36) COMISIÓN..., Anteproyecto..., "Exposición...", *op. cit.*, p. 119. El resaltado me pertenece

se le ha impuesto una pena y, sin embargo, mostrando un desprecio por la norma, vuelve a delinquir, nuevamente trayendo a colación categorías que, quiénes afirman la inconstitucionalidad del instituto, utilizan para deducirla.

5 | A modo de conclusión

Quizás en realidad no estemos tan de acuerdo acerca de las objeciones constitucionales que hacemos del instituto de la reincidencia en tanto obsta la posibilidad de acceder a la libertad condicional. Quizás debiéramos dejar esos argumentos para aquella consecuencia de la aplicación del art. 50 CP que verdaderamente vulnera la Constitución, es decir, la consideración de los antecedentes como agravante genérica del art. 41, inc. 2 CP y que sí se encuentra derogado en el Anteproyecto⁽³⁷⁾ a la que, en mi opinión, sí le caben las objeciones respecto de la afectación a principios constitucionales.

Quizás, lo que deberíamos replantearnos como operadores jurídicos y, fundamentalmente, como miembros de un Estado constitucional de derecho es, a ciencia cierta, qué pensamos acerca del instituto de la reincidencia, la valoración objetiva de los antecedentes, o como queramos llamarlo.

Resulta curioso, cuánto menos, que estemos dispuestos a afirmar que la valoración de los antecedentes de un imputado sea inconstitucional cuando lo que obstaculiza es el acceso a un régimen diferenciado de salidas anticipadas —que, por otra parte, no es el único regulado en la ley ni la falta de reincidencia es el único requisito para su concesión— y, a su vez, no tengamos problemas en admitir que quizás corresponde una aplicación diferenciada en el régimen de reemplazo de penas privativas de la libertad por otras menos lesivas cuando, dadas determinadas penas, el agente registre antecedentes condenatorios en los últimos 5 años. Y, lo que es peor, que estemos dispuestos a afirmar que la justificación de este último supuesto recae en que se trata “simplemente” de una cuestión referida a la ejecución de la pena.

.....

(37) A excepción de la disidencia del Dr. Federico Pinedo, que considera que la reincidencia debe incluirse en el art. 18 del Anteproyecto como pauta agravante, con fundamento en la jurisprudencia de la CSJN ya citada.

Surge entonces reprochable que la justificación de la Comisión respecto del agravamiento de la pena por los antecedentes condenatorios encuentre sustento en una justificación de agravamiento de las condiciones de ejecución de la pena que utiliza términos como “mayor desconfianza en su conducta futura” o “rol desviado” cuando parte de la discusión doctrinaria y académica basaba su argumentación en la (indebida) utilización de parámetros peligrosistas para agravar la pena privativa de libertad.

Lo cierto es que la, llamémosla reincidencia, en su aplicación como obstáculo para la no concesión de la libertad condicional, justamente, nunca fue violatoria de la Constitución y jamás se le aplicaron, razonablemente y con una fundamentación autónoma y coherente, las objeciones reservadas para el resto de sus consecuencias.

Porque, como se ha dicho, la reincidencia es de hecho inconstitucional, violatoria del principio constitucional de culpabilidad, del *ne bis in idem* y de la prohibición de utilización de criterios peligrosistas solo si consideramos su aplicación como pauta agravante del art. 41, inc 2, CP. Ello pues es justamente allí, en el art. 41, inc 2, CP donde se define la pena concreta a aplicar de acuerdo a la escala ofrecida dentro del tipo penal cometido. Al juzgar como pauta que agrava la sanción aquellos hechos cometidos en el pasado, más allá de que hayan dado lugar a una condena firme, se está valorando algo más que la mera culpabilidad por el hecho: se están incluyendo elementos ajenos a la determinación de una sanción específica por la conducta ilícita cometida y se está juzgado al autor por lo que es —o en realidad por lo que fue— y no por lo que hizo. Esa es la verdadera inconstitucionalidad de la reincidencia, solo en tanto se aplica como pauta concreta de agravamiento de una pena en expectativa.

Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- ALMEYRA, MIGUEL A., “La aplicación rigurosa de la ley penal. ¿Pueden los jueces morigerar las escalas penales?”, en *La Ley*, 2003-B-391 y ss.
- Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*; Bs. As., Ediar/Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, 2007, [en línea] <http://new.pensamientopenal.com.ar/02072007/proyectocodigopenal.pdf>
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal, parte general*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BESSONE, NICOLÁS M., “¿Es posible eludir la aplicación de los mínimos penales?”, [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=77%3Aderecho-penal&option=com_content&Itemid=2;
- BIRRIEL MOREIRA, BIBIANA MARYS, *Una aplicación dialéctica de las finalidades sin fin y las determinaciones indeterminadas de la pena*, Bs As., Fabián J. Di Plácido Editor, 2009.
- BOMBINI, GABRIEL, *Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal*, *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009.
- Código Penal Alemán*, C. López Díaz (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, .ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf
- CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 1992.
- CURY URZÚA, ENRIQUE; *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2a ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- D’ALESSIO, ANDRÉS J. y DIVITO, MAURO A., *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2009.
- D’ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal comentado y anotado: Parte General (arts. 1 a 73 bis)*; Bs. As., La Ley, 2005.
- DÍAZ CANTÓN, FERNANDO, *La motivación de la penal y otros estudios: el control judicial de la motivación de la sentencia penal*, Bs As, Del Puerto, 2010.
- DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Teoría General del delito I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- DONNA, EDGARDO A., *El exceso en las causas de justificación*, Bs. As., Astrea, 1985
- FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARIBADI, GUSTAVO; BELLAGIO ANÍBAL; CASTRO, MARÍA DEL CARMEN, *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- HÖRNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Bs As., Fabián Di Plácido Editor, 2003.
- IRIBARREN, PABLO, “Sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los mínimos legales”, en *La Ley*, 2007-E-228 y ss.
- JULIANO, MARIO A., “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=77%3Aderecho-penal&option=com_content&Itemid=2
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JANA FERNÁNDEZ, MITZI YANETT, “Las eximentes incompletas: requisitos doctrinales y jurisprudenciales para su procedencia”, agosto 2011, [en línea] http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111378/de-jana_m.pdf?sequence=1
- JULIANO, MARIO A., “Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=category&id=80%3Atextos-generales&option=com_content&Itemid=2
- LÓPEZ, AXEL Y MACHADO, RICARDO, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Bs. As., Fabián Di Plácido Editores, 2004.
- MORRA, CARLOS, “El problema de la imputabilidad disminuida”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, año XXIX, enero-septiembre 1965, n° 1/3, p. 83.
- NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1999.
- ONECA, JOSÉ A., “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 18, n° 3, Ministerio de Justicia de España y Boletín Oficial del Estado, 1965.
- PACHECO, JOAQUÍN F., *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Madrid, Imprenta a cargo de D. S. Compagni, 1854.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “Graduación del desvalor y reproche en el marco de la estructura esencial y accidental del delito”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo*, [en línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_19.pdf
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, Marcial Pons, 1989.
- ROBINSON Y DARLEY, “¿Disuade el derecho penal?”, en *Oxford Journal of Legal Studies* 24, 2004.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, “Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina (Países de sistema penal de herencia continental-europea)”, en *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Bs. As., Depalma, 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (dir), *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia 3ª ed.*, Madrid, La Ley, 2009.
- ROXIN, CLAUDIUS, “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”, en *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, t. I, D. M. Luzón Peña (trad. y notas), Madrid, Thomson Civitas, 1997.

RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2009.

SOLE, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, actualizador Guillermo J. Fierro, t. II, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1992.

THOMAS, RICARDO G., “Robo con armas de automotor. Constitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582. Razonabilidad de la pena”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1991-III-400 y ss.

VITALE, GUSTAVO, “La ‘reincidencia’ contamina el derecho penal constitucional”, en *Revista Pensamiento Penal*, [en línea] <http://new.pensamientopenal.com.ar/19042007/vitale.pdf>

ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2ª ed., 2002.

ZAFFARONI, E. RAÚL; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, Bs. As., Ediar, 1999.

ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Bs As, Ad-Hoc, 2005.

Este libro con una tirada de 5000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en junio de 2014.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar

