



XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal

I Encuentro de jóvenes penalistas



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

asociación argentina de
adipic
profesores de derecho penal
Res. 2391/02 I.G.P.J. Santa Fe



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

▶ XIII Encuentro
Argentino de Profesores
de Derecho Penal

I Encuentro
de jóvenes penalistas

ISBN: en trámite

XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y I Encuentro de jóvenes penalistas

1^a. edición - diciembre de 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

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gov.ar

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

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. 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.

AUTORIDADES



PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARIO DE ASUNTOS REGISTRALES

Dr. Oscar Martini

SUBSECRETARIO DE CCYGR

Lic. Esteban de Gracia

DIRECTORA NACIONAL

Dra. Florencia Gómez

COORDINADORES



MARCELO RIQUERT

MARCELO BUIGO

FRANCISCO FIGUEROA

NADIA ESPINA

PRESENTACIÓN DE LA OBRA

MARCELO A. RIQUERT
(PRESIDENTE DE LA AAPDP)



El presente volumen reúne parte sustancial de las presentaciones que corresponden a dos de las más recientes actividades realizadas por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, correspondientes a los años 2013 y 2014.

En primer lugar, el *“XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal – III Jornadas Argentinas de Derecho Penal - III Jornadas de Derecho Penal del Mercosur”*, celebrado del 4 al 6 de septiembre de 2013 en sede de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad F.A.S.T.A. en la ciudad de San Carlos de Bariloche. Corresponden a aquél los textos de la conferencia de apertura brindada por Prof. Gonzalo Fernández sobre *“Derecho penal e integración regional en el Mercosur”* y la de clausura, a cargo del Prof. Esteban J.A. Righi, titulada *“Redefinición mediática de los casos criminales”*.

En el caso del profesor uruguayo, corresponde destacar que a propuesta del Consejo Directivo, la Asamblea Anual Ordinaria de la AAPDP, celebrada el día 5 de setiembre de 2013, resolvió designarlo Socio Honorario (el primer extranjero que recibe la distinción) y, de conformidad con lo establecido en los arts. 7 y 24 del Estatuto Social, pasó a ser Miembro del Consejo Consultivo.

Los otros temas abordados fueron *“Encubrimiento y Lavado de Activos, problemas”* (conferencias de Eugenio C. Sarrabayrouse y Marcelo A. Riquert), *“Problemas constitucionales en torno a las escalas penales, la individualización de la pena y su ejecución”* (conferencia de Jorge A.L. García, ponencias de Marta Fernández, Elizabeth Raddi, Esteban I. Viñas, Gabriel

A. Bombini, María Soledad Carrozza y Nicolás Ramírez) y “*Movimientos de Reforma Penal y Enseñanza del Derecho Penal*” (conferencia de Javier A. De Luca, ponencias de Eduardo G. Fajardo y Pablo E. Rossi).

En segundo lugar, la inaugural celebración de un nuevo espacio de encuentro anual, en este caso para los jóvenes penalistas, iniciativa del actual Consejo Directivo que habrá de tener también periodicidad anual, unos meses antes y con idéntico temario al tradicional Encuentro que se viene concretando desde 2001. Así, en sede de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, se realizó el “1° Encuentro de Jóvenes Penalistas: *discutiendo la reforma penal*”, los días 8 y 9 de mayo de 2014 que, conforme su lema, tuvo por objeto comenzar el debate científico en torno al “Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación” elaborado por la Comisión designada por decreto del PEN 678/12, presidida por el Prof. E. Raúl Zaffaroni, que tomara estado público en el mes de marzo del mismo año.

La conferencia de apertura la brindó el coordinador de la Comisión, Dr. Roberto Carlés, ofreciendo un panorama genérico de las líneas más destacadas del anteproyecto. Los paneles para los ponentes se organizaron distinguiendo aportaciones correspondientes a la parte general y a la parte especial. Respecto de la primera pueden verse los trabajos de Francisco Figueroa, Ariel Simone, Nicolás D. Ramírez, María Nazarena Castelluccio, Christian Rajuán, Manuela De Agostino, Daniela R. Part y Florencia P. Nocerz. Con relación a la parte especial fueron ponentes Constanza L. Larcher, Augusto Garrido, Javier Di Iorio, Matías Quercia, Ángeles Ramos y Fernando Machado Pelloni.

Este material, junto al informe producido desde la Asociación, ha sido puesto a disposición de las autoridades del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y de la Comisión Redactora, en el marco del requerimiento de opinión que oportunamente nos llegara.

Por último, queda nuestro agradecimiento a la editorial INFOJUS, que una vez más ha permitido que estos aportes queden a disposición de toda la comunidad académica y operadores del sistema penal.



ÍNDICE



XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal

Conferencia de apertura

El Mercosur y la regionalización del derecho penal Por GONZALO D. FERNÁNDEZ	p. 3
--	------

Encubrimiento y lavado de Activos. Problemas

Conferencias

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El nuevo art. 304 CP: ¿una controversia saldada definitivamente? Por EUGENIO C. SARRABAYROUSE	p. 13
Un nuevo escenario expansivo de medios extraordinarios de prueba Por MARCELO A. RIQUERT	p. 61

Problemas constitucionales en torno a las escalas penales, la individualización de la pena y su ejecución

Conferencia

La determinación judicial de la pena. ¿Redefinición de la teoría del ámbito de juego? Por JORGE AMILCAR LUCIANO GARCÍA	p. 87
Problemas constitucionales en torno a las escalas penales, la individualización de la pena y su ejecución Por ALEJANDRO W. SLOKAR.....	p. 103

Ponencias

La custodia de seguridad. El Anteproyecto de Reforma de Código Penal español y su adecuación a lo establecido por el TEDH

Por MARTA FERNÁNDEZ..... p. 115

El juez ...como hacedor de la pena

Por ELIZABETH MYRIAM RADDI..... p. 131

El principio constitucional de razonabilidad en la regulación legislativa de las escalas penales

Por ESTEBAN IGNACIO VIÑAS p. 151

Los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. Estándares constitucionales en materia de privación de libertad en la Argentina

Por GABRIEL BOMBINI p. 163

Pena ilícita y pena natural. La necesidad de revisión del monto de la pena durante su ejecución

Por MARÍA SOLEDAD CARROZZA..... p. 191

Fundamento legal y dogmático de la pena en el delito continuado

Por NICOLÁS RAMÍREZ..... p. 213

Movimientos de Reforma Penal y enseñanza del Derecho Penal

Conferencia

Movimientos de reforma penal y enseñanza del derecho penal

Por JAVIER AUGUSTO DE LUCA p. 225

Ponencias

El lado oscuro de la luna. Las estrategias de aprendizaje de los alumnos de derecho penal

Por EDUARDO GABRIEL FAJARDO p. 231

La necesidad de la reforma al Código Penal. Su introducción en la enseñanza de los principios del derecho penal

Por PABLO ERNESTO ROSSI..... p. 241

Conferencia de clausura

Redefinición mediática de los casos criminales

Por ESTEBAN RIGHI p. 247

I Encuentro de jóvenes penalistas: discutiendo la reforma penal

Conferencia de apertura

Lineamientos de la reforma penal

Por ROBERTO MANUEL CARLÉS p. 269

Parte General

Ponencia

La necesidad de reforma del Código Penal

Por FRANCISCO FIGUEROA p. 299

Un poco locos. La imputabilidad disminuida en el Anteproyecto de reforma del Código Penal

Por ARIEL HERNÁN SIMONE p. 313

La teoría de los concursos en el Anteproyecto del Código Penal

Por NICOLÁS D. RAMÍREZ p. 339

Condenación condicional y suspensión del juicio a prueba ¿nuevas dificultades?

Por MARÍA NAZARENA CASTELLUCCIO p. 349

La regulación del concurso material o real en el Anteproyecto de Código Penal argentino

Por CHRISTIAN JAVIER RAJUAN p. 367

Límites constitucionales y pautas de interpretación en la aplicación de la ley penal argentina. Su tratamiento en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina

Por MANUELA DE AGOSTINO p. 381

Mínimos de escalas penales indicativos

Por DANIELA R. PART p. 401

Las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal.
¿Responsabilidad penal?

Por FLORENCIA P. NOCEREZ p. 417

Parte Especial

Trata de personas

Por CONSTANZA LUCÍA LARCHER..... p. 435

El delito de contrabando en el Anteproyecto de reforma
del Código Penal. La equiparación de la pena del delito tentado
con el delito consumado

Por AUGUSTO NICOLÁS GARRIDO..... p. 449

El delito de tortura en el Anteproyecto
de Código Penal Argentino (art. 88)

Por EDUARDO JAVIER DI IORIO..... p. 457

El delito de *grooming* y su punibilidad anticipada

Por MATÍAS QUERCIA p. 481

La protesta social en el Anteproyecto de Código Penal argentino

Por MARÍA ÁNGELES RAMOS p. 493

Derecho internacional penal: reflexiones generadas a partir
del Anteproyecto de Código Penal

Por FERNANDO M. MACHADO PELLONI p. 507

Bibliografía..... p. 517





Comunicamos al lector que muchos de los textos publicados en el presente volumen provienen de conferencias desgrabadas, cuyo tono coloquial ha sido respetado íntegramente en la edición



XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal



CONFERENCIA DE APERTURA

El Mercosur y la regionalización del derecho penal

GONZALO D. FERNÁNDEZ⁽¹⁾



1. Globalización y regionalismo

Como todos sabemos, la globalización ha hecho trizas tanto las fronteras nacionales como el concepto —tan rígido cuanto secular— de la soberanía estatal. En poco tiempo, el nuevo orden económico ha logrado transformar profundamente la estructura de nuestras sociedades. Asistimos ahora al llamado “nuevo orden mundial”, por lo que a la comunidad internacional se le presentan problemas urgentes de auto-regulación, “*que dentro de la jaula de las viejas soberanías no pueden ser resueltos*”.⁽²⁾

Desde luego, el fenómeno referido viene a sustituir al esquema autocrático del Estado providente o benefactor, que ya no puede sostenerse. Con agudo sentido crítico, Habermas ha cuestionado ese nuevo orden económico internacional, al cual reputa incapaz de controlar las situaciones individuales de desamparo total y, por si fuera poco, lo responsabiliza directamente por mantener enormes disparidades e inequidades entre los

(1) Catedrático de derecho penal (Universidad de la República, Montevideo). Miembro honorario de la AAPDP.

(2) BERGALLI, ROBERTO y RESTA, ELIGIO *Soberanía: un principio que se derrumba*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 10.

Estados, reduciendo así a una parte del mundo —cada vez más profundamente— a la miseria.⁽³⁾ En efecto, el rediseño de la nueva *communitas orbis* de nuestra época ha traído aparejadas consecuencias muy negativas para la vida de los pueblos.

Ahora bien, a los efectos de nuestro enfoque jurídico penal basta con atenernos estrictamente al diagnóstico de realidad, sin indagar —es tarea de otros— en la etiología multifactorial del mal que aqueja a la sociedad contemporánea. Y así, un diagnóstico austero de situación nos indica que esa crisis irrecusable del Estado de Bienestar ha dado paso a la irrupción de una lógica intervencionista, que privilegia la función generadora de seguridad del Estado y, por consiguiente, acentúa progresivamente los procesos de control social.⁽⁴⁾

De tal suerte, la oleada **panpenalista** que hoy en día azota a nuestros países⁽⁵⁾ —ese proceso incontenible de expansión del derecho penal—,⁽⁶⁾ dista de obedecer a meras razones coyunturales. Bien por el contrario, el desborde del *ius puniendi* de nuestro tiempo posee hondas e inadvertidas raíces estructurales, inherentes al nuevo modelo de Estado que pugna por imponer el nuevo orden mundial.

Entonces, una de las características de la sociedad globalizada en la que vivimos ha sido la de agrupar asociaciones regionales de países, a fin de fortalecer y/o preservar el equilibrio económico de los Estados y poder enfrentar con mejores herramientas al nuevo y complejo escenario mundial.

Efectivamente, el regionalismo campea dentro de la política internacional y América Latina no es la excepción,⁽⁷⁾ aún cuando ella ha procesado la integración regional con marcado desorden programático e institucional. Por lo pronto, un variado espectro de organizaciones regionales y subregionales proclaman con insistencia una *affectio societatis* entre sus Estados miembros, que está sin embargo bastante alejada de su concreción real.

(3) HABERMAS, JÜRGEN, *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 1997, p. 47.

(4) PORRAS NADALES, ANTONIO J., *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, PPU, 1988, pp. 86/87.

(5) PASTOR, DANIEL R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 17.

(6) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *La expansión del derecho penal*, 2^{da} ed., Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2011, p. 11 y ss.; RIQUERT, MARCELO A., *Crisis penal*, Bs. As., Ediar, 2007, p. 44 y ss.

(7) ALTMANN, JOSETTE y ROJAS ARAVENA, FRANCISCO, *Las paradojas de la integración en América Latina y el Caribe*, Madrid, Siglo XXI, 2008, p. 237 y ss.

El Mercosur es una de esas formas asociativas, procreada en su tiempo con miras a lograr en el mediano plazo una integración regional, a la que todos saludamos, en aquel momento, como un embrión de comunidad económica, un esquema integracionista *in status nascendi*,⁽⁸⁾ destinado a alcanzar metas y niveles mucho más ambiciosos.

Lamentablemente, más de veinte años después, si algo rompe la vista es que el Mercosur ha quedado absolutamente estancado en su desarrollo evolutivo, y no pudo concretar sus loables objetivos programáticos, acordados en el momento fundacional. De a ratos, funciona como un foro político —cuando no lo desplaza la UNASUR—, y, en todo caso, constituye una fuente permanente de problemas y diferencias, incluidos los de orden estrictamente comercial entre los Estados partes.

2. Un poco de historia

A partir de la aprobación del instrumento constitutivo —el Tratado de Asunción— los grupos nacionales de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay comenzamos a pensar tempranamente en la eventualidad de un proceso de regionalización, que debería darse por imperio del mandato de armonización legislativa establecido por el Tratado. Consecuentemente, celebramos diversos seminarios académicos, todos centrados en dicho contenido temático.⁽⁹⁾

Desde la perspectiva actual, aquellos esfuerzos intelectuales se me ocurren un auténtico pecado de ingenuidad. Pues, como queda dicho, la tan manida integración regional no fue más allá del cenáculo académico. En rigor de verdad, el Mercosur carece todavía de estatuto de supranacionalidad, ha incumplido flagrantemente con los compromisos de armonización legislativa asumidos en su oportunidad por los Estados partes y, por qué no decirlo, ha terminado por defraudar las expectativas que muchos habíamos cifrado en su derredor, acaso entreviéndolo como el sueño de la tierra prometida.

(8) FERNÁNDEZ, GONZALO D., *El Mercosur y la regionalización del Derecho Penal*, Montevideo, Universidad, 1992, p. 14.

(9) Están documentados en los volúmenes de TORRES KIRMSER, JOSÉ RAÚL (comp.), *Seminario Internacional de Asunción en el ámbito del Mercosur*, Biblioteca del Instituto de Ciencias Penales del Paraguay, Asunción, 1994; FERNÁNDEZ, GONZALO D. (comp.), *La regionalización del Derecho Penal en el Mercosur*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993; BAIGÚN, DAVID y DA ROCHA, JOAQUÍN P. (coords.), *Delitos económicos en la esfera del Mercosur*, Bs. As.-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

Ahora el tema irrumpe otra vez dentro del ámbito académico, en este nuevo encuentro de la AAPDP, y se me ha asignado la honrosa misión de ocuparme del mismo. A pesar de ello, no puedo traicionar mi pensamiento y soslayar esa visión pesimista acerca de la construcción de un futuro derecho penal comunitario en el ámbito del Mercosur.

De otra parte, no es recién a instancias del Tratado de Asunción que surgiera, en los penalistas de la región, un interés común de armonización legislativa entre nuestros respectivos países. Mucho antes también tuvieron lugar instancias que terminaron en el fracaso. Ya desde el frustrado proceso de elaboración del Código Penal Tipo, iniciado en la década de los años setenta y enérgicamente impulsado por Chile,⁽¹⁰⁾ la comunidad de juristas penales alentaba el propósito de diseñar un Código modelo para todo el continente latinoamericano.

Pero hemos de atenernos a la realidad. Las iniciativas unilaterales configuran actitudes contundentes. Hoy, la República Argentina, por ejemplo, ha culminado la elaboración de un nuevo proyecto de Código Penal, que habrá de remitirse a su aprobación parlamentaria. Entre tanto, Uruguay también tiene a estudio del Poder Legislativo un proyecto de reforma homólogo.⁽¹¹⁾ Sin embargo, no ha mediado siquiera la más mínima interconsulta entre ambos países que, a la hora de proyectar sus respectivas reformas penales, actuaron en forma autista. Bajo tales coordenadas la pretendida armonización legislativa es, por supuesto, una quimera; mucho más ante ese aluvión de normas penales al cual antes se hizo referencia.

3. Las bases de la regionalización penal

Haciendo abstracción de todo cuanto antecede —también de la visión pesimista—, y evitando caer en la futurología, si debo mencionar las bases indispensables para un posible proceso de armonización legislativa regional en materia penal, y luego de volver a revisar la cuestión, no abduco de cuanto sostuve en una monografía escrita en el año 1992, en ocasión del primer Seminario al cual he hecho mención. En efecto, los recursos técnicos y el ámbito de aplicación permanecen inalterados, pese al tiempo transcurrido desde entonces.

(10) GRISOLÍA, FRANCISCO (dir.), *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, vols. I a III, Chile, Editorial Jurídica, 1973.

(11) El texto del proyecto uruguayo está publicado en SILVA FORNÉ, DIEGO, *La reforma penal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, pp. 319/380.

La época ha cambiado, claro está, y el modelo de la Unión Europea nos impacta significativamente, por el proceso de europeización del derecho penal que ha desatado, cuando menos en la esfera académica.⁽¹²⁾

A priori y en el plano sustantivo, cualquier proceso de armonización regional de esta índole no parece enfrentar obstáculos severos o insolubles, desde que debería acotarse a lo que comúnmente se conoce como el derecho penal económico, donde *prima facie* no convergen cuestiones nodales de orden moral o religioso, dirimientes de la creación de un derecho penal intercultural.⁽¹³⁾

En ese marco, el proceso de armonización legislativa regional del Mercosur tendría que concentrarse en el ámbito de los delitos contra la competencia comercial —monopolios y prácticas excluyentes, protección penal del consumidor, delitos publicitarios—, en los delitos contra la propiedad incorporal y los delitos informáticos. Asimismo, sería menester armonizar un régimen penal cambiario, tanto como la regulación de los delitos tributarios y contra la Hacienda Pública —en particular, el contrabando y los delitos aduaneros—, la legislación penal societaria, los fraudes en el comercio exterior, las quiebras e insolvencias punibles, la tutela penal del medio ambiente y el derecho penal del trabajo.

Así quedaría delimitado el índice de las materias que resultaría preciso abordar. Todas esas áreas tienen relación y quedan necesariamente involucradas en cualquier modelo, por tibio que sea, de un mercado común, requiriendo por lo tanto de una legislación medianamente armonizada en todo el espacio regional. Por ende, ante las notorias diferencias legislativas existentes en el derecho vigente de los diversos Estados miembros del Mercosur, la tarea es ciclópea.

Sin embargo, ello podría lograrse mediante reformas legislativas simultáneas y paralelas en todos los países, lo cual es bastante difícil de imaginar que ocurra, o bien —lograda que fuere una instancia de supranacionalidad— mediante el sistema de directivas de carácter vinculante, que ha sido el instrumento preferente empleado por el derecho penal comunita-

(12) A modo de ejemplo, SIEBER, ULRICH (ed.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Carl Heymanns, Berlin, 1993; GRASSO, GIOVANNI (ed.), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 1998; PICOTTI, LORENZO (ed.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1999; BERNARDI, ALESSANDRO, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2004.

(13) HÖFFE, OTFRIED, *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 149/161.

rio, con su connatural efecto reflejo de asimilación en los distintos ordenamientos positivos nacionales.⁽¹⁴⁾

Obviamente, un proceso de armonización legislativa no se atiene solo y exclusivamente a la tipología de la Parte Especial, sino que también compromete cuestiones e instituciones harto debatidas, atinentes a la Parte General de nuestra disciplina.

A modo de ejemplo, y a mero título enunciativo, menciono que sería indispensable resolver la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a cuyo respecto se han formulado diseños teóricos específicos, que resultan de sumo interés.⁽¹⁵⁾

Desde otra óptica, también quedará irremisiblemente comprometido en el proceso armonizador el sistema de sanciones penales, y parece probable la extensión generalizada de las penas pecuniarias y de inhabilitación —tanto de personas físicas como de entidades corporativas—, en sustitución de las tradicionales penas privativas de libertad.

Del mismo modo, devendría necesario verificar la presencia de institutos indispensables para lograr la imputación, como es el caso de la cláusula general de equiparación para los supuestos de omisión impropia en posición de garante, o bien la cláusula del actuar en lugar de otro para las hipótesis de los delitos especiales.

En definitiva, si de armonización legislativa hablamos, en referencia a la materia penal económica, todo está aún por hacerse. Es una asignatura pendiente y mucho más difícil de resolver que, por ejemplo, la uniformización de los delitos más tradicionales, como el caso del homicidio o las lesiones. Un programa armonizador requerirá, como acto previo, el análisis comparativo de los distintos ordenamientos nacionales entre los cuales existen notorias disimilitudes, para detectar divergencias y lagunas normativas.

Eso sí: la regionalización penal no nos coloca ante un ningún dilema teórico, ni nos plantea problemas técnicos que los juristas se vean impedidos de elucidar. Muy por el contrario, lo único que falta es la vo-

(14) GRASSO, GIOVANNI, *Comunidades Europeas y derecho penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1993, p. 275 y ss.; BERNARDI, ALESSANDRO, *L'europizzazione...*, op. cit., p. 20.

(15) Para limitarnos a la doctrina rioplatense, ver por todos BAIGÚN, DAVID, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico*, Bs. As., Depalma, 2000, en especial p. 27 y ss.

luntad política de avanzar en tal sentido, que ya no es de incumbencia de la academia, que aun así ha tomado la delantera en relación a dicha iniciativa.

Por lo pronto, yo me mantengo en los lineamientos teóricos que planteaba en los años noventa, los cuales no puedo ampliar con más detalle en el ámbito de esta breve comunicación. Y me ratifico en aquella vocación regionalista, expuesta por un maestro del pensamiento latinoamericano de mi país, que rescaté hace más de dos décadas y que hoy quiero volver a reproducir aquí, en el cierre de la exposición: "América Latina será, con sangre, con dolor y con lágrimas, lo que debe ser o no será nada. O la unidad o la diáspora de las factorías".⁽¹⁶⁾



(16) QUIJANO, CARLOS, *Obras*, t. I, Cámara de Representantes, Montevideo, 1989, p. 129.

Encubrimiento y lavado de activos. Problemas



CONFERENCIA

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

El nuevo art. 304 CP: ¿una controversia saldada definitivamente?⁽¹⁾

EUGENIO C. SARRABAYROUSE



1. Presentación

El presente trabajo analizará el régimen creado por la ley 26.683 que, al introducir en el CP el nuevo art. 304 parece establecer un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ).⁽²⁾ Decimos “parece” porque no toda la doctrina acuerda en otorgarle ese carácter, y porque en algunos aspectos se asemeja a otros sistemas anteriores, vigentes en nuestro ordenamiento, que generaron polémicas en cuanto

(1) Este trabajo es una versión ampliada de la ponencia presentada en el seminario realizado en la Universidad de Córdoba, España, dentro del marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2010-16.569), titulado “Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica”, y dirigido por el Dr. José Manuel Palma Herrera.

(2) Modelo que luego fue seguido por las leyes 26.733, que introdujo el nuevo art. 313 CP, y 26.735, que modificó el art. 14 de la ley penal tributaria sobre esta última ley, ver *infra*, punto 3.1.

a su alcance. Sin embargo, como veremos, muchos de esos regímenes distaban de establecer una verdadera RPPJ o una acorde con el Estado de derecho.⁽³⁾ Aquí nos proponemos establecer las características principales del régimen fijado por la ley 26.683, sus interpretaciones posibles, y la compatibilidad constitucional de ellas para, finalmente, exponer algunos argumentos de política criminal transportados de la renovada discusión sobre los alcances del derecho penal frente a los mercados económicos y financieros, y fijar nuestra posición sobre la RPPJ en general.

Para comenzar, repasaremos rápidamente la discusión que se dio en nuestro país en torno a este tema, pues la sanción de la ley 26.683 se inserta en una larga tradición de posiciones encontradas que aún hoy se reflejan en las interpretaciones posibles del nuevo art. 304 CP. También examinaremos la cuestión en el derecho comparado, principalmente en España, Italia y Brasil, para luego dirigir nuestra mirada a los proyectos de reforma del Código Penal. Ello nos permitirá alcanzar los objetivos enunciados en el párrafo anterior.

2. La discusión en la Argentina: doctrina, legislación y jurisprudencia

2.1. La doctrina

La literatura penal argentina se divide en las dos posiciones clásicas sobre el tema: por un lado, quienes niegan terminantemente la RPPJ y, por el otro, aquellos que la aceptan y en algún caso, además, la promueven. Los opositores plantean sus argumentos de acuerdo con las críticas tradicionales: desde el punto de vista dogmático sostienen que los entes ideales carecen de capacidad de acción —ya sea porque resulta materialmente imposible que las realicen o porque no tienen dolo— y de culpabilidad. Desde los fines de la pena, aceptado que ellos son la intimidación y la corrección, agregan que con el castigo de las personas jurídicas no puede obtenerse ni la coacción psíquica ni su enmienda.⁽⁴⁾

(3) En la medida que se considere constitucional el castigo penal a las personas jurídicas. Para quien sostenga lo contrario, ya hablar de RPPJ sería contrario al Estado de derecho.

(4) El rechazo a la RPPJ puede encontrarse entre los autores clásicos de la literatura penal argentina y hasta los contemporáneos. Así JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, La Ley, t. 48, pp. 1041/1050; SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, t. 1, 4ª ed., Bs. As., TEA, 1983, pp. 248/254; GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado de Derecho penal*, t. I, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1939, pp. 384/386, quien la

Equivocadamente, algunos autores sostienen que Nino es partidario de la RPPJ. En realidad, este autor critica los planteos que niegan esta posibilidad pues, en su opinión, quienes así lo afirman incurren en un error "...consistente en tratar los fenómenos pertenecientes a una categoría conceptual como si correspondiera a otra, alterando la 'geografía lógica de los conceptos'". Al finalizar su análisis sostiene que la RPPJ está "en principio" excluida del contexto de la teoría normativa que elabora para cualquier clase de ilícitos o de penas.⁽⁵⁾

Más modernamente, y a partir de lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se afirma que, al castigarse a la persona jurídica, se viola el principio según el cual la pena no puede trascender la persona del delincuente.

Entre los autores que niegan la RPPJ, conviene que nos detengamos en la posición de Zaffaroni, por su peso doctrinario y su influencia como actual integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tono crítico, junto con Alagia y Slokar, Zaffaroni destaca que para una teoría donde la acción no respete límites ónticos, la punibilidad de las personas jurídicas será una cuestión sometida a la mera decisión legal. Tras considerar que en este ámbito la teoría de la incapacidad de acción es la correcta,

... no debe creerse por ello que todos los problemas quedan resueltos. Las leyes pueden imponer sanciones a las personas jurídicas, con lo cual sería necesario determinar su naturaleza.

critica desde la perspectiva de la defensa social, pues con la sanción a las personas jurídicas no resulta posible obtener ni la readaptación de los delincuentes o su eliminación, en caso de incorregibilidad; DONNA, EDGARDO A., *Derecho penal. Parte general*, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pp. 190/192, quien también sostiene que las personas jurídicas no pueden actuar desde el punto de vista penal, pues la acción exige la presencia de voluntad, pero admite las penas para las personas físicas que integran el ente ideal, y considera que a este último es posible aplicarle medidas administrativas y civiles. Para un desarrollo de todas las posiciones contrarias a la RPPJ en la doctrina argentina, ABOSO, GUSTAVO E. y ABRALDES, SANDRO F., *Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal*, Bs. As., Editorial B. de F, 2000, pp. 62/102, también NIÑO LUIS, "Sistemas penales comparados. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Penal*, n° 17, Universidad de Huelva, enero 2006, pp. 207/211.

(5) NINO, CARLOS S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980, pp. 407/418, con cita de Ryle, *The concept of Mind*, Londres, 1949. Incurren en el error mencionado, Aboso, G. E. y Abralde, S. F., *Responsabilidad de...*, op. cit., pp. 79/83. Correctamente, CESANO, JOSÉ DANIEL, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Bs. As., Ediar, 2006, p. 53, nota 86, que señala que para Nino se trataría de un caso de responsabilidad vicaria.

Nada impide que el mismo juez penal y en función de la misma ley, pueda ejercer poder coactivo reparador o coacción directa contra personas jurídicas, pues no se trataría de penas. En tanto que respecto de éstas, es decir, cuando el poder para el que se habilita al juez no sea reparador, ni coacción directa, resultarían inconstitucionales.⁽⁶⁾

Tras historiar los orígenes de la corriente destinada a dotar de capacidad delictiva a las personas jurídicas (y por ende, favorables a la RPPJ), señala que a los argumentos tradicionales provenientes de corrientes criminológicas positivistas, a los que luego se sumaron otros nacidos del dirigismo estatal. En la actualidad pesan criterios de diferente signo ideológico, provenientes del desarrollo del derecho económico, la defensa de la ecología y de los consumidores y, en particular, postulados de defensa social para la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, lavado de dinero, mafia y corrupción pública). Sin embargo, estos argumentos son insuficientes, pues

... no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante, especialmente cuando nada impide que el propio juez ejerza coacción reparadora y coacción directa sobre la persona jurídica. En conclusión, la pena no resuelve conflictos, y el reconocimiento de la naturaleza no penal del poder ejercido por los jueces sobre las sociedades civiles o comerciales tiene la ventaja de someterlas a un modelo de solución efectiva, en vez de sujetarlas a una mera suspensión del conflicto. Desde esta perspectiva, quizá someterlas a otro orden de sanciones posiblemente contribuya a eludir la extrema selectividad sancionatoria del poder punitivo que, en el caso de penas a las personas jurídicas, se traduciría en una incidencia mucho mayor sobre las pequeñas y medianas empresas...⁽⁷⁾

También rechaza la RPPJ, José Daniel Cesano, quien propone extremar los recaudos para castigar a las personas físicas que actúan dentro de la corporación —mediante instrumentos dogmáticos como la coautoría

(6) ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2002, pp. 426/428, en particular, 428.

(7) ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal...*, op. cit., p. 428.

funcional o la mediata—, y el empleo de sanciones económicas como medio para reparar los daños causados por la actividad delictiva.⁽⁸⁾

Dentro de las posiciones favorables a la RPPJ, se destacan, por su importancia, la obra tres autores: Esteban Righi, David Baigún y Norberto Spolansky.

Righi considera que uno de los problemas esenciales del derecho penal económico es la participación de las corporaciones empresarias en los hechos punibles. Tras enumerar las dificultades que genera la realización de esos delitos por personas físicas que actúan en el ámbito de la empresa —esto es, la determinación de las competencias de cada interviniente, la imputación jurídico penal, y la identificación del verdadero responsable—, expresa que el principio *societas delinquere non potest* contradice exigencias político criminales por diversas razones —los casos frecuentes de impunidad; la imposibilidad de identificar a las personas físicas cuya decisión puede definir la autoría; y que muchas veces, no coincide el sujeto que realiza la acción y el que obtuvo el beneficio patrimonial—⁽⁹⁾, y destaca que, si se examina el derecho positivo, debe reconocerse que el principio dominante es el de la máxima *societas delinquere potest*, por lo cual, la discusión “... pasa por decidir si lo conveniente es utilizar penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas...”⁽¹⁰⁾

(8) CESANO, J. D., *Estudios sobre...*, op. cit., pp. 150/151.

(9) RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos económicos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, pp. 123/126; y *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., LexisNexis, 2007, pp. 148/153.

(10) RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos...*, op. cit., p. 128. Esta no es una posición aislada de Righi. Desde hace mucho tiempo, otros autores destacan que el derecho argentino ya regulaba la RPPJ, pese a la opinión contraria de la doctrina dominante. AFTALION, ENRIQUE F., *Derecho penal administrativo*, Bs. As., Arayú, 1955, p. 113 y ss., plantea que el problema es de la dogmática penal es que construyó categorías inaplicables a los entes ideales, pese a que la legislación establecía diferentes clases de penas para ellas: así, en el caso de los monopolios, las multas a los ferrocarriles, por citar algunos ejemplos; del mismo autor, véase también “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La Ley* 37-281 y sigs. CHICHIZOLA, MARIO I., “La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal”, en *La Ley*, t. 109, pp. 682/700. Mucho más cerca en el tiempo, sostiene una posición similar DEL SEL, JUAN M., “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una visión favorable a su adopción y un comentario crítico al proyecto de ley”, en *Revista de Derecho penal y procesal penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, t. 2, 2012, pp. 202/203 donde tras citar una serie de leyes sostiene: “Esta realidad se presenta —en mi opinión— como una evidencia irrefutable de que en la Argentina es posible responsabilizar penalmente a los entes ideales...”. Algo similar sostiene, RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, JUAN M., “La justificación de la punibilidad de la persona jurídica desde la perspectiva dogmática”, en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* [en línea] <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=cb919dbdc0125e774dce9bdd0bdfca95>. Desde antaño, esta posición fue criticada: Soler quien según

Luego analiza la posibilidad de aplicar sanciones administrativas, tomando el modelo alemán de las contravenciones, pero descarta esta opción tanto por razones de utilidad como político criminales; y rechaza también el empleo de medidas de seguridad a las personas jurídicas por la imposibilidad de aplicarles el concepto de peligrosidad, además de motivos constitucionales.

Righi acepta sancionar penalmente a los entes ideales, basándose en las mismas razones que justifican las distintas teorías de la pena: su carácter intimidatorio, la posibilidad de prevenir la reincidencia a través de ellas, y la exigencia de proporcionalidad entre el hecho imputado y la magnitud de la reacción penal. Sostiene que deben aplicarse, obviamente, otras especies de pena, diferentes a la privativa de la libertad. Reconoce también que debe contarse con reglas distintas en el enjuiciamiento, en cuanto a sus representantes, declaraciones, careos y cautelas personales, como la prisión preventiva. En lo que refiere a los presupuestos de la punibilidad, Righi plantea crear otro sistema o adaptar el existente a las modalidades de la corporación, pues reconoce la imposibilidad de trasladar a este ámbito los conceptos de acción y el juicio de culpabilidad. En este sentido, con acierto, destaca que debe admitirse que el derecho penal construye, por lo menos, tres modelos para explicar la reacción penal —el de los imputables, el de los inimputables adultos y el de los inimputables menores—, por lo que no existen razones que impidan la creación de otro, aplicable a las personas jurídicas.

En cuanto al modelo legislativo orientado a establecer la RPPJ, propone un *numerus clausus* —es decir, disposiciones específicas para algunos tipos de la Parte Especial—, dirigido a corporaciones con personería jurídica, con diferentes penas de acuerdo con la clase de ente que se trate. Por otro lado, enumera los siguientes presupuestos de la imputación: acto

vimos, se opone a la RPPJ, sostenía: “En nombre de la ingenua postulación de ‘la realidad’ de la persona jurídica, se concluiría construyendo un derecho penal totalmente asentado sobre ficciones. Claro está que el derecho puede crear formas aberrantes de imputación, como tantas veces las ha reconocido, especialmente en sus formas primitivas, y puede también admitir formas objetivas de responsabilidad; puede, por lo tanto, imponiendo multas a una sociedad y disolviéndola, privar de sus bienes a un accionista inocente, por actos delictivos cometido por un gerente de la sociedad. La cuestión no consiste, pues, en verificar la **factibilidad**, de esa clase de sanciones, sino en ver si la admisión de ellas está conforme con los principios de un derecho penal civilizado y si en homenaje a conveniencias políticas o prácticas debe admitirse la derogación de ciertos principios cuyo valor humano los ha tornado casi universales, en particular el principio de que no hay pena sin culpa...”. (SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 251).

cometido por un órgano de la corporación —doloso o imprudente, con aplicación de las reglas del error de tipo—, y una responsabilidad “funcional”, cercana al modelo norteamericano en la materia. Para finalizar, en relación a las penas, señala que la proporcionalidad entre el hecho y la magnitud de la reacción deben estar contempladas en la individualización legislativa; y en cuanto a las especies, solo considera aquellas que resultan compatibles con la naturaleza de la corporación, como la disolución, la prohibición o la suspensión de derecho, la multa y la caución.⁽¹¹⁾

Por su parte, David Baigún corona años de investigación y estudio sobre el tema en su obra *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*.⁽¹²⁾ Su objetivo explícito es construir un sistema de imputación propio para las personas jurídicas. Con ese fin, comienza con una descripción del funcionamiento del derecho penal moderno,⁽¹³⁾ cuyo origen está basado en dos pivotes, la libertad y la propiedad, en la que la primera estaba subordinada a la segunda. Los Códigos napoleónicos se estructuraron sobre la base de la persona humana, del hombre como titular de su autonomía; a su vez, de la oposición persona/cosa se construyeron los bienes jurídicos protegidos.⁽¹⁴⁾

Sin embargo, señala Baigún, esta concepción del derecho penal pronto exhibió sus límites y desajustes: *holdings*, *trusts*, monopolios, no se compadecían con una concepción que apuntaba a proteger al sujeto-proprietario. Si bien servía para mantener la selectividad, al mismo tiempo lesionaba las reglas internas del sistema capitalista.

Por otra parte, la situación en el derecho civil es totalmente distinta: contempla de modo más o menos satisfactorio las consecuencias por el daño macro social y la responsabilidad de las personas jurídicas. El derecho penal en cambio, permanece aferrado a la teoría del delito del siglo XIX.

(11) RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos...*, op. cit., pp. 140/147.

(12) Con anterioridad pueden citarse BAIGÚN, DAVID, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta”, en AAVV, *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1995; “Naturaleza de la acción institucional en el sistema de doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV, *De las penas. Libro homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Bs. As., Depalma, 1997; “¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlín, 1989, pp. 651/673.

(13) No se trata aquí del mismo sentido de moderno que, por ejemplo, le asigna Hassemer.

(14) BAIGÚN, DAVID, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Bs. As., Depalma, 2000, p. 1.

Baigún reconoce que existen muchas razones dogmáticas contrarias a establecer la RPPJ. Entre ellas, se destacan la incompatibilidad entre la aplicación de la pena privativa de la libertad y el principio de culpabilidad, y la falta de una clara definición del daño macrosocial, a las que se agregan motivos históricos, sociológicos y políticos.⁽¹⁵⁾

El objetivo declarado de su trabajo es el de construir un modelo ad hoc de la teoría del delito para las personas jurídicas, unido a la conveniencia de su utilización dentro de una estrategia enderezada a neutralizar el fenómeno de la criminalidad contemporánea.

Con ese fin, y luego de analizar el crimen organizado en la etapa que denomina de la mundialización, desarrolla su sistema. El régimen que propone reconoce la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo: de una parte, la que se dirige al sujeto ideal como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. En cada caso, la responsabilidad se determina con parámetros diferentes: a las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; para las jurídicas, por medio de un nuevo sistema.⁽¹⁶⁾

En la base del nuevo régimen propuesto se encuentra la acción institucional —a la que define como un producto, una consecuencia de un fenómeno de interrelación— en el que no solo actúa el aparato psíquico de cada uno de los participantes, sino que, de modo decisivo, también lo hace el **interés como una objetividad cualitativamente diferente del de cada uno de los individuos.**⁽¹⁷⁾

En la naturaleza de la acción institucional hay, ópticamente presentes, tres unidades reales: 1) la regulación normativa; 2) la organizacional, que apunta al plano sociológico; y 3) el interés económico, que por sus características propias requiere un análisis por separado. Tras esta enunciación, Baigún dedica las páginas siguientes al examen de cada uno de estos aspectos y traslada la acción institucional al sistema de la teoría del delito y lo adapta a las características de este nuevo concepto.⁽¹⁸⁾ También estudia

(15) BAIGÚN, DAVID, *La responsabilidad penal...*, op. cit., pp. 1/4.

(16) *Ibid.*, pp. 4/27.

(17) *Ibid.*, p. 38 y ss.

(18) *Ibid.*, p. 40 y ss.

la categoría responsabilidad social, la tentativa, la autoría, la participación, el concurso, y las penas y medidas de seguridad.⁽¹⁹⁾

Por su parte, Norberto Spolansky también desarrolla su posición con respecto a la RPPJ en sucesivos artículos.⁽²⁰⁾ Con sustento en Hart y Nino,⁽²¹⁾ y tomando elementos de la filosofía del lenguaje, Spolansky sostiene que no todos los términos que componen nuestro lenguaje tiene la misión de nombrar algo. Por ejemplo “y”, “o”, “hombre medio” no son utilizados para nombrar. Algo similar ocurre con la expresión “persona jurídica”. Cuando decimos que la “sociedad anónima X compró” no se nombra a una entidad observable, sino que ella constituye una construcción conceptual de carácter técnico para interpretar las acciones de las personas físicas. Una persona jurídica no puede ser observada. Decir que una sociedad anónima tiene la voluntad de vender significa que un individuo, a quien ciertas normas jurídicas consideran, bajo ciertas condiciones, órgano de la sociedad, tiene la voluntad de vender.

Para Spolansky, la expresión “tal persona jurídica celebró un contrato” es, en realidad, una fórmula que sintetiza un conjunto complejo de enunciados que si se despliegan pueden presentarse así: un grupo de individuos decidió realizar negocios en común y para ello adoptó ciertas reglas. En esas reglas se estableció el modo de dividir los riesgos, así como también las maneras de elegir a aquellos individuos que actuarían como directores. También se estableció, en ese sistema de reglas, las condiciones bajo las que, cuando un individuo ejecutaba ciertos actos, las consecuencias jurídicas se imputarán al mismo patrimonio sometido al régimen de las reglas adoptadas, etc. Pues bien, en vez de decir todo esto, cada vez que uno de ellos, bajo las condiciones previstas en las reglas o en el estatuto adoptado, celebra el contrato de venta, se dice, más simplemente, “X, SA, ha vendido”.

(19) *Ibid.*, capítulos V, VI, VII y VIII respectivamente.

(20) SPOLANSKY, NORBERTO, “Derecho penal y Constitución Nacional”, en *La Ley*, t. 156, pp. 1406/1411; “Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario (El caso del Banco Santander)”, en *La Ley*, 1978-C, pp. 231/248; también, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, p. 1631 y ss.

(21) No es el único caso de un autor argentino que funda su posición sobre el tema en planteos propios de la filosofía jurídica. Aftalión, en su trabajo ya citado, se basa en Hans Kelsen y la teoría ecológica de Carlos Cossio. Spolansky toma en cuenta a HART, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Genaro Carrió (trad.), Bs. As., 1962, p. 102 y ss.; NINO, CARLOS S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 407 y ss.

Quien pregunta si la persona jurídica puede cometer delitos, nos plantea un interrogante que no puede ser respondido mecánicamente, ya que, allí, la expresión “persona jurídica” no es el sujeto lógico del enunciado. Ofrecer cualquier respuesta a esta pregunta, tal como se formula, es caer en una trampa conceptual, salvo que se analice el efectivo alcance del interrogante. Esta clase de expresiones compila la actuación de un grupo de individuos que componen el órgano directorio, elegido de acuerdo con ciertas reglas, que efectúa una acción, por ejemplo, en tren de beneficiar los fondos del patrimonio que está sometido a las reglas de la sociedad. Por eso, cuando se dice que la sociedad anónima realizó el acto voluntariamente, no se habla de alguna entidad fantasmal, ni de una ficción, sino del acto querido de un individuo o de un grupo de ellos, pero desde la perspectiva de las normas que regulan la actividad de ciertos seres humanos cuando se agrupan bajo las reglas de la sociedad anónima. Concluye que, desde esta visión, no hay ningún impedimento lógico en asignarle voluntad para delinquir a una persona jurídica y, consecuentemente, imponerle sanciones.⁽²²⁾

2.2. La legislación y la jurisprudencia

2.2.1. El Código Civil y las leyes de Aduanas

El Código Civil, en su art. 43, proscribía expresamente la RPPJ al establecer: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.⁽²³⁾

(22) SPOLANSKY, NORBERTO, “Culpabilidad, la responsabilidad solidaria...”, *op. cit.*, p. 243 y ss.; y “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*, pp. 1645/1646.

(23) Este art. fue reformado en 1968 mediante la ley de facto 17.711. El nuevo texto reza: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: ‘De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’”. En la nota al art. 43, Vélez Sarsfield señalaba: “El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de ese carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal (...) Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o sus jefes, es decir, por personas naturales,

Sin embargo, el claro texto de la regla citada no impidió que otras normas establecieran un régimen penal de la responsabilidad de las personas jurídicas, reconocido por parte de la jurisprudencia.

Tradicionalmente, el ámbito donde la doctrina señala que se estableció la RPPJ es el del contrabando. Así, ya de manera temprana, las Ordenanzas de Aduanas,⁽²⁴⁾ establecían, en su art. 1027:

Todo comerciante, fabricante, consignatario, capitán de buque, lancharo, dueño de carros y otras personas que por su comercio o profesión tengan relaciones con las aduanas, serán responsables por los hechos de sus empleados, dependientes, obreros, domésticos u otras personas asalariadas por ellos, en cuanto esos hechos sean relativos a las operaciones de Aduana y puedan perjudicar la renta.

Y en el art. 1028:

En el caso de fraudes o contravenciones, en que los comerciantes y demás personas expresadas en el artículo anterior, sostuviesen para su justificación que el fraude o la contravención ha sido cometida por sus dependientes o empleados, sin su conocimiento, incurrirá a pesar de su ignorancia del hecho, en la multa impuesta a la contravención o fraude; quedándosele sin embargo, su derecho a salvo para repetir ante la autoridad correspondiente contra el que causó la pena.

Sin embargo, la lectura de estas reglas muestran que establecían un régimen de responsabilidad objetiva —vedada por nuestro sistema constitucional— o indirecta que, eventualmente, podía alcanzar a una persona jurídica si ella era la titular de la relación con la aduana, con lo cual, lejos estaba de establecer una responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. Por su parte, la CSJN, en apretada síntesis, señaló que, si bien

importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o fin del delito (...) Castigar a la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado. Los que creen que los delitos pueden ser imputables a las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede el objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho a los bienes. Para esto, la capacidad de los contratos es indispensable...”.

(24) Aprobadas por la ley 810, sancionada el 30/09/1876 y promulgada el 05/10/1876.

las personas jurídicas no eran pasibles de responsabilidad penal en virtud del art. 43 CC, el ordenamiento jurídico argentino contenía disposiciones como estas Ordenanzas de Aduanas vigentes en aquel momento que permitían la imposición de sanciones penales pecuniarias a esas personas. Estas normas, según la Corte, consagradorias de la RPPJ, no se aplicaban ni a las personas jurídicas de existencia necesaria creadas con un fin político ni a los órganos de la Administración Pública.⁽²⁵⁾

Luego, la Ley de Aduanas 11.281⁽²⁶⁾ establecía en su art. 193:

Quando una persona de existencia ideal fuere responsable por alguno de los ilícitos previstos en los arts. 187, 188, 189 y 190, sin perjuicio de las sanciones que se impusieren a las personas de existencia ideal, sus administradores y representantes legales a la fecha de la comisión del hecho, responderán solidariamente con aquella de las penas pecuniarias que correspondieren, a cuyo efecto serán considerados como parte de la causa respectiva. Si el administrador o el representante legal fuere a su vez persona de existencia ideal, los administradores y representantes legales de ésta responderán solidariamente con la misma de las penas pecuniarias que correspondieren. No responderá el administrador o el representante legal siempre que acreditare haber sido ajeno al hecho.

(25) CSJN, "Diebel y Saporiti y Dirección General de Hospitales de Santiago del Estero v. Aduana", 20/12/1944. AFTALIÓN, ENRIQUE R., *Derecho penal administrativo*, op. cit., pp. 119 y ss.; también ABOSO, GUSTAVO E. y ABRALDES, SANDRO F., *Responsabilidad de las personas...*, op. cit., p. 112, nota 315. Entre otros precedentes de la CSJN, Aftalión cita de la colección "Fallos" los siguientes: t. 99, p. 317; t. 126, p. 163; t. 135, p. 197; t. 184, p. 420. En BONZÓN RAFART, JUAN C., *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas*, Bs. As., Depalma, 1993, pp. 87/88, se menciona otra antigua sentencia de la CSJN, "Entre Ríos, Extracto de Carnes Ltda. s/ defraudación de derecho de aduana", del 07/12/1894, donde se dijo: "... La legislación aduanera, a diferencia de la civil y criminal, responsabiliza a las personas jurídicas, en cuanto son capaces de mantener relaciones con la aduana por los fraudes o contravenciones de sus empleados y dependientes; y castiga no sólo a las defraudaciones consumadas, sino la posibilidad del fraude, sin tener en consideración si hubo intención dolosa o un error inocente; los arts. 1025, 1027 y 1028 de las Ordenanzas de Aduana vigente, establece los principios de una manera terminante y son ellos los que rigen y deben aplicarse al caso en cuestión, y no el art. 43 del Código Civil, indicado por el representante de la compañía demandada, por lo que debe concluirse que la compañía acusada, como cualquier persona jurídica, es responsable de las penas pecuniarias que imponen las Ordenanzas de Aduana, por fraude o contravenciones cometidos por sus empleados...".

(26) De acuerdo con el texto ordenado en 1962 y con las reformas introducidas por ley 21.898.

El mensaje de elevación de la reforma señalaba:

A la responsabilidad penal aduanera de las personas de existencia ideal, instituto que constituye una de las notas distintivas del derecho aduanero se agrega, por el proyectado art. 193, la responsabilidad de los administradores y representantes legales de las mismas, quienes responderán en forma solidaria con el ente ideal de las sanciones pecuniarias que se le impusieren, excepto que acreditaran haber sido ajenos al acto.⁽²⁷⁾

El texto legal no era muy claro para imputar a los representantes. Si no eran ajenos al acto, bastaba para responsabilizarlos con remitirse a las reglas de la participación, y no era necesario imponer una responsabilidad solidaria: cada uno respondía por lo que efectivamente había hecho.

Posteriormente, la sanción del Código Aduanero actualmente vigente (ley 22.415),⁽²⁸⁾ estableció la RPPJ, a nuestro criterio implícitamente. El art. 94. 2, inc. d, mediante su remisión al art. 94.1, inc. d, fijó, entre los requisitos para la inscripción de las personas de existencia ideal en el registro de importadores y exportadores, que dicho ente no haya sido condenado por algún delito aduanero, impositivo o previsional, o que no esté procesado judicialmente o sumariado por la Administración Federal de Ingresos Públicos por cualquiera de aquellos ilícitos mientras "... no fuere sobreesido o absuelto por sentencia o resolución firme...". Lo mismo surge del art. 876.1, incs. f y g, en cuanto dispone, como pena accesoria a la privativa de la libertad, la de inhabilitación especial aplicable de manera extensiva a los directivos de la empresa. Por su parte, el art. 876.1, inc. i, establece el retiro de la personería jurídica y la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio. Como dijimos, esta regulación implícita de la RPPJ recibió un tratamiento distinto en la jurisprudencia.

(27) Cabe destacar que esta reforma de las leyes de aduana, como el Código Aduanero siguiente, fueron sancionados durante la última dictadura militar argentina, de acuerdo con el método legislativo peculiar que estableció el mismo régimen al tomar el poder en 1976. La nota al Poder Ejecutivo acompañando el Proyecto de Ley 21.898 del 02/11/1978, puede consultarse en *Anales de Legislación Argentina*, 1978, tomo XXXVIII-D, pp. 3356/3368, en particular, p. 3359.

(28) Esta ley buscó regular, de manera sistemática, la materia aduanera, sustituyendo la legislación vigente en aquel momento —las centenarias Ordenanzas de Aduanas (1079 arts.) y la Ley de Aduana (212 arts.)—, además de la gran cantidad de leyes complementarias, como las 16.686, 17.198, 17.255, 17.412, 17.325.

El fuero Penal Económico, especializado en la materia,⁽²⁹⁾ reconoció en distintas sentencias la posibilidad de aplicarles sanciones penales a las personas jurídicas como consecuencia de delitos aduaneros.⁽³⁰⁾ Sin embargo, dos casos relativamente recientes volvieron a tratar la cuestión, reavivando la polémica en torno al tema:

2.2.1.1. El caso “Peugeot Citroën Argentina SA”⁽³¹⁾

Con anterioridad a la instancia de Casación Penal, la Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico había confirmado la sentencia de primera instancia con respecto al rechazo de una excepción de falta de acción, y la orden de tomar declaración indagatoria a Frederic Saint Geours, representante de la firma “Sevel Argentina SA”. En lo que aquí importa, la defensa de este último recurrió la decisión y sostuvo dos agravios: en uno, afirmaba la errónea aplicación de la ley sustantiva; en el otro, denunciaba la existencia de un vicio procesal.

En relación al primero, afirmó que la Cámara de Apelaciones había aplicado erróneamente los arts. 864 y 876 CA. Según la parte recurrente, interpretar que estas normas establecían de manera expresa la RPPJ era incongruente con nuestro sistema, pues aplicarle una pena a un ente ideal requería una transformación del sistema de imputación de los delitos. Del mismo modo, el castigo penal de una persona jurídica significaba violar el principio de personalidad de las penas, pues implicaba castigar a todos los miembros del ente colectivo con independencia de su participación. De esta forma, debía buscárseles a aquellos artículos del Código Aduanero un significado que resultara armónico y no violentara principios básicos de nuestro derecho penal. Las sanciones previstas en aquel ordenamiento de ningún modo podían ser penales y, en consecuencia, eran incapaces de generar un proceso en contra de la persona ideal.

En cuanto al error procesal, los defensores señalaron que el procedimiento penal solo le otorgaba capacidad para ser parte a la persona física viva. Es que, aun cuando se aceptara la posibilidad de castigar penalmente a los entes ideales, quedaría por definir un sistema de juzgamiento de las personas jurídicas.

(29) La ley 14.831 (BO 24/09/1959), creó en la Argentina los tribunales en lo Penal Económico.

(30) Un buen resumen de distintas sentencias sobre el tema puede verse en ABOSO, GUSTAVO E. y ABRALDES, SANDRO F., *Responsabilidad de las personas...*, op. cit., pp. 114/115.

(31) CFED. CAS. PENAL, SALA III, “Peugeot Citroën Argentina SA”, 16/11/2001.

Por último, pidieron que se hiciera lugar a la excepción planteada, por considerar que no existía el delito investigado.

El juez Riggi en su voto, y para tratar el primer agravio, realizó un extenso y meticuloso repaso de la evolución del tema en la doctrina nacional y extranjera, a la par que analizó el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la RPPJ en la Argentina. Consideró que la polémica doctrinaria no se había trasladado a la legislación positiva, pues esta preveía la RPPJ en múltiples leyes especiales y comunes que conminaban diversos delitos. Con apoyo en la jurisprudencia de la CSJN, y del fuero penal económico, sostuvo que la RPPJ en materia aduanera había sido recibida de manera pacífica e invariable. Así, afirmó "... que nuestra legislación positiva en determinados casos y el régimen aduanero en particular han adoptado firmemente la postura de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos de sus representantes...", a la par que la jurisprudencia no había cuestionado la validez constitucional de la solución establecida por el legislador.

En cuanto al recurso en sí, rechazó el argumento de que las personas jurídicas carecían de dolo, como también el referido a la violación del principio de personalidad de las penas. Del mismo modo, desestimó la crítica referida a la falta de adecuación de las normas procesales a la RPPJ. Pese a que Riggi, que votó en primer término, rechazó los planteos que giraban en torno a la falta de RPPJ en el derecho aduanero, consideró que en el caso no existía delito. Por esta razón, propuso sobreseer a los imputados, esto es, aplicar una forma de absolución anticipada prevista por nuestras leyes procesales.

El segundo juez, Mitchell, adhirió al voto del primero pero con la salvedad de que, en su opinión personal, la CSJN había fijado posición en el tema —favorable a la RPPJ— pero la parte recurrente no había expuestos argumentos que permitieran apartarse de esta jurisprudencia.⁽³²⁾

2.2.1.2. El caso "Fly Machine SRL"⁽³³⁾

Previo al fallo de la CSJN, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal había confirmado la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1, de Córdoba, que había declarado la nulidad de los requerimientos de remisión a juicio en razón de que en ellos se había imputado a una persona jurídica —la empresa Fly Machine SRL—, la comisión del delito de con-

(32) Esta sentencia puede consultarse en ZIFFER, PATRICIA (dir.), *Jurisprudencia de Casación penal*, t. 2, Bs. As., Hammurabi, 2010, pp. 331/367.

(33) CSJN, "Fly Machine SRL s/recurso extraordinario", 30/05/2006.

trabando documentado en grado de tentativa. Contra esa decisión, los apoderados de la AFIP dedujeron recurso extraordinario federal que, por mayoría, fue declarado inadmisibile.

En su disidencia, el juez Zaffaroni, tras recordar que el concepto de acción constituía una exigencia mínima de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico penal, cuya definición estaba condicionada por ciertos postulados de jerarquía constitucional, en lo que aquí importa, señaló:

... 10) Que, por su parte, el art. 887 del ordenamiento jurídico aduanero se limita a establecer una responsabilidad solidaria de las personas jurídicas con sus dependientes por las penas pecuniarias; mientras que el artículo siguiente, si bien refiere al supuesto en que un ente ideal resulte condenado por algún delito aduanero, ello no implica per se el reconocimiento legal de que las personas jurídicas puedan ser autoras de delitos. Ello es así porque la norma admite una exégesis diferente —que de acuerdo a las apreciaciones efectuadas sería respetuosa del texto constitucional— que consiste en relacionar la expresión “fuere condenada” con la condena impuesta en sede administrativa donde se aplican las penas pecuniarias —interpretación ésta que resulta extensible a la norma del art. 94, apart. 1, inc. d), 1º, según la remisión que surge del apart. 2, inc. d), del citado precepto legal—.

11) Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto —precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación—, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido, asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica “la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena”.

12) Que tampoco cabe soslayar la circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuicia-

miento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso.

13) Que ello no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo, pues esta posición sólo se limita a frenar el impulso por dotar a aquellos entes de capacidad delictiva...

Como puede apreciarse, la RPPJ en el ámbito de los delitos aduaneros, dista de ser un tema resuelto. La jurisprudencia reciente muestra que se trata de una polémica que aún no está saldada.

2.3. Leyes contra el monopolio y defensa de la competencia. Las primeras leyes y su influencia en proyectos de reforma del CP

Dentro de la evolución legislativa argentina, por varias razones, adquiere singular importancia la ley 11.210⁽³⁴⁾ ya que: 1) es una de las primeras leyes que estableció expresamente la posibilidad de imponer multas penales a las personas jurídicas; 2) el sistema que instauró generó arduas polémicas; y 3) luego fue adoptado, de manera igual o muy parecida, por casi todas las leyes que establecieron algún tipo de sanción penal a las personas jurídicas o, al menos, así lo interpretó la jurisprudencia.

Esta ley prohibía conductas tendientes a monopolizar los mercados mediante convenios o pactos. Se trataba de una ley común de carácter penal. El Poder Ejecutivo no intervenía en su aplicación sino que el régimen se ponía en práctica a través de la denuncia ante el Poder Judicial. Era aplicada por los tribunales federales o provinciales.⁽³⁵⁾

Según su art. 3º "... los que violen lo dispuesto por los arts. 1º y 2º de esta ley, y los que tomen parte en los actos que ella prohíbe en su carácter de banqueros, serán penados con multa de dos mil a cien mil pesos moneda

(34) Denominada ley antitrust, BO 11/09/1923.

(35) BORINSKY, MARIANO, *Derecho penal económico y de la empresa*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 199 y ss., con un buen análisis de la evolución legislativa argentina en la materia.

nacional, o en su defecto, con prisión de uno a tres años. En caso de reincidencia, se aplicará una y otra, conjuntamente”; y su art. 5° establecía:

Quando los que violen lo dispuesto por esta ley sean sociedades comerciales o personas jurídicas, los directores, administradores, gerentes o miembros de la razón social que hayan intervenido en los actos considerados punibles, serán personalmente responsables. Cuando se realizaren convenios o combinaciones de cualquier naturaleza con el propósito de producir actos declarados punibles por esta ley, todos los que intervengan en esos convenios o combinaciones serán personalmente responsables de las violaciones que se produzcan, aun cuando no tomen parte esencialmente en éstas.

Luego, en caso de reincidencia de una sociedad anónima o persona jurídica, el art. 6° preveía que “... sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3° para los reincidentes, la violación entrañará la pérdida de la personería jurídica y la anulación de las prerrogativas o concesiones que se le hubieren otorgado...”.

Eusebio Gómez, comentando esta disposición, criticaba que las sanciones previstas por la ley no se aplicaran a la persona jurídica ante la primera condena, pues ya en ese momento el ente ideal había abusado o transgredido las condiciones por las cuales se le había otorgado la personería jurídica (art. 48, inc. 2, CC).

Con referencia al debate parlamentario, y según indicó el senador Gallo, la razón de esta disposición se hallaba en que la responsabilidad era individual de los directivos de la persona jurídica.

No es la persona jurídica en sí misma, constituida con fines de utilidad pública, la que es pasible de la responsabilidad de estos actos, sino la persona de los directores que han intervenido en los mismos. Si se estableciera desde el primer caso, que el hecho de incurrir en alguno de estos actos determina, de inmediato, la pérdida de la personería jurídica, se impondría un castigo a todos los accionistas y componentes de la sociedad, extraños y ajenos al acto irregular o delictuoso consumado, sin una advertencia previa que les haga saber que el director se ha extralimitado en su mandato, de forma ilegal. La ley exige la reincidencia porque, producido el primer caso, quedan advertidos los accionistas y en condiciones de tomar las medidas

convenientes a fin de que sus directores no incurran en actos delictuosos que han de redundar en perjuicio de todos ellos...⁽³⁶⁾

Como puede apreciarse, Gómez, opositor declarado de la RPPJ, aceptaba cancelar la personería al ente ideal, pero como una consecuencia de naturaleza civil. Este pensamiento se refleja en su proyecto de Código Penal, de 1937, elaborado junto con el Dr. Jorge Coll. Al regular el delito de monopolio, el art. 392, establecía:

Quando los hechos previstos en este capítulo fueren cometidos por sociedades comerciales o personas jurídicas, se declarará la pérdida de la personería jurídica y la anulación de las prerrogativas o concesiones que se le hubieren otorgado, sin perjuicio de la sanción que corresponda a los directores, administradores, gerentes u otros miembros que hayan participado en tales hechos...

Una norma exactamente igual contenía el proyecto de Código Penal de 1941. De esta manera, es erróneo afirmar que estos proyectos establecían la RPPJ: solo implicaban la pérdida de la personería, pero pensada por los autores de estas reglas como una consecuencia civil.⁽³⁷⁾ Además, la quita se le aplicaba a la persona jurídica como una consecuencia refleja de lo que habían realizado sus directivos: no había ningún factor de atribución. Por lo tanto, en el caso de los entes ideales, se trataba de una verdadera responsabilidad objetiva.

Posteriormente, entró en vigencia la ley 12.906, también destinada a la represión del monopolio.⁽³⁸⁾ Del mismo modo, se trataba de una ley común con disposiciones penales, aunque definía con mayor precisión las conductas no autorizadas. En lo fundamental, prohibía los actos unilaterales o los acuerdos concertados que tendían a establecer monopolios y lucrar arbitrariamente con él.⁽³⁹⁾ En lo aquí interesa, el art. 3° establecía:

La comisión de los hechos previstos en el art. 1°, o en cualquiera de los incisos del art. 2° de esta ley, dará lugar a la aplicación de las siguientes sanciones: (...) 2) Cuando el hecho haya sido

(36) GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado...*, t. 6, *op. cit.*, pp. 342/344. Ver *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1922, p. 587.

(37) Incurren en este error, por ejemplo, ABOSO, GUSTAVO E., y ABRALDES, SANDRO F., *Responsabilidad de las personas...*, *op. cit.*, p. 103.

(38) BO 22/02/1947. Reemplazó a la ley 11.210.

(39) BORINSKY, MARIANO, *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 200.

cometido por los directores, administradores, gerentes, mandatarios, gestores o miembros de una o varias personas de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en su nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona ideal se impondrá: a) Multa de dos mil a un millón de pesos moneda nacional que será aplicada solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, gerentes, mandatarios, gestores o miembros que hayan participado en la comisión del hecho punible; b) Prisión de uno a seis años, que será aplicada a los directores, administradores, gerentes, mandatarios, gestores o miembros que hayan participado en la comisión del hecho punible

El art. 4º, por su parte, señalaba: "Las personas físicas o de existencia ideal condenadas a pena de multa en ningún caso podrán gozar del beneficio del art. 26 del Código penal".⁽⁴⁰⁾ El art. 5º fijaba: "Serán declaradas reincidentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50 del Código penal, las personas físicas o ideales que, condenadas a penas pecuniarias por sentencia firme en virtud de los hechos previstos en esta ley, cometieren un nuevo delito de la misma naturaleza"; mientras que, por último, el art. 7º establecía: "Podrán imponerse como sanciones complementarias, las siguientes: a) La pérdida de las concesiones, privilegios o prerrogativas de que gozare la persona física o ideal; b) el retiro de la personería jurídica; c) la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando se trate de sociedades comerciales sin personería jurídica...".

Tal como puede apreciarse, tampoco esta ley establecía un sistema de RPPJ autónomo, sino, antes bien, en la mayoría de los casos, un régimen de verdadera responsabilidad objetiva para el ente ideal, al que podía multarse. La excepción la constituía la expresión "con la ayuda", que implicaba reconocerle capacidad de acción al ente ideal, en cuyo caso, podía recurrirse a los criterios generales de la autoría y la participación para responsabilizarla. Con respecto a las sanciones complementarias, ellas bien podían interpretarse como lo hacía Eusebio Gómez, es decir, como normas redundantes, pues la cancelación de la personería jurídica

(40) El art. 26 CP establece la condenación condicional, esto es, que en los casos de primera condena a una pena de prisión que no exceda de 3 años, el juez posee la facultad de dejar en suspenso su cumplimiento.

podía dictarse con fundamento en las reglas civiles que regulan el objeto de la sociedad.

Posteriormente, se sancionó la ley 22.262 de Defensa de la Competencia.⁽⁴¹⁾ Se trató de una norma, dictada por la última dictadura militar argentina, que perduró hasta bastante después de terminado aquel periodo de facto: 1999. Transformó el régimen anterior y convirtió en federal la legislación en la materia. En la evolución de este régimen, es un paso intermedio entre el sistema penal y judicial del primer modelo y el administrativo, actualmente vigente, según veremos, de acuerdo con la ley 25.156.⁽⁴²⁾

El art. 42 ley 22.262 discriminaba las penas según si las infracciones habían sido cometidas por personas físicas o por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de personas de existencia ideal. En este último caso, establecía que la pena de multa se aplicaba solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre el patrimonio particular de los que hubieran intervenido en el hecho; en tanto que la pena privativa de la libertad se aplicaba a estos.

Luego, la ley 25.156⁽⁴³⁾ reemplazó esta norma en cumplimiento con el mandato constitucional introducido por la reforma de 1994, por lo que el nuevo art. 42 establece la protección del consumidor y la defensa de la competencia contra toda distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales.⁽⁴⁴⁾ Con respecto al tema en estudio, el art. 47 establece: "Las personas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz"; mientras que el art. 48, fija:

Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o

(41) BO 06/08/1980. Además de la obra de Borinsky ya citada, al respecto puede consultarse: RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos económicos*, op. cit., pp. 194/203; MALAMUD GOTTI, JAIME, *Derecho penal de la competencia*, Bs. As., Hammurabi, 1984, pássim.

(42) BORINSKY, MARIANO, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 200.

(43) BO 20/09/1999.

(44) RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos económicos*, op. cit., p. 205.

representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiese contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. En tal caso se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior.

Por su parte, el art. 49 determina las pautas para mensurar la sanción: “El Tribunal en la imposición de multas deberá considerar la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del responsable así como su capacidad económica”.

El análisis de esta ley revela que la primera cuestión que debe analizarse es el carácter que revisten algunas de las sanciones previstas, esto es, si las multas tienen carácter penal o administrativo. Borinsky se inclina por considerarlas de naturaleza penal, en particular, por los criterios retributivos o preventivos especiales contemplados en el art. 49.⁽⁴⁵⁾

En cuanto a la RPPJ, Righi señala que el art. 47 adopta una regla según la cual, una vez establecida la responsabilidad de un autor directo, el comportamiento es atribuido a la persona de existencia ideal en función de las siguientes reglas de atribución:

- a. si el hecho punible ha sido cometido por un órgano que tiene representación social o por una persona física que actuó en nombre de la corporación utilizando un mandato insuficiente;
- b. si la corporación ha favorecido la comisión del hecho o si ha sido realizado en su beneficio.

Sin embargo, acota Righi, el art. 47 es contradictorio del art. 48, pues cuando las infracciones son cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a sus representantes, que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. Considera que se trata de otro caso de responsabilidad penal solidaria,

(45) BORINSKY, MARIANO, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 235. En el mismo sentido, ESTEBAN, RIGHI, *Los delitos económicos*, op. cit., pp. 231/233.

vedado por nuestro sistema constitucional, donde se castiga a un directivo por el hecho realizado por otro.⁽⁴⁶⁾

A diferencia de las otras leyes que hemos analizado, aquí aparece un factor de atribución de la responsabilidad del representante, pues para aplicar la multa solidaria, se exige una acción u omisión del directivo que contribuya a la comisión de la infracción. Sin perjuicio de la opinión de Righi, nos parece que, si bien mejora la técnica legislativa, resulta superflua, pues podría resolverse la misma recurriendo a las reglas de la autoría y la participación de la Parte General del Código Penal. Asimismo, y con respecto a las personas jurídicas, aquí se repite la frase “con ayuda” (art. 47, ley 25.156), que como veremos, aparecerá en otras leyes, lo que confirma la presunción de que, para el legislador argentino, la persona jurídica tiene capacidad penal de acción en algunos ámbitos.

2.4. Leyes reguladoras de precios máximos. Leyes de abastecimiento

Otro ámbito donde se sucedieron las reglas que establecían algún tipo de RPPJ, más allá de lo que establecía el art. 43 CC, fue el de la regulación de precios de los productos y servicios. Esta clase de leyes se ubica entre el control de precios y la defensa de la competencia.

Así lo hizo la ley 12.830,⁽⁴⁷⁾ de precios máximos, que respondía a la situación económica imperante en la Argentina al finalizar la Segunda Guerra Mundial, marcada por un fuerte intervencionismo estatal. Se trataba de una norma de emergencia, de “orden público” y vigente hasta el 3 de junio de 1952. Su objetivo era proteger el acceso de los habitantes a los productos y servicios en periodos de escasez. Mediante ella se facultaba al Poder Ejecutivo para determinar los productos alcanzados, fijar sus precios máximos y mínimos de venta al consumidor, así como también en las distintas etapas de comercialización. Su art. 6° castigaba con multa toda violación a los precios máximos o mínimos establecidos en la ley, “... así como todo contrato o propuesta concertado o formulada contraviniendo los precios en vigor; todo acto que importe acaparar, monopolizar, des-

(46) RIGHI, ESTEBAN, *Los delitos económicos*, op. cit., pp. 234/235. También, GARCÍA, LUIS y LLERENA, PATRICIA, *Criminalidad de empresa. Responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras*, Bs. As., Ad-Hoc, 1990, pp. 25/34.

(47) BO 16/09/1946. Bajo el título “Faculta al Poder Ejecutivo a limitar los precios para el abastecimiento de la población y a combatir la especulación ilícita”, la ley ratificaba el decreto 16.216/1946.

truir, ocultar, o restringir la oferta de mercaderías u otros bienes (...) o cualquier acto u omisión que concurra a producir una elevación artificiosa de los precios o la escasez de mercaderías...". El máximo de la multa podía ser excedido hasta llegar al límite de la ganancia obtenida. Preveía que a las personas físicas, además, se les podía aplicar la pena de prisión de un mes a seis años. En lo que aquí interesa, el art. 7° fijaba: "La violación de las disposiciones establecidas en el art. 5° [que creaba la obligación de los fabricantes y comerciantes de llevar libros especiales] será penada con multa de diez a diez mil pesos moneda nacional; en caso de reincidencia se aplicará la multa y a las personas físicas responsables de la infracción se les podrá aplicar, además, una pena de prisión de un mes a tres años". Por su parte, el art. 9° establecía la posibilidad de multar a las personas jurídicas que rebajaban los sueldos a sus empleados "so pretexto de la aplicación de los precios máximos". A su turno, el art. 10 preveía que, si las infracciones se cometían en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, ya sea por intermedio de su director, administrador, gerente, miembro de la razón social, factores o por interpósita persona, se sujetaba a la misma a proceso, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena de una persona jurídica, asociación o sociedad, se podía imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le habían acordado. Finalmente, el art. 11, excluía a los condenados por esta ley de la libertad condicional.

Como puntos interesantes de la norma, cabe destacar que establecía la posibilidad de crear comisiones populares para velar por su cumplimiento y denunciar su inobservancia; además, consagraba el secreto profesional de todas las personas llamadas a aplicarla. De esta manera, la ley consagraba un sistema de RPPJ implícito y objetivo.⁽⁴⁸⁾

Con esquemas similares, se dictaron en nuestro país normas que se ocupaban de la represión del agio y la especulación, como las leyes 14.440, 14.450, 14.830, 16.454, 17.017, 17.724 y 19.230.

Más cerca en el tiempo, el 20/06/1974, el Congreso Argentino sancionó la ley 20.680, que sigue el régimen de las anteriores en la materia, aunque en el art. 1° desarrolla con mayor precisión su ámbito de aplicación.

(48) El análisis de esta ley puede verse en ABOSO, GUSTAVO E. y ABRALDES, SANDRO F., *Responsabilidad de las personas...*, op. cit., pp. 106/107; también CESANO, JOSÉ DANIEL, *Estudios sobre la responsabilidad...*, op. cit., p. 88.

Cuenta con 30 arts.⁽⁴⁹⁾ En lo que respecta al objeto de nuestra investigación, el art. 8° establece:

Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado. Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades que no hubieren participado en la comisión de los hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles —cuando se les probare grave negligencia al respecto— de las sanciones previstas en el art. 5°, incs. a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer...

Tal como puede apreciarse, esta regla admite la RPPJ, cuando ella fue beneficiada por la conducta ilícita de sus dependientes, prevé su participación como parte en el proceso penal y establece un deber de vigilancia de los directivos.⁽⁵⁰⁾ También admite su capacidad para recibir sanciones, aunque no establece cuáles son los presupuestos de su responsabilidad.

2.5. Régimen penal cambiario

El régimen del control de cambios ya preveía desde sus inicios sanciones para las infracciones a sus disposiciones cometidas por personas jurídicas. Así, el art. 3° decreto 124.091/1942 (reglamentario del art. 17 ley 12.170) establecía: "Los representantes de personas jurídicas responden como éstas por las omisiones o hechos que constituyen infracciones". Más tarde, el decreto 12.647/1949 preveía en su art. 3°: "Las personas que hubiesen incurrido en infracciones al régimen de cambios y las que, como interme-

(49) Un buen análisis de esta ley puede verse en BORINSKY, MARIANO, *Derecho penal económico...*, op. cit., pp. 309/318; también SUBÍAS, JULIÁN, "Ley 20.680. Agio y abastecimiento", en D'alesio, A. (dir.); Divito, M. (coord.), *Código penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2ª ed., t. 3, La Ley, Bs. As., 2009, pp. 531/553.

(50) BONZÓN RAFART, JUAN C., *Responsabilidad penal e infraccional...*, op. cit., p. 66.

diarias o en cualquier otro carácter, hayan contribuido a facilitarlas, serán pasibles de las penalidades establecidas”; luego, el art. 4° fijaba:

Las personas de existencia ideal, tengan o no personería jurídica acordada por el Poder Ejecutivo, ya sea que revistan la forma de sociedad o simple asociación, que sus objetivos sean comerciales o civiles y se hallen o no inscritas o autorizadas para funcionar como tales, serán solidariamente responsables juntamente con los directores, gerentes, administradores, gestores, mandatarios y/o miembros de la razón social, por las sanciones pecuniarias a que hubiere lugar.

Sin perjuicio de la inconstitucionalidad de estas normas reglamentarias,⁽⁵¹⁾ lo cierto es que en la actualidad, las infracciones al régimen cambiario se encuentran castigadas penalmente y esas sanciones han sido extendidas a las personas jurídicas.

El art. 2, inc. f, ley 19.539 establece:

Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incs. a) y e). La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho.

Los incs. a y e en cuestión establecen, respectivamente, una multa de hasta diez veces el monto de la operación en infracción —para la primera vez—, y la suspensión o cancelación del permiso para operar en cambios junto con la inhabilitación por diez años para actuar en ese mercado.

La aplicación de esta ley originó diversas sentencias de la CSJN donde, para justificar la imposición de la multa solidaria a los representantes de la per-

(51) BONZÓN RAFART, JUAN C., *Responsabilidad penal e infraccional...*, op. cit., p. 37.

sona jurídica, se recurrió al subterfugio de considerar que no se trataban de sanciones penales sino de una especie de garantía del derecho común.⁽⁵²⁾

El régimen penal cambiario establece un sistema similar al de otras leyes que ya hemos analizado. Nuevamente, aparece aquí la frase “con la ayuda”, lo que indica el reconocimiento de una capacidad de acción de la persona jurídica. Asimismo, la ley reconoce la posibilidad de sancionar penalmente a los entes ideales, carácter que surge palmario, por ejemplo, de los montos que pueden alcanzar las multas o la inhabilitación para ejercer la actividad cambiaria.

2.6. Espionaje y sabotaje. Régimen penal de los residuos peligrosos

A continuación analizaremos dos leyes que alguna jurisprudencia nacional ha considerado que incluyen un régimen de RPPJ.

Así ocurre con una antigua ley, la 13.985,⁽⁵³⁾ que regula los delitos contra la seguridad de la Nación: traición, espionaje, sabotaje y violación de secretos políticos o militares. Sujeta a los avatares políticos y reformistas de nuestro país, fue derogada y puesta nuevamente en vigencia al compás de los distintos cambios de gobierno. Con el retorno a la democracia tras la última dictadura militar, fue nuevamente restablecida su vigencia por el art. 1° de la ley 23.077. Pese a las fundadas críticas que recibió dicha ley, —fundamentalmente por los objetivos que la guiaban, las elevadas penas que preveía, la equiparación entre tentativa y delito consumado, y su yuxtaposición con el Título IX del CP que castiga los delitos contra la seguridad de la Nación—, gran parte de su texto ha sobrevivido.⁽⁵⁴⁾

En lo que se refiere a la RPPJ, su art. 12, inc. d, establece: “Incurrirá en las mismas penas establecidas por los autores de los delitos previstos en esta ley: (...) d) El que apoye, financie o contribuya a financiar la ejecución de los delitos. Si se tratare de una persona jurídica será pasible del retiro de la personería, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los miembros culpables”.

(52) Entre otros fallos, pueden verse CSJN, “Wlodavsky, Pedro y otros”, 9/08/1977, en *La Ley*, t. 1978-A, p. 431; “Banco de Santander y otros”, 21/02/1978, en *La Ley*, t. 1978-D, pp. 231/248. Una acertada crítica a esta jurisprudencia puede verse en SPOLANSKY, NORBERTO, “Culpabilidad, la responsabilidad solidaria...”, *op. cit.*, en particular, p. 235 y ss.

(53) BO 16/10/1950.

(54) Sobre los alcances de esta ley y sus avatares, puede verse CABULI, YAMIL FEDERICO, en D’Alessio, A. (dir.) y Divito, M. (coord.), *Código Penal de la Nación...*, *op. cit.*, pp. 184/189.

Por nuestra parte, consideramos que esta regla no establece con claridad un régimen de RPPJ. Si bien reconoce implícitamente la capacidad de acción, en cuanto a las sanciones, tal como hemos visto y ocurre con otras leyes, es posible interpretarla considerando que la cancelación de la personería no es una consecuencia penal, sino que se deduce de la aplicación de las mismas normas civiles que prevén su pérdida cuando el objeto del ente ideal se ha transformado en ilícito. De este modo, el juez penal no haría otra cosa que aplicar una norma que, en realidad, es derivación de otra rama del ordenamiento. Y así, para quienes no son partidarios de la RPPJ, se salvaría la inconstitucionalidad de una regla que de otra forma sería contraria al principio *societas delinquere non potest*. Por lo demás, falta también un criterio de atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

La segunda norma que mencionamos es la ley 24.051, de residuos peligrosos.⁽⁵⁵⁾ Esta norma buscó completar el vacío legal existente con respecto a la regulación de los desechos generados por las industrias locales y la posibilidad de que la Argentina se convirtiera en un "paraíso de la contaminación", a causa de la entrada en el país de los desechos provenientes de otras naciones con mayor grado de desarrollo industrial. Así, durante el debate parlamentario, la senadora Saadi de Dentone señaló: los países industrializados "... nos consideran no como Primer Mundo sino como Tercer o Cuarto Mundo, porque permanentemente buscan de qué forma pueden mandar sus residuos o basuras a los países menos desarrollados. Así es que nos envían o pretenden enviarnos cualquier tipo de sustancia tóxica para que sea almacenada en la República Argentina..."⁽⁵⁶⁾

En cuanto al régimen penal que establece esta ley, su art. 55 fija:

"Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de

(55) BO 17/01/1992.

(56) RICCARDINI, JUAN C., "Ley 24.051. Régimen de desechos peligrosos", en D'alesio, A. (dir.) y Divito, M. (coord.), *Código penal de la Nación...*, op. cit., p. 1157; se citó el "Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación", en *Antecedentes Parlamentarios de la ley 24.051*, n° 549, Servicio de Información Parlamentaria, Dirección de Bibliotecas del Poder Judicial de la Nación, p. 3439.

alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión”.

Luego, el art. 56, señala: “Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años. Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años”. En lo que aquí interesa, el art. 57 establece:

Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores, se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.

Pese a que alguna sentencia aislada ha intentado ver aquí un caso de RPPJ, entendemos que, en realidad, la regla sanciona **exclusivamente** a los directivos de la persona jurídica, más allá del carácter ambiguo de la última oración con la que concluye. Se trata de una cláusula de actuación en el lugar del otro, y tiene el defecto que no establece las características de la persona ideal que se trasladan a la física. Por esta razón, muchos autores sostienen que el punto puede resolverse con las reglas generales de la autoría y la participación que prevén los arts. 45 y ss. CP.⁽⁵⁷⁾

3. ¿Consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? El caso de la ley penal tributaria. Las últimas reformas

3.1. *Los impuestos y el derecho penal. Las modificaciones recientes*

Desde hace mucho tiempo, y con reformas permanentes, la ley 11.683 regula las funciones y facultades del ente recaudador de impuestos, la Dirección General Impositiva, así como también el procedimiento para el cobro de tributos. En sus orígenes, la ley preveía diversas infracciones

(57) En la jurisprudencia, Riggi, en su voto en el caso “Peugeot Citroën Argentina SA” (ver punto 2.2.1.1) señala a esta ley, expresamente, como un caso de RPPJ. Correcta la posición de RICCARDINI, JUAN C., “Ley 24.051...”, *op. cit.*, pp. 1194/1196; también, RODRÍGUEZ CAMPOS, ELOISA, *Régimen penal de residuos peligrosos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009, pp. 114/121.

y delitos. Sin embargo, el régimen penal que contenía fue reemplazado por uno específico, mediante la ley 23.771, reemplazado a su vez por la ley 24.769 y modificado por la 26.735.

En referencia a las personas jurídicas, la ley 11.683 presentaba dos reglas que regulaban su responsabilidad. Disponía el art. 56: “Están obligados a pagar los accesorios quienes deban abonar los respectivos impuestos, anticipos y otros pagos a cuenta”. Luego, el art. 57, tras enumerar quienes estaban exentos de las sanciones previstas en la ley, establecía:

Todos los demás contribuyentes enumerados en el art. 15, sean o no personas de existencia visible, están sujetas a las sanciones previstas en los arts. 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50 y 51, por las infracciones que ellos mismos cometan o que, en su caso, les sean imputadas por el hecho u omisión en que incurran sus representantes, directores, gerentes, administradores, o mandatarios, o con relación a unos y otros, por el hecho u omisión de quienes les están subordinados, sus agentes, factores o dependientes...

Parte de la doctrina y la jurisprudencia entendían que estas reglas establecían la responsabilidad refleja de las personas jurídicas por los hechos cometidos materialmente por sus representantes. Según la construcción efectuada, la sociedad debía actuar, cuanto menos imprudentemente, en la elección de aquellos, o en no vigilar suficientemente su accionar.

Con la ley 23.771 triunfó la idea de tratar los delitos tributarios y previsionales en forma integral, mediante una ley especial sancionada fuera del Código Penal, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en España. Si bien hasta ese momento no existía un vacío legislativo en el tema, pues como ya vimos, tanto la ley 11.683 como sus modificatorias regulaban la cuestión, se pensó que con la nueva norma podrían obtenerse mejores resultados en la “lucha contra la evasión” respetando los principios del Estado de derecho, pues, entre otras cosas, el nuevo régimen preveía la intervención del Poder Judicial para aplicar las sanciones, terminando con sistema donde el fisco era, en gran medida, juez y parte.

La ley 23.771 no contenía un régimen específico de RPPJ, sino que, al incluir un elemento subjetivo —la propia participación—, mejoraba la técnica seguida por la ley 11.683 para castigar a los representantes del ente

ideal. Así, el art. 12 establecía: “Cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado, sociedades, asociaciones u otras entidades de la misma índole, la pena de prisión por los delitos previstos en esta ley corresponderá a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible”.

Con posterioridad, el régimen tributario y previsional fue sustituido por la ley 24.769,⁽⁵⁸⁾ que buscó mejorar algunos aspectos de la norma anterior, además de aumentar los montos evadidos en los distintos delitos. En cuanto a la RPPJ, el art. 14 establecía:

Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz.

En uno de los comentarios más profundos a dicha ley, Guillermo Orce y Gustavo Trovato señalan que este artículo era un producto típico de la concepción dominante en nuestro país acerca de la falta de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A esto, la regla del art. 14 agregaba una responsabilidad vicaria, es decir, por los hechos de otro. En opinión de estos autores, esta era la única interpretación posible que permitía otorgarle algún contenido cierto. Si se interpretaba que no trasladaba la responsabilidad de la persona jurídica a la física, porque en todo caso la persona física también debía haber actuado, entonces el artículo no regulaba nada, ya que esa responsabilidad se encontraba establecida por los otros tipos penales de la denominada “ley penal tributaria”. En definitiva, esta ley no regulaba la RPPJ, lo cual se manifestaba en la falta de sanciones pese a que reconocía la capacidad de acción delictiva de los entes ideales, aspecto evidenciado con la utilización de la frase “con la ayuda” de una persona de existencia ideal.

(58) BO 15/01/1997.

Asimismo, sostienen estos autores, el art. 14 de la ley penal tributaria difiere de manera esencial con la teoría del “actuar en lugar de otro” (por ejemplo, contemplada en el § 14, StGB o el art. 31 CP español). En esa regla se presupone una verdadera culpabilidad de la persona física. El único problema que viene a solucionar la regla es el de la falta de las características de autor, es decir, la calidad de *extraneus* del representante de la persona jurídica que realiza de propia mano el hecho delictivo. Pero, igual que en cualquier caso de delito especial propio, para aplicar pena al *extraneus* en carácter de partícipe es requisito que él mismo sea culpable del hecho. La regla del § 14 StGB no traslada la responsabilidad de alguien culpable por el hecho a alguien no culpable, sino que establece que la persona física que “también es culpable”, pero es un *extraneus*, pueda ser también penada como autor.

El legislador argentino tomó nota de estas críticas y, recientemente, volvió a modificar la ley penal tributaria. En lo que se refiere a la RPPJ, la ley 26.735⁽⁵⁹⁾ agregó varios párrafos al art. 14, idénticos a los establecidos en el art. 304 (texto según ley 26.683). Del mismo modo, la ley 26.733 incorporó el nuevo art. 313 al CP, por lo cual, analizaremos este nuevo régimen de la RPPJ en el punto siguiente, pues se trata del mismo texto en todas las leyes citadas.

4. La RPPJ en la última reforma sobre lavado de activos

La ley 26.683 estableció un nuevo art. 304 CP redactado de la siguiente forma:

Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces de la deuda verificada.
2. Suspensión parcial o total de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.

(59) BO 28/12/2011.

4. Cancelación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

En general, la doctrina recibió esta reforma como una consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que, para algunos autores, el criterio político criminal se imponía sobre las consideraciones constitucionales.⁽⁶⁰⁾

Este nuevo texto normativo es criticable, en primer término, desde el punto de vista de la técnica legislativa. En nuestra opinión, resulta preferible regular la RPPJ en la Parte General del Código y establecer allí los delitos

(60) Consideran que se trata de un caso de RPPJ en referencia al régimen penal tributario, reformado por la ley 26.735, BORINSKY, MARIANO; GALVÁN GREENWAY, JUAN PEDRO; LÓPEZ BISCAYART JAVIER y TURANO, PABLO NICOLÁS, *Régimen penal tribunal tributario y previsional. Ley 24.769 con las reformas de la ley 26.735*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 182 y ss.; , RODRIGUEZ ESTÉVEZ, JUAN MARÍA, "La justificación de la punibilidad de la persona jurídica desde la perspectiva dogmática", en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, 07/06/2012, IJ-LXIV-768; RIQUERT, MARCELO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿sólo interesa en el lavado de dinero?", [en línea] <http://catedrariquert.blogspot.com.ar/2011/06/ley-26683-responsabilidad-penal-de.html>, visita del 27/08/2013; BRESSIA, CAROLINA, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", [en línea] <http://www.diariobae.com/diario/2012/05/23/12623-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas.html>, visita del 27/08/2013; TROVATO, GUSTAVO, en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R., *Código penal y normas complementarias*, t. 12, Hammurabi, 2012, pp. 591/604; SALINAS, LUCIANA L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 24.749", en *Revista de derecho penal y procesal penal*, t. 5, Abeledo-Perrot, 2013, pp. 999/1009. Considera que establece una responsabilidad administrativa, ABOSO, GUSTAVO, *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado, con jurisprudencia*, B. de F., Montevideo-Bs. As., 2012, pp. 1401/1403.

a los que resulta aplicable.⁽⁶¹⁾ Del mismo modo, los criterios para graduar la sanción a imponer son propios de la Parte General.

Ya en lo que se refiere al sistema establecido por el art. 304 CP, son posibles varias interpretaciones, y dependerán de quienes formulen, acepten o rechacen la RPPJ en nuestro sistema jurídico. En este análisis, y sin pretender agotar todas las alternativas, tres son las variantes que pueden plantearse.

Una primera interpretación consiste en sostener que se tratan de sanciones administrativas, en línea con lo que sostuvo Zaffaroni en su voto disidente en el caso "Fly Machine". Así lo hace, por ejemplo, Gustavo Aboso, para quien el nuevo art. 304, CP, **establece una panoplia de sanciones administrativas**.⁽⁶²⁾ En nuestra opinión, esta interpretación choca algunos obstáculos insalvables. En primer lugar, no es posible trasladar la disidencia de "Fly Machine" al art. 304 CP, pues en este caso las sanciones a la persona jurídica **están incluidas expresamente en la parte especial del CP como consecuencia de un delito y deben ser establecidas por un juez penal**.⁽⁶³⁾ En este aspecto, aunque una de las sanciones previstas en el art. 304 CP no está prevista en el art. 5° CP, la multa y la inhabilitación forman parte de las penas allí enumeradas (así deben entenderse los incs. 1, 2, 3 y 5).

En cuanto a la cancelación de la personería jurídica prevista en el inc. 4, resulta criticable en tanto equivale a la pena de muerte.⁽⁶⁴⁾

Pero además, el art. 303 CP establece como penas conjuntas para el autor del delito de lavado de dinero las de 3 a 10 años de prisión y de "multa de 2 a 10 veces del monto de la operación", sanción que coincide con la establecida en el art. 304, inc. a, CP. Y la razón es obvia: a la persona jurídica no se le puede aplicar una pena privativa de la libertad pero recibe el mismo castigo pecuniario que la persona física.

(61) Esta técnica, a nuestro juicio equivocada, da lugar a excepciones, como ocurre con el art. 313 CP. Ver la crítica de ORCE, GUILLERMO, en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R., *Código penal...*, op. cit., pp. 679/685.

(62) ABOSO, GUSTAVO, *Código Penal de la República Argentina comentado...*, op. cit., pp. 1401/1403, en particular p. 1402.

(63) Recordemos que, según la argumentación de Zaffaroni en "Fly Machine", la expresión "fuere condenada" contenida en el art. 887 CA se relaciona con la condena impuesta en sede administrativa donde se aplican las penas pecuniarias (ver *supra*, punto 2.2.1.1).

(64) En el mismo sentido, TROVATO, GUSTAVO, en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R., *Código penal...*, op. cit., p. 604.

En segundo lugar, esta interpretación aplica categorías penales para establecer la responsabilidad de la persona jurídica, pese a que afirma que se trata de sanciones administrativas: así, se habla de criterios de imputación basados en la representación o por defecto de organización.⁽⁶⁵⁾ Esto recuerda al denominado **fraude de etiquetas**: ponerle otro nombre a una cosa, que sigue siendo la misma, para ajustarla a una hermenéutica determinada. Todo esto demuestra que no es posible sostener que el art. 304, CP, regula sanciones administrativas.

Otra interpretación consiste en señalar que se trata de un caso de RPPJ, sin profundizar demasiado en las consecuencias dogmáticas de tal afirmación. En este aspecto, el art. 304 CP prevé tres criterios alternativos de imputación y mezcla criterios de dos modelos de RPPJ. Por un lado, los propios de un sistema de heteroresponsabilidad, es decir, aquellos donde los representantes “son” la persona jurídica y entonces a esta se le atribuyen actos realizados por otros, que se corresponden con el primer supuesto previsto en el texto legal: cuando los hechos delictivos hubieren sido realizados “en nombre” del ente ideal. Por otro lado, la ley, al hablar de hechos realizados “con la intervención” de la persona jurídica le atribuye capacidad de acción, acercándose a un sistema de autorresponsabilidad pero no brinda ningún criterio de imputación subjetiva, como por ejemplo, el defecto de organización.⁽⁶⁶⁾ Estas pautas aparecen en la graduación de la pena (art. 304, anteúltimo párrafo, CP) que, como veremos, buscan morigerar las consecuencias de la adopción de un régimen de heteroresponsabilidad. Por último, la restante alternativa —“en beneficio de la persona de existencia ideal”—, también remite a un criterio de aquella clase pero aún más amplio, pues ya podría incluirse un acto realizado por alguien que ni siquiera representa al ente.

Como puede apreciarse, la primera y última alternativas resultan difíciles de conciliar con una interpretación constitucional, pues la ley nada dice sobre qué criterios de imputación adicionales deben utilizarse para responsabilizar a la persona jurídica y parecen instituir, más bien, un régimen vicarial, proscripto en nuestro derecho penal. En este sentido, consideramos que cualquier interpretación que le agregue criterios de imputación

(65) ABOSO, GUSTAVO, *Código Penal de la República Argentina comentado...*, op. cit., p. 1402.

(66) Un desarrollo profundo de diferentes teorías en que se basa el defecto de organización puede verse en TROVATO, GUSTAVO, en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R., *Código penal...*, op. cit., pp. 598/603.

no establecidos por la propia ley, le asignaría al art. 304 CP significados que no encajan dentro de los posibles. “Esta actividad no es una actividad interpretativa en sentido estricto. Es una actividad de ‘creación’ —en sentido fuerte— de una norma implícita: es decir, algo parecido a la legislación, aunque no consista en la formulación ‘canónica’ autoritativa de una disposición...”.⁽⁶⁷⁾

La tercera y última posibilidad de interpretación consiste en considerar las sanciones previstas en el art. 304, incs. 1/6, CP como un catálogo de “consecuencias accesorias”, tal como lo preveía el art. 129 CP español.

Esta regla autorizaba a los jueces, en algunos delitos de la Parte Especial, a imponer a las personas jurídicas una serie de medidas que abarcaban la suspensión de actividades, la intervención judicial y la lisa y llana disolución. El legislador español se refirió vagamente a estas medidas como “consecuencias accesorias” con criterios escuetos para aplicarlas: prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma. En la práctica, estas “consecuencias accesorias” tuvieron escasa aplicación: en casos de empresas pequeñas, en los que la medida ya había sido dispuesta como cautelar y se hacía definitiva con la condena —por ejemplo, clausura definitiva de un bar por delito ecológico—, y, particularmente, en supuestos de terrorismo —vinculaciones de ETA con las tabernas y el periódico Egin—.⁽⁶⁸⁾

En nuestra opinión, el principal obstáculo que enfrenta una interpretación de este tipo, nuevamente, se refiere al texto de la ley y los límites interpretativos. Aplicar a las personas jurídicas las sanciones previstas en el art. 304 CP, sin más, sería una fuga frente a los problemas dogmáticos y constitucionales que su interpretación plantea. Además, y como veremos en adelante, todo el andamiaje de la RPPJ choca con otro obstáculo estructural: la falta de regulación de su intervención en el proceso penal.

Lo hasta aquí dicho revela que, más allá de las preferencias político-criminales del intérprete, la regulación de la RPPJ hecha por la ley 23.683 y su progenie dista de ser clara y es, en realidad, motivo de controversias.

(67) GUASTINI, RICARDO, *Jurisdicción y sistema jurídico*, Salamanca, Universidad de Salamanca, pp. 228/229.

(68) ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, “Ahora sí: *hispanica societas delinquere potest*”, en Pastor, D.(dir.) y Guzmán, N. (coord.), *Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2011, pp. 479/480; también el informe presentado por María Isabel González Tapia en el marco del seminario mencionado en la nota 1.

5. Balance provisorio

El análisis efectuado nos muestra que el art. 304 CP se inserta en una larga tradición argentina en la que se discute la posibilidad de castigar penalmente a las personas jurídicas. Las posiciones adoptadas previamente influyen luego en la interpretación que se haga de la nueva norma. Así, quien considera dogmática y ontológicamente imposible la RPPJ, sostendrá, o bien la inconstitucionalidad de tal sistema, o buscará interpretar las leyes que la establezcan como un régimen administrativo ajeno al penal. Por el contrario, quien está a favor del instituto, celebrará la nueva reforma, que confirmará, una vez más, la tesis de que la legislación discurrió por un carril mientras que la doctrina lo hizo por otro.

Dentro de esta tendencia legislativa de establecer la RPPJ puede advertirse, además de las falencias técnicas apuntadas en el párrafo anterior, que el legislador se ha pronunciado por un sistema de *numerus clausus*, es decir, de aplicación para algunos delitos. En este punto de nuestro trabajo resultará útil actualizar la situación en el derecho comparado y analizar, también, brevemente los proyectos de ley presentados en relación al tema. Ello nos permitirá avanzar en busca de establecer un criterio general sobre la RPPJ. A ello nos dedicaremos en los puntos siguientes.

6. El derecho comparado:

España, la influencia de Italia y la RPPJ en Brasil

En España, la Ley Orgánica 5/2010 del 22/06/2010, vigente desde el 23/12/2010, instauró de forma definitiva, la RPPJ en el ordenamiento jurídico de ese país. Tuvo tres precedentes legislativos que, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, si bien caminaban hacia allí, no establecían una responsabilidad penal en sentido estricto.⁽⁶⁹⁾

En cuanto a las principales características de la LO 5/2010, pueden señalarse que la imputación del delito a la persona jurídica exige uno cometido por una persona física en provecho y por cuenta de la persona jurídica: el llamado "hecho de referencia" o "hecho de conexión". Debe haber sido

(69) Se trata del art. 129 introducido por la LO 10/1995; y los arts. 31.2 y 369.2 establecidos en el CP por la LO 15/2003 y derogados por la LO 5/2010. Ver ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, "Ahora sí: *hispanica...*", *op. cit.*, pp. 476/481. También la crítica de BACIGALUPO, ENRIQUE, *La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance*, en *Compliance y Derecho penal*, Madrid, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 83 y ss.

cometido por un administrador o representante de la persona jurídica; o por alguien bajo su autoridad, que pudo cometer el delito porque no fue objeto de un control suficiente. Además, en el sistema español, las personas jurídicas solo responden con respecto a un número limitado de delitos (también aquí encontramos un sistema de *numerus clausus*). La pena básica es la multa. El resto de las penas previstas —disolución de la empresa y varias medidas interdictivas—, no son obligatorias y están sometidas a unas reglas específicas de imposición.

La regla básica del sistema se encuentra en el art. 31 bis 1:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Al respecto, se ha señalado que el legislador español se decidió por un modelo de imputación directa o vicarial. Además, y en forma similar a lo que ocurre con nuestro art. 304 CP, el texto mezcla de manera poco clara un modelo de imputación basado en la atribución directa del hecho punible de los administradores y representantes, con el modelo de la culpabilidad de la organización. Es que parece que la ley prevé dos supuestos distintos: cuando actúa el representante, imputación directa; cuando actúa quién no lo es —pero pertenece a la empresa—, hay responsabilidad subjetiva de esta, pero porque no se ejerció sobre el actor el debido control.⁽⁷⁰⁾

También sostiene Íñigo Ortiz de Urbina que el primer modelo es inaceptable porque no respeta el principio de responsabilidad subjetiva. En su opinión, debe interpretarse que, aunque no se haga referencia, tiene que exigirse la infracción de un deber de cuidado por parte de la empresa: se trata de una interpretación acorde con la Constitución española, exigida

(70) ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, "Ahora sí: *hispanica...*", *op. cit.*, p. 492 y ss., con cita de Enrique Bacigalupo.

por el art. 5°.1 de la Ley Orgánica 6/1985 más la jurisprudencia del Tribunal constitucional.

De esta manera, en el caso de los directivos, la empresa responde cuando ha omitido su deber de cuidado con dolo —casos de tolerancia voluntaria—, mientras que, con los subalternos, lo hace tanto por dolo como por imprudencia. El mismo autor destaca que el sistema español es político-criminalmente absurdo, y contrario a todos los desarrollos internacionales en la materia, en los que la cuestión se regula exactamente al revés: o bien la responsabilidad por hechos de los administradores se admite con mayor amplitud, exigiendo menos requisitos, o bien se anudan consecuencias más graves. Para solucionar estos problemas, considera clave la noción de defecto de la organización de la persona jurídica, en tanto la imputación subjetiva —dolo o imprudencia— de los sujetos concretos, sólo sirve para graduar la pena.⁽⁷¹⁾

Por su parte el art. 33.7 LO 5/2010 incluye el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas, entre ellas, multa por cuotas o proporcional, disolución, suspensión de actividades hasta cinco años, clausura de locales, prohibición de realizar ciertas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones, intervención judicial. Por último cabe consignar que la existencia e implementación de un plan de cumplimiento —*compliance plan*— son mencionadas en el art. 31 bis 4, en el que se regulan las circunstancias que permiten atenuar la RPPJ.

Los problemas de interpretación apuntados hicieron que, ya en octubre de 2012, el gobierno español aprobara un anteproyecto de reforma del Código Penal. Entre los aspectos salientes, se establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si prueba que:

- a. el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza;
- b. la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;
- c. los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y
- d. no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

(71) *Ibid.*, p. 496 y ss.

De esta manera, el anteproyecto acentúa la influencia de la legislación italiana, tributaria a su vez del modelo estadounidense plasmado en las "Directrices para la determinación individual de la pena" (*Sentencing Guidelines*) de 1991, que introdujo algunos elementos propios de los modelos de autorresponsabilidad en su tradicional sistema vicarial. En esencia, el decreto legislativo 231 del 08/06/2001 prevé, en su art. 6º, la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica cuando se demuestre que, desde la dirección, se ha adoptado e implementado eficazmente, y antes de la comisión del delito, "modelos de organización y gestión idóneos para la prevención de infracciones penales de la clase que se ha verificado". De esta forma, el punto central para la imputación es la organización del ente.⁽⁷²⁾

El régimen de la RPPJ establecido en Chile también ha recibido la influencia de la legislación estadounidense. La ley 20.393, del 25/11/2009, establece que la empresa responde penalmente por los delitos cometidos por los directivos y otros empleados, como consecuencia de la infracción de los deberes de dirección y supervisión. Si, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica adoptó e implementó modelos de organización para prevenirlos, aquellos deberes se consideran cumplidos (art. 3º).⁽⁷³⁾

En Brasil, la Constitución Federal, en su art. 225, proclama la protección del medio ambiente. El párrafo tercero del mismo artículo establece que las conductas y actividades lesivas de aquel sujetarán a los infractores, sean personas físicas o jurídicas, a las sanciones penales y administrativas, con independencia de la obligación de reparar los daños causados. A ello se suma el art. 173, donde se dice:

La ley reprimirá el abuso de poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la competen-

(72) *Ibid.*, pp. 502/503; FRANCESCO, MAZZACUVA, *Le funzioni dell modello organizzativo nell'ordinamento italiano: il problema del giudizio di adeguatezza*, informe presentado en el marco del seminario mencionado en la nota 1.

(73) Sobre el punto véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO y SARRABAYROUSE, EUGENIO C., "Informe sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Lascano, C. J. (h.) y Montiel, J. P. (coords), *Informe CRIMINT-UNC 2012*, p. 65. Sobre la RPPJ en Chile, puede consultarse: HERNÁNDEZ, HÉCTOR, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", [en línea] http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf; VAN WEEZEL, ALEX, "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", [en línea] http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf; MATUS, JEAN PIERRE, "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", en *Revista de Derecho*, n° 21, junio 2009, Santiago de Chile, Consejo de Defensa del Estado, p. 47 y ss.

cia y al aumento arbitrario de los beneficios [y agrega] La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.⁽⁷⁴⁾

Por su parte, la ley de delitos ambientales (9605/98), en su art. 3º, establece que las personas jurídicas serán responsables administrativa, civil y penalmente, en los casos en los que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o en el beneficio de la entidad. Además, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho. En cuanto a las penas, el art. 21 establece las de multa, varias restrictivas de derechos, la prestación de servicios a la comunidad, la suspensión parcial o total de actividades, y la prohibición de contratar con el poder público.

En la actualidad, tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan la RPPJ, pero exigen que se adopte una doble imputación, es decir, que resulta necesario también identificar y sancionar a la persona física responsable, posición que no está exenta de críticas, pues algunos autores consideran que, para la persona jurídica, se trata de un caso de responsabilidad objetiva.⁽⁷⁵⁾

(74) CESANO, JOSÉ DANIEL, "La responsabilidad penal de la persona jurídica y el derecho comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los arts. 2º y 4º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur", [en línea] ciidpe.com.ar, (consultado el 27/08/2013), donde puede se analiza la posibilidad de armonizar los derechos de los países integrantes del bloque comunitario en relación con la RPPJ.

(75) Así se ha dicho, por ejemplo: "Se admite la responsabilidad penal de la persona jurídica en los crímenes ambientales desde que exista una imputación simultánea del ente moral y la persona física que actúa en su nombre y en su beneficio...", en tanto no se puede comprender la responsabilidad del ente moral disociada de una persona física que actúe con elemento subjetivo propio. STJ BRASIL, "Recurso em mandado de Segurança n° 20.601", 29/06/2006, relator ministro Felix Fischer. En ese caso, se decidió hacer lugar al recurso pues el delito había sido imputado solamente a la persona jurídica, sin describir la participación de la persona física que habría actuado en su nombre y provecho. Este criterio se reitera en STJ BRASIL, "Recurso especial n° 889.528-SC (2006/0200330-2)", 17/04/2007; estas sentencias citan el precedente "Recurso especial n° 564.960-SC (2003/0107368-4)", 02/05/2006, ministro relator Gilson Dipp. En doctrina, puede verse un buen análisis de la evolución del tema en GUEDES DE PAULA MACHADO, FÁBIO, "Reminiscências da responsabilidade da pessoa jurídica e sua efetividade", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 79, julio 2009, p. 75 y ss.; MARTINS DOS SANTOS, EMERSON, "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais", en *Revista Brasileira de Ciências*

7. Algunos proyectos de reforma

El Código Penal argentino data de 1921. Desde su sanción hasta hoy, se presentaron distintos proyectos de reforma integral —el más reciente, en 2004—, algunos de ellos estableciendo la RPPJ.

De este modo, en el Proyecto de 1951, se decía en su “Exposición de Motivos”: “El Proyecto contempla el problema de la responsabilidad penal a cargo de las personas jurídicas y le da solución mediante una fórmula amplia y libre de las ataduras del casuismo, previsión que comprende no sólo a los entes que gozan de personería jurídica, sino también a todos aquellos que constituyen un verdadero sujeto de derecho...”. Así, el art. 47 establecía: “Las fundaciones, asociaciones y sociedades, aunque no gozaren de personería jurídica legalmente otorgada, serán penalmente responsables cuando el delito hubiere sido cometido por alguno de sus órganos sociales en representación de las mismas y siempre que se hubiere perpetrado como desviación delictiva de la actividad de la propia entidad”. Luego, el art. 48 fijaba: “La responsabilidad penal de los entes que se refiere el artículo anterior no excluirá la de aquellas personas naturales que hubieren participado criminalmente en el hecho punible”. En cuanto a las sanciones, el art. 69, inc. 5º, preveía la cancelación de la personería jurídica o de la autorización para que una persona jurídica extranjera actuara en el país.

Como se ve, el Proyecto de 1951 no reconocía con claridad si las personas jurídicas tenían capacidad de actuar ni tampoco establecía un factor de atribución subjetivo; el ente ideal respondía objetivamente.

Más cerca en el tiempo, se destaca el Anteproyecto de Código Penal,⁽⁷⁶⁾ que en su art. 67 prevé la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas pero sin establecer un régimen de RPPJ.⁽⁷⁷⁾

Criminails, vol. 55, julio 2005, pp. 82 y ss. Considera que la RPPJ en Brasil está configurada como una responsabilidad objetiva, COSTA TANGERINO, DAVI DE PAIVA, “Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 86, setiembre 2010, p. 36 y ss.

(76) Elaborado por la Comisión creada por la resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos n° 303 (14/12/2004), luego modificada por la 136 (04/10/2005).

(77) Una exposición y crítica de este art. puede verse en GUILLERMO, ORCE, *La inclusión de sanciones a personas jurídicas en el proyecto de reforma del Código penal*, NDP 2006/B, pp. 573/586.

Sin embargo, el Proyecto que con mayor precisión reguló el tema en los últimos años fue el presentado por el Poder Ejecutivo con fecha 10/05/2010, que aún no ha tenido tratamiento parlamentario. Entre su fundamentos se destacan dos: la adopción del modelo francés en la materia, y la mención de que la RPPJ constituye un compromiso internacional de nuestro país, consecuencia de las distintas Convenciones que la Argentina suscribió y aprobó en los últimos años.

El Proyecto cita la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (ley 24.072), la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24.759), la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (ley 25.319) y la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos complementarios (ley 25.632), en las que según los fundamentos del Proyecto que analizamos, "... se recomienda la adopción de medidas para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas...". Agregamos nosotros las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre el lavado de activos. A modo de ejemplo, conviene que citeamos lo establecido por el art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional:

Responsabilidad de las personas jurídicas. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5º, 6º, 8º y 23 de la Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas

y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Si bien el texto transcrito no establece la obligación categórica de que el Estado argentino adopte un régimen de RPPJ, este Proyecto, al citar esas normas internacionales suscritas por la Argentina, introduce en esta antigua y larga discusión un elemento que hasta el momento no ha estado presente en la polémica, y que en general no ha sido tratado. Si tenemos en cuenta la jurisprudencia reciente de la CSJN sobre estos compromisos asumidos por nuestro país y sus consecuencias, y si se siguiera la interpretación que hace el Proyecto (que no compartimos), no quedaría otra alternativa que sancionar claramente la RPPJ.

El régimen propuesto consiste en establecer la regla del actuar en lugar de otro (art. 35 bis) y la RPPJ (art. 35 ter) en la Parte General del Código Penal, es decir, aplicable para todos los delitos. El Proyecto propone el siguiente texto para el art. 35 ter CP:

Sin perjuicio de la responsabilidad penal que como autor o partícipe de una acción u omisión le corresponda a la persona física interviniente, las personas jurídicas que revistan el carácter de empresas públicas creadas por ley o entidades privadas que revistan el carácter de asociaciones civiles, comerciales, fundaciones, sociedades, cooperativas, mutuales o cualquier tipo de ente asociativo, entidad o corporación, serán responsables penalmente por los actos u omisiones realizados por sus órganos de representación, mandatarios, supervisores u otros autorizados de hecho o de derecho en el ejercicio de la actividad empresarial organizada cuando la conducta pudiera redundar en el interés, beneficio o se realice con recursos facilitados por las mismas, o cuando la comisión del delito se haga posible por el incumplimiento de deberes de dirección y supervisión legalmente establecidos. Dichos actos u omisiones serán considerados como realizados directamente por ellas, aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato sea ineficaz o aparente. Las sanciones a personas jurídicas podrán aplicarse aún en el caso de que quienes hubieran actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultaran condenados, siempre que el delito se haya comprobado.

De manera simplificada, se advierte que los factores de atribución son básicamente dos: la posibilidad de que la conducta pudiera redundar en el interés, beneficio, o se realice con recursos facilitados de la persona jurídica, y, por el otro, que sea posible cometer el delito a raíz del incumplimiento de deberes de dirección y supervisión legalmente establecidos. Nos parece que resulta más preciso este último criterio, pues los primeros constituyen criterios de responsabilidad objetiva. En todo caso, la fórmula legislativa puede ser mejorada suprimiendo la disyuntiva “o” por la copulativa “y”.

Luego, este Proyecto establece las siguientes sanciones: multa, graduable conforme a la magnitud del daño causado y el patrimonio de la entidad; cancelación de la personería jurídica; suspensión total o parcial de actividades de hasta tres años; clausura total o parcial del establecimiento por el mismo plazo; pérdida o suspensión de beneficios estatales; publicación de la sentencia condenatoria; prestaciones obligatorias vinculadas al daño producido; auditoría periódica; suspensión del uso de patentes y marcas por un plazo de hasta tres años; suspensión por el mismo término en los registros de proveedores del Estado y la prohibición definitiva de realizar ciertas actividades. Por último, cabe destacar que este Proyecto recibió críticas tanto de quienes están a favor de la RPPJ y como de aquellos que se oponen.

8. Problemas procesales de la RPPJ

Las largas discusiones y marchas y contramarchas con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, generaron que casi no se prestara atención legislativa al problema de la participación en el proceso penal de la persona jurídica a la que se le imputa un delito, esto es, establecer cómo debe intervenir en aquellos casos donde se interpreta que la ley respectiva permite castigarlas. El problema se centra en que todos los Códigos procesales están pensados en la participación de una persona física. Hasta el momento, esto ha motivado distintas sentencias que trataron de llenar este vacío, pero lo cierto es que la Argentina carece de una legislación específica al respecto, con los graves problemas prácticos que genera ante la probable violación de garantías constitucionales que pueden acarrear las interpretaciones de la jurisprudencia. A este vacío, se suma el régimen federal con respecto a la legislación procesal: como cada provincia dicta sus propios Códigos de procedimiento, el legislador nacional podría, a lo sumo, establecer reglas para parte de la Ciudad Au-

tónoma de Buenos Aires y el resto del país donde corresponda aplicar la legislación federal. De allí que podría pensarse en un conjunto de reglas que sirvan de modelo para el resto de las provincias.

9. Conclusión: un nuevo aporte para discutir los contornos del derecho penal

En un pequeño libro aparecido a principios de 2012, el profesor de la Universidad de Frankfurt Wolfgang Naucke,⁽⁷⁸⁾ trata de comenzar con la sistematización de los que él denomina delitos político-económicos que afectan la vida de muchos ciudadanos. El marco histórico-temporal de su estudio lo compone la crisis económica desatada en 2008 por los llamados bonos tóxicos negociados en los Estados Unidos —y de allí en el resto del mundo, en particular en Europa—, y la pregunta en torna a si el derecho en general, y el penal en particular, puede “entrometerse” en la regulación de los mercados económicos y financieros. Naucke responde afirmativamente este interrogante y se basa en razones filosóficas, histórico-políticas y dogmáticas. En el primer aspecto, señala que el derecho penal debe servir a la defensa de la libertad personal ante todo poder, no solo el estatal. En el segundo, realiza un paralelo entre el desarrollo de los delitos de lesa humanidad y los político-económicos, mostrando cómo se abandonó esta categoría. Finalmente, estudia diversos delitos económicos del StGB (Código Penal alemán) para terminar con el análisis de la *compliance*, los códigos de ética empresarial, y la iniciativa de la Naciones Unidas a través del denominado “Pacto Mundial”.

Aquí no podemos extendernos en analizar los detalles del estudio de Naucke. Lo importante es que allí se encuentran nuevos e interesantes argumentos para profundizar el debate sobre la RPPJ y, en definitiva, discutir una vez más los contornos y límites del derecho penal.

Esta larga exposición demuestra que la cuestión de la RPPJ no está definitivamente saldada. Si bien personalmente consideramos posible una regulación de ese estilo, nos parece que la reforma del art. 304 CP, presenta problemas de interpretación de difícil solución, que la contraponen con la Constitución Nacional. Además, la regulación parcial en diferentes leyes (especiales o comunes), conspira contra una interpretación segura.

(78) NAUCKE, WOLFGANG, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat. Eine Annäherung*, Berlín, LIT, 2012.

A ello se suma un régimen procesal inexistente, que genera innumerables problemas prácticos aun cuando se acepte que la legislación argentina ya regula la RPPJ.

En definitiva, se trata de establecer bajo qué condiciones se la acepta, que, en ningún caso, podrán ser las de la responsabilidad vicarial, esto es, por el hecho ajeno. De allí que lo más correcto sea regularla definitivamente en la Parte General de nuestro Código Penal, luego de un amplio debate, acompañado por las reglas procesales necesarias que prevean la intervención de la persona jurídica en el proceso penal.



CONFERENCIA

Un nuevo escenario expansivo de medios extraordinarios de prueba

MARCELO A. RIQUERT⁽¹⁾



1. Introducción

Dentro del amplio espectro de abordaje que propone el “Encuentro...” para el tratamiento del delito de lavado de activos (art. 303 CP),⁽²⁾ es decir, problemas constitucionales, problemas dogmáticos, y su consideración en el bloque regional del Mercosur, este aporte se concentrará en alguno de los primeros, focalizando desde la perspectiva de las llamadas técnicas especiales de investigación, o medios extraordinarios de prueba, que el derecho vigente admite para la realización del proceso con relación a esta tipicidad. Asimismo, cubriendo la perspectiva regional, se informará sobre la recepción local de las directivas de GAFISUD sobre el particular.

(1) Profesor de Derecho Penal (UNMdP). Presidente (2013-2015) de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP).

(2) La figura básica está consagrada en el art. 303, inc. 1, CP, que dice: “Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

En un reciente trabajo, Juan Terradillos Basoco señala con acierto que, en el actual mundo globalizado, la complejidad de la estructura de las organizaciones criminales exige la puesta en marcha de instrumentos jurídico-procesales adecuados a esa estructura, aclarando que tales instrumentos han de ser respetuosos de las garantías que caracterizan a los sistemas jurídicos democráticos, “pero conscientes de las particularidades del caso”.⁽³⁾ Los institutos ahora habilitados para la persecución de esta modalidad de delincuencia “no convencional” ofrecen, justamente, dudas acerca de su ajuste a las garantías constitucionales.

A mediados de 2011 se produjo en Argentina una nueva modificación del Código Penal de 1921 —y, a la vez, de la ley 25.246—,⁽⁴⁾ por vía de la ley 26.683,⁽⁵⁾ que introdujo sustanciales cambios en la regulación del delito de lavado de activos de origen delictivo —abandonó su radicación en el Capítulo XIII, Título XI, CP para transformarse en el nuevo Título XIII “Delitos contra el orden económico y financiero”—,⁽⁶⁾ así como su régimen penal administrativo, entre otras novedades concernientes al decomiso y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin perjuicio de que la novedad llega apenas transcurridos diez años de vigencia del régimen que se modifica, no puede soslayarse que la primera condena en la materia se dictó casi al cumplirse esa década,⁽⁷⁾ lo que permite concluir que, por las razones que fueren, en los hechos, no pasó del más puro simbolismo, habida cuenta su patente inaplicación. Y eso no es todo. Como recuerda Jorge Buompadre, no fue este sino la ley 23.737, de 1989, el primer antecedente en el que se había contemplado el delito de lavado de dinero, específicamente proveniente del tráfico ilícito de drogas

(3) TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “Criminalidad organizada y globalización”, en *Revista de Derecho Penal*, 2ª época, n° 19, mayo de 2011, p. 96.

(4) BO 10/5/2000. Modificó en aquel momento los arts. 278 y 279 CP (encubrimiento), a la vez que creó y reguló el funcionamiento de la Unidad de Información Financiera (UIF) y el régimen penal administrativo correspondiente, cuya autoridad de aplicación era la propia UIF.

(5) BO 21/06/2011.

(6) Se renumeraron los arts. 303 a 305 como 306 a 308 y se incorporó el nuevo tipo penal, las sanciones para las personas de existencia ideal y el régimen de medidas cautelares y decomiso, en la ahora vigente redacción de los primeros.

(7) TRIB. ORAL CRIM. FED. N° 2, CÓRDOBA, “Altamira, Jorge Guillermo y otros p.ss.aa./Infracción Ley 23.737”, 15/12/2010. Hay comentario: ALONSO, SILVINA A., “Comentario al primer fallo sobre lavado de dinero dictado en la Argentina”, en *Revista de Derecho Penal Económico. Derecho Penal Tributario V*, t. 2011-1, Bs. As./Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 271/281. Allí destaca con tono crítico (no compartido) que los tres sujetos condenados lo fueron a penas de prisión en suspenso (2 años de prisión de ejecución condicional).

(arts. 25 y 26), lo que constituyó el primer caso en toda Latinoamérica,⁽⁸⁾ siendo incluso anterior a la ratificación de Convención de Viena de 1988 —que llegó recién en 1992, por ley 24.072—, habiéndose derogado esta figura por la citada ley 25.246. Es más, en un sentido amplio, destaca que nuestra legislación previó antes, como una forma de encubrimiento, el “favorecimiento real” (art. 277, inc. 2, CP), consistente en procurar o ayudar a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o a asegurar el producto o el provecho del mismo; así como la figura de la “receptación” (art. 277, inc. 3, CP), consistente en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos que se sabía provenientes de un delito, o en intervención en adquisición, recepción u ocultamiento con fin de lucro.⁽⁹⁾

En el ámbito internacional, la regulación pionera en la materia es estadounidense: la Ley de Privacidad Bancaria (*Bank Secrecy Act*), de 1970, que tuvo un impacto limitado, en un principio, pero tomó relevancia cuando el narcotráfico comenzó a ser un fenómeno internacional y notorio, de dimensiones globales.⁽¹⁰⁾ Reflejo de esto es la singular importancia para la materia de la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito y Sustancias Psicotrópicas” (Convención de Viena, 1988), cuyo art. 3.1.b)⁽¹¹⁾ fija

(8) En Perú —donde la Convención de Viena de 1988 fue ratificada el 23/09/1991 por la resolución legislativa 25.352—, mediante el decreto legislativo 736 (08/11/1991), con base en los arts. 25 y 26 del régimen de estupefacientes argentino, los arts. 296A y 296B fueron incorporados a su Código Penal. Luego, por ley 25.404 (25/02/1992), se modificó también el art. 195 y, más tarde, por el decreto ley 25.428 (06/11/1992), se remozó la redacción de los arts. 296A (actos de conversión, transferencia y ocultación de bienes) y 296B (actos de conversión o transferencia de bienes a través del sistema financiero). Estos artículos fueron derogados por el art. 8º, ley 27.765, contra el lavado de activos (26/06/2002), que incorporó, en su breve articulado, cuatro tipos penales específicos: Actos de Conversión y Transferencia (art. 1º); Actos de Ocultamiento y Tenencia (art. 2º); Formas Agravadas (art. 3º); Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas (art. 4º). Los cuatro fueron modificados por el decreto legislativo 986 (julio de 2007), delegación por ley 29.009. Ver PRADO SILDARRIAGA, VÍCTOR R., “El delito de lavado de dinero en el Perú”, [en línea] http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_43.pdf, pp. 8/10.

(9) BUOMPADRE, JORGE, “Lavado de dinero”, en Daniel P. Carrera y Humberto Vázquez, *Derecho penal de los negocios*, Bs. As., Astrea, 2004, pp. 262/263.

(10) GÓMEZ INIESTA, DIEGO J., “Algunas consideraciones críticas sobre el blanqueo de capitales”, en D. Baigún y N. García Rivas (dirs.), *Delincuencia económica y corrupción*, Bs. As., Ediar, 2006, p. 387.

(11) Su texto: “Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente (...) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen

el compromiso de tipificación del lavado para sus signatarios. Coincide Terradillos en cuanto resalta que, tradicionalmente, fue el tráfico de drogas el que brindó el sustrato a sistemas de reciclaje de los beneficios económicos del delito, mientras que hoy, el mercado, tendencialmente glozabilizado, no solo brinda instrumentos de cobertura a esas conductas criminales, sino que permitió el surgimiento de otras nuevas que encuentran en ese modelo económico su razón de ser.⁽¹²⁾

Otro vaso comunicante relevante del orden internacional que también se reproduce en nuestro derecho interno es el que vincula a la legislación antiterrorista con el tipo de lavado de activos. Puede recordarse, por ejemplo, que en el año 1999 se suscribe en New York el “Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo”,⁽¹³⁾ que obliga a los Estados partes a reprimir la financiación del terrorismo y, si bien se refiere en sentido estricto al blanqueo de dinero, se encuentra íntimamente relacionado, ya que aquí se habla de fondos —que pueden ser lícitos o ilícitos— utilizados para cometer el crimen.⁽¹⁴⁾

Finalmente, sin pretensión alguna de exhaustividad, tanto lo que genéricamente se engloba bajo la designación de “delincuencia o crimen organizado”, así como la corrupción, son los otros segmentos de alta conectividad con el tipo mencionado. En esta dirección, vale el recordatorio, por su importancia, de la “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (Palermo, 2000),⁽¹⁵⁾ que, en forma aún más amplia que la Convención de Viena, obliga a los Estados a penalizar el blanqueo del producto del delito (art. 6°) —además de exigirles determinadas medidas preventivas y de cooperación (art. 7°), entre otras cuestiones—; y también de la “Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción” (Mérida, 2003),⁽¹⁶⁾ por la que también los signatarios asumen el

ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (...) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos...”.

(12) TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “Criminalidad organizada...”, *op. cit.*, p. 204.

(13) Aprobado por ley 26.024 (BO 19/04/2005).

(14) VERVAELE, JOHN E. A., “Blanqueo de capitales y cooperación internacional en los delitos económicos”, [en línea] <http://www.ciidpe.com.ar/area2/BLANQUEOVERVAELE.pdf>

(15) Incorporada a nuestro derecho interno por la ley 25.632 (BO 30/08/2002).

(16) Incorporada a nuestro derecho interno por la ley 26.097 (BO 09/06/2006).

establecimiento de medidas específicas para prevenir el lavado de activos (art. 14) y tipificar el blanqueo producto del delito (art. 23).

2. Los requerimientos de GAFISUD y la legislación regional

Conforme lo anticipado, presento un resumido estado de situación de la legislación local de los estados miembros del Mercosur. Es demostrativo, además, de que cuando se afirma la “vocación expansiva” de los institutos en los que focalizo, no se trata de un aventurado ejercicio de anticipación, sino de un dato que provee la realidad normativa no solo argentina, sino regional. Dicha vocación es favorecida externamente y resulta ser un instrumento concreto impulso las “Directivas sobre Técnicas Especiales de Investigación” del GAFISUD.

Este organismo intergubernamental, creado a semejanza del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, tras plantear la necesidad y oportunidad de ampliar el uso de las técnicas especiales de investigación no solo a los casos de lavado de activos, sino a los de financiamiento del terrorismo, recomienda expresamente la adopción de normas legales nacionales —respetuosas de las normativas constitucionales pertinentes, conforme dice la segunda directiva—, que regulen las siguientes cuestiones:

1. Investigación encubierta (en este caso, propiciando en la primer directiva que la autorización sea extensible para la investigación del delito precedente al lavado);
2. Entrega controlada;
3. Arrepentido;
4. Vigilancia electrónica;
5. Uso de recompensas; y
6. Protección de testigos.

El que en forma directa legisló sobre la materia específica ha sido recientemente Uruguay, y recogió las técnicas individuales de investigación numeradas de 1 a 4. En los restantes países, aún cuando haya sido con referencia a otros delitos, la mayoría ha incorporado casi todas. Sin disponer de datos concretos sobre los sistemas de recompensas, en general, en la región, puede señalarse que, al menos en Argentina, es habitual el uso de este recurso de ofrecer dinero a cambio de información en delitos de gran repercusión social.

En el cuadro que sigue se presenta, en modo gráfico, lo que los países de la unión aduanera regional —Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela como miembros plenos, Bolivia y Chile como estados asociados— han hecho, en su regulación interna, con las propuestas del GAFISUD.

CUADRO 1.

Recomendaciones GAFISUD \ País	Brasil	Paraguay	Uruguay	Venezuela	Bolivia	Chile
Agente encubierto	X	X	X	X	X	X
Entrega vigilada	X	X	X	X	X	X
Arrepentido o delator premiado	X		X	X		X
Vigilancia electrónica	X	X	X	X	X	X
Sistema de recompensas	N. E.	N. E.	N. E.	N. E.	N. E.	N. E.
Protección de testigos	X					X

Referencias: X: tiene el instituto; N. E.: no expresamente para estos delitos (aunque no necesariamente lo excluya); En blanco: no hay regulación interna del instituto

3. La ley 26.683 y las “técnicas especiales de investigación”

Dejando de lado la breve noticia de los antecedentes, paso a precisar el tema en abordaje aclarando que, no obstante su trascendencia, no serán objeto de esta colaboración ni los problemas de su descripción típica,⁽¹⁷⁾ ni lo relativo a la previsión de sanciones para las personas jurídicas (nuevo art. 304 CP)⁽¹⁸⁾ —o medidas cautelares y decomiso definitivo aún sin condena penal (art. 305 CP)—, sino que se centrará en los

(17) Sobre el particular me he extendido en RIQUERT, MARCELO y SIMAZ ALEXIS L., “La evasión fiscal como delito previo al lavado de activos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bs. As., La Ley, año III, n° 5, junio de 2013, pp. 189/205.

(18) Al que a su vez remite también el nuevo art. 313 CP, conforme ley 26.733 (BO 28/12/2011), y reproduce con casi idéntica redacción el texto reformado del art. 14 del régimen penal tributario, modificación por ley 26.735 (BO 28/12/2011). Por esto, seguimos sin tener reglas generales que consagren la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque haya vigentes ámbitos diferenciados en los que se les prevén sanciones, como los delitos contra el orden económico y financiero, y los delitos tributarios y previsionales.

arts. 22⁽¹⁹⁾ y 23⁽²⁰⁾ de la ley 26.683, por los que se incorporaron los nuevos arts. 31 y 32 a la ley 25.246. El interés radica en que, con ellos, se ha consagrado un nuevo escenario a la expansión algunos de los denominados “medios extraordinarios de prueba” que, nuevo punto de contacto, en forma conjunta tuvieron ingreso a nuestra legislación por vía del régimen penal de estupefacientes en 1995. Concretamente, en procesos sustanciados por presuntas infracciones al art. 303 CP,⁽²¹⁾ se admiten los siguientes:

- a. La extensión de las reglas de delación premiada (“arrepentido”) consagradas en la ley 25.241;⁽²²⁾
- b. La posibilidad de disponer la reserva de identidad de un testigo o de un imputado colaborador, cuando fuere necesario para preservar su seguridad. Enfatizo que esto es para el proceso penal, y no para el del régimen administrativo sancionador, pues siempre se habla del “magistrado interviniente” y la redacción asignada oportunamente al art. 14 ley 25.246 excluye la posibilidad de que la UIF reciba declaraciones voluntarias bajo anonimato.⁽²³⁾ Al igual que en el caso de la ley 23.737,⁽²⁴⁾ se refuerza la protección de esta reserva mediante la tipificación autónoma de su revelación indebida, que incorpora el art. 24 como nuevo art. 33 en la ley 25.246.⁽²⁵⁾

(19) El art. 22 dice: “Incorpórese como artículo 31 de la ley 25.246 y sus modificatorias: Artículo 31: Las previsiones establecidas en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la ley 25.241 serán aplicables a los delitos previstos en los artículos 213 ter, 213 quáter y 303 del Código Penal. La reducción de pena prevista no procederá respecto de los funcionarios públicos.- En el caso del artículo 6º de la ley 25.241 la pena será de dos (2) a diez (10) años cuando los señalamientos falsos o los datos inexactos sean en perjuicio de un imputado”.

(20) El art. 23 dice: “Incorpórese como artículo 32 de la ley 25.246 y sus modificatorias: Artículo 32: El magistrado interviniente en un proceso penal por los delitos previstos en los artículos 213 ter, 213 quáter y 303 del Código Penal podrá disponer la reserva de la identidad de un testigo o imputado que hubiere colaborado con la investigación, siempre y cuando resultare necesario preservar la seguridad de los nombrados. El auto deberá ser fundado y consignar las medidas especiales de protección que se consideren necesarias”.

(21) Según se advierte de la transcripción del art. 22 ley 26.683, estaban incluidos los arts. 213 ter y quater CP (asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo), pero se trata de tipos derogados la ley 26.734 (BO 28/12/2011), que los reemplazó por el agravante genérico de finalidad terrorista en el incorporado art. 41 quinquies, de la Parte General del CP.

(22) BO 17/03/2000.

(23) La ley 26.683 dice, en la parte pertinente de su art. 14: “Sustituyese el artículo 14 de la ley 25.246 y sus modificatorias, por el siguiente: Artículo 14: La Unidad de Información Financiera (UIF) estará facultada para:... 2. Recibir declaraciones voluntarias, **que en ningún caso podrán ser anónimas...**” (el resaltado me pertenece y corresponde al texto ahora incorporado).

(24) BO 11/10/1989.

(25) En efecto, el art. 24 ley 26.683 dice: “Incorpórese como artículo 33 de la ley 25.246 y sus modificatorias: Artículo 33: El que revelare indebidamente la identidad de un testigo o de un imputado de identidad reservada, conforme las previsiones de la presente ley, será reprimido

- c. También deberá tenerse presente que, por el art. 31 ley 26.683, se sustituyó el art. 30 ley 25.246,⁽²⁶⁾ incorporando así una suerte de “entrega vigilada” de remesas de dinero o bienes o efectos vinculados al delito previsto —similar a la regulación del art. 33 ley 23.737 (ver ley 24.424)—,⁽²⁷⁾ junto a la posibilidad de diferir la adopción de medidas de carácter coercitivo personal o real, además de probatorias, cuando fuere necesario para no comprometer el éxito de la investigación, todo lo que se hará constar mediante resolución fundada.⁽²⁸⁾

En lo que sigue, con brevedad, se procurará brindar un panorama sobre las particularidades de los institutos arriba individualizados bajo las letras

con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de pesos cincuenta mil (\$50.000), siempre y cuando no configuere un delito más severamente penado.

Las sanciones establecidas en el artículo 31 sexies de la ley 23.737 serán de aplicación para el funcionario o empleado público en los casos de testigo o de imputado de identidad reservada previstos en la presente ley, en tanto no resulte un delito más severamente penado”.

(26) La nueva redacción es la siguiente: “Artículo 30: El magistrado interviniente en un proceso penal por los delitos previstos en los artículos 303, 213 ter y 213 quáter del Código Penal podrá:

- a) Suspender la orden de detención de una o más personas;
- b) Diferir dentro del territorio argentino la interceptación de remesas de dinero o bienes de procedencia antijurídica;
- c) Suspender el secuestro de instrumentos o efectos del delito investigado;
- d) Diferir la ejecución de otras medidas de carácter coercitivo o probatorio.

El magistrado interviniente podrá, además, suspender la interceptación en territorio argentino de remesas de dinero o bienes o cualquier otro efecto vinculado con los delitos mencionados y permitir su salida del país, siempre y cuando tuviere la seguridad de que la vigilancia de aquéllos será supervisada por las autoridades judiciales del país de destino.

La resolución que disponga las medidas precedentemente mencionadas deberá estar fundada y dictarse sólo en el caso que la ejecución inmediata de las mismas pudiere comprometer el éxito de la investigación. En tanto resulte posible se deberá hacer constar un detalle de los bienes sobre los que recae la medida”.

(27) BO 09/01/1995.

(28) Concretamente respecto de la “entrega vigilada”, Hernán Blanco alerta que se presenta como una medida de extrema peligrosidad en el marco de la persecución del delito de lavado de activos, ya que, dada su dificultad y esquema del blanqueo, el seguimiento y control de los fondos cuyo secuestro o embargo sean diferidos por el juez puede volverse extremadamente dificultoso, cuando no imposible. De allí que sugiere que solo puede ser usada esta medida con un margen de seguridad aceptable en lo que atañe al seguimiento de remesas de dinero en efectivo, o en los supuestos en que los fondos a reciclar sean convertidos en bienes muebles para facilitar su traslado entre jurisdicciones. BLANCO, HERNÁN, “Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 1, Bs. As., La Ley, septiembre de 2011, p. 243. En el derecho español, la “circulación y entrega de vigilada” está regulada en el art. 263 bis de la LECr, encontrándose los bienes objeto de blanqueo de capitales (arts. 301 a 304 CPE), dentro del catálogo cerrado de su ámbito de aplicación. Ver MOLINA MANSILLA, M. DEL CARMEN, *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 8/9).

“a” y “b” que, ciertamente, modifican la normal dinámica del debido proceso penal, afectando con distinto grado de intensidad alguno sus principios rectores.

4. La delación premiada

Habitualmente, se suele indicar a ley 24.424, de 1995, como el instrumento de ingreso en el derecho argentino del instituto en comentario. En realidad existen antecedentes favorecedores de la delación recompensada en la propia redacción del Código Penal y otras leyes especiales, aunque, ciertamente, la ley 24.424 constituyó, por su trascendencia, una suerte de hito entre las normas nacionales que, con mayor o menor extensión, consagran cláusulas “premiales” para el “arrepentimiento”.⁽²⁹⁾ En el acotado espacio propio de esta intervención, me limitaré a evocar, en modo sintético, las características nucleares de la ley 25.241, que es a la que remite el nuevo art. 31 ley 25.246, conforme ley 26.683.

Poco tiempo después de la masiva incorporación de las “técnicas especiales de investigación” en el régimen penal de estupefacientes, y al calor de los reclamos por el esclarecimiento de los atentados contra la Embajada de Israel (1992) y la AMIA (1994), en el año 2000 se sancionó la ley 25.241, denominada “ley del arrepentido”,⁽³⁰⁾ que vino a admitir esta modalidad de derecho “premio” para los hechos de terrorismo según nuestro derecho.⁽³¹⁾

(29) Comentando tal reforma, están quienes criticaron la adopción de la delación como medio procesal de averiguación del delito, recordando que ya los clásicos la rechazaban por reñir con los principios éticos elementales que “en el actual Estado de Derecho, no se discuten”. GARCÍA VITOR, E. y GOYENECHÉ, CECILIA, *Régimen Legal de los Estupefacientes. Política criminal y dogmática. Parte I*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 44, remitiendo en cita de autoridad a la opinión de Carrara cuando decía que “mientras todos los juristas modernos lanzan maldiciones contra la impunidad prometida a los cómplices de un delito en premio por haber delatado a sus compañeros, tan inícuo y desesperada medida se mantiene”.

(30) Con relación a esta ley, se señala que el propio Ministerio de Justicia reconoció que la introducción del instituto del delator judicial a la legislación nacional devenía en una “zona límite”, tratándose de una medida excepcional para esclarecer los atentados contra las sedes judiciales. Sin perjuicio de ello, los miembros de la bancada justicialista auspiciaron la extensión de dicha figura delictiva a otras modalidades delictivas. Ver BAEZ, JULIO C. y COHEN, JESSICA, “El delator judicial”, en *LL*, t. 2000-C, p. 1125.

(31) Justamente comentando el tratamiento al colaborador terrorista, Terradillos Basoco define al “derecho premial” como una serie de efectos jurídicos de carácter penal y penitenciario previstos para dicha colaboración brindada a favor de la administración de justicia y de la policía, que tiene como fruto final un considerable recorte, cuando no la remisión, de la pena privativa de libertad. Califica el catedrático de Cádiz a este tratamiento como “altamente privilegiado” para el “terrorista arrepentido”, situación que —aclara— se da en muchos

A comienzos de la década pasada, se consagró entonces una escala penal reducida para el “imputado que colabore eficazmente con la investigación”, a la vez que se introdujo un nuevo tipo penal por el que se impuso pena de prisión de uno a tres años para quienes, habiéndose acogido al beneficio anterior, “formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas” (art. 6º), y se previó un régimen de protección para el colaborador cuya integridad personal o de su familia estuviere en riesgo por tal actividad.⁽³²⁾ Se anticipaba así, a nivel local, lo que en términos de derecho comparado explotó en la misma década, con la proliferación de la legislación antiterrorista motivada en los atentados sufridos en Nueva York (2001), Washington (2001), Madrid (2004) y Londres (2005), con clarísima orientación eficientista y marcado sacrificio de garantías.

En concreto, conforme el art. 2º, ley 25.241, existe la posibilidad de que, antes de arribarse al dictado de sentencia definitiva, un imputado por un delito más leve colabore “eficazmente” con la investigación de otro más grave a cambio de una reducción de la pena equivalente a la que correspondería por tentativa o a la mitad de la escala respectiva. Parece innecesario resaltar la dificultad de determinar cuándo, realmente, se está frente a alguien que resulte involucrado en un ilícito más leve que el del delatado o entregado. Es decir, fácilmente puede darse el caso de que quien aparece *ex-ante* como un partícipe en un hecho menor al investigado, tiene tal imputación simplemente por desconocimiento del investigador de la compleja trama interna de la asociación que, supuestamente, el colaborador ayuda a develar. Se trata de aspectos que no pueden soslayarse y que imponen una suerte de plus a la medida y a la prudencia que debe presidir el ingreso en este tipo de negociación con quien es partícipe del hecho investigado. Tampoco debe perderse de vista que la “colaboración” puede comenzar a tener efectos prácticos muy rápidos en el proceso para el delator porque, conforme el art. 4, párr. 2, ley 25241, aunque la reducción de pena será decidida por el tribunal del juicio al dictarse sentencia definitiva, cuando aquella aparezca como probable, “podrá ser considerada a los fines de la excarcelación de acuerdo a las normas procesales comunes”. Además, siguiendo con los aspectos poco claros de la regulación, frente

otros países. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “Colaboración del terrorista en cuestiones penales”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, n° 1, vol. 62, 1993, p. 69.

(32) En el art. 7º, donde se indica que se tomarán todas las medidas necesarias de protección, incluyendo la provisión de los recursos indispensables para cambiar de actividad laboral y la sustitución de su identidad.

a la especificidad o limitación de la propia admisibilidad de la reducción, también resulta ambigua la redacción en orden a establecer si la levedad ha de entenderse internamente —una participación menor en un hecho configurativo de infracción al art. 303 CP—, o solo externamente —delito menor conexo—.

La idea de qué debe entenderse por colaboración eficaz está determinada por las propias opciones de la regla en cuanto indican que el aporte debe consistir en información “esencial” que:

- a. permita que se evite la consumación del delito, que continúe produciéndose o que se perpetre otro;
- b. colabore en el esclarecimiento del hecho investigado u otros conexos;
- c. resulte de manifiesta utilidad para acreditar la participación de otras personas.

A su vez, conforme al art. 3°,⁽³³⁾ encadenado bajo similar parámetro aunque ha permanecido con la referencia a la “asociación ilícita”, habrá de entenderse que podrá aplicarse el mínimo de la conminación de pena en abstracto cuando la información brindada permitiera acreditar el lavado de activos de origen delictivo, desbaratarlo, o haya probado la intervención en estos hechos. Más allá de eso, nuevamente es muy poco clara la diferencia o el deslinde que habilita una u otra modalidad de reducción punitiva. Por caso, ¿cómo diferenciar en la práctica la colaboración que evita la continuación del delito de la que desbarata sus actividades? ¿O esto último respecto de la que permite evitar la consumación? Todavía más difícil será encontrar un criterio rector que facilite diferenciar supuestos concernientes a los copartícipes.

Sin perjuicio de todos estos problemas, en general interesa dejar sentado de inicio que nada tiene que ver este “eficaz colaborador imputado” a cambio de reducción de la escala penal, con el tradicional autor de tentativa que desiste voluntariamente del delito, receptado en el art. 43 CP, para el que se prevé la exención de pena. Pueden compartir la modificación parcial o total de la respuesta punitiva o, en otras palabras, el tendido del llamado “puente de plata” por razones político-criminales variadas (por ejemplo: estimar que la finalidad preventivo especial de la pena ya está

(33) Su texto es el siguiente: “En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces”.

alcanzada como lo objetivizaría el propio desistimiento), pero no la nota básica del último, cual es su voluntariedad para la no realización completa del tipo cuando, objetivamente, no existe ninguna imposibilidad para su consumación. Como dice Gonzalo Fernández: “La voluntariedad del desistimiento significa que éste no ha sido impuesto por la voluntad de un tercero (...) ni por la fuerza de las cosas, una vez comprobada ex post la ineficacia objetiva del plan del autor”.⁽³⁴⁾ Con similar inteligencia, Felipe Villavicencio Terreros sostiene que, en general, el desistimiento viene a ser voluntario en la medida en que proviene de la propia decisión del autor (motivo autónomo) y no de circunstancias ajenas, es decir, para ser entendida como libre, en la decisión no debe mediar la intervención de elementos extraños a la voluntad que puedan entorpecer la ejecución del delito.⁽³⁵⁾

Se han indicado en lo que precede una serie de defectos o imprecisiones en la normativa que antes solo era aplicable en los casos de investigaciones por el delito de asociación ilícita terrorista. Ahora, se ha “expandido” por la derivación que realiza la ley 25.246, conforme la redacción impuesta por la ley 26.683. Se lo hace sin introducir las correcciones formales de rigor en la ley 25.241 y, menos aún, los materiales que aquellos problemas demuestran como evidentes. Se trata de otro caso en los que, como apunta Manuel Cancio Meliá, se puede hablar de un verdadero efecto de “contaminación” de este tipo de normas hacia otros ámbitos de incriminación, lo que permite pensar a la luz de la experiencia histórica que “es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de los ciudadanos y el Derecho penal de los enemigos) que puedan compartir espacio vital en un mismo ordenamiento jurídico”, por lo que recuerda el acierto de las palabras de Bustos Ramírez cuando, por ejemplo, denunciaba que lo más grave de la legislación antiterrorista es que da la imagen distorsionada de que se va a aplicar solo y exclusivamente a los terroristas.⁽³⁶⁾ Es que mientras que el discurso predominante en Estados Unidos reconoce abiertamente que enfrenta la situación en términos de “guerra” en la que no importa la apariencia jurídica, en el marco europeo se presenta la legis-

(34) FERNÁNDEZ, GONZALO, “Comentario al art. 43” en D. Baigún y E. R. Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 119.

(35) VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 440/441, parág. 956.

(36) CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Terrorismo y Derecho penal: Sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, [en línea] www.radjuris.cisepuru.com, punto IV, p. 11.

lación de excepción antiterrorista bajo el estandarte de una pretendida y total “normalidad constitucional”.⁽³⁷⁾

Entre nosotros, Cafferata Nores, reconocido partidario del instituto al punto de haber presentado algún proyecto sobre el particular en su actuación como diputado nacional, expone la necesidad de poner límites y condiciones que eviten abusos. En la inteligencia de que la ley 25.241 los ha receptado, son sintetizados así:

- a. los datos probatorios obtenidos por esta vía solo pueden ser usados en el proceso en que se ordenaron y por los delitos expresamente autorizados;
- b. no puede soslayarse el principio de inmediación pretendiendo introducir estas declaraciones al debate por lectura de lo dicho en la etapa preliminar (tal el sentido del art. 5°);
- c. la base del beneficio es que la información aportada por el arrepentido sea verdadera, de allí la sanción al proporcionar datos o formular imputaciones falsas respecto de terceros;
- d. la colaboración premiada debe ser “decisiva”, es decir, de tal entidad que si no hubiera existido no se podría haber llegado al resultado de la condena de copartícipe.⁽³⁸⁾

En efecto, las notas puestas de resalto por el profesor cordobés encuentran correlato normativo en los arts. 5° y 6°. Coincido en que constituyen baremos tendientes a dotar de alguna racionalidad y rodear de un cierto marco de garantías al uso de la delación, pero sin que se superen deficiencias particulares como las *supra* indicadas.⁽³⁹⁾ Menos aún las de orden general que Terradillos Basoco recuerda al identificar los efectos negati-

(37) CANCIO MELIA, MANUEL, “Terrorismo y...”, *op. cit.*, y en “*Internacionalização do Direito Penal e da política criminal: algumas reflexões sobre a luta jurídico-penal contra o terrorismo*”, [en línea] www.panoptica.org, n° 17, noviembre de 2009, p. 3. Ejemplifica con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre la lucha contra el terrorismo, 13/06/2002, en la que, sorpresiva y rotundamente se afirma que es respetuosa de los derechos fundamentales garantizados en el Convenio Europeo, y que nada de lo en ella dispuesto “podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales” (consid. 10).

(38) CAFERATTA NORES, JOSÉ “*El arrepentido, según la ley 25.241*”, en J. Caferatta Nores y G. A. Arocena, *Temas de derecho procesal penal (contemporáneos)*, Córdoba, Mediterránea, 2001, pp. 142/143.

(39) BLANCO, HERNÁN, “*Luces y sombras...*”, *op. cit.*, se muestra favorable a la incorporación de la delación premiada en el lavado de activos, “habida cuenta de que la complejidad de las operaciones que usualmente componen un esquema de lavado de activos, y las dificultades que ello genera a la hora de obtener evidencias útiles, hacen que el testimonio de alguna persona que provenga del interior de la eventual organización o grupo encargado de llevarla adelante pueda resultar, en muchos casos, la única forma de desentrañar la operatoria de reciclaje” (p. 243).

vos propios de la paradigmática ley italiana de 29 de mayo de 1982 sobre *pentiti* que “como mínimo, produjo una auténtica contaminación de la magistratura, a la que se encomendó ejercicio promiscuo de funciones de policía judicial y de orden público”.⁽⁴⁰⁾

En adición, aquí ni siquiera se ha intentado poner el acento en la “disociación” en lugar de la delación, como se hizo con la ley italiana N° 34 de 19 de febrero de 1987, sucedánea de la antes mencionada y que habilitó una forma de arrepentimiento puramente disociativa para reinsertar a quienes no están en condiciones objetivas de delatar por falta de conocimiento.⁽⁴¹⁾ Claro que para esto se parte de una concepción criminológica eminentemente política según la que la vinculación estrecha del terrorismo con una determinada ideología —violencia y lucha armada—, hace que una vez rechazada esta, el sujeto deja de ser peligroso. De allí que, indica el nombrado, esto parece más un “indulto condicionado” que una circunstancia atenuante; se trata más de un recurso político que jurídico-penal,⁽⁴²⁾ del que no puede desconocerse que “la atenuación se supedita a una opción político-ideológica, que dota de relevancia penal a las opiniones personales del acusado e impone un diagnóstico elaborado sobre su conciencia, con el riesgo de que el proceso penal retorne a formas inquisitivas premodernas basadas en la preeminencia de los actos internos”.⁽⁴³⁾

5. La protección de testigos

Al presente podría arriesgarse que, de todas las denominadas “técnicas especiales de investigación” o “medios extraordinarios de prueba”, la más extendida es la protección de testigos que, además, puede alcanzar diversos grados de intensidad tanto con relación a los sujetos procesales como a la forma de concretarse. Téngase presente que en el art. 32, ley 25.246, se incluye, junto al testigo, al “imputado” colaborador, con

(40) TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “Colaboración...”, *op. cit.*, p. 70.

(41) *Ibid.*, p. 70. En la nota al pie 7 señala que el art. 1° de la ley citada consideró como “disociación” el comportamiento de quien, acusado o condenado por delitos de finalidad terrorista, ha abandonado definitivamente la organización o el movimiento terrorista o subversivo al que pertenecía, realizando conjuntamente las siguientes conductas: admisión de las actividades efectivamente desarrolladas, comportamientos objetiva y unívocamente incompatibles con la subsistencia del vínculo asociativo, repudio de la violencia como medio de lucha política.

(42) *Ibid.*, p. 70.

(43) *Ibid.*, p. 71, con cita de Ferrajoli.

una fórmula abierta que habla de las medidas que fueran necesarias para protegerlos en forma indeterminada. Además, este dato de expansión se verifica por partida doble, ya que no se ciñe al ámbito federal, sino que también se presenta con creciente frecuencia en el provincial.

5.1. Las normas genéricas de protección para víctimas, testigos y familiares

El reclamo de protección para víctimas y testigos tiene reconocimiento general. Rudi individualiza como su “soporte superlegal” el derecho de todo individuo a la seguridad personal (art. 9°.1, PIDCyP) o a la integridad física, psíquica y moral (art. 5°.1, CADH).⁽⁴⁴⁾ La cuestión es que debe conciliárselo con otros intereses en juego para la configuración de un debido proceso. Uno de los problemas evidentes es que la protección puede entenderse como justificadora de limitaciones a la oralidad y publicidad del juicio. Esta última, como decía D’Albora, no solo hace a la regularidad del proceso, sino que también facilita el recíproco control entre todos los intervinientes y por la concurrencia en general.⁽⁴⁵⁾

En el ámbito nacional, el art. 79, inc. c, CPPN reconoce como un derecho de la víctima y testigo convocados a una causa por un órgano judicial la “protección de la integridad física y moral, inclusive de su familiar”; mientras que el art. 83, inc. 6, CPP bonaerense indica que se garantizará a la víctima la “protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, preservándolos de intimidaciones y represalias, sobre todo si se trata de una investigación referida a actos de delincuencia organizada”.⁽⁴⁶⁾

Pedro J. Bertolino, recuerda que el derecho a la asistencia de la víctima, comprensivo tanto de un trato digno y respetuoso como del sufragio de sus gastos o de la protección de integridad personal, es derivación expresa del art. 12, inc. 3, de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, que consagra el derecho “al respeto de la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral”.⁽⁴⁷⁾

(44) RUDI, DANIEL M., *Protección de testigos y proceso penal*, Bs. As., Astrea, 2° ed., 2008, p. 41.

(45) D’ALBORA, FRANCISCO J., *Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2° ed., 1996, p. 474.

(46) Con idéntica redacción luce el art. 101 bis del CPP Misiones (ley XIV-3, BO 13/11/1989, texto consolidado por ley 4526, BO 19/01/2010).

(47) BERTOLINO, PEDRO J., *Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial*, Bs.As., LexisNexis, 8° ed. actualizada, 2005, p. 143.

Respecto del digesto adjetivo provincial, criticando la laxitud de las circunstancias limitantes de garantías constitucionales, resaltan Granillo Fernández y Herbel⁽⁴⁸⁾ lo reglado por el art. 342 CPP Buenos Aires,⁽⁴⁹⁾ en cuanto a que permite restringir a oralidad y publicidad de las audiencias de debate cuando ello pudiera afectar el normal desarrollo del juicio, la moral, el derecho a la intimidad de la víctima o el testigo, o por razones de seguridad, y, en el caso que sea necesario, para proteger la seguridad de cualquiera de los intervinientes frente a intimidaciones y represalias, sobre todo en casos de investigaciones referidas a actos de delincuencia organizada. Los autores citados solo consideran un caso “en que podría pensarse en minorar algún tipo de garantías —como la de la publicidad en los juicios—...” al que se refiere a la protección de los individuos frente a posibles acciones dañosas de grupos delictivos organizados, ello en virtud de que “el Estado debe posibilitar el desarrollo de juicios contra imputados poderosos que pueden intimidar a los testigos y otros sujetos procesales”. Sin embargo, no puede soslayarse su acertada prevención genérica en orden a que “Limitar la publicidad de la audiencia automáticamente ante la configuración de alguno de los supuestos ilustrados es contrario al espíritu del sistema republicano de gobierno, por lo cual, si se concretase, el tribunal de juicio deberá dar motivos suficientes al efecto. En caso contrario, el juicio estará viciado desde el inicio pues la publicidad de los debates es también una garantía para los justiciables”, recordando, además, que como todo caso de limitación de garantías, la interpretación debe ser restrictiva por imperativo de los arts. 3° y 342, párr. 3, CPP Buenos Aires, que establece que ante la duda deberá favorecerse la publicidad del debate.⁽⁵⁰⁾

(48) BERTOLINO, PEDRO J., *Código Procesal...*, op. cit., p. 250. IRISARRI, CARLOS A., *Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 2005, t. 2, p. 147, habla de un “mal redactado artículo”.

(49) Dice: “El debate será oral y público, bajo sanción de nulidad; pero el Tribunal podrá resolver que total o parcialmente se realice a puertas cerradas, cuando la publicidad pudiere afectar el normal desarrollo del juicio, afecte la moral, el derecho a la intimidad de la víctima o testigo, o por razones de seguridad. Asimismo podrá también disponerlo en el caso que sea necesario proteger la seguridad de cualquiera de los intervinientes para preservarlos de la intimidación y represalias, sobre todo si se trata de una investigación referida a actos de delincuencia organizada. En caso de duda deberá estarse siempre por la publicidad del debate. La prensa no podrá ser excluida de la sala de audiencias, salvo el supuesto contemplado en el primer párrafo de este artículo. La resolución deberá fundarse, se hará constar en el acta y será inimpugnable. Desaparecido el motivo de la resolución, se permitirá el acceso del público”.

(50) IRISARRI, CARLOS A., *Código Procesal...*, op. cit., t. 2, pp. 251/252. Bertolino concuerda con la interpretación restrictiva, fundado en la excepcionalidad del supuesto de admisión de reserva (BERTOLINO, PEDRO J., *Código Procesal...*, op. cit., p. 486).

El rito nacional contiene una previsión similar al art. 342 CPP Buenos Aires, aunque aún más lacónica. El art. 363 CPPN, tras establecer que el debate será oral y público bajo pena de nulidad, indica que el tribunal, aún de oficio y por resolución fundada que deberá constar en acta y será irrecurrible, podrá resolver que total o parcialmente sea a puertas cerradas "cuando la publicidad afecte la moral, el orden público o la seguridad". Asimismo, dispone que, desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el ingreso al público.

El entramado normativo se completa con una serie de instrumentos a través de los que se tornarían operativas las previsiones protectivas mencionadas. Hay programas particulares tanto a nivel nacional como provincial sobre los que es imposible ahora extenderse. Baste la mención, a simple título de ejemplo, del "Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados" creado por ley 25.764.⁽⁵¹⁾

5.2. El problema de la extensión en la protección de testigos

Al punto de haberse normativizado en instrumentos internacionales su restricción, puede afirmarse que los problemas que se generan por el desconocimiento de la identidad de un testigo de cargo no son nuevos. Tampoco que el "ocultamiento" de quien presta testimonio puede alcanzar diversos grados. Según la extensión que se le asigne al amparo o resguardo tendiente a la preservación individual, puede resultar difícil ensayar justificaciones de conformidad constitucional para el que, genérica e indiscriminadamente, muchas veces se presenta o es llamado como "testigo protegido", "secreto", "oculto" o "anónimo".

Naturalmente, es clara la incorrección de tal orden de generalizaciones y median diferencias evidentes entre proteger a un testigo que se conoce y no saber quién es el testigo porque se oculta su identidad a la defensa. Por caso, Rudi, al hablar de la protección del testigo "ajeno", menciona como "subespecies del testimonio escudado"⁽⁵²⁾ al que se brinda a puertas cerradas (ante jueces, fiscal y defensores pero sin la presencia del enjuiciado y del público); por video (el que se ausenta físicamente de la sala es el testigo, que brinda su aporte intermediado por algún servi-

(51) Sancionada el 23/07/2003 y promulgada de hecho el 12/08/2003. Antecedente directo fue el decreto 262/1998 que creó la "Oficina de Protección de Testigos e Imputados" en el ámbito de la Secretaría de Justicia nacional.

(52) RUDI, DANIEL M., *Protección de testigos...*, op. cit., pp. 119/120.

cio audiovisual,⁽⁵³⁾ de manera que es “en vivo” pero “virtual”); de oídas o “referencia”⁽⁵⁴⁾ (se reproduce la información recibida de un tercero, confidente que se identifica al dar razón de los dichos)⁽⁵⁵⁾ y, finalmente, al anónimo o de “identidad reservada”.

Si tenemos en cuenta esto, y sin perder de vista las diferencias que median entre cada una de estas subespecies, centrándonos en la última por ser la más extrema, no parece sencillo justificar el respeto constitucional si por “protección” se entiende un secreto de los datos personales durante todo el proceso, es decir, que el anonimato nunca se levante. Sí, en cambio, es fácil hacerlo, aún en este supuesto, si el análisis es presidido exclusivamente por la perspectiva pragmática, es decir, desde el punto de vista de la “eficacia” y prescindiendo de todo límite vinculado al debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa en juicio. Basta con postular que, con nota de excepcionalidad, la protección es necesaria para estimular que los testigos colaboren en la investigación de delitos particularmente graves, como los referidos al narcotráfico, el terrorismo o cualquier otro supuesto

(53) *Ibid.*, p. 125. La precisión es importante porque, como dice Rudi, hay una variante disociativa en la que la intercomunicación se reduce a la conexión sonora (sería solo un “audiotestimonio”), lo que no garantiza públicamente la identidad entre el órgano de prueba y el expositor “invisible”.

(54) Tal la denominación en España a partir del texto del art. 710 LECr. Con criterio similar al que prima en nuestro medio, señala Jaén Vallejo que si el referenciado no comparece “de poco servirá la referencia que a él y a lo que dijo se ha hecho. Esta ‘prueba’, pues, por sí sola, no puede desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a todo acusado”. Recuerda, en tal sentido, la SSTC 97/1999, del 31 de mayo que, a su vez, remite en concordancia a las 303/1993, 35/1995 y 7/1999, en las que “no se ha admitido que la prueba testifical indirecta o de referencia por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (...) el rechazo de la validez del único testimonio de referencia no es sino la aplicación del canon hermenéutico proporcionado por el TEDH, que ha declarado contraria a lo dispuesto en el art. 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos la sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado se priva al tribunal sentenciador de la posibilidad de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto, al no poder confrontar con el directo, y de otro, y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6°.1 y 3° del CEDH, que consagra el derecho que al acusado asiste de interrogar a los testigos de cargo...” (JAÉN VALLEJO, MANUEL, *La prueba en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, pp. 123 y 127/128).

(55) Se trata, tal vez, de la “subespecie” que más discusión en torno a sus alcances desde lo jurisprudencial ha registrado, cuya respuesta de mayor consenso refleja adecuadamente Rudi: en tanto prueba de otra prueba o de grado subalterno, sin oportunidad de verificación o contradicción por la defensa, es una técnica procesal inhábil para adquirir la información personal del testigo sin el conocimiento de la identidad y para juzgar públicamente su veracidad según la sana crítica (RUDI, DANIEL M., *Protección de testigos...*, op. cit., p. 130).

en que, siguiendo el reclamo político acuciante del momento, se decidiera admitirlo (fenómeno de “administrativización” del derecho penal).

Sin ser exacta la correspondencia, el nuevo instituto del régimen nacional (al igual que el contemporáneo bonaerense) se relaciona con otros, como el llamado “testigo protegido”, consagrado en el régimen penal de estupefacientes en 1995. Su enfatizada falta de novedad queda demostrada por la consensualmente asignación de, al menos, un claro matriz inquisitorial, habiendo formado parte de las prácticas habituales del Santo Oficio.

Lejos de aquellas prácticas —al menos en la declamación normativa—, la necesidad, en algunos casos puntuales, de brindar protección a quien colabora con la justicia parece estar fuera de discusión. Así, el problema que se plantea es cómo dar tal “protección” para satisfacer, a la vez, el reclamo de quien colabora y las garantías del imputado, sobre todo en los supuestos de criminalidad grave. Una cosa es que se entienda que una condena pueda basarse en el testimonio de alguien cuya identidad se oculta (testigo secreto o anónimo) y otra es que, respecto de un testigo conocido se adopten, luego (o incluso antes), medidas que tiendan a garantizar su seguridad.

Desde el ángulo crítico de su extensión hasta el anonimato, Yesid Reyes Alvarado señala:

A la luz de los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho resulta válido sostener que la figura de los denominados testigos secretos es contraria a la constitución política de países como Colombia, por quebrantar de manera flagrante el derecho fundamental que todo ciudadano tiene a ser juzgado con estricta sujeción al debido proceso, concepto éste dentro del cual debe ser comprendido el universalmente reconocido principio de contradicción de la prueba.⁽⁵⁶⁾

No puede soslayarse, como destaca el nombrado, que este último principio incluye no solo la posibilidad de discutir sobre el valor probatorio (fase posterior), sino igualmente sobre la facultad de solicitar pruebas (fase anterior), y también sobre el derecho a intervenir en su práctica. Cuando no existe la posibilidad, en ningún momento del proceso, de contradecir

(56) REYES ALVARADO, YESID, “Arrepentidos y testigos secretos: Remembranzas de la Santa Inquisición”, en AAVV, *Teorías Actuales en el Derecho Penal. 75° Aniversario del Código Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 379.

o controlar el testimonio mediante interrogatorio directo, no puede evaluárselo plenamente, conforme las reglas de la sana crítica.⁽⁵⁷⁾

Una situación intermedia con relación a este reclamo de interrogación directa ofrece la distinción entre el “testigo anónimo” en sentido estricto, es decir, que ni el tribunal ni las partes conocen su identidad, y el denominado “testigo oculto”. Tal sería el caso, por ejemplo, de un agente encubierto que se presenta ante el tribunal brindando su testimonio y posibilitando que las partes lo interroguen con la sola exclusión de las preguntas que tiendan a develar su identidad real ya que, para ellas, permanecerá “oculta”. Falcone y Capparelli resaltan la admisión de la distinción en la jurisprudencia del TC español, con apego a criterios del TEDH, según los que, mientras el primero es rechazado como base para una sentencia condenatoria por infringir el derecho de defensa, el segundo es considerado y no siempre incompatible con el Convenio Europeo, por caso, si se posibilitó el interrogatorio. En ese supuesto, habrá una restricción a la defensa pero con alguna compensación. De tal suerte, sería admisible el “testigo oculto”, preservándolo de los riesgos de que su identidad fuera conocida por la organización criminal que colaboró a desbaratar, pero advierten los citados, “ello no dispensa al tribunal de valorar con prudencia y circunspección su testimonio, permitiendo el más amplio examen por parte de la defensa y colocándolo cara a cara con el imputado, cuando el grado de relación alcanzado con éste, en función de su condición, no conlleve un riesgo innecesario para sí”.⁽⁵⁸⁾

No obstante, tampoco puede soslayarse que el ocultamiento puede ofrecer concreciones aún más limitadas o menores al desconocimiento de los datos personales, como ser el simple ocultamiento físico del deponente lo que, naturalmente, provoca una afectación de grado sensiblemente inferior a la publicidad, contradicción e igualdad de armas. Amadeo y Palazzi recuerdan una interesante resolución de la Sala I del Tribunal Constitucional español en la que se entendió que no medió vulneración del derecho a un juicio público con todas las garantías en un caso en que la víctima del delito y otra testigo fueron examinadas en la vista del juicio sin ser observadas, mas no sin ser oídas por la defensa. Se tuvo en cuenta que, aun cuando el acusado no pudo verlas en forma directa, sí pudo escucharlas y su defensa interrogarlas. Además, sus datos no le eran desconocidos,

(57) REYES ALVARADO, YESID, “Arrepentidos...”, *op. cit.*, p. 382 y 388.

(58) FALCONE, R. A. y CAPPARELLI, F. L., *op. cit.*, p. 295.

por lo que no se trataba de testimonios anónimos, de hecho habían sido amenazadas por el perjudicado horas después del robo y fue por eso que solicitaron declarar “en ausencia” del acusado.⁽⁵⁹⁾

Exploradas brevemente las notas más significativas que diferencian un “testigo anónimo” de un “testigo oculto” —que, a su vez, puede serlo con variada gradualidad—, y a ambos de un sistema protectivo de testigos que son conocidos al formular su aporte al plexo de cargo, queda patente la necesidad de insistir en que, más allá del habitual uso de las designaciones como sinónimas, esto es básicamente incorrecto y se está frente a institutos distintos. En definitiva, la precisión terminológica es necesaria y la discusión debe encauzarse atendiendo al sistema adoptado por cada legislación.

6. Conclusiones

He señalado en anterior ocasión que la ley 26.683, más que responder a una decisión político-criminal interna, es el producto de una necesidad de política externa: ofrecer, en un marco de urgencia, un gesto que fuera demostrativo del interés nacional en perseguir el lavado de activos de origen delictivo ante las críticas del Grupo de Acción Financiera (GAFI).⁽⁶⁰⁾

De la mano de esta iniciativa se han incorporado varias novedades de trascendencia —como la responsabilidad penal de las personas jurídicas—, se han modificado los presupuestos de medidas tradicionales como la habilitación del decomiso sin condena, y se ha ampliado el universo de casos en que se permite medios extraordinarios de prueba o técnicas especiales de investigación. Aquí se ha centrado la atención en dos: la delación premiada y la reserva de identidad para testigos o imputados colaboradores.

La normativa de jerarquía constitucional que da “soporte” al reclamo por la protección de testigos, denunciantes y víctimas —particularmente en modalidades de criminalidad de gravedad y delincuencia organizada—, tiene concreción en las normas inferiores de orden nacional y provincial con diversa extensión. Secreto, anonimato, ocultación, medidas protectivas antes, durante y después del juicio, son algunas de las modalidades u opciones que, con distinto grado de eficacia, se presentan, pero no todas

(59) AMADEO, SERGIO L. y PALAZZI, PABLO A., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado con jurisprudencia*, Bs. As., Depalma, 1999, pp. 171/175 y 567/568. Con cita de la STC, 64/94, Sala I, 28/02/1994

(60) DIARIO BAE, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿sólo interesa en el lavado de dinero?”, suplemento judicial, 28/09/2011, p. 3.

resultan compatibles con las exigencias de un debido proceso en el marco de un Estado de derecho.

Con relación a la delación premiada, cuando se sancionó la ley 24.424, Luis G. Losada nos decía que la norma

... es hoy una realidad y como tal, debe ser prudentemente aplicada. En abstracto, no resulta moralmente convincente en nuestro criterio el éxito en la investigación a costa de delaciones impulsadas desde la propia estructura del poder estatal. No obstante, las urgencias que hoy aquejan a Occidente parecen necesitar de respuestas novedosas frente al crimen organizado, respuestas que quizás rocen el límite permitido entre lo conveniente y lo ético.⁽⁶¹⁾

Tres lustros después, y con la expansión en tal lapso temporal verificada, puede decirse sin temor a error que, en la actual coyuntura social, luce como ineludible la convivencia con la delación y otros institutos de similar orientación y, más acertado que propiciar declaraciones de desajuste constitucional que no pasarán de ser *rara avis* de corta vida —no debe soslayarse que los superiores tribunales, tendencialmente, las han legitimado—, el esfuerzo debiera concentrarse en procurar que se abran paso interpretaciones y prácticas que tiendan a acercar su real y concreta gestión, lo más posible, al marco fijado por la Constitución Nacional. Como telón de fondo, siempre ha de tenerse presente advertencias como la de Ignacio Berdugo, que sostiene que, en la práctica, la defensa del Estado puede llevar al modelo de Estado opuesto al que se dice defender.⁽⁶²⁾

Sin dudas, esta premisa parece de fácil cumplimiento en cuanto a la protección de testigos: si se la entiende como una actividad de aseguramiento posterior al ingreso normal del testimonio al proceso, no merece observación de desajuste constitucional. Puede criticarse que, existiendo normas contemporáneas de mayor precisión, no se las hubiera reproducido. El ejemplo claro de esto lo da la ley 14.257 bonaerense, que cerró la discusión jurisprudencial acerca del valor del aporte testimonial bajo reserva de identidad: no será prueba para fundar una condena a menos que

(61) LOSADA, LUIS G., "El art. 29 ter de la Ley 23.737. 'El arrepentido'", en *ED*, t. 167 (1996), p. 1092.

(62) BERDUGO IGNACIO, "Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española", en Juan Bustos Ramírez (dir.), *Pena y Estado*, Santiago de Chile, Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 93.

el testigo concurra voluntariamente al debate oral. Y no solo eso, sino que, además, se lo hizo en un sentido correcto: evitando una posible colisión con las reglas de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) fijadas en los arts. 8°.2.f, CADH y 14.3.c, PIDCyP.

También al inventario de lo negativo debe computarse que se perdió la oportunidad de finalizar otras discusiones que se vinculan al supuesto en que el testigo se presenta y, aún en ese momento, quiere mantenerse la reserva de su identidad impidiendo un posible careo o el aporte de datos que confronten el relato, o cuando se lo limita por vía de exclusión del imputado de la sala.

En refuerzo del rechazo a la admisión de estas posibilidades, debe recordarse que es factible satisfacer la demanda de protección y seguridad del testigo o imputado colaborador sin mengua sustancial al derecho de defensa en juicio, a la confrontación directa con la prueba de cargo —que solo puede serlo si aquella existe—, aún en los casos de gravedad. Pueden evitarse, tecnología mediante, situaciones de inmediatez física y su inherente factor intimidatorio, sin ocultamiento de quien testifica (una videoconferencia, por ejemplo). Antes y después del debate, el Estado dispone de medios para brindar protección. Naturalmente, es más fácil —y más barato—, abrir la puerta de la excepción y legitimar prácticas contrarias o reñidas con las reglas básicas del debido proceso en un estado de derecho.



Problemas
constitucionales en torno
a las escalas penales,
la individualización
de la pena y su ejecución



CONFERENCIA

La determinación judicial de la pena

¿Redefinición de la teoría del ámbito de juego?

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCÍA⁽¹⁾



1. Escepticismo científico

Es un lugar común, en la discusión dogmática sobre la “determinación” o “individualización” de la pena en el caso concreto, que haya cierta desazón o escepticismo frente a la posibilidad de fijarla con precisión, superando la añeja aporía o antinomia de los fines de la pena, a la vez que una crítica a la desmedida amplitud y carencia argumentativa jurisprudencial.

No parece haber influido en el tema el panorama poco halagüeño que, para la ciencia jurídico penal, descubrió Hans Jürgen Bruns en su minuciosa revisión de la jurisprudencia sobre medición judicial de la pena —la primera edición de su *Strafzumessungsrechtes* es de 1967—, si vemos los trabajos más recientes de Tatiana Hörnle, de Michael Pawlik o Paul Robinson, los esbozos de Silva Sánchez o Feijóo Sánchez y, entre nosotros, de Milton Peralta, Zaffaroni o Patricia Ziffer. En términos simples, desde pers-

(1) UNLitoral, UCA Paraná, UCU Concepción del Uruguay.

pectivas dogmáticas claramente disímiles, estos autores coinciden en la necesidad de elaborar criterios científicos que aporten seguridad jurídica y justicia a un campo de la ley penal dejado al arbitrio judicial.

2. La determinación de la pena como parte de un sistema integral de derecho penal

En pocos temas como en este se ve de manera prístina que toda reflexión sobre la cuestión penal, —aún intrasistemática de la más estilizada dogmática—, indirectamente es siempre una reflexión político criminal, a la vez que se refleja sobre el sistema de enjuiciamiento. Es decir que una dogmática racional nunca puede ser “sin consecuencias”, sino un sistema integral, no en el sentido de teoría sistémica, sino en el kantiano de “unión de múltiples conocimientos bajo una idea”, en el que la riquísima elaboración conceptual continental europea sobre la imputación del injusto culpable y punible, como magnitudes graduables, se debe reflejar materialmente en el *quantum* de la sanción.

De ningún modo, entonces, esta tarea, tanto académica como jurisdiccional, será de un decisionismo que solo tenga como marco la vieja discusión entre deontologismo y preventivismo en la teoría de la pena, sino que este “punto de vista externo” ha de discurrir a través de la dogmática del hecho punible para traducirse, solo así legitimada, en una medida de pena.

Es que, en el tránsito desde la filosofía del sujeto a la de la comunicación, el derecho, —incluido el penal—, se comprende como práctica discursiva destinada al consenso leal, es decir, fundado en su propia legitimidad constructivo-procedimental, en el marco de la positivización de aquellos viejos principios “inmanentes de la razón”, y en los tratados internacionales de derechos humanos, que los fijan como “consensos con pretensión de universalidad”.

A la vez, el “giro lingüístico” y “pragmático” ha revalorizado la norma individual como momento derivativo —como dice Klaus Günther—, desde el discurso de fundamentación de la norma general, al concepto de coherencia o adecuación en el discurso aplicativo, como producto de una argumentación dirigida por una exigencia de imparcialidad.

Ha de ser entonces en la teoría de la decisión judicial, como epistemología de la validez de la norma individual, que se deberá construir ese *quantum*, en el método dialógico de confutación indicado en las formas constitucionales, como una **gramática performativa o ilocucionaria re-**

glada de actos de habla, que decante en la “verdad forense” argumentalmente controlable.

A la luz de la legislación vigente, a la espera de la ansiada reforma penal en curso, hemos de proponer algunas ideas a la discusión.

La primera es que la teoría de la determinación de la pena para alcanzar el plausible objetivo de mayor racionalidad, controlabilidad y previsibilidad debe conjugar los aportes de la discusión sobre las teorías de la pena a través de la dogmática del hecho punible.

El “principio del hecho” y de “culpabilidad de acto” deben fijar, en retrospectiva, la argumentación sobre la individualización de la pena, a lo que se debe adosar todo lo atinente a lo que se ha denominado “compensación constructiva o destructiva de la culpabilidad material por actos o circunstancias posteriores al hecho”. El concepto de culpabilidad de autor, o peligrosidad, debe ser eliminado por afectar a los principios aludidos.

De todas formas, la pretensión de una precisión matemática en la cuantía punitiva, a fuer de loable, aparece casi como un *deja vu* de la Ilustración desconfiada del *Ancient Regime*, que minimiza la evolución de la pragmática de la norma individual en las teorías de la argumentación.

3. Nuestra normativa

Como ha demostrado entre nosotros Zaffaroni desde su insuperable Tratado, nuestra legislación se basó en el sistema flexible del Código bávaro de Feuerbach, —con la excepción de penas fijas como la perpetua—, en la modalidad del suizo, en el sentido de criterios legales generales con señalización de circunstancias que pueden agravar o atenuar la pena.

No obstante que el proyecto de 1906 recogió erróneamente en la redacción del actual art. 41 CP la fórmula del art. 100 del bávaro, que graduaba la pena de los menores —de 8 a 12 y de 12 a 16 años—, al que se le agregó, en el Senado, lo atinente a la miseria o dificultad de sustento y la alusión a “peligrosas inclinaciones” del original, —en la traducción francesa de Vatel como “malas”, luego como “perversidad”, a la actual y deletérea “peligrosidad”, apropiada por Juan P. Ramos de un modo patético como núcleo de la fórmula.

Este entendimiento peligrosista con un dejo Liszteano, —los elementos del delito serían un presupuesto formal de la peligrosidad del autor—, ha enturbiado la discusión fructífera de la determinación de la pena por

mucho tiempo, paradójicamente incluso en quien, como Soler, fue un de-moedor crítico del peligrosismo.

Con buen criterio, el Proyecto Integral de Reformas al Código Penal —Res. 303/04 y 136/05—, que seguro ha de tenerse en cuenta en la actual Comisión Reformadora, ha mejorado el texto que prevé ahora, como fundamento de la determinación de la pena, a la culpabilidad, limpiándola de referencias peligrosistas.

Se pretende así racionalizar el sombrío panorama actual luego de la tristemente célebre reforma *BlumbergStrafrecht* —según el genial humor negro de Maier—, de muy dudosa constitucionalidad, más allá del esfuerzo interpretativo “conforme u orientado a la Constitución”, al decir del VberfGE.

4. Breve referencia a las teorías de la pena

En el marco espiritual de una Política Criminal todavía esperanzada en las posibilidades integrativas e inclusivas del *WelfareState* de fines de los sesenta, Ulrich Klug, desde el racionalismo crítico, pronunciaba su *Abschied von Kant und Hegel*, acusando a las tesis absolutas de “... excesos líricos e irracionales y todo lo dudoso que ellas encierran desde el punto de vista epistémico, lógico y moral...”.

Es obvio que alguien como Klug no embatía contra la dignidad de la persona que se halla en la filosofía moral de Kant o de Hegel, sino a su abstracción.

Pues bien, la complejidad del actual “espíritu del tiempo” con la que debe vérselas el derecho penal, en lo que se ha denominado la sociedad “securitaria” o del miedo, ha tornado en “lírico” precisamente a aquel añorado mundo “welfarista”.

Aunque Kant arremetía contra los discursos utilitaristas de la Ilustración, —como hemos dicho en otras oportunidades—, su idea de la pena no es “absoluta”. Dice Kant que “... si el número de cómplices fuera tan grande que el Estado para librarse de semejantes criminales tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito y sin embargo no quisiera disolverse (...) no quisiera ante todo embotar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero...”. Tiene el soberano el poder de imponer otra pena, que conserve la vida del conjunto del pueblo, pero como gracia, no como ley. Sostiene este criterio relativista también respecto del honor en el infanticidio, y en el ámbito militar, pero sobre todo cuando

debe concretar su idea “talional”. Aquí la proporcionalidad cede en los delitos contra la propiedad pues “... quien roba hace insegura a toda posible propiedad...” por lo que tiene que ceder al Estado sus fuerzas: “... esclavitud durante un cierto tiempo o, según las circunstancias, también para siempre...”

Del mismo modo, en la crítica de Hegel al subjetivismo kantiano, se ve más claro que su pena concreta “... en su cualidad o magnitud, es, empero, variable según la situación de la sociedad civil (...) Si la sociedad está todavía vacilante, se deben estatuir ejemplos mediante las penas, puesto que la pena es un ejemplo en sí misma frente al ejemplo del delito. En cambio, en la sociedad que está en sí firme, la positividad del delito es tan débil que la eliminación de esa positividad debe medirse también según ella”.

Los penalistas hegelianos, de gran influencia en el siglo XIX, “juridizaron” su abstracción filosófica, —y sin obsecuencia alguna—, combinaron de manera práctica el retribucionismo con finalidades preventivo-especiales o generales. Así, Berner, en su *Manual* formuló la *Spielraumtheorie* aún dominante, y Köstlin, en su idea de derecho como condición de bien común, conjuga el delito como peligro para todos por el ejemplo a seguir, con la oportunidad al delincuente de corregirse mediante su “libre auto-determinación”.

Estos solapamientos aparecen también en la “razón instrumental” de la prevención general intimidatoria de Feuerbach: la coacción psicológica eficaz que cancele el **impulso sensual** se halla condicionada “a que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir ineludible un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho...”.

Y aquí los límites kantianos irrumpen: “... el mal no puede ser impuesto sin el delito, el delito no puede ser cometido sin que el delincuente se exponga a la pena...”. Por ende, un fundamento “consensual”: el autor debe someterse a esa condición u omitir la acción. Y sobre todo en que la coacción psicológica, como finalidad normativa, no vulneraba el imperativo kantiano, —como sí lo hacía la prevención especial—, ya que su conminación abstracta no mediatizaba. En cambio, en su imposición se regía por criterios de justicia, —retribución ajena a fines—, con lo cual en realidad era una teoría de la unión.

Obvio es recordar que las necesidades disciplinatorias del positivismo mecanicista de la revolución industrial se fueron desentendiendo de la

mordaza racionalista, como se ve claro en Von Liszt y su idea de dogmática solo como **barrera infranqueable** a la prevención, que no posee límites en sí misma. De allí su célebre frase en el *Marburger Universitaetsprogramm*: ante "... los irrecuperables. (...) como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida...".

En esta evolución queda claro que la llamada "prevención especial positiva", cuando pierde el optimismo correccionalista, tanto el decimonónico de las ciencias médicas o como el "welfarista" del Estado de prestaciones de las socialdemocracias de la postguerra, decanta en el aseguramiento cognitivo ilimitado, es decir, la idea eliminadora defensiva que resurge hoy en la *punitive turn* anglosajona, del *risk management* o *risk assesment* de la supervisión intensiva de la peligrosidad —*follow up*—, y de las reglas conocidas por su nombre vulgar derivado del beisbol, *three strikes yo'ure out*, las *shame sanction* o las *selective incapacitacion* frente a los *high riskoffenders* inglesa, o con la revitalizada "custodia de seguridad" germana (*Sicherungsverwahrung*), posterior a la pena para eliminación de peligrosidad (paragr. 66 StGB), es decir las medidas de seguridad postdelictuales tan preocupantes por su falta de límites.

La pluralidad de fines se sincera epistemológicamente en las variopintas formas de las llamadas "teorías de la unión", al igual que las que, aun negando tal mixtura, tienden a compatibilizar objetivos que si no se vuelven unilaterales, no son contrapuestos.

Hasta quienes han sido muy críticos con los intentos de compatibilización, como Jakobs, desde un muy alto grado de abstracción, en sus últimos trabajos se ocupan cada vez más de los problemas del mínimo de aseguramiento cognitivo que cimenta un orden normativo legítimo.

Así, a la explicación plausible en *ZurStraftheorie* de que el infractor no solo no ha respetado la vida sino que la ha destruido, entonces no debe quedar solo la declaración aislada de que no debe anudarse al hecho, sino también contraponer al quebrantamiento una situación materialmente personal, ahora frente a la evolución legislativa de la "lucha contra la criminalidad" —económica, terrorismo, tráfico ilegal de drogas, delitos sexuales o hechos graves en general—, observa Jakobs, que se imponen bajo el rótulo de "pena", no la contradicción al hecho, sino su aseguramiento como individuo peligroso.

Aquí podríamos situar a sus discípulos, Pawlik o Müssig, redefiniendo la “retribución en clave funcional”, en que la culpabilidad es prevención en el sentido de comunicación personal.

El repaso de estas teorías “relativas” tiene por objeto demostrar que abordar el análisis de la teoría de la determinación de la pena desde perspectivas de su teoría general culmina en un esfuerzo de poco rinde, por la vaguedad de sus conclusiones, y porque “saltea” o pierde de vista que para su concreción se debe cuantificar el injusto culpable y punible, donde ya se halla contenida en la dupla merecimiento/necesidad de pena, la aludida tensión prevención/deontologismo.

Este déficit se advierte incluso en la riquísima discusión planteada a mediados de los sesenta en la crítica al retribucionismo del movimiento dogmático y político criminal que se reflejó en el Proyecto Alternativo de reformas al Código de Reich, y que no avanzó tanto en la concreción de la determinación de la pena porque se estancó en el debate, —esencial por cierto—, de las antinomias de las teorías de la pena.

Fue correcta la crítica a la abstracción metafísica de la retribución entendida como deber de castigo si existía infracción culpable de la norma. Pero una vez “detrascendentalizado” el sujeto inteligible, el “noumeno” kantiano, y más aún, traducida la hermosa metáfora de la dialéctica del amo y el siervo de Hegel en el rescate de Alexander Kojève al concepto de persona comunicativa, es llamativo que no se advierta que considerar al principio de culpabilidad como **fundamento y límite del *iuspuniendi***, es una garantía posibilitadora de la punición, que de ningún modo impide su aminoración o innecesariedad.

En lenguaje simple: del axioma correcto en un derecho penal republicano que **sin culpabilidad no puede haber pena, y no más que la proporcional con dicho quebrantamiento culpable**, de ninguna manera se deduce que existiendo culpabilidad deba imponerse pena, y que esta no pueda sustituirse, reducirse o eliminarse por razones de política criminal.

De allí que en los sucesivos aportes al tema de Roxin, Bruns, Zipf o Frisch sean correctas las críticas a las teorías usuales de la *Spielraum*, a la del *punktstrafe*, o, asimismo, a la del “valor de empleo” o *stellenwerttheorie*, por las dificultades del rigorismo para su reducción o admisión de sustitutos vinculado a la innecesariedad preventiva.

Pero la dificultad persistente en la mayor concreción y sobre todo la discusión sobre agravantes al hecho en supuestos de **reincidencia, pronósticos de peligrosidad, alarma social o defensa del ordenamiento o, en general, datos atinentes a la culpabilidad de autor**, han revitalizado perspectivas neo proporcionalistas.

Más allá de su origen anglosajón o escandinavo, —Von Hirsch o Jahreborg—, nada tienen que ver con nuestra praxis, pues se trataba allí de reducir la casi completa indeterminación punitiva dejada al segmento ejecutivo penitenciario. En la reformulación de Schünemann y, sobre todo, de su discípula Hörnle, se relaciona la justificación preventivo-general con la medición retrospectiva del hecho, injusto culpable, en la concreción de las categorías dogmáticas, admitiendo los factores posteriores o preventivo-especiales solo para sustituir o aminorar la penalidad.

De todas maneras, sigue siendo problemático el abordaje frente a la pretensión de agravación punitiva fundada en razones preventivo-generales —alarma social u otras—, como asimismo lo atinente al principio de igualdad, y, sobre todo, cuando las necesidades preventivas puján por sobre el principio de culpabilidad del hecho a través de considerar hechos anteriores como quebrantamiento intensificado del deber hacia “el proyecto de paz del derecho en general”, es decir aseguramiento cognitivo.

5. Los intentos de concreción del injusto culpable

En lo que él mismo considera un “primer esbozo”, Silva Sánchez formula una propuesta de sistematización cuantitativa y cualitativa de concreción en una aproximativa calculable, incluso en números.

A resultas de esta vivisección, se ordenan los grupos de casos intermedios desde el caso más grave —máxima probabilidad+máximo daño+máxima infracción de deberes+máxima negación del derecho+intención y conocimiento seguro—, al caso menos grave —mínima probabilidad + mínimo daño + mínima infracción de deberes + mínima negación del derecho + conocimiento solo probable), los que, a la vez, deben ser integrados en un sistema comparativo.

Esta elaboración es correcta y permite valorar no solo las ya consabidas diferentes magnitudes del ilícito imprudente respecto del doloso —o dentro de este del desvalor de intención—, sino también la representación segura o probable en el lado subjetivo, o la entidad de la lesión, la imputación parcial a la víctima o a la desgracia, las “cercanías” a la bagatela, a la

infracción mínima de deberes positivos, la imputación parcial al agredido u ocurrente en las permisiones o el salvamento objetivo sin representación, entre otras.

A esto se le agrega lo que señala José Milton Peralta en cuanto a la dimensión del principio de igualdad, que es un dato comparativo que debe sistematizarse sobre todo a nivel de tribunales de Casación, ya que el abordaje de la determinación de la pena en la franja inferior o superior no puede depender de la ubicación geográfica o ideológica de un tribunal.

El tratamiento de cada una de estas cuestiones excedería el marco de esta exposición, por lo que preferiría destacar solo dos aspectos vinculados: el **primero** es la capacidad de rendimiento del principio de culpabilidad material, en el sentido de estricta culpabilidad de acto para la valoración del injusto y de su complemento ampliado *ex post* con las circunstancias “deconstructivas” de culpabilidad al momento del dictado de la norma individual.

Lo **segundo** atañe al marco legal fijado por el legislador en ejercicio de su competencia constitucional, que más allá de las críticas o resistencias desde lo académico, nos lleva a concluir que **los límites mínimos de los marcos penales en las penas divisibles, en sistemas como el argentino, no son meramente indicativos ni disponibles arbitrariamente por el juzgador en la norma individual, salvo —como todo aspecto normativo—, que aquella se traduzca en una grosera vulneración de derechos fundamentales.**

5.1. La capacidad de rendimiento del principio de culpabilidad material

En lo que hace a la primer cuestión, y quizás como rémora de la crítica a una noción ética de retribución vinculada a la idea metafísica o del debate teológico sobre el libre arbitrio, es que se afirma ahora que la culpabilidad en la determinación de la pena no podría agregar nada a la imputación del injusto, porque ello sería propio de una noción caracterológica o de conducción de la vida, y que solo podría tener incidencia como disminución de la culpabilidad.

Así lo dice Silva Sánchez, en consonancia con Feijóo y con Hörnle, en cuanto a que la actitud interna contraria al derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal, lo que justifica su traslado —en tanto que trascendente intersubjetivamente—, a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de mayor o menor negación del derecho.

No nos problematiza esta idea toda vez que la culpabilidad es del concreto injusto y ambos conceptos son heurísticos, construcciones culturales, situadas históricamente, propias de lo que Norbert Elías ha destacado como psico y sociogénesis civilizatorias.

Ahora bien, esta noción de “culpabilidad material” es central en la justificación —como legitimación— de la penalidad. Si bien no se la puede entender como entidad metafísica, ya que se trata de algo atribuido —no descubierto—, es una categoría que se reconoce en la praxis colectiva y debe partir de que existen preferencias que son constitutivas de la identidad contingente de la persona como algo plausible.

La legitimidad de una norma, provisional y por ende derrotable, —no solo su legalidad—, se halla en la justificación democrática de la autoridad del derecho, es decir que quien es hecho responsable puede ser imaginado en el doble rol de persona como estatus de ciudadano y persona en derecho. Esto, que Günther siguiendo a Habermas denomina “personalidad deliberativa”, entrelaza la posibilidad de participación en los discursos públicos y en el espacio reglado. Como ciudadano, la persona puede controvertir y perseguir la modificación o derogación de la norma, pero no puede invocar ese derecho para eximirse de seguirla. Y esto solo es posible si esta norma puede ser tomada como propia, es decir, hablada en su propio lenguaje.

Para que este “ser responsable” por el quebrantamiento de deber por un hecho no sea “cargado” moralmente, la motivación por la cual se cumple dicha normatividad no interesa. Solo se fijan, en reglas ciertas, condiciones negativas que determinan que deje de ser esperado el seguimiento —minoridad, incapacidad, sacrificio existencial, desconocimiento inevitable, lo que Günther denomina “atribución derrotable de normalidad personal”—, como hipótesis generalizada de ciertas capacidades asociadas al concepto de persona. En otros términos, el concepto de persona culpable se fija indirectamente o implícitamente en la superación de esas condiciones negativas.

Pero que no se exija una motivación de moralidad coincidente con la norma penal, sino solo la superación del umbral negativo, no quita que el legislador republicano no pueda legítimamente establecer en tipos penales —es decir, en reglas prohibitivas o de mandato—, que algunas motivaciones particularmente contrarias a los principios de dignidad o igualdad representen riesgos jurídico penales —ya se trate de tipos básicos o calificados—, en los clásicos elementos subjetivos distintos del dolo —de

ánimo o motivos—, como el odio racial o religioso, o el abuso en razón de género, que se anidan en las agravantes del homicidio o las lesiones .

Resulta obvio, entonces, que si estos “motivos” se reprochan no es por razones morales, sino porque quebrantan normas generales que protegen la dignidad e igualdad de las personas, por lo que nada obsta a que se analicen en la culpabilidad material como deslealtad comunicativa. Lo único que cambia es que cuando estos motivos se anticipan en el ilícito, no podrán ser vueltos a valorar en la culpabilidad por la “prohibición de doble valoración”.

Ello acaece también en la infracción de deberes positivos, en las que el injusto más o menos grave —cohecho—, puede complementarse con una mayor deslealtad comunicativa por esa mayor competencia, al demostrarse en el proceso las comprobadas “técnicas de neutralización” a que aludían Gresham Sykes y David Matza, por ejemplo “robo para la corona”, “roba pero hace”, o el mito empresario de que “solo así se puede competir”.

Pero, además, el razonamiento esbozado más arriba es lógicamente incompleto, pues si se admite que las situaciones cercanas al umbral negativo de asequibilidad normativa gradúan *in minus* a la culpabilidad de acto, ello “a contrario” implica que si, por ejemplo, el irascible o violento ataca a otro, no podrá exhibir ello como atenuante pues ese “motivo” no es excusable —*entschuldbar* o disculpable—, sino que a él se le imputa, lo que deja “completa”, en ese aspecto, su reprochabilidad, es decir, la no disminución es una forma de graduación de la gravedad de la culpabilidad.

Es obvio que los celos, la envidia, la soberbia o la mentira, por ejemplo, son motivos éticamente repudiables que no significan por sí elementos que puedan agravar la culpabilidad del acto, a diferencia del odio religioso, que sí lo cualifica. Así como los primeros tampoco podrían ser esgrimidos por el autor para atenuar o eximir el reproche, lo mismo acaece con la intensidad del error de prohibición y la desidia o desinterés en salir de él.

Con mayor razón cuenta la graduación de la culpabilidad donde no pueden escindirse los motivos, en los supuestos de “conflictos de conciencia” que no alcancen a la exculpación, o más aún en los “casos trágicos” que se discuten en esta sede y que Tatiana Hörnle ha sintetizado en el escalofriante título *Matar para salvar muchas vidas*.

Por el contrario, cuando se alude a que la “biografía del autor (...) es una pieza más de una carrera criminal...”, y que pesarán los anteriores delitos, como “expresión tenaz” de no reconocimiento pese a la imposición anterior, —según Pawlik y su cita a Frisch en el homenaje a Müller-Dietz—, se le carga al autor algo de su vida anterior que, por definición, ya saldó con el ordenamiento jurídico. No es que no haya necesidad de reconfirmación de la norma, es otra cuestión: el valor oclusivo del cumplimiento de la sanción principio del hecho hace que ese “asunto” sea privado de valoración agravante.

Aquí estamos ante la culpabilidad de autor o ante la lisa y llana peligrosidad, tal como enfatiza Bacigalupo comentando la jurisprudencia constitucional española y alemana, o, entre nosotros, Zaffaroni o Ziffer. Por nuestra parte, hemos contribuido a la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 en cuanto veda objetivamente la libertad condicional al reincidente, es decir, una agravante fija. Obvio que esta agravación no podría justificarse pretendiendo tratarla en el injusto, como mayor afectación a la norma ya debilitada, o como antiguamente pretendió Armin Kaufmann —en su *Lebendiges...*—, que se contrariaba una “doble norma”: ello no es más que tratar de vadear al principio de culpabilidad aludido.

5.2. El marco legal fijado por el legislador en ejercicio de su competencia constitucional

En lo segundo y brevemente: los marcos penales se hallan solo relativamente determinados por el principio de culpabilidad por el hecho, y en mayor medida por razones preventivo-generales. Incluso las valoraciones de las sociedades de la postmodernidad ante la conflictividad han decantado en legislación de mayor punitividad, tal como vimos al inicio y hemos tratado en otras reuniones de AAPDP.

Ahora bien, deducir de ello que dichos marcos, —aunque sea en su límite inferior— son meramente indicativos y, por ende, disponibles al arbitrio del intérprete, es criticable por varias razones constitucionales y estratégicas.

La primera es lo atinente a la división de poderes. En la sociedad democrática, el ámbito legislativo es el competente primario para la evolución del “mundo de la vida”, y el que, mediante reglas generales, debe afrontar la irreductible diversidad o pluralidad de puntos de vista referentes a lo moral, en donde aspectos sustanciales puedan ser decididos por criterios legítimos de mayorías, aun cuando difieran con la moral crítica de algún ciudadano o sector social.

Como contracara institucional, la legitimidad del control de constitucionalidad frente al principio democrático que da fuente al legislador penal, pese a no derivar de las mayorías eleccionarias, no se cimenta en un supuesto acceso privilegiado a la razón en los jueces al uso del idealismo platonista, ni que de un modo paternalista la judicatura haga valer sus juicios de valor moral frente a la “irracionalidad” legislativa, más allá de su frecuencia. Ni siquiera es necesario aquí acudir a la figura idealizante monológica como la del solitario y apoteótico “juez Hércules”, de Dworkin, poco compatible con la sociedad plural y anonimizada del “desencanto” weberiano. Como dice Habermas “...el Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste...”.

La fulminación de una norma en el caso concreto solo puede decidirse ante lo que aparece como contradictorio con el referido principio del discurso. Esto es, que sujetos racionales, en el marco de una comunicación leal, dirigida al acuerdo, sin coerciones, en igualdad, y con pretensiones de universalidad, **no podrían hacer valer estos contenidos o su procedimiento formal como compatible con el mejor argumento, sino simplemente como acto de poder.**

Que a cada juez penal del país se le ocurra, aún por sobre la pretensión partiva del acusatorio, que puede rebajar los límites de los tipos penales por razones de innecesaridad preventiva o de culpabilidad, generaría una inseguridad contradictoria precisamente en el ámbito de la determinación punitiva, donde más se ha criticado el decisionismo. Si, por ejemplo, el legislador ha consagrado una atenuación del reproche en situaciones de anomalía emocional que no son atribuibles puramente al autor —de allí lo excusable—, para algunos bienes jurídicos y no en relación con otros, no puede extenderlo discrecionalmente el intérprete, de modo que, llevándolo *ad absurdum*, pudiese un pedófilo pretender que actuó en “emoción violenta excusable” por provocación del niño.

Ciertamente que ello no implica aceptar cualquier desaguado del legislador penal, sobre todo cuando torna en constituyente, pero allí está la riqueza de la interpretación dogmática restrictiva con fundamento principialista o deontológico, en lo que tradicionalmente se ha denominado interpretación “conforme a la constitución” (*verfassungskonforme Auslegung*); es decir, claramente adecuada a las normas de la pirámide kelseniana, —desde la fundamental—, y la “interpretación orientada a la Consti-

tución" (*verfassungsorientierte Auslegung*), que es aquella sistemática orientada a los derechos fundamentales, en la que haya toda su riqueza la distinción referida *supra*, y el llamado "desarrollo continuador del derecho", por ejemplo la adecuación interpretativa de nuestra Corte Suprema en el aborto eugenésico y sentimental.

Finalmente, si nos hallamos con algo semejante a la famosa fórmula de Radbruch, es decir, a la inconciliabilidad, procederá la fulminación de dicho piso normativo por inconstitucional. Así lo hemos propiciado en casos de abigeato agravado (art. 167 quater CP); en el art. 80 en relación al art. 52 CP; o en los casos de libertad condicional o petición de salidas en el régimen progresivo de la pena para los casos de perpetua o de tipos excluidos (arts. 13 y 14 CP, según ley 25.892).

6. Conclusiones

La teoría de la determinación de la pena para alcanzar el plausible objetivo de mayor racionalidad, control y previsibilidad debe conjugar los aportes de la discusión sobre las teorías de la pena —frecuentemente colmadas de solapamientos, paradojas y disputas verbales—, a través de la dogmática del hecho punible, de modo tal que el *quantum* de la sanción sea la consecuencia coherente de aquella, en la clase, cuantía y modalidad de cumplimiento.

Los principios político criminales de merecimiento y necesidad de pena no deben jugar como "puntos de vista externo" desconectados del sistema del injusto culpable y punible, sino que deben ser su expresión concretizada.

El "principio del hecho" y de "culpabilidad de acto" deben fijar, en retrospectiva, la argumentación sobre la individualización de la pena, a lo que se debe adosar todo lo atinente a lo que se ha denominado "compensación constructiva o destructiva de la culpabilidad material por actos o circunstancias posteriores al hecho". Tal circunstancia no supone la entrada de concepciones de culpabilidad de autor o "por la conducción de la vida", sino de *actus contrarius* o circunstancias que demuestren la ratificación de la validez de la Norma legítima infringida. El concepto de peligrosidad debe ser eliminado por afectar a los principios del hecho y de culpabilidad ya aludidos.

Los límites inferiores de los tipos penales no pueden ser considerados meramente indicativos y disponibles a discreción del intérprete, salvo grosera inconciliabilidad con los derechos fundamentales.

Podemos redefinir —corregida— la vieja tesis de la *Spielraumtheorie* como la legitimación de la determinación procedimental de la pena en la magnitud racional de injusto culpable y punible, que traduce la tensión deontológica y consecuencialista de un derecho penal republicano.

Y, para culminar, dado que también estos encuentros deben permitir una deconstrucción grupal que no nos haga olvidar que el humor —aún sobre nuestras prácticas—, es parte de ese sentimiento oceánico que Freud recuerda en “El malestar en la cultura”, y que en la reflexión sobre este tema no es baladí, vale una anécdota de Hassemer, no vernácula pero que bien podría serlo: dos magistrados hablan en un bar de sus casos, uno de los cuales le atañe personalmente a A. “Me ocurre algo horrible, una mujer me ha demandado porque, al parecer, mi perro ha mordido a su hijo”, dice A. B responde: “Bueno, al menos tendrás un seguro, ¿no?” A: “¡Por supuesto que no!” B: “¿Por qué ‘por supuesto’?” A: “¡Porque yo no tengo ningún perro!” B: “¡Entonces todo saldrá a pedir de boca!” A: “¡Ah! ¡Como si yo no supiera cómo funcionan los tribunales!”



CONFERENCIA

Problemas constitucionales en torno a las escalas penales, la individualización de la pena y su ejecución

ALEJANDRO W. SLOKAR⁽¹⁾



1.

Mi disertación va a abordar la problemática de la ejecución de la pena privativa de la libertad, de acuerdo con un plan expositivo que tendrá por base su reconstrucción conceptual y genealógica, el necesario anclaje en el sistema de fuentes jerarquizado de la legalidad constitucional e internacional, seguirá con una somera descripción del *status questionis* a través de las principales contribuciones en el proceso evolutivo de la doctrina, para analizar aquellas implicancias centrales en la dosimetría punitiva, fijando —en definitiva— posición conforme a un modelo explicativo propio.

Mi opción en favor de esta intervención se funda en el reconocimiento que la dogmática jurídico-penal concentró su atención en la construcción

(1) Juez de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal. Profesor titular de la Facultad de Derecho (UBA) y de la Facultad de Derecho (UNLP).

de las categorías conceptuales integrantes del sistema de filtros de la punición arbitraria que componen la teoría del delito con un alto grado de complejidad y abstracción, pero prácticamente ignoró el segmento correspondiente a sus consecuencias jurídicas. Este esfuerzo teórico —directamente proporcional a la crisis de legitimación de la pena—, viene acompañado de un olvido injusto, que puede bien obedecer a la complejidad del tema o a un refugio cómodo en el idealismo.

Efectivamente, en verdad existe una fractura teórica que desconoce el encuentro entre una teoría del delito y la de sus consecuencias, y aunque ambas producciones emergen de una misma matriz y en un momento histórico particular, no se asume la unidad ideológica y lógicas de los dos momentos, lo que durante muchos años caracterizó a la doctrina latinoamericana, embarcada en una teoría del delito neokantiana y en una teoría de la pena peligrosista.

Más aún: autorizadas voces explican hoy el valor relativo de la conceptualización de la pena señalando que cualquier sistemática es posible con prescindencia de la posición que soporte una fundamentación del castigo estatal. Más allá de las inconsistencias en las que deriva, el planteo revela la vigencia de la tradición de glosadores y prácticos, que algunos siglos más tarde —tras la reacción ilustrada— Carrara bautizó como “ciencia asquerosa”, quienes desarrollaron el método —el *iter* o el cómo—, sin indagar el fin o el para qué. En definitiva, parece claro que desde siempre existieron en nuestro saber dos modelos rivales: un derecho penal “bartolista” versus un derecho penal ilustrado.

Esta hipertrofia discursiva del injusto culpable choca contra cierto raquitismo teórico en el ámbito ejecutivo penal, sobre todo en el encierro institucionalizado en prisión, en donde sucumbe cualquier ficción idealista —propias autosuficiencias charlatanas de neovanguardias, como la portación de un rol o la pretensión de la pena como una respuesta contrafáctica simbólica—, y en donde el derecho penal liberal o de garantías termina enfrentándose con el último refugio de la *gesinnung*. La ejecución de la pena es la región más oscura, pero a la vez más transparente, del poder punitivo. Allí, la tensión entre el estado de policía y estado de derecho —que encapsula todo estado real—, evidencia la puja entre el poder político versus el poder jurídico.

Desde luego que el derecho de ejecución penal y el derecho penitenciario hacen a la extensión del derecho penal y sus garantías, en donde la sentencia penal ejecutable que pone fin al proceso constituye el punto

de partida de un nuevo segmento. Esta lógica prolongación del derecho penal material y adjetivo en el ámbito de las consecuencias jurídicas es la llamada “teoría de las tres columnas de la justicia” de la doctrina alemana, la que, muchas veces en tensión, guarda una relación atormentada al decir de Hassemer, que se revela fundamentalmente en la llamada antinomia de los fines de la pena.

Pero así como el bizantinismo de la sofisticación del rizo dogmático —con su capacidad de partir un pelo por la mitad— poco contribuye al desarrollo del ámbito, la crítica política, a través de una poética panfletaria, tampoco es proveedora de seguridad jurídica. De poco sirven los lugares comunes en la evocación de Miguel Hernández, que no exageraba cuando denunciaba a las prisiones franquistas como fábricas de dolor y llanto.

2.

En razón de ello, creo, en primer término, obligada una reconceptualización de la pena detentiva, sea en la variante de anticipación de la prisión preventiva —que, desde luego, afecta la presunción de inocencia y el derecho de defensa—, o en la situación tipo de la directamente ejecutada. Si el interés por definir los elementos del delito reconoce un fin práctico —limitar la arbitrariedad del poder— lo mismo cabe predicar para la pena privativa de la libertad. Para ello, una opción constructiva básica es trasladar a Welzel y la naturaleza de las cosas al plano de las consecuencias jurídicas del delito, o sea, una empresa general conforme a ontología.

En ese terreno no voy a ser portavoz de lo obvio. La pena de encierro no se edifica exclusivamente sobre el dato normativo que informa la relativa restricción a la libertad de circulación, ya que comprende una amplísima —y la mayor de las veces ilegítima— limitación de derechos. Y esto constituye un elemento clave a proyectar sobre la tasación punitiva.

Porque la pena privativa de la libertad es una pena corporal, en cuanto el tiempo no limita su transcurrir a una mera percepción intelectual, sino que se encarna en el cuerpo del condenado. Las llamadas por Ferrajoli aflicciones accesorias, en oposición a su modelo normativo y teórico, solo difieren de las antiguas penas corporales porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. No obstante, aunque se considere que la pena de prisión es una pena corporal y no temporal, no puede omitirse que se enuncia en tiempo y que la persona es esencialmente un ser temporal.

La propia dinámica histórica de la pena privativa de la libertad así lo informa: hasta fines del siglo XVIII, la privación de libertad no era una pena autónoma y ordinaria, porque la pena/retribución como cambio medido sobre el valor no podía encontrar en la privación del tiempo la equivalencia del delito, ya que no existía la idea del trabajo humano medido en tiempo. La idea de privación de un *quantum* de libertad, determinado de modo abstracto, solo puede realizarse en un sistema capitalista. Con este modelo de producción, la deportación desapareció rápidamente —por la independencia de las colonias o por las dificultades que acarreaba—, las penas humillantes no tenían mayor eficacia, y el trabajo forzado tuvo carácter más bien simbólico —especialmente a partir de la tecnificación de los ejércitos y de la aparición de la máquina de vapor—, de modo que la prisión era la única posibilidad punitiva que subsistía.

Lo curioso es que, cuando el poder punitivo se limitaba a las penas físicas, la ejecución de la pena ofrecía pocos problemas. Apenas la obsesión por la igualdad de dolor que llevó a Bentham a proyectar su máquina de azotar y a los franceses revolucionarios a la invención de la guillotina. Es conveniente recordar el parámetro de proporción o de prohibición de exceso reivindicado hasta por el primer Robespierre, a cuyo abandono Pagano atribuyó la decadencia de Roma. Este modelo sinalagmático de matriz iluminista, que demanda simetría entre castigo y delito, aparece claro en el “Discurso...”, de Lardizabal, y en *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria, que emplea la metáfora de la escala o la referencia a la geometría, lo que revela la aspiración a la exactitud, tanto que su posterior obra —sobre el sistema decimal francés en Italia—, versa sobre pesos y medidas.

Pero una vez que comenzaron a dominar las penas institucionales, la situación se modificó, porque la ejecución de la sentencia altera la naturaleza del objeto: la sentencia impone una pena que se pronuncia en tiempo físico o lineal mensurable (asimilable al espacio) y que puede dimensionarse en un único acto, pero se ejecuta en un plano distinto, el del tiempo existencial y vivenciado, que no puede expropiarse sino en una larga sucesión de actos.

3.

Durante todo este tiempo descripto, todos los principios básicos de un derecho penal supuestamente transparente y armónico —que informan las primeras páginas de toda la manualística—, abandonan furtivamente las bases sobre las que se ha construido, a la hora de proyectarse sobre

aquel elemento que constituye precisamente su señal de identidad y a quien le debe su nombre: la pena.

Legalidad, judicialidad, necesidad, proporcionalidad, individualidad, humanidad y otros subprincipios, como el de la mínima trascendencia e impedimento de doble punición, se enfrentan con la prisión, que —como siempre se nos recuerda a través de Foucault— no es hija de las leyes, los códigos, ni la justicia.

No obstante, una empresa que esté orientada teleológicamente a minimizar el ámbito de ejercicio del poder punitivo y preservar el estado constitucional de derecho, debe ser guiada por los postulados constitucionales e internacionales, no solo por el vínculo formal que, en tanto rama del derecho le demanda el principio jerárquico —sea la norma fundamental kelseniana o la regla de reconocimiento hartiana—, sino por la inextricable dinámica histórica de ambos saberes, cuando las cartas de derechos y el penalismo liberal signaron la lucha de los límites contra el poder estatal. Desde esta perspectiva, el derecho penal, también el de su ejecución, es un apéndice del derecho constitucional.

Así, fundamentalmente, el principio de humanidad, en primer término, importa la imposibilidad de supresión de un derecho, como la vida con la pena capital o la libertad en un encierro de por vida, y, en segundo lugar, la exclusión de toda crueldad inusitada. Y puede existir una crueldad en abstracto, cada vez más extraña en el mundo occidental —tormentos o azotes—, pero también crueldad en concreto, como cuando se convierte la prisión en una pena de muerte cierta o probable, o cuando las condiciones de cumplimiento real de la pena ponen en peligro la vida o la integridad corporal —la prisión aumenta el riesgo de muerte violenta entre diez o veinte veces respecto de la vida libre—).

Esta prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes constituye un nuevo *ius commune* que responde a la superlegalidad constitucional e internacional, y que puede dar lugar a la configuración de un injusto *ius humanista*, por la acción u omisión estatal lesiva de derechos humanos. Desde hace muchas décadas la Corte Suprema estadounidense desarrolló antecedentes jurisprudenciales a partir de la enmienda VIII, que constituyen el presupuesto de las normas y sentencias internacionales (estándares del Comité contra la Tortura; TEDH, casos *Tyrer contra Reino Unido*; *Ciorap contra Moldavia*) y sobre las que, no sin dificultades, se procura una conceptualización doctrinaria.

4.

La pena privativa de la libertad encontró legitimidad, convencionalmente, en el interior del saber penal, desde el planteamiento de la prevención especial, fórmula que, invocando una pretendida función de control y reforma psicológica y moral de los individuos, expresa su máxima teorización en el peligrismo positivista italiano con su imagen tipológica del *homo criminalis*, y la pena medicinal como una suerte de fármaco, que tiene sus antecedentes remotos de biologización en el *Malleus maleficarum* y su defensa social ilimitada.

También, como es sabido, v. Liszt constituía los tres fines de la pena en términos preventivo-especiales: la intimidación individual se dirigía al delincuente ocasional; la resocialización al delincuente reiterado corregible; y la inocuización al delincuente en estado incorregible, que recrea Jakobs en su actual derecho penal del enemigo. Lleva razón Muñoz Conde cuando sostiene que la lucha de escuelas entre V. Liszt y Binding era solo nominal, porque ambos sostuvieron la inocuización de los incorregibles: uno a través de las medidas y el otro a través de la pena retributiva, sea la prisión perpetua o la muerte, todo lo que, posteriormente sumado a la culpabilidad por la conducción de vida de Mezger, confluirá en el nacionalsocialismo con la culminación en acto de la ideología antiliberal histórica alemana que derivará en el genocidio nazi.

Pero no puede omitirse que la prevención especial es propia de la vertiente humanista, como lo fue el correccionalismo español, fruto de la influencia senequista y cristiana, reactualizada secularmente por el krausismo a fines del siglo XIX, que expresaron Röder o Giner de Los Ríos. En su seno presentó una diversidad considerable: los correccionalistas constructivos como Concepción Arenal o Dorado Montero, los críticos formales como Salillas, hasta los oficialistas reformadores como Cadalso.

Lo cierto es que, desde después de la Segunda Guerra Mundial se consagró la reeducación en las cartas internacionales y constitucionales, como fundamento primario de las penas, que luego se desarrolló en Europa con la normativa infraconstitucional penitenciaria en la segunda mitad de los años 70 (Italia, Alemania, España), cuando paradójicamente comienza el eclipse del discurso "re" y empieza a proyectarse una finalidad de custodia que retorna a la inocuización. La prisionización masiva se potencia en la década de los 90, cuando el énfasis se pone en la idea de protección de la sociedad por cumplimiento íntegro de las penas o incapacitación

selectiva. El fuerte incremento de la población penitenciaria, con un nivel que supera al de la población mundial en términos relativos, viene acompañado discursivamente de un actuarialismo administrativista que procura neutralizar, ya no comunicativamente sino fácticamente, al delincuente.

También en Escandinavia —otro paradigma del preventivismo especial— se postula embrionariamente una vuelta al retribucionismo (neo-clasicismo) que se propaga en el ámbito anglosajón en la teoría de los justos merecedores de v. Hirsch, que con casi doscientos años de atraso descubre el idealismo alemán de Kant y Hegel (o sea el viejo retribucionismo o talión), aunque considerablemente empobrecido, como dice Mathiesen, porque no parte de todo el armazón filosófico.

Es cierto que el mito de la resocialización —que cumple una función ideológica— no soporta el peso de las críticas conceptuales y empiristas, renovadas en un documentadísimo y contemporáneo manual alemán de Michael Walter. Por lo demás, es incapaz de cumplir su función instrumental, inclusive la inocuidadora si se tiene en cuenta la alta cifra negra. Pero el derecho penal de la resocialización, y no porque sea verdadero, constituye la única opción a la política demagógica de “guantanamoización” norteamericana o de exterminio en nuestro contexto.

Ello exige una hermenéutica progresiva del principio de resocialización, vigente por mandato constitucional, para lo que resulta necesario alterar el contenido del discurso del tratamiento, reinterpretándolo como una exigencia de trato que significa, en primer lugar y por sobre todo, garantizar la supervivencia y seguridad del recluso, tanto como su integridad física y psíquica y, en segundo lugar, el ofrecimiento de un tratamiento de la vulnerabilidad, para que tenga la posibilidad de egresar sin responder al estereotipo criminal y con una autopercepción que le permita asumir roles diferentes de los que se le reclamaban. En suma, no ofrecerse a la selección criminalizante, que desde el *labelling* se informa ya hace más de medio siglo.

5.

Desde la perspectiva señalada, un derecho penal mínimo en el orden ejecutivo, demanda la mínima intervención sobre los derechos del preso, y, fundamentalmente, el reconocimiento de su *status libe tatis*. Habitualmente las normas establecen que el preso podrá ejercer todos los derechos no afectados por la sentencia de condena o la ley. Desde luego que se trata de derechos generales o derivados de la Constitución, y también

derechos penitenciarios o de configuración legal), bien vinculados al régimen o al tratamiento.

El instrumento o título ejecutivo es la sentencia. Freudenthal, en 1909, toma posesión del cargo de rector en la Universidad de Frankfurt, y en 1911, en su contribución en el homenaje a v. Liszt, dice que la sentencia es la carta magna del preso, y todo lo que esté más allá de ella no puede formar parte de ninguna restricción.

Desde el plano legal, es fácil advertir que, en cualquier conformación reglamentaria de derechos en el ámbito penitenciario, se desdibuja —cuando no se invierte— el principio de reserva o clausura constitucional del art. 19 CN: en la cárcel todo lo que no está permitido está prohibido.

Creo que no es posible apreciar el valor de los derechos fundamentales si se desconoce la amplitud de la facultad de limitarlos. Las restricciones extrínsecas —suspensión o límites— habitualmente responden, en la cárcel, a criterios paternalistas o utilitarios. Desde luego que los límites para el ejercicio de derechos deben seguir determinadas pautas constitucionales conforme lo desarrollan autores como Alexy o Gomes Canotilho, a saber: a) habilitación constitucional; b) reserva de ley; c) respeto del contenido esencial; d) generalidad o abstracción; e) irretroactividad; f) causalización; g) adecuación; h) necesidad; i) proporcionalidad; j) compatibilidad con el orden democrático; k) reserva jurisdiccional.

Desde algunos planteamientos del derecho de ejecución se opone, al ejercicio de derechos, la conceptualización de la relación de sujeción especial, originada en la órbita administrativa alemana, durante la época de la monarquía constitucional en la segunda mitad del siglo XIX. Su mayor teórico fue Otto Mayer, y lo hizo acompañado de Jellinek y Laband.

Por afectar el principio de legalidad, restringir derechos fundamentales y desproteger judicialmente, el Tribunal Constitucional federal, en 1972, firmó su defunción, porque no se ajustaba a las exigencias constitucionales. La doctrina de la relación de sujeción especial es rechazada jurisprudencialmente en España por el Tribunal Constitucional en sentencias de 1996 y 1998. Aún con el beneplácito de la retardataria jurisprudencia casatoria, nuestra CSJN la descalificó expresamente en 2005. Doctrinariamente, es considerada la espina dorsal dentro del régimen de ejecución de pena privativa de la libertad, y es rechazada por Mapelli, Diez Ripolles y Tamarit, e incluso criticada por Mario Conde, otrora célebre banquero español encarcelado por crímenes económicos, en su libro *Derecho penitenciario vivido*.

Desde luego, la doctrina de la relación de sujeción especial consagra un criterio de preferencia a favor de los intereses de la administración —orden /seguridad— por sobre el ejercicio de otros derechos, lo que excluye todo juicio de ponderación o *balancing*. Así, se establece un criterio delimitador diferenciado, que legitima un orden excluyente. En ese sentido, desde el plano jurídico, la doctrina de la relación de sujeción especial consagra la función segregadora de la cárcel, de manera que entre ella y la prevención especial negativa se establece una relación recíproca y dialéctica.

6.

Ahora bien; la privación de otros derechos no contenidos en la sentencia ni en la ley —como el derecho a la vida o a la salud—, por condiciones materiales del encierro, produce un cambio cualitativo de la pena, por lo que una pena lícita en origen puede devenir ilícita en ejercicio. Todo ello tiene especial implicancia en la mensuración punitiva, con consecuencias para la coronación de todo un sistema que tiene lugar en el denominado, a partir de Bruns o de Dolcini, derecho de cuantificación penal.

Una de las dificultades más importantes que aquí se plantea es la decisión acerca de cómo deben influir los llamados fines de la pena en la privación de la libertad y en la determinación del modo de ejecución. En ese sentido, con frecuencia se referencia a la individualización de la pena desde una visión bucólica que se remonta a Salleilles, que la presenta como una tarea llevada a cabo por etapas: legal, judicial y administrativa. Más allá de las tensiones entre agencias, la individualización —si quiere afirmarse en estándares constitucionales— no concluye con la sentencia —pronunciamiento punitivo—, sino con la ejecución de la pena, esto es, con el agotamiento mismo del ejercicio punitivo. Luego, el *locus* es el judicial.

Suele decirse que el legislador fija el marco abstracto, que Figueiredo Días da en llamar moldura penal, que el juez concretiza partiendo de la culpabilidad como medida de pena. Todas las teorías que reconocen fines preventivos a la pena encaran la fórmula del § 46 CP alemán —la culpabilidad del autor es fundamento para la cuantificación de la pena— tratando de combinar de alguna manera estos fines con la culpabilidad.

Por cierto, esto se compadece con el planteamiento teórico de la categoría: desde una suerte de retribucionismo funcional, Jakobs ve en la culpabilidad un derivado de la prevención general; y Roxin pretende vincular culpabilidad y prevención —en sus aspectos preventivos generales y es-

peciales—, como elementos contrapuestos que se delimitan mutuamente. En suma, visiones de un funcionalismo sistémico o estratégico y un funcionalismo estructural o teleológico.

Pero la falta de acuerdo sobre la trilogía culpabilidad, prevención general y especial en la determinación, ha merecido la calificación de triángulo mágico por Zipf. Las diferentes formas de compatibilizar los componentes de este mentado triángulo suelen resumirse mencionando tres teorías: la de la pena exacta, según la cual los criterios preventivos juegan sobre la indicación básica de la culpabilidad; la teoría del valor de reemplazo, en la que la culpabilidad proporciona la medida de la pena y los criterios preventivos juegan para la aplicación de los sustitutivos penales; y la teoría del ámbito o espacio del juego, o de libertad, para la cual la culpabilidad proporciona el límite máximo de la pena, dentro del que juega la prevención especial y general. Pocas dudas caben acerca de que esta multiplicidad de versiones teóricas son expresión de la crisis de las teorías preventivistas, que alcanza su más clara manifestación en la cúpula de la construcción teórica que sintetiza la cuantificación. La pena no puede proyectar luces, sino sombras.

7.

Ya en términos de concreción y propositivos, en la incidencia sobre la cuantificación de la pena, la culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico. Si el estatus de criminal no se aplica por igual a todos los sujetos —*labelling approach*— la selectividad del sistema penal pasa a conformar el esquema de la vulnerabilidad (o riesgo de selección), lo que permite deducir la posición o estado de vulnerabilidad, y solo computar el esfuerzo personal por la vulnerabilidad, que nunca podrá ser superior a la culpabilidad por el acto. Desde luego que también cabe postular consecuencias reformistas en el orden procesal, reclamando el *schuldinterlokt* de la doctrina alemana, cesura que distingue entre el veredicto de culpabilidad y el pronunciamiento de la pena.

Pero todo ello no se agota en la culpabilidad, aun desde el modelo reductor zaffaroniano. La ejecución de la pena privativa de la libertad, desde una determinación constitucional, exige los cinco minutos de filosofía que reclamaba Radbruch, toda vez que el derecho penal es filosofía, al decir de Betiol.

Como decíamos, se conoce que —por lo menos— hay dos ideas bien diferentes del tiempo: una es el tiempo lineal, el del calendario y del reloj; y

otra el tiempo existencial, el de cada uno y sus particulares circunstancias y necesidades. La condena se expresa en tiempo formal y mensurable en abstracto, que es diferente al tiempo existencial vivenciado por el preso.

Así ganan posición Aristóteles y Heráclito: es imposible evitar que la privación de libertad se calcule en tiempo lineal y se cumpla en tiempo existencial. La ejecución de la sentencia penal altera totalmente su materia, porque esta fija una pena en tiempo lineal que se cumple en el tiempo existencial del penado que, además, es dinámico, pues se va modificando al compás de las circunstancias. No es posible que la sentencia prevea el grado de sufrimiento de cada uno de esos momentos.

De ello se deriva un programa sistemático de separación de la pena entre aquella impuesta y la efectivamente cumplida, por cuanto la cuantificación primaria sufre los desfases que generan las innumerables contingencias que rodean la ejecución de una pena restrictiva de libertad, que no son más que incertidumbres al momento del dictado del fallo, ello con el propósito de evitar alteraciones a la proporcionalidad o impedir una doble punición, por consiguiente incompatible con los límites constitucionales de su ejecución.

De este modo, y como aproximación conclusiva, en la compañía de Zaffaroni, planteé una empresa general conforme a ontología, fundada en un imperativo ético: los encierros se transforman en nuevos holocaustos de la modernidad tardía. Así, se formuló una refundación conceptual de la privación de libertad —pena corporal, tiempo existencial—, destacándose la imposibilidad de configurar la ejecución de la pena privativa de la libertad conforme a la dignidad de la persona, que es el fundamento de sus derechos, sumando en el álgebra del castigo las funciones integrativas de la culpabilidad por la vulnerabilidad y las compensatorias de la ejecución.

En fin, y por fin, no es todo esto una revelación copernicana, sino una evitación de la decadencia, fundada en el legado de los momentos de más alto contenido pensante del derecho penal, cuyo deber no puede ser otro que garantizar los espacios de libertad y de igualdad en una sociedad democrática.



PONENCIA

La custodia de seguridad

El Anteproyecto de Reforma de Código Penal español y su adecuación a lo establecido por el TEDH

MARTA FERNÁNDEZ



Resumen. El presente trabajo versa sobre la incorporación de la custodia de seguridad al ordenamiento jurídico español, propuesta por el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma de Código penal. La figura, copiada literalmente del ordenamiento alemán, supone la introducción, por primera vez en el ordenamiento español, de una medida de internamiento dirigida a sujetos imputables considerados peligrosos tras el cumplimiento de la pena de prisión. Más allá de la discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad de legislar medidas de seguridad postdelictuales para imputables, en las siguientes líneas me limitaré a analizar si la medida propuesta por el gobierno español se ajusta a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del TEDH para las condenas indeterminadas británicas y la custodia de seguridad alemana.

Palabras clave: custodia de seguridad, condenas indeterminadas para la protección de la sociedad, *ipp sentences*, internamientos de seguridad, inocuización, internamientos postcondena, populismo punitivo, peligrosidad penal.

1. Introducción

Cuando un sujeto comete un hecho delictivo y es condenado a una pena de prisión, una vez cumplida esta, se ha de entender que ha pagado su deuda con la sociedad y ha de quedar liberado de toda responsabilidad por el hecho cometido. Sin embargo, el problema surge cuando, tras la pena de prisión cumplida, la persona sigue siendo considerada peligrosa para la sociedad en la que ha de volver a integrarse.

Garantizar la seguridad de los ciudadanos que han de recibir al individuo que comete reiteradamente hechos delictivos graves, incidiendo lo menos posible en sus derechos fundamentales, es uno de los retos a los que se enfrenta y se ha enfrentado siempre la política criminal de los Estados democráticos. Aunque la cuestión no es nueva, el debate ha adquirido una nueva dimensión dados los continuos reclamos de seguridad ciudadana por parte de la sociedad, sobre todo a través de los medios de comunicación. Como consecuencia de dichas demandas, los Estados de nuestro entorno han llevado a cabo intervenciones penales que ponen en entredicho, claramente, las garantías y libertades propias de un Estado de derecho.

La tendencia político criminal actual, inserta en el paradigma de la seguridad ciudadana, hace que, en la búsqueda de soluciones a la peligrosidad de sujetos que han cumplido condena, se opte por llevar a cabo medidas dirigidas a intensificar el control penal y la inoquización, al margen de la búsqueda del origen de la desviación y de la mejora en el tratamiento a ellos ofrecido.

Muestra de esta intensificación penal es la variedad de mecanismos incorporados en el derecho comparado para hacer frente a dicha peligrosidad: alargar cada vez más las penas de prisión, endurecer la reincidencia, condenas indeterminadas, medidas de seguridad postdelictuales para sujetos imputables... De entre todos ellos, los más polémicos, por lo restrictivo de derechos fundamentales que resultan, son las *IPP sentences* británicas (*indeterminate sentence of imprisonment for public protection*), y la custodia de seguridad prevista en el ordenamiento jurídico alemán.

Las *IPP sentences* son condenas indeterminadas en las que el sujeto, una vez cumplido un periodo mínimo de estancia en prisión (*tariff*), no se pone automáticamente en libertad, sino que se abre un periodo de seguridad (*preventive period*) en el que el sujeto continuará cumpliendo

condena de manera indefinida hasta que demuestre que ha dejado de ser peligroso para la sociedad a la que ha de reintegrarse. El organismo que ha de revisar la peligrosidad del sujeto de manera periódica es la *Parole Board*. Este sistema da lugar a que muchos sujetos permanezcan más tiempo de cumplimiento preventivo o de seguridad que de condena propiamente dicha.

La versión continental de las condenas indeterminadas es la custodia de seguridad alemana (*Sicherungsverwahrung*). Esta se configura como una medida de seguridad privativa de libertad para sujetos imputables que se cumple acumulativamente a la pena. Se prevé en el art. 66 CP alemán, y tiene carácter obligatorio en casos de delincuencia grave o reiterada, o carácter potestativo en el caso de que no existan condenas anteriores y el infractor presente a una tendencia a la comisión de delitos graves. Sus orígenes se remontan a 1933, pero dejó de ser prácticamente aplicada tras la Segunda Guerra Mundial y la caída del III Reich. Sin embargo, el legislador volvió a retomarla en 1998 tras demandas de seguridad ciudadana que se produjeron como consecuencia de la aparición en prensa de varios delitos sexuales contra menores, extremadamente violentos, cometidos por delincuentes reincidentes.⁽¹⁾ Desde ese momento, se introdujeron diversas reformas encaminadas a relajar los requisitos inicialmente establecidos, hasta el punto de llegar a una regulación de la misma sin límite temporal, imponerla sin que la sentencia lo contemplara y con carácter retroactivo.

Ambas medidas, las *IPP sentences* y la custodia de seguridad, son la modalidad anglosajona y continental de una misma opción político criminal: el derecho penal de la peligrosidad, “que se caracteriza, tanto en su versión predelictiva como postdelictiva, por ser un derecho de estricta seguridad frente al futuro (puramente preventivo) y no de respuesta frente al pasado”.⁽²⁾ Para satisfacer los altos niveles de seguridad que la sociedad demanda, y poder actuar sobre el delincuente una vez que ha cumplido condena, el derecho penal tradicional —blindado con una

(1) Sobre la evolución de la custodia de seguridad en Alemania y el papel que jugaron los medios de comunicación en su reaparición, CANO PAÑOS, M. A., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho Penal alemán”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año XI, n° 20/21, 2006.

(2) SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno a la inocuización”, en Arroyo Zapatero, L. A., y Berdugo Gómez de la Torre, I. (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. 1, Universidad Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001, pp. 699/710.

serie de garantías como los principios de culpabilidad, de proporcionalidad o de legalidad—, se presenta ineficaz, con lo que el legislador ha optado por una huida hacia el derecho de las medidas de seguridad.⁽³⁾

España, por su parte, había abordado la cuestión de la peligrosidad de sujetos reincidentes, hasta 2010, alargando cada vez más las penas privativas de libertad, agravando la reincidencia, y endureciendo el régimen de sustitución y suspensión de la pena,⁽⁴⁾ evitando acudir a medidas de seguridad para sujetos imputables. Sin embargo, eso cambió con la entrada en vigor de la LO 5/2010. Es entonces cuando el legislador español rompió con el sistema vicarial, que había sido tradicional hasta ese momento, y permitió la yuxtaposición de pena y medida de seguridad a sujetos imputables, a través de la introducción de la medida de libertad vigilada aplicable tras el cumplimiento de la pena de prisión.

A pesar de las críticas que suscitó por parte de la doctrina, la introducción de esa medida fue bastante limitada, dada la escasa virtualidad práctica que en un primer momento parecía que iba a tener en nuestro ordenamiento.⁽⁵⁾ Sin embargo, esta pequeña escisión en el tradicional sistema monista supuso dejar la puerta abierta para ahondar en la posibilidad de hacer frente a la peligrosidad de sujetos reincidentes a través de medidas de seguridad para sujetos imputables.

No han pasado todavía dos años desde la entrada en vigor de la última reforma del Código Penal español, que se produjo a través de la LO 5/2010 del 22 de junio y modificó numerosos artículos e introdujo la medida de libertad vigilada y la responsabilidad de las personas jurídicas, cuando el gobierno vuelve a la carga con un Anteproyecto de Reforma cuantitativa y cualitativamente mayor que el anterior.⁽⁶⁾ El mencionado Anteproyecto, publicado por el gobierno el 16/07/2012, prevé dos mecanismos para luchar contra los sujetos peligrosos una vez finalizada el cumplimiento de la condena. Por un lado, amplía la libertad vigilada introducida por la LO 5/2010.

(3) No solo el legislador ha optado por esta opción. Sobre el apoyo que ha recibido esta opción político criminal en la doctrina, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005.

(4) ROBLES PLANAS, R., "Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", [en línea] http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf

(5) Solo afectaba a delitos de terrorismo y delincuencia sexual, y el juez podía imponerla potestativamente.

(6) Así lo pone de manifestó SÁEZ RODRÍGUEZ, C., "Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español", [en línea] <http://www.indret.com/pdf/962.pdf>

Asimismo, incorpora como medida estrella la custodia de seguridad extraída literalmente del ordenamiento jurídico alemán. La introducción, de forma preliminar, de esta medida extrema y extraña al derecho español pone de manifiesto que estamos ante un cambio de paradigma, pasando de un derecho penal del hecho a un derecho penal de la peligrosidad.⁽⁷⁾

En las siguientes líneas voy exponer los motivos y la configuración que el gobierno ha otorgado de forma preliminar a esta figura, y cómo encajaría su posible regulación con los recientes pronunciamientos sobre la custodia de seguridad del TEDH.

2. Regulación de la custodia de seguridad según la “Exposición de motivos” del Anteproyecto de Reforma Código Penal español

Uno de los argumentos a los que alude el Gobierno español para la inclusión de la custodia de seguridad es que se trata de una medida regulada en otros países de nuestro entorno (Alemania, Austria, Suiza, Italia, Francia, Dinamarca, Liechtenstein, San Marino, Eslovaquia o Reino Unido). En consecuencia, podemos afirmar que la política criminal española ya no solo se guía por los estándares marcados por la Unión Europea y los convenios internacionales de los que es firmante, sino también por la política criminal de los países de su entorno, tomando la experiencia extranjera como una garantía de éxito o un ejemplo de racionalidad legislativa.⁽⁸⁾

Asimismo, fundamenta la exigencia de responsabilidad tras el cumplimiento de la condena en el hecho de que la custodia de seguridad se basa en que la pena tiene como fundamento la culpabilidad por el hecho, mientras que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del autor. Por esta razón, todos los delitos tienen o deberían tener como consecuencia una pena ajustada a la culpabilidad por el hecho, mientras que las medidas de seguridad solamente son necesarias cuando exista una peligrosidad relevante. Esta diferenciación entre pena y medida de seguridad permite, según el legislador, que ambas puedan ser impuestas conjuntamente, sin que se produzca una infracción del principio *non bis in idem*.

(7) Así también BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, en *Revista General de Derecho Penal*, 18, 2012.

(8) En igual sentido GARCÍA RIVAS, N., “Libertad vigilada y Derecho penal de la peligrosidad”, *Revista General de Derecho Penal*, 16, 2011.

La modalidad de aplicación por la que se podrá imponer la medida de custodia de seguridad, según la “Exposición de motivos”, es a través de dos vías:

- a. En primer lugar, se podrá imponer a los sujetos que cometan algún delito de especial gravedad —delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad o indemnidad sexual, delitos de tráfico de drogas (!), delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, delitos contra la comunidad internacional, de riesgo catastrófico o de terrorismo—, y que hayan sido condenados previamente, por la comisión de alguno de estos delitos, a una pena de más de tres años de prisión.
- b. En segundo lugar, se podrá aplicar la custodia de seguridad a aquellos que sean condenados por primera vez a varios delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad o indemnidad sexual, delitos contra la comunidad internacional, o de terrorismo, y se les impusiera una pena total superior a cinco años de prisión.

En ambos casos, se tendrá que confirmar la peligrosidad del autor, entendiendo por peligrosidad la posibilidad de comisión de estos delitos en el futuro. Sin embargo, la “Exposición de motivos” nada establece sobre cómo y quién llevará a cabo ese pronóstico de peligrosidad.

Haciendo un análisis superficial de ambas modalidades, podemos apreciar que, lo que en un primer momento se afirma en la “Exposición de motivos”, sobre que “solo puede ser impuesta por el juez a supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes y peligrosos”, no es del todo cierto. Como se deduce de lo anteriormente expuesto, y a modo de ejemplo, la custodia de seguridad se podrá imponer a un sujeto que haya sido condenado dos veces por tráfico de drogas a una pena de más de tres años,⁽⁹⁾ y dadas sus condiciones se prevea un pronóstico de comisión de algún delito considerado grave en el futuro. Es decir, lejos de lo que en principio parece afirmar la propia exposición de motivos, la custodia de seguridad no solo va a ser aplicada a asesinos en serie y depredadores sexuales sino que abarca casos de delincuencia menos grave, como robos callejeros, violencia intrafamiliar, o tráfico de drogas sin agravantes.⁽¹⁰⁾

La división de estos dos grupos de sujetos, cuya característica común es su capacidad de generar inseguridad ciudadana más allá de cualquier otra

(9) La pena mínima del tipo básico de tráfico de drogas es de tres años para sustancias que causan grave daño a la salud (art. 368 CP español), así que lo más habitual es que la pena supere este límite.

(10) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Detengan la custodia de seguridad”, [en línea] www.eldiario.es. 19/04/2013.

característica criminológica,⁽¹¹⁾ resulta criticable por el hecho de que abarque tipos delictivos que no son graves. La inclusión de delitos como el tráfico de drogas sin agravantes hace que la medida difícilmente sobreviva el juicio de proporcionalidad al que ha de ser sometida toda medida penal. Como han puesto de manifiesto algunos autores, una medida tan extrema debería agotarse en tipos delictivos contra las personas.⁽¹²⁾

Según la "Exposición de motivos" del Anteproyecto, la custodia de seguridad tendrá una duración máxima de diez años, si bien deberá seralzada tan pronto desaparezca la causa que hizo necesaria su imposición: la peligrosidad. Este límite temporal, extraído de la regulación alemana original —antes de que se reformara hasta quedar como una medida indefinida—, fue muy criticado en la doctrina germana porque se lo consideró demasiado amplio. A pesar de ello, el TEDH no lo ha declarado contrario al art. 7º.1 CEDH,⁽¹³⁾ que dispone que los tipos penales deben estar legalmente circunscritos de un modo suficiente, y que los marcos penales deben ser claramente cognoscibles.

Este límite temporal tan amplio da lugar a que, por un hecho delictivo cometido, el sujeto pueda estar recluso más tiempo como consecuencia de la imposición de una medida de seguridad que el tiempo de reclusión que le corresponde por la propia pena. Esta situación, que se da también en los ordenamientos británicos y alemán, podría plantearse como vulneradora del principio de proporcionalidad. Sin embargo, como veremos a continuación, no ha sido considerada tal por parte del TEDH.

Además, la medida deberá ser impuesta por un tribunal que, una vez llegado el momento, decidirá si la medida se cumple o no. En el caso de que considere que no es necesario su cumplimiento, deberá imponer de manera obligatoria la medida de libertad vigilada. La medida será revisada obligatoriamente por un tribunal (no se dice cuál) cada dos años como mínimo.

(11) Ha comprobado la eficacia del tratamiento para rehabilitar delincuentes sexuales REDONDO ILLESCAS, S., "¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?", *Revista española de investigación criminológica*, nº 4, 2006, pp. 1/22

(12) SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., "Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad", *Revista penal*, nº 17, 2006, pp. 142/165.

(13) CANO PAÑOS, M. A., "El marco jurídico...", *op. cit.* Pone de manifiesto como el límite temporal de diez años fue criticado por la doctrina, basándose fundamentalmente en los efectos nocivos que esa indeterminación puede tener sobre los sujetos sometidos a dicha medida.

Una vez repasado el régimen preliminar que el legislador español ha otorgado a esta figura en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal, analizaremos si esta se adapta a lo establecido por el TEDH en las diversas ocasiones en que se ha pronunciado sobre los internamientos de seguridad previstos para hacer frente a la peligrosidad de sujetos reincidentes en los ordenamientos británico y alemán.

3. Los pronunciamientos del TEDH

Desde su puesta en funcionamiento, el TEDH ha sido requerido en multitud de ocasiones para pronunciarse sobre sujetos que se encuentran privados de libertad por distintos motivos: condiciones de vida en prisión, comunicaciones con el mundo exterior, régimen disciplinario, entre otras. Por eso, no es de extrañar que algunos de los mecanismos de internamiento incorporados a los ordenamientos europeos para luchar contra la peligrosidad de sujetos reincidentes hayan sido cuestionados por la vulneración de derechos humanos y necesiten de una respuesta clara por parte del Tribunal de Estrasburgo.

Antes de nada, hay que señalar que el TEDH ha considerado que las condenas indeterminadas británicas, y la yuxtaposición de pena y medida de seguridad impuesta a imputables que se produce con la custodia de seguridad, no vulneran el principio *non bis in idem* y, por tanto, se ajustan a lo establecido en el art. 7°.1 CEDH, que establece el principio de legalidad.

A pesar de ello, ha dejado claro —indirectamente— su intención de limitar ambas figuras, siendo muy estricto con sus requisitos y con ciertos aspectos que rodean a las mismas, y ha condenado en diversas ocasiones a Reino Unido y a Alemania por la vulneración del art. 5° CEDH, que establece el derecho a la libertad y a la seguridad. Así, si la medida no es en sí misma contraria al CEDH, su ejecución y su forma de aplicación pueden llegar a serlo si no tiene en cuenta una serie de parámetros. Por ello, de los pronunciamientos del TEDH se pueden extraer varios requisitos que el gobierno debería tener en cuenta antes de incorporar la custodia de seguridad al ordenamiento jurídico español.

3.1.

En primer lugar, para considerar que la medida se ajusta al CEDH, de su ejecución no se ha de inferir que tiene un carácter meramente asegurativo o inocuidador. Es decir, ha de tener como último objetivo devolver al sujeto a la sociedad. Afirmado esto, el reto del Tribunal radica en deducir

características resocializadoras de una medida claramente inoquizadora.⁽¹⁴⁾ Para que se pueda deducir su vocación resocializadora, según el TEDH, durante el tiempo que dura la medida, la administración ha de poner a disposición del sujeto una serie de medios, especialmente referidos al tratamiento, que le permitan remover la presunción de peligrosidad que sobre él mismo pesa. Así, en la sentencia del caso *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, el TEDH condenó por no facilitar los recursos suficientes para ofrecer a los sujetos sometidos a la medida la posibilidad de demostrar que han dejado de ser peligrosos para la sociedad. La condena a Reino Unido tiene como origen el colapso del sistema, que se produjo en 2003 cuando las *IPP sentences* fueron implementadas. Su incorporación al ordenamiento jurídico hizo que la medida fuera aplicada a un gran número de sujetos, haciendo que los centros de cumplimiento y las plazas en los tratamientos se acabasen, sin que pudiera ofrecerse el tratamiento adecuado en el lugar de cumplimiento previsto a todos los condenados. Por este motivo, el de implementar las *IPP sentences* sin un plan y sin una consideración de su impacto, así como no disponer de una estructura que ofreciera a los internos un tratamiento que les permitiera reducir el nivel de peligrosidad o demostrar el cese del riesgo, el TEDH ha considerado que la privación de libertad de los mismos es arbitraria y, por tanto, contraria al art. 5º CEDH.⁽¹⁵⁾ Este argumento también ha sido utilizado por el TEDH para la custodia de seguridad en el caso *M. c. Alemania*, en el que se consideró que no había prevista ninguna medida especial, instrumento o institución que no sean los que están dispuestos para los presos comunes, encaminado a reducir el riesgo que el sujeto representa para la sociedad y, por tanto, eliminar la duración de su detención. Teniendo en cuenta lo expuesto, para España sería difícil, al día de hoy, evitar una condena por este motivo de parte del TEDH. Desde hace tiempo se viene cuestionando la ausencia de infraestructura y la falta de capacidad del Estado para ofrecer tratamiento a sujetos que se hallan privados de libertad.⁽¹⁶⁾ Son muchos los que han puesto de

(14) Así lo ha considerado la mayor parte de la doctrina como por ejemplo SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El retorno a la inoquización...*, op. cit.

(15) El TEDH ha sido tan exigente en este sentido que no ha considerado suficiente los tratamientos de desintoxicación y de control de impulsos recibidos por uno de los internos para demostrar, ante la *Parole Board*, que había reducido el riesgo que él suponía para el resto de la comunidad.

(16) CID MOLINÉ, J., "El sistema penitenciario en España", en *Jueces para la democracia*, nº 45, 2002, pp. 15/27.

manifiesto que España no cumple, en el ámbito penitenciario, con su compromiso establecido en los convenios internacionales y en el propio art. 25.2 de la Constitución española. Por ello, si la regulación de la custodia de seguridad quiere salvar su ya de por sí dudosa constitucionalidad, su incorporación al ordenamiento jurídico español ha de ir acompañada por una decidida apuesta por parte de la Administración pública en este sentido. El extremo contenido aflictivo y restrictivo de derechos fundamentales que supone esta medida de seguridad impuesta a imputables hace que se acentúe la necesidad de llevar a cabo un tratamiento diferenciado, e incluso mejorado, del que se ofrece actualmente por parte del sistema penitenciario a sujetos condenados a una pena de prisión.

Otro indicio de que estamos ante una sanción cuyo fin es exclusivamente inocuidador —y por tanto contrario al CEDH—, es que su lugar de cumplimiento sea un centro penitenciario, aun cuando se lleve a cabo en módulos separados a los del resto de los internos. En el caso *M. c. Alemania*, el TEDH estableció que el hecho de que la medida se lleve a cabo en un centro penitenciario pone de manifiesto que nos encontramos ante una prolongación de la condena, que hace que la detención carezca de fundamento y devenga en arbitraria. La exigencia de que el tratamiento a estos sujetos se lleve a cabo extramuros del centro penitenciario resulta lógica, pues tratándose de personas que ya han cumplido condena, son las necesidades de un tratamiento específico derivado de la peligrosidad del sujeto, diferente del llevado a cabo en prisión, lo que motiva la privación de libertad. Así, como ha establecido el propio TEDH, que los sujetos estén en módulos separados o puedan vestir sus ropas no enmascara el hecho de que no hay diferencias sustanciales entre la pena de prisión y la custodia de seguridad.

Con el objetivo de ajustarse a este requisito la “Exposición de motivos” del Anteproyecto establece que el cumplimiento de la custodia de seguridad se llevará a cabo en un establecimiento especial, sin especificar cuál. Pero teniendo en cuenta que el cumplimiento de la medida no podrá desarrollarse ni en el mismo centro penitenciario ni en módulos separados, habrá que sumar, a la ya de por sí abultada inversión anual en instituciones penitenciarias, un desembolso suficiente que garantice un tratamiento diferenciado de naturaleza educadora, rehabilitadora o resocializadora, cuyo cumplimiento se realice extramuros del centro penitenciario.

3.2.

En segundo lugar, siendo consciente de lo fácil que resulta que se vulneren derechos fundamentales en el ámbito de las medidas de seguridad,⁽¹⁷⁾ el TEDH ha declarado que, para ajustarse al CEDH, ambas, pena y medida de seguridad, han de estar asistidas por las mismas garantías. En el caso *M. c. Alemania*, afirma que, siendo ambas consecuencias jurídicas derivadas del delito, da igual cómo se denomine esa consecuencia jurídica, si pena o medida de seguridad, pues lo importante es que estén asistidas por las mismas garantías. Así, considera que la calificación de pena o medida de seguridad no ha de depender de la ley nacional, pues lo que la ley de un Estado denomina “pena”, la ley nacional de otro denomina “medida de seguridad”. Además, afirma que la custodia de seguridad tiene igual carga aflictiva que la pena de prisión impuesta, que hace que el sujeto sometido a la misma la sufra igual, por lo que no hay nada que justifique que no estén asistidas por las mismas garantías.

De lo establecido anteriormente dedujo que la regulación alemana de la custodia de seguridad a posteriori, que se puede imponer con carácter retroactivo y sin que estuviera prevista en la sentencia condenatoria, es contraria al CEDH.⁽¹⁸⁾ Posteriormente, el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 4 de mayo de 2011, ha declarado esta modalidad a posteriori —y solo esta— como contraria a la Constitución germana.

A priori, la “Exposición de motivos” del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español se ajusta a este requisito. Sin embargo, es un dato que debe ser tenido en cuenta, por parte del gobierno español, a la hora de regular la medida y llevarla a la práctica, si no quiere volver a ser condenado por su política criminal punitiva y vulneradora de derechos humanos como ha sucedido ya, con la **doctrina Parot**, en el caso *Del Río Prada c España*.

3.3.

Tras la lectura de la “Exposición de motivos” del Anteproyecto, las mayores dudas se plantean en torno a cómo ha de llevarse a cabo, por quién y cada cuánto ha de revisarse el juicio de peligrosidad. Algunas de estas cuestiones han sido objeto de análisis del TEDH.

(17) BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad...”, *op. cit.*

(18) Los casos *M.*, *Haidn*, *Schummer*, *Mautes*, *Kallweit*, *Jendrowiak*, todos contra el Estado alemán.

El principal requisito en torno al juicio de peligrosidad es que este se elabore en base a un concepto de peligrosidad criminal —nunca en base a una peligrosidad social—, y que su imposición no esté desconectada de los hechos delictivos previos.⁽¹⁹⁾ Por tanto, en el caso *M. c. Alemania*, el TEDH establece que no se autoriza la persecución de personas peligrosas en general, sino solo la de una determinada persona para que no cometa una infracción, también determinada. Así, una privación de libertad legal podrá devenir en arbitraria si se deja de tomar como referencia los delitos cometidos

A este requisito se ajusta dudosamente lo establecido en la “Exposición de motivos” del Anteproyecto español, el cual permite llevar a cabo el pronóstico de peligrosidad sobre la posibilidad de comisión de delitos graves, no teniendo porqué ser delitos de la misma naturaleza. El hecho de que el legislador utilice el concepto de reiteración delictiva y no el de reincidencia podría dar lugar al incumplimiento de este requisito por los órganos encargados de llevar a cabo el juicio de peligrosidad. Es necesaria una conexión, criminológicamente hablando, entre el sujeto y los tipos delictivos cometidos.

Además, llevar a cabo un juicio de peligrosidad a través del concepto de reiteración de delitos graves, y no del de reincidencia, supone añadir una serie de dificultades al órgano encargado de llevarlo a cabo, pues si en la actualidad se carece de instrumentos con los que realizar pronósticos fiables de comisión futura de hechos delictivos relacionados entre sí, este se incrementa al transformarse en una peligrosidad de cometer delitos graves en general. Por ello, privar a un individuo de libertad durante diez años invocando un concepto tan difuso como el de su peligrosidad para cometer delitos graves, supone un riesgo muy alto para un Estado de derecho. Además, la dificultad de elaboración aumenta como consecuencia de hacerlo sobre sujetos que están cumpliendo una larga pena de prisión y que, casi con total seguridad, no habrán disfrutado de permisos penitenciarios ni de libertad condicional.

Otra de las exigencias para la implementación de este tipo de medidas es que el juicio de peligrosidad se revise de manera periódica. Sin embargo, el TEDH no ha establecido un periodo máximo de revisión obligatoria. En la “Exposición de motivos” del Anteproyecto español se establece que el juicio de peligrosidad será revisado tras un periodo máximo de dos años,

(19) El TEDH, en el caso *Haidn c. Alemania*, establece que el motivo de la privación de libertad no puede responder a una política de prevención dirigida contra un sujeto o contra una categoría de sujetos que representan un peligro para la sociedad, sino contra aquellos que representan un peligro a causa de su continua propensión a la delincuencia.

límite establecido también en el Código Penal portugués y en el Código Penal alemán. A pesar de ello, siendo coherentes con el argumento del propio TEDH sobre que de la medida debe deducirse un carácter resocializador o reeducador, y teniendo en cuenta de que se trata de una medida extrema, sería preferible una revisión periódica anual.⁽²⁰⁾

También aparece recogida en la "Exposición de motivos" del Anteproyecto el requisito establecido por la jurisprudencia del TEDH de que el juicio de peligrosidad deba ser revisado por un tribunal, aunque en la regulación española no se establece cual.

3.4.

Para considerar que la medida se ajusta a la legalidad europea, ha de ser utilizada de manera excepcional y cuando otras opciones se revelen ineficaces. Con esta afirmación se establece un juicio de proporcionalidad con el que se pretende que la custodia de seguridad sea el último recurso de la política criminal. Para cumplir con este requisito, la "Exposición de motivos" del Anteproyecto de Reforma al Código Penal español establece en un primer momento que "sólo puede ser impuesta por el juez a supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes y peligrosos". Sin embargo, como expusimos anteriormente, esto se contradice con posterioridad cuando enumera el catálogo de delitos a los que podrá ser aplicada. El hecho de que abarque tipos delictivos que no son graves, como el tráfico de drogas sin agravantes o delitos contra la propiedad hace que la medida difícilmente sobreviva a este juicio de proporcionalidad. Pues, siendo una medida excepcional, debería ser utilizada solo para sujetos que cometen delitos graves contra bienes jurídicos eminentemente personales. A pesar de ello, han sido pocos los casos en los que el TEDH ha utilizado este argumento para considerar que se vulnera el art. 5º CEDH, y condenar por el mismo. A modo de ejemplo, en el caso *Grosskopf c. Alemania* consideró que la custodia de seguridad era la única medida eficaz que quedaba para prevenir la comisión de delitos por parte de un sujeto que se dedicaba a cometer robos con fuerza en casas habitadas.

En definitiva, más allá de la discusión sobre si el hecho de yuxtaponer medidas de seguridad a las penas en el caso de los imputables resulta vulnerador de derechos fundamentales, cuestión que divide a la doctrina pero que el TEDH ha declarado conforme al Convenio, hay otros aspectos

(20) SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., "Un problema...", *op. cit.*

que hacen que la regulación de la custodia de seguridad establecida en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal español se ajuste, de manera dudosa, a lo establecido por el TEDH. En primer lugar, se advierte la falta de intención por parte del gobierno español de dotarse de una estructura en la que se apueste decididamente por el tratamiento, y que ofrezca la posibilidad a los sujetos sometidos a esta medida reducir el nivel de peligrosidad, pues así lo ha puesto de manifiesto su dejadez en lo que se refiere al tratamiento ofrecido en prisión. En segundo lugar, como ya se dijo, creo que el catálogo de delitos establecido es demasiado amplio y abarca conductas menos graves, que difícilmente superan el juicio de proporcionalidad al que han de ser sometidos, y la medida debería agotarse para los casos en los que el sujeto ha vulnerado bienes jurídicos eminentemente personales. Finalmente, también considero contrario a lo establecido por el TEDH que el legislador permita que el órgano encargado de llevar a cabo el procedimiento decida sobre la posibilidad de cometer delitos graves en el futuro, y no solo y exclusivamente sobre la posibilidad de cometer delitos de la misma naturaleza, pues supone desviarse de la peligrosidad basada en los hechos anteriormente cometidos para hacer pronósticos de peligrosidad en base a la personalidad del autor.

Aunque el contenido preliminar de la custodia de seguridad española se ajusta a las exigencias del TEDH, es necesario que su implementación vaya aparejada de una inversión presupuestaria en el tratamiento, lugares de cumplimiento, y profesionales encargados de llevar a cabo el juicio de peligrosidad, entre otras cuestiones, si no quiere que la ejecución de la medida sea considerada como vulneradora de derechos fundamentales. Pues si efectivamente la versión alemana no viola por sí misma el CEDH, su ejecución ha de estar rodeada de una serie de garantías que, para hacerlas efectivas, requieren un gran esfuerzo personal y material.

4. Conclusiones

Efectivamente, tal y como pone de manifiesto la "Exposición de motivos" del Anteproyecto de Reforma de Código Penal español, el TEDH no ha considerado la medida de custodia de seguridad contraria al CEDH. Quizás, tomar una decisión así hubiera supuesto, por parte del órgano jurisdiccional, una injerencia demasiado atrevida en la autonomía de los Estados en un tema tan delicado como es la política criminal. Hay que tener en cuenta que TEDH es un órgano que de manera independiente vela porque las decisiones de los estados no vulneren el CEDH, pero cuyas

sentencias, a pesar de tener el carácter vinculante, carecen de ejecución directa, que depende de la buena voluntad de los Estados. Por ello, siendo consciente de sus limitaciones y de las diferencias existentes entre los distintos Estados que se someten a su jurisdicción, el TEDH avanza a pasos cortos en su lucha contra la vulneración de derechos fundamentales de los reclusos. Así, centrado sus esfuerzos en los últimos tiempos en eliminar de Europa la pena de prisión perpetua y en velar por el principio de legalidad en la ejecución de penas, ha decidido —probablemente— sacrificar otros objetivos, como las medidas de seguridad impuestas a imputables para hacer frente a la peligrosidad de sujetos reincidentes.

A pesar de ello, lejos de respaldar los mecanismos establecidos por los Estados contra sujetos peligrosos, ha sido bastante contundente en sus condenas a Alemania y a Reino Unido por sus excesos en la regulación de la custodia de seguridad y las *IPP sentences*, demostrando ser bastante exigente con ciertos requisitos y con la forma de ejecución de la misma. El mensaje que envía el TEDH es que los Estados europeos tienen libertad para legislar en materia de internamientos de seguridad, pero no a coste cero.⁽²¹⁾ Por ello, de la jurisprudencia del TEDH el gobierno español no debería deducir que estamos ante una medida que ha sido legitimada, como afirma el Gobierno en la "Exposición de motivos" del Anteproyecto de Reforma, sino más bien al contrario, que resulta tan problemática que ha hecho que Reino Unido y Alemania hayan sido condenados en varias ocasiones, y que se hayan visto obligados a reformular estas medidas para cumplir con la legalidad europea. Además de los problemas de constitucionalidad y de aplicación expuestos, se trata de una medida que, en el caso español, carecería de justificación empírica, pues España es uno de los países de Europa con la tasa de delincuencia más baja, de manera que esos índices de delincuencia grave no justificarían la introducción de una medida como la que se propone. Asimismo, como ha puesto de manifiesto la mayor parte de la doctrina, las penas de prisión ya son suficientemente largas como para necesitar de un internamiento posterior al cumplimiento de la condena. Este punto sería el que, precisamente, diferencia la regulación alemana de la regulación española. Es decir, un sistema conjunto de pena y medida de seguridad en Alemania podría verse más justificado que en el caso español, por la diferencia penológica existente en general entre ambos ordenamientos. En España,

(21) Desde hace tiempo muchos autores ponen de manifiesto que el legislador utiliza la vía penal porque es la más "barata".

la administración penitenciaria ya dispone de tiempo más que suficiente durante la propia duración de la condena para poder tratar a estos sujetos y que dejen de ser considerados peligrosos antes de ser puestos en libertad. De lo que claramente no dispone es de los medios y la infraestructura necesaria para hacer frente a la obligación establecida por el art. 22.5 de la Constitución española y por los convenios internacionales, de ofrecer un tratamiento que efectivamente reinserte al condenado en la sociedad.

Otro argumento en contra de la medida es que su introducción no tiene sentido habiendo transcurrido menos de dos años desde la incorporación en el ordenamiento jurídico de la medida de libertad vigilada. Esta medida no ha sido impuesta todavía a ningún sujeto y, por tanto, tampoco ha sido evaluada en cuanto su eficacia y efectividad. Hay que tener en cuenta que ambas medidas van encaminadas a dar respuesta a la misma preocupación: la peligrosidad de los sujetos reincidentes tras el cumplimiento de la condena pero la libertad vigilada es menos restrictiva de derechos fundamentales.

Todo ello, pone de manifiesto que estamos ante una medida populista que responde a la necesidad de acallar demandas de seguridad por parte de la sociedad, o de grupos de víctimas concretas, más que a necesidades reales.



PONENCIA

El juez ... como hacedor de la pena

ELIZABETH MYRIAM RADDI⁽¹⁾

“En pocas materias penales el magistrado latinoamericano ésta más abandonado a su suerte por la doctrina que, cuando una vez probado el delito y calificado penalmente el mismo debe cuantificar una pena a imponer. Pareciera que allí se termina la doctrina y se cae en el plano del terreno de las plenas consideraciones personales, subjetivas, intuitivas es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque esta falta de sustento racional”

E. Raúl Zaffaroni



1. Introducción

He optado por este tema por el hecho de que muchas veces depende del azar, respecto del tribunal que toca, la cuantía de la pena —por supuesto dentro de la escala penal que corresponda—, en la medida que causas con características muy similares en cuanto al hecho y al sujeto, tienen penas en concreto muy distintas por haber sido juzgadas en tribunales que sostienen criterios diferentes. Entonces, ¿qué sucede?, ¿es tan amplio el espacio discrecional que se le otorga al juez? ¿O es la norma que lo deja demasiado solo a la hora de definir? La dogmática sería la opción para establecer parámetros de apreciación similares que guíen a los jueces que se encuentran con tan alta responsabilidad? Ardua tarea la del juez. La

(1) Facultad de Derecho y Cs. Social de Tucumán.

ultima ratio del derecho penal, y la forma de manifestarse más tangible, es la pena en cuanto a su individualización, lo cual implica cuantía y aplicación. El **juez** es quien debe dar la respuesta concreta como consecuencia a la pregunta ¿cuál es el efecto de la causa llamada delito? Porque para que exista un **efecto**, que sería la **pena**, debe existir una **causa**, que es el **delito**. La individualización de la pena llega después de la existencia del delito culpable.

En un primer momento, es el fiscal quien va a calificar el hecho o quien va encontrar la tipificación a la cual se adecua la acción realizada, y en caso de existir subsunción, estaremos en la presencia de un delito, es decir, una conducta que, respetando el principio de legalidad —de rango constitucional—, está tipificada por el Código Penal. Aquí también, el juez es responsable de definir, ante planteamientos de la defensa, si la calificación es correcta. Nuestro sistema acusatorio se encuentra estructurado de manera tal que el juez actúa como juez de garantía, como garante del respeto a las normas.

Los jueces no son absolutamente libres para determinar la pena. Deben respetar, en primer lugar, las escalas penales que le son provistas por la individualización legislativa, y, a su vez, la individualización judicial provee las directrices para la individualización ejecutiva. Lo óptimo sería que las tres estructuras —individualización legislativa, individualización judicial e individualización ejecutiva—, dentro de la individualización de la pena, convivan en forma armónica, pero eso termina siendo solo un deseo. La individualización legislativa nos tiene acostumbrados a las carencias en las que suele caer. Pero para eso está la dogmática, para colaborar en forma indirecta.

Actualmente, podemos apreciarlo a diario, la sociedad está invadida de la creencia que las penas privativas de la libertad, cuanto más extensas sean, más justas son. Esta creencia, por cierto errónea, trae aparejada que actualmente exista una “alarma social” que exige penas eternas. Es común escuchar que se diga que el delincuente debe morir en la cárcel, que no debería salir más, y otras atrocidades por el estilo.

El juez se encuentra frente a la responsabilidad de determinar una pena justa analizando el caso concreto, teniendo en cuenta las características del hecho, pero también las características del autor. En la individualización de la pena, en realidad, no solo se juzga el hecho, sino también el sujeto. Es decir nos apartamos del derecho penal de acto para dejar entrar

por la ventana al derecho penal de autor, que en teoría —aclaro: solo en teoría— **no** es el que rige nuestro sistema penal.

En más de una materia de la Parte General del Código Penal. Dejamos que el derecho penal del autor, tan repudiado por la dogmática, esté igualmente presente en la práctica, porque al interpretar las normas —como en el caso de la tentativa inidónea—, hablamos de peligrosidad del sujeto, es decir, basamos la pena en un aspecto personal del sujeto autor del hecho y no en el hecho mismo. Juzgamos lo que es, y no lo que hace; juzgamos lo que en el imaginario podría llegar a hacer esa persona por lo que hizo en algún momento.

El Código no le provee al juez de las directrices para la determinación de la pena, por eso debe recurrir a una reconstrucción dogmática, que viene a echar luz a las ambiguas instrucciones de la letra de la ley. En este punto, el juez se encuentra frente a antinomias que deber resolver.

La decisión del juez de aplicar tal o cual cuantía de la pena sobre un sujeto ya venido a culpable —la escala penal la provee el acusador en base al delito imputado— debe ser fundada, y ese fundamento debe estar basado en la **racionalidad**.

La **discrecionalidad** de la que goza no es plena, sino limitada, porque bajo ningún concepto puede ser arbitraria en virtud de la necesidad de la fundamentación de sus decisiones. La sistematización que presentan los arts. 40 y 41 CP es ambivalente, dado que el juez puede apoyarse indistintamente persiguiendo cualquiera de los fines de la pena: los de la prevención general, los de retribución o los fines de la prevención especial.

2. Fines de la pena

En ninguno de sus tres momentos, tanto el legislativo, como el judicial o el ejecutivo, la determinación de la pena no puede prescindir del estudio de sus fines. Entre los más importantes se encuentran:

2.1. Las teorías absolutas de la pena

No buscan una legitimación de la pena fuera de ella misma. La pena sería un mal que sigue necesariamente a la realización del delito, como un efecto indispensable, sin que importe cuál pueda ser su influencia futura. Dentro de ella se distinguen:

- a. la tesis de la retribución: la pena es el mal con que se retribuye al autor del delito, el mal que ha perpetrado con su conducta;

- b. la tesis de la reparación: la pena tendría el destino de reparar el mal del delito en la misma voluntad viciada del autor, reparando esa voluntad al purgarla de su vicio.

La pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda considerársela un medio para fines ulteriores.

2.2. Las teorías relativas de la pena

Aquí la pena se concibe como un medio para la obtención de posteriores objetivos. Es decir no se legitima en sí misma, sino por las finalidades que le son trascendentes. La pena no constituye un fin en sí misma, sino un medio de prevención, que tiende a impedir que se cometan en el futuro acciones punibles.

2.2.1 Prevención general

- a. **Teoría de la Prevención General Negativa:** los representantes de la misma persiguen la intimidación de otros autores potenciales.
- b. **Teoría de la Prevención General Positiva:** considera que lo decisivo es que una constante punición de los hechos en cuestión produce el efecto de fortalecer en la población la convicción de que los bienes son intangibles o, al menos, el efecto de que esta convicción no se erosione.

2.2.2. Prevención especial

Sus defensores quieren evitar que el autor lleve a cabo ulteriores hechos. Por su parte, Creus expresa que el objeto de la pena radica en el intento de que, al sufrirla, el autor del delito no vuelva a cometerlo.

2.3. Las teorías mixtas o eclécticas

Tratan de responder conjuntamente a un interrogante ontológico y a otro teológico: la pena es retribución, pero las finalidades que la legitiman son trascendentes, por consistir en la prevención de la comisión de delitos. La pena, que es un mal, funciona como retribución que se basa en el libre arbitrio, pero en el cumplimiento de fines de prevención para que pueda adquirir un sentido jurídico de regulación de la vida en sociedad.

- a. **Teoría retributiva de la unión:** implica una combinación de las concepciones hasta aquí presentadas. Le da prevalencia al fin de retribución y al fin de intimidación; y los demás fines de la pena —mejoramiento y aseguramiento—, se encuentran en un segundo plano. Asimismo, los fines preventivos no pueden lesionar el carácter retributivo de la pena.

- b. **Teoría preventiva de la unión:** tiene como principales características a) que la finalidad de la pena debe ser de tipo preventivo-especial; b) la renuncia a toda retribución; c) el principio de culpabilidad como medio para la limitación de la injerencia.
- c. **Teoría dialéctica de la unión:** Bacigalupo enuncia que una pena inútil no podrá legitimarse solo por el hecho de ser cubierta por la culpabilidad del autor; es decir, una pena socialmente inútil no puede ser legitimada aunque sea proporcionada a la culpabilidad.

Evidentemente, las teorías del fin de la pena pueden darnos una orientación en cuanto a que es lo que se busca con la pena, pero al juez no le indican como graduarla, donde ubicarse exactamente al momento de fijar la pena para el caso concreto. Es por eso que el juez debe auxiliarse en la dogmática, para poder cumplir con su importante labor de determinar la pena en cuanto al delito y sus condiciones particulares. Es en base a ello que surgen teorías de la determinación de la pena, que buscan orientar al juez en su arduo trabajo a fin de que sus decisiones sean racionales y sustentables, sin caer en arbitrariedades que oscurezcan su labor. Todas parten de la base de la culpabilidad como fundamento de la pena.

2.4. La teoría del ámbito del juego

La teoría del ámbito del juego parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal, y que una pena adecuada a la culpabilidad admite un "marco de culpabilidad" cuyos límites están constituidos por un máximo "todavía" adecuado a ella y un mínimo "ya" adecuado. Dentro de este "ámbito de juego", la pena debe ser fijada teniendo en cuenta fines preventivos en particular, fines de prevención especial. Sus sostenedores admiten que la teoría no se encuentra en condiciones de expresar un monto determinado, sino que solo es posible expresar un "marco", y afirman que presenta la ventaja, respecto de la pena puntual, de concebir a la pena dentro de un marco que se admite impreciso, pero cuya existencia facilita al juez acertar con la pena correcta. Esto es mucho más sencillo dentro de un ámbito que si se trata de un punto.

Ziffer crítica a esta teoría porque deja de lado los casos en los que no existe ninguna necesidad de prevención, como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en que el tiempo de la pena no es suficiente para actuar sobre el autor, resocializándolo, o porque esto no es necesario porque ya está "socializado". Queda sin respuesta la pregunta relativa a cómo ha de

adoptarse la decisión en estos casos. Continúa diciendo que a esta cuestión podría responderse afirmando que, si no existe necesidad preventiva, la pena debe mantenerse en el mínimo —o también en el máximo— pero justamente, el problema es que estos supuestos límites son desconocidos, no quedan “fijos” ni son formulados explícitamente en la decisión.

Horn plantea el tema de la revisión de las decisiones en materia de determinación de la pena, que tiene origen procesal. Los tribunales de revisión, conociendo las dificultades en que se encuentra el juez cuando tiene que convertir la pena en un monto determinado —la tarea más compleja de toda la determinación de la pena—, pretendieron señalar que son admisibles las penas que se encuentran dentro de lo razonable. Dicho de otro modo, que solo es posible la revisión del monto de la pena cuando existe una desproporción evidente e intolerable. La doctrina, sin embargo, distorsionó esta mera “contemplación” de tipo procesal, y apoyo en ella la existencia de un “marco de culpabilidad”.

2.5. Teoría de la pena puntual

La teoría de la pena puntual aparece, a primera vista, como la opuesta a la teoría del ámbito del juego, en cuanto niega la existencia de un “marco de culpabilidad” y afirma, por el contrario, que solo existe una pena adecuada a la culpabilidad.

La culpabilidad es siempre una medida fija y determinada, y por ello la pena correcta solo podría ser una. Pero desde el punto de vista del conocimiento, no es posible conocer cuál es la medida exacta de culpabilidad de un autor, y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico, tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente. Del mismo modo, sostiene Bruns, existe únicamente una pena adecuada a la culpabilidad, solo que nuestro conocimiento no está en situación de fijarla con seguridad.

A pesar de la intención de sus sostenedores de separarse de la teoría del ámbito del juego, la similitud de ambas se ve con claridad, por ejemplo en Jescheck: “el acto de la individualización de la pena debe entenderse (...) de forma tal que el juez parta de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (pena puntual) y la modifique, en favor de los otros fines penales, mediante combinaciones de las diversas posibilidades de sanción. En esa actividad solo puede apartarse de su punto de arranque mientras que la pena siga manteniendo con su fundamento una relación interna que sea

aceptada como tal por la comunidad jurídica (individualización de la pena como acto de configuración social)".⁽²⁾

2.6. La teoría del valor relativo

La teoría del valor, por su parte, sostiene que se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la pena en relación con cada etapa del proceso de determinación de la pena. Se debe determinar cuál es el peso de cada uno de esos fines según el momento del proceso de punición de que se trate.

Considera que la pena debe ser fijada teniendo en cuenta, en primer lugar, criterios retributivos. El primer paso de determinación de la pena es graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho. Para hacerlo, no entra en consideración ningún tipo de reflexión orientada a la prevención y la culpabilidad queda establecida como punto fijo del marco legal. La prevención solo será relevante en una segunda etapa, en la que se toma la decisión relativa a la clase de pena y al monto de ejecución, en las cuales deben estar ausentes las consideraciones retributivas o de culpabilidad: "es incorrecta la suposición de que la decisión acerca de la ejecución tiene algo que ver con la culpabilidad".

La decisión relativa al monto de la pena antecede a toda otra decisión. El monto de la pena es solo expresión de la medida y gravedad del ilícito culpablemente cometido. La determinación de la pena es la cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, y la unidad a utilizar es la de la pena de prisión: toda culpabilidad deber ser medida como si se tratara, en todos los casos, de una pena de prisión a cumplir. Ziffer nos dice que esa es la explicación de Horn, y dice que esto es posible en el sistema alemán, que prevé una equivalencia absoluta entre la pena de prisión y la multa, a través de sistema de los días-multa, mientras que el equivalente de nuestra "inhabilitación" no tiene carácter de pena sino de "medida".

La doctrina alemana criticó a esta teoría porque consideró que el método propuesto no es compatible con el art. 46 del Código Penal alemán, en tanto dicha norma ordena al juez tomar en cuenta, al fijar la pena, las "consecuencias para la vida futura del autor". Ello, necesariamente ha de reflejarse en el monto, en este tiene influencia decisiva desde el punto de

(2) ZIFFER, PATRICIA, "El Deber de Fundamentación de las Decisiones Judiciales y la Determinación de la Pena", en *Contribuciones*, 3/1996, p. 139.

vista de la prevención especial, en cuanto limita o amplía las posibilidades de ejecución.

Ziffer, por otro lado, menciona que tampoco queda demasiado claro por qué la elección de la pena de prisión como unidad de medida y no —por ejemplo— la pena de multa. Tampoco se brinda un argumento decisivo que permita explicar por qué en la ejecución de la clase de pena no se debería tomar en cuenta la culpabilidad sino solo criterios de prevención especial. Negar que la ejecución de la pena no solo tiene que ver con la prevención especial sino también con la general positiva o con la retribución, conduce necesariamente a distorsionar las decisiones y a restarles transparencia. Pretender valorar un hecho en tres años de prisión, sin distinguir si se está hablando de años en prisión efectivamente o en de una condena suspensiva, es “medir” en unidades de pena diferentes. La “unidad de pena” no es solo “tiempo”, sino que la “calidad” (en suspenso o no, en dinero o en prisión) tiene importancia evidente.

Entonces, a las antinomias que presenta la teoría del fin de la pena, ¿cómo las resolvemos?

Es una cuestión importante dado que, el mismo hecho punible, basado en las teorías absolutas de la pena, podría determinar que la pena adecuada al ilícito es de 5 años, por razones de prevención general positiva; mientras que la prevención especial, con el fin de lograr la reinserción del delincuente a la sociedad, puede considerar adecuada una pena de 10 años de prisión, y esto no podría admitirse como válido.

Por esta misma razón es tan importante, a mi entender —y dado que la individualización legislativa mucha veces ha dado lugar a interpretaciones ambiguas— encontrar un criterio dogmático rector respetado y seguido por todos los jueces, dado que no puede quedar librado a la suerte la mayor o menor cuantía de la condena según el juez o tribunal que le tocara por una cuestión azarosa al delincuente. No es un tema menor sino todo lo contrario hasta podría plantearse que de ser así, se violaría el principio de igualdad contemplado en nuestra Carta Magna.

Por otro lado, Ziffer hace algunas críticas que no se pueden dejar de mencionar. Nos dice que, tanto la teoría de la pena puntual como la del ámbito del juego, incurrn en el error de creer que la pena es algo que puede ser “descubierto” y pierden así de vista que se trata de un acto de valoración, de atribución. A lo que, con el respeto que merece la autora,

sugiero deberíamos agregar que dicha valoración debe ser lo más humanamente objetiva posible, porque ello nos va a llevar a una condena que no esté contaminada por apreciaciones personalísimas de los jueces, sino con fundamentos de valoración jurídica, básicamente. En los tiempos que corren, considero que el juez ve su función coartada e incluso influenciada por la prensa —muy bien llamada “cuarto poder”—, en tanto causas que traen consigo alto grado de publicidad crean en la sociedad expectativas respecto de la pena a aplicar, que de cierto modo presionan al juez a establecer lo que se está esperando. Muchas veces, incluso, lo jueces se ven presionados por el poder político, que pretende olvidarse de nuestro sistema republicano de gobierno y manejar así la justicia en zona de publicidad política. Se torna ardua tarea la de los jueces de resolver en base al derecho y no en base a la expectativa social.

Continuando con la crítica de Ziffer, nos dice que ninguna de las teorías relativas de la pena ha demostrado estar en condiciones de poder afirmar cual es la pena “justa”. Tampoco pueden fijar un marco, porque si sus límites son móviles, no sirven de nada, y hasta ahora los límites realmente fijos son los del marco penal. Concluye diciendo que los fines de la pena, reconocidos por el ordenamiento jurídico, en todo caso, solo pueden brindar una pauta de orientación general, y la existencia de fines contradictorios que deben ser conciliados por otro lado, no es una particularidad de esta materia.

3. Intentos de solución propuestos

Las consideraciones sobre la teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático expresan que si la política criminal que hace el juez, de modo especial en la individualización de la pena, debe canalizarse por vías dogmáticas, entonces la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse como la dimensión cuantitativa, o de grado, de un sistema de la teoría del delito. Silva Sánchez plantea que una aproximación sistemática a la individualización judicial de la pena debería partir de las siguientes consideraciones:

- a. el fin perseguido es la elaboración (dogmática) de una escala cuantitativa de subtipos (clases de realizaciones típicas), en la que se contengan, ordenadas en función de su gravedad, las diversas formas de realización de un mismo tipo;
- b. la elaboración de subtipos no puede abordarse directamente. Para ello es necesario establecer primero un conjunto de criterio de valoración-ordenación;
- c. cada criterio de valoración-ordenación se construye sobre dos premisas. Considerado en términos estructurales, cada criterio examina los casos a partir de

- la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis. En cuanto al contenido, cada criterio examina los casos a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque;
- d. la aplicación sistemática de los criterios de valoración permitiría la obtención de un esquema de análisis de casos. Éste, a su vez, haría posible la ordenación de dichos casos según valores (idealmente) numéricos;
 - e. un problema que queda abierto, es el de si las valoraciones derivadas del análisis de los casos conforme a los criterios de un determinado nivel pueden compensarse con las resultantes del examen del caso a otro nivel;
 - f. en todo caso, la traducción cuantitativa de las valoraciones-ordenaciones anteriores en medidas concretas de pena, solo podrá llevarse a cabo en términos aproximados.

Patricia Ziffer nos dice que la diversidad de funciones que se pretenden satisfacer mediante la pena, producen una multiplicación de los factores que pueden ser relevantes para su determinación. La selección de dichos factores, necesariamente, se ve influenciada por la decisión acerca de los fines de la pena. La graduación del ilícito y de la culpabilidad constituyen la base de la determinación de la pena, pero la incorporación de fines preventivos hace que no sea este el único elemento a tomar en consideración. En un derecho penal de hecho, en un derecho penal de culpabilidad, se podría afirmar que el único hecho a valorar es el hecho del ilícito. Sin embargo, nadie estaría dispuesto a negar hoy, en forma rotunda, que, junto con el ilícito y la culpabilidad, otras circunstancias pueden alterar la necesidad de reaccionar frente a un delito. Existen múltiples razones que pueden modificar, en el caso concreto, la necesidad de pena. Uno de los problemas más complejos de la dogmática de la determinación de la pena es, justamente establecer lo que ha dado en llamarse el “hecho en la determinación de la pena”, es decir la cuestión de cuáles son las circunstancias que, a pesar de no constituir aspectos del ilícito culpable, de todos modos, pueden ser valorados y en qué medida ello puede hacerse sin lesionar el principio de culpabilidad por el hecho. La solución más difundida es, sin lugar a dudas, la llamada “teoría del indicio”, según la cual ciertas circunstancias que no tienen que ver con el hecho mismo, de todos modos, permiten extraer consecuencias acerca de ese hecho. La conducta anterior y posterior al hecho no tienen significación autónoma, pero pueden ser consideradas en la medida en que tienen carácter de indicio: constituyen un medio de conocimiento para juzgar el hecho y

la personalidad del autor. Sin embargo, continua diciendo Ziffer, valerse del concepto del “hecho” o del de “culpabilidad” implica el riesgo de justificar automáticamente la inclusión de cualquier circunstancia dentro de esta categoría, las cuales pasan a otorgar una legitimación aparente, por un lado, y comienzan a perder contornos definidos, por el otro. No se trata de reformular las categorías dogmáticas para que sean más amplias, ni de buscar la forma de lograr que esos factores entren en la culpabilidad o en el ilícito, sino que admitir que fuera de ellos existen otros factores relevantes para la determinación de la pena, en la medida en que alteran las valoraciones normativas del hecho que surge del ilícito culpable por la existencia de algún otro interés jurídico, como —dado el caso— las necesidades de prevención especial.

Por su parte, Julio Maier nos dice que es necesario, tanto en el derecho material como en el procesal, **criterios racionales** para medir la reacción penal del Estado. Postula la **cesura** del debate y la decisión. En el procedimiento penal, resulta imprescindible, por un lado, para individualizar la pena, sujetar la reconstrucción del hecho a tener en cuenta, el debate y la decisión a las mismas pautas de garantía que rigen para el fallo de culpabilidad y, por el otro lado, exigir que el fallo sobre la pena reúna las mismas características de objetividad y seriedad que el de culpabilidad, esto es, que sea racionalmente fundado. Esto llevó a indicar como solución la cesura del juicio penal —debate y decisión— en dos partes. La primera, dedicada al análisis y pronunciamiento sobre la culpabilidad que finaliza con un interlocutorio de culpabilidad, y la segunda, dirigida al análisis y decisión sobre la pena, o fallo penal. Esta proposición implica que, después del debate y la decisión sobre la culpabilidad, se lleve a cabo otro debate completo. En ese debate, el acusador introduce las cuestiones de que se valdrá para requerir la pena, el imputado podrá contestarlas y, en su caso, se recibe la prueba sobre ellas y se discute sobre los criterios para individualizar la pena, correspondiendo al tribunal la decisión por fallo fundado, limitado a las cuestiones de hecho introducidas.

Se plantean algunos problemas con esta propuesta, continua Maier, como en qué momento debe comenzar la investigación necesaria para la preparación del debate y el fallo sobre la pena, sobre todo en relación a la investigación de la personalidad del imputado, y aparece también el problema de la forma de la cesura del debate: formal o informal. La división informal permitiría continuar de inmediato el debate sobre la pena una vez decidido el interlocutorio de culpabilidad afirmativamente, conservar la

continuidad y concentración del debate y, sobre todo, la realización efectiva del principio republicano. La interrupción formal del debate provocaría una cierta ruptura de estos principios que, en la mayoría de los casos, no es necesaria. ¿Y cuál sería el contenido de cada sección del debate? Algunos proponen partir del esquema tradicional en el derecho penal, reservando para la segunda parte del debate solo los aspectos referidos a la individualización de la pena. Los otros proponen tratar en la primera sección todos los problemas relativos al injusto penal (tipicidad y antijuridicidad) más las causas de exclusión de la culpabilidad, salvo la capacidad para la culpabilidad (imputabilidad) que reservan para la segunda sección, por su conexión con los elementos esenciales para la medición de la pena. Otros, por fin, hasta requieren para la primera parte del debate el problema relativo a la gravedad de la culpabilidad, a fin de establecer, en el interlocutorio de culpabilidad, la pena máxima que podrá aplicarse según la función limitadora del principio de culpabilidad, con lo que ingresaría en esta sección el estudio de la imputabilidad disminuida. De todos modos quienes pretenden adaptar la **cesura** al caso concreto que se estudia, acuden a la división informal y autorizan al tribunal competente para que establezca el contenido de cada sección.

Para cualquier solución tiene especial importancia la constitución de un tribunal, dice Maier, y el mismo debe estar integrado con expertos en las diferentes materias que comprende la ejecución penal: cualquiera de las soluciones antes planteadas está condicionada al tipo de tribunal que se cree, en la organización judicial, para decidir la segunda sección del debate.

Interesa destacar que el debate sobre la pena, llevado a cabo de acuerdo a todos los principios que rigen el debate sobre la culpabilidad y las formas que son su consecuencia, adquirirá así realmente importancia, la misma que hoy se le concede a este último. En el tema de los principios, habrá que admitir que la publicidad de la audiencia podrá registrarse durante el debate sobre la pena.

4. Nuestra Constitución Nacional

La Constitución Nacional por sí misma, en función de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina sin más que lo único que puede ser objeto de una sanción son las acciones, previamente descritas en una ley, que resulten dañinas o al menos peligrosas para ciertos bienes que se declaran valiosos.

En suma, la pena solo podrá ser catalogada como legítima a la luz de estos imperativos constitucionales si es respuesta a la realización de un acto y no de características personales de un autor. Ante ello, no cabe sino coincidir con los autores que establecen que la medida adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial o general, que impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del Estado. En suma, una aplicación del derecho que respete el principio de prohibición y sanción de acciones exclusivamente no podría permitir que se impusieran montos de penas superiores a la medida que se considere adecuada al injusto cometido, independientemente de qué criterios de prevención pudieran operar como pautas atenuantes o aún eximentes de la sanción.

5. Nuestro Código Penal

El art. 40 CP prescribe que, para determinar la pena dentro del marco penal señalado por cada figura legal, deben tomarse en consideración las circunstancias atenuantes y agravantes particulares de cada caso. Por su parte, el art. 41 CP brinda las pautas que deben valorarse.

Esta última norma enumera en forma **no taxativa** cuáles son los criterios decisivos al momento de fijar la pena. Se trata, por consiguiente, de una enumeración enunciativa y explicativa que no excluye uno solo de los elementos referentes a la persona o al hecho dignos de ser considerados.

La técnica legislativa empleada en estas dos normas legales ha llevado a que autores como Núñez sostuvieran que los arts. 40 y 41 CP nada dicen acerca del criterio con que los jueces deben elegir la pena.

Por su parte, Soler explicaba que el primer inciso del artículo 41 sentaba pautas de tipo objetivas —relativas al hecho— y el segundo, de tipo subjetivas —relacionadas con la personalidad del autor—.

En la actualidad, autores como Patricia Ziffer consideran que esta separación no puede ser sostenida de manera tan radical pues aun cuando es el primer inciso el que se refiere al ilícito, la existencia de contenidos subjetivos que inciden en la determinación de su gravedad hacen imposible mantener una división de este tipo. Ziffer hace una relación con el art. 46, inc. 3, CP alemán, y nos dice que aquella contiene una disposición que, en lo que hace al proceso de la determinación judicial de la pena, dispone que las “circunstancias que por sí mismas constituyen un elemento del tipo legal” no pueden ser consideradas en la determinación de la pena. La prohibición de la doble

valoración juega un papel determinante en el proceso estudiado, ya que no se permite que aquéllas circunstancias que se hallan contenidas en el tipo legal y que, con ello, han contribuido a co-determinar la magnitud de la pena, vuelvan a ser consideradas en la formación concreta de la medida de la pena.

Si bien nuestro Código Penal no tiene una disposición como la prevista en la legislación alemana, es necesario que se la considere vigente. De alguna manera se la encuentra por el hecho de que a los tipos generales se los deja de lado cuando la conducta encuadra en un tipo especial, por reunir en el mayor cantidad de características de las contenidas en la descripción inmersa en el tipo. En efecto, la prohibición de la doble valoración se fundamenta en que el legislador, al decidir acerca del marco punitivo aplicable a un tipo penal, ha solucionado de manera general cuáles son los factores que agravan la ilicitud y la culpabilidad y, por tanto, no puede ser valorada en una nueva oportunidad. En palabras de Maurach: "...Allí donde un elemento carezca de todo valor expresivo del contenido de ilicitud y de culpabilidad del hecho individual, debido a su incorporación general al marco punitivo, es improcedente su consideración en cuanto factor de medición judicial de la pena". Para graduar la pena, el juez debe prestar tanto atención al tipo del ilícito como al tipo de la culpabilidad.

Cuando el art. 41 CP enuncia, como circunstancias relevantes para la determinación de la pena, la calidad de los motivos que determinaron al autor a cometer el delito está haciendo referencia a uno de los contenidos de la culpabilidad. La letra del art. 41 CP es clara. Al momento de evaluar cuáles fueron los motivos que impulsaron al autor de un delito a cometerlo, debe tomarse en cuenta la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio o de los suyos. Generalmente, una situación económica apremiante, cuando fue la que condujo a la realización de un delito contra la propiedad, será considerada como un factor que disminuye el reproche penal. Como dijera Zaffaroni, no es lo mismo quien robó pan que quien quebró fraudulentamente una empresa. Por el contrario, cuando el autor de un delito actuó movido por sentimientos de odio, codicia, con placer ante un delito contra la vida o integridad física de una persona, la doctrina es conteste en valorar este tipo de motivaciones en contra del imputado, es decir, agravando el reproche penal.

El art. 41, inc. 2, CP hace mención a la personalidad del autor como un aspecto de particular importancia al momento de graduar la pena. A las circunstancias personales del autor pertenecen, entre otras cuestiones, su

edad, su estado de salud, su sexo, su inteligencia, su educación. Su posición profesional y social. Esta enunciación demuestra que el problema que aquí se plantea se relaciona con el tratamiento igualitario de los casos llevados a estudio. Al igual que los otros factores enunciados en este inciso, se plantea la cuestión de si estos factores son relevantes solo desde el punto de un enfoque de la prevención especial o si también entran en consideración para determinar, en cualquier caso, el monto de la pena a aplicar. Es decir, si el juez puede justificar o fundamentar tal o cual pena en una característica específica de su personalidad, estaría en presencia de la teoría de la prevención especial y nos llevaría a determinado monto de pena como el adecuado, seguramente muy diferente a si pensáramos en aplicar una teoría de prevención general. Este es uno de los puntos de contradicción en donde el juez se encuentra, dada la actual individualización legislativa. Asimismo, podría llegar a discutirse si las consideraciones de las características personales del autor deben influir o no en la determinación de la pena, ya que, si así se hiciera, se permitiría el análisis de la personalidad del autor, circunstancia que no debería ser objeto de ningún juicio de valor.

Sin embargo, pensamos que, aún en un derecho penal de acto, sería imposible no considerar determinados aspectos de la personalidad del autor ya que ellos, es indudable, inciden en la realización de su ilícito. Esto rige especialmente para la cuestión relativa al posible efecto agravante de una elevada posición profesional o social del autor cuando ella fundamenta deberes incrementados sobre el bien jurídico lesionado.

En síntesis, la situación personal del autor —su nivel de instrucción, su origen social, su estructura familiar— resulta determinante para poder establecer si él pudo ser más prudente, si pudo conocer la antijuridicidad de su hecho o si, por ejemplo, era capaz de motivarse en la norma y actuar conforme a ese conocimiento.

Por otro lado, algo muy importante que solo enunciaremos, dado que sería estudio específico de otro trabajo, es la cuestión de los antecedentes personales, que dan lugar al instituto de la reincidencia. Si nos posicionamos en una concepción estricta del principio de culpabilidad, debe dejarse fuera de análisis toda valoración relativa a la conducta precedente del autor. Esta fórmula impide que se agrave la pena del autor de un delito por su carácter o conducción de vida. La sección más relevante de la vida previa del autor son sus condenas anteriores. Quienes sostienen lo contrario aciertan dando un buen fundamento: los antecedentes y condiciones

personales —edad, educación, composición familiar— permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación. Un supuesto interesante de tratar es aquél que prevé la posibilidad de atenuar la pena al infractor de una ley, tras considerar que tuvo —antes del hecho— una buena conducta. ¿Sería ésta una actividad legítima? He de señalar que, a un planteo que legitime agravar o atenuar el castigo en función de una conducta anterior al hecho puede oponérsele un argumento de gran peso: la ausencia de condenas anteriores no conforma por sí sola una circunstancia atenuante.

La regla podría ser formulada de la siguiente manera: desde la óptica del ilícito y de la culpabilidad, la conducta precedente solo puede ser considerada en tanto y en cuanto se refleje en forma directa en el hecho.

La reincidencia agrava la pena no porque agrave el delito cometido, sino porque al autor lo hace merecedor de una pena mayor que la normal. Según unos, porque esa pena es insuficiente en relación con su sensibilidad; según otros, porque la recaída del autor en el delito a pesar de la condena anterior demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor peligrosidad delictiva. Este es el criterio de nuestro Código Penal actual, que, sin embargo, en el Anteproyecto de reforma varía.

6. Aportes del Anteproyecto de Reforma del CP 2006 (Base del proyecto 2013 que se está gestando en estos momentos)⁽³⁾

El Anteproyecto del 2006, que es la base del actual que aún no se da dado a conocer, por eso vamos a tomar como referente de las incorporaciones que nos aportar al tema que estamos tratando, dicho proyecto utiliza una técnica que facilita la interpretación y aplicación de la ley, delimita el ámbito de lo punible a partir del bien jurídico reconocido y especialmente de la lesividad de los comportamientos. Asimismo, procura concentrar la persecución penal en aquellas conductas delictivas verdaderamente relevantes, facilita la reducción de la sobrecarga para los órganos de persecución penal y el sistema penitenciario a través de una despenalización moderada de conductas de bagatela o en situaciones donde el conflicto ha sido superado el proyecto encara la reforma del sistema de consecuencias sobre

(3) En virtud que esta disertación fue presentada en el "XIII Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal", realizado los días 4 a 6/09/2013. El apartado que sigue fue redactado con anterioridad al 10/12/2013, fecha en que se concluyó el Anteproyecto de Código Penal de la Nación: de allí que puedan notarse cierta desactualización entre lo dicho en esa oportunidad y ahora, momento de su publicación.

la base de las líneas directrices que se relacionan sintéticamente a continuación. Se establece claramente que la condición común e imprescindible para la aplicación de las penas y también de las llamadas medidas y de las consecuencias accesorias, es el *delito cometido*. Cuanto menos, en el caso de las llamadas medidas, es necesario comprobar un ilícito penal. De ello surge el criterio de **proporcionalidad**: concebida la culpabilidad como límite de la pena; la pena (del hecho ilícito) que hubiere correspondido al ilícito penal cometido como límite definitivo de la medida. Se prescribe que la determinación, ejecución y control de las penas y medidas, debe ser competencia exclusiva de los jueces (**principio de judicialidad, art. 7°**). En ese sentido se amplían incluso las facultades judiciales (art. 8°, 9°, 26 y 27). Se apunta así a fortalecer la intervención y, consecuentemente, la responsabilidad judicial.

Si condición común de las penas y de las llamadas medidas de seguridad y mejoramiento es el delito; **el fundamento y límite de la pena es la culpabilidad (art. 8°)**. La culpabilidad aparece así como claro límite a la pena. Esta cuestión debe resaltarse porque en la fundamentación de la determinación de la pena, además de la naturaleza y gravedad del hecho, el lugar central es ocupado por la culpabilidad. Se trata de evitar la descalificada (por la doctrina) ideología tarifaria, esto es, la mecanización por la cual la actividad de determinación quedó en alguna medida automatizada: el juez comprobaba el injusto y luego aplicaba una tarifa.

Congruentes con los principios constitucionales y dada su comprobada inutilidad, se suprimen las penas perpetuas (lesivas a la intangibilidad de la persona y constitutivas de una *capitis diminutio*) y

la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena (que afecta la legalidad y proporcionalidad de las penas y el principio de culpabilidad). Se reduce la pena privativa de libertad a la prisión (eliminandose la reclusión —de origen infamante— en consonancia con la posición mayoritaria de la doctrina, la reforma de la ley penitenciaria nacional y recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), se suprime la pena accesoria de inhabilitación que regulaba el art. 12 del CP, como resabio de la muerte civil y en consonancia con la prohibición de doble punición se **deja sin efecto el instituto de la reincidencia** y multi-reincidencia, junto a todos los efectos agravantes de la primera —tanto penales como procesales—, como la posibilidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado que se conminaba para la segunda.

Esos lineamientos se corresponden, por un lado, con el mandato constitucional de respeto a los derechos fundamentales que debe mantenerse siempre y, especialmente, en los momentos de crisis, porque es allí donde encuentran mayor sentido y justificación. Por otra parte, se corresponden también a una mayor operatividad y utilidad social.

En base a ellos, en relación a las penas se establece, como se ha señalado, que éstas deben ser **proporcionales al ilícito cometido y a la culpabilidad del autor (art. 8°)**. No puede haber pena que vaya más allá de la culpabilidad. Sin embargo, el juez podrá eximir de pena o determinarla por debajo del mínimo en los supuestos de insignificancia (atendiendo al principio de lesividad) o en los casos llamados de pena natural.

Se reforma todo el sistema de la pena de prisión. Se propone su utilización para hechos graves y para delitos de menor gravedad se proyectan una serie de posibilidades alternativas al encierro e incluso, antes de la condena, la suspensión del proceso a prueba. Se regulan así una serie de alternativas consistentes en la detención de fin de semana, el arresto domiciliario, la prestación de trabajos a la comunidad, el cumplimiento de instrucciones judiciales, la multa reparatoria, la prohibición de residencia y tránsito y la obligación de residencia (arts. 18 a 25). Con ello se da cumplimiento además a las recomendaciones de Naciones Unidas de introducir medidas no privativas de la libertad que constituyan otras opciones y posibiliten reducir la aplicación de la prisión.

Precisamente, en el convencimiento de que la función de asegurar el juicio es excluyente del estado, al regular el cómputo de prisión preventiva (convertida hoy en la respuesta principal del sistema penal a pesar de la presunción de inocencia), se prescribe que la detención o prisión preventiva sufrida por una persona que resulte absuelta o sobreseída le dará derecho a ser compensada por el Estado.

En este último punto se ve reflejada la gran importancia que se debe dar a la afectación que sufre una persona sometida inútilmente a la privación de su bien más preciado...la libertad, y la gran responsabilidad del juez al disponer dicha pena.

7 . Conclusiones

Sin lugar a dudas, la tarea del juez es la más difícil y comprometida de todas las que le toca administrar al derecho penal.

Si pensamos en el fin de la pena, la pena no es más que una consecuencia directa del hecho de cometer un ilícito culpable. Todos los fundamentos que

tienen que ver con la prevención, ya sea general o especial, han fracasado en la práctica, a pesar de ser realmente brillantes en lo abstracto. A diferencia de lo que el común de la gente actualmente cree, se ha demostrado que el aumento del monto de las penas no produce, en los potenciales delincuentes, ninguna inhibición, es decir la amenaza de sufrir males mayores no disminuye la delincuencia, es decir fracasa en este sentido la prevención general.

La letra de nuestra Constitución es poesía cuando nos dice lo que las cárceles deben ser, tan diferentes a lo que en realidad son. Allí también fracasan las llamadas "teorías re" —las que con la pena buscan la readaptación, la resocialización, etc.—, como objetivos imposibles de alcanzar por muchos y diferentes motivos, fracasando así también un perseguido fin de prevención especial de la pena. Así, podría decirse que solo la prevención especial negativa —o sea, la de neutralizar al delincuente—, es la que de alguna manera alcanza su objetivo, pero así estamos hablando de lo que en algún punto consideramos superado, que sería la cosificación del ser humano, aislándolo como inadaptado, creyendo que se trata de ciudadanos de segunda, postura que es insostenible en nuestros tiempos.

Pero, ¿todas las construcciones de los fines de la pena no nos sirven? No, tampoco decimos eso, sino que ninguna de ellas, entendida como autonomía, alcanza. Básicamente, debemos recurrir a objetivos que puedan cumplirse, es decir, que no queden en teoría. Importancia máxima tiene la determinación de la pena, dado que la duración de la misma impacta de manera profunda en el individuo. Que el juez actúe con elementos y fundamentos racionales, que la justifique en toda su extensión. Considero que debería incluirse un análisis psicológico del imputado a fin de que el juez actúe teniendo conocimientos no solo pertenecientes al ámbito normativo.

La postura de Maier, que nos propone hacer, partiendo de la **cesura**, un doble análisis con iguales condiciones de garantías e importancia, en cuanto al análisis de la culpabilidad y de las condiciones para determinar la pena, que en definitiva es lo más trascendental en cuanto afectación al sujeto, de todo el proceso, me parece lo más acertado. Aunque muy lejos de realizar en la práctica cotidiana.

Si nos preguntamos qué sería necesario para lograr este sistema en nuestra legislación, nos damos cuenta prontamente que es altamente difícil de practicar, por razones de índole material, muchas veces el abarrotamiento de causas y la escasez de recursos humanos, termina por mecanizar lo que en otras condiciones sería analizado mucho más profundamente.

Me parece importante que se incorpore la etapa de conocimiento psicológico profundo del imputado antes de la determinación de la pena, que los psicólogos y profesionales de la rama sean oídos por el juez a fin de realizar un análisis que lleve a una pena particular y específica, y no como alguien dijo ya, una pena tarifaria. El juez no debe imponer penas basadas en percepciones subjetivas, sino en el derecho del imputado de ser penado acorde a la particular situación del hecho concreto y de la culpabilidad del mismo. Creo que el Código se equivoca profundamente cuando nos habla de **peligrosidad**. Considero que eso es lo mismo que hacer futurología, salvo en el delitos sexuales, que los considero patologías. Pero creer que una persona es peligrosa por poseer ciertas características nos lleva al absurdo de creer que necesariamente el sujeto va a repetir su accionar.

La reforma trae consigo horizontes de cambios muy favorables en lo que respecta a la determinación de la pena, poniendo en claro principios como la proporcionalidad, que otorga certeza en cuanto a límites de la pena. Respecto a la reincidencia, que a mi entender es violatoria del principio de prohibición de doble valoración, también es un paso importante hacia un derecho penal que respete la Carta Magna y los convenios Internacionales de rango constitucional.

Debemos seguir avanzando hacia un derecho penal mínimo, que deba intervenir solo en última instancia, y que los jueces impongan penas en torno a una apreciación objetiva, que no sea azaroso el monto de la pena sino racional, para lograr de esta manera cumplir con el rol contenedor del poder punitivo del Estado.



PONENCIA

El principio constitucional de razonabilidad en la regulación legislativa de las escalas penales

ESTEBAN IGNACIO VIÑAS⁽¹⁾



Resumen. A raíz del influjo de la criminología mediática y la creencia, errónea —promovida en ciertos medios y discursos políticos—, que el incremento de las escalas penales es la solución mágica para la inseguridad, asistimos en los últimos tiempos, a un proceso legislativo en el que se ha deteriorado la coherencia sistemática de las sanciones previstas, en abstracto, para algunos delitos, en relación con la jerarquía de bienes jurídicos que el propio Código Penal y las leyes complementarias contienen y el resto de las provisiones punitivas. Entonces, se hace necesario, defender la vigencia del principio constitucional y la garantía de razonabilidad, para lo cual propongo la inclusión de una previsión expresa en el plexo constitucional.

(1) Profesor titular de Derecho Penal Parte General de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad FASTA (Fraternidad de Asociaciones Santo Tomás de Aquino), Mar del Plata.

1. Limitación del poder punitivo en función del principio constitucional y garantía de razonabilidad

1.1.

En un Estado democrático y social de derecho como el que, a partir del nuevo contrato social nacido en 1994, se concibió para la Nación argentina, la construcción del sistema de comprensión del derecho penal presupone una decisión política que la condiciona:

... El sistema es un medio no un fin en sí mismo. Con el método jurídico se construye el sistema del derecho penal (...) para ser aplicado por la agencia jurídica con ciertos objetivos políticos, como el de acotar y reducir el poder punitivo. Por eso la coherencia interna del sistema (su no contradicción) es un requisito de racionalidad (regla metodológica) necesario pero no suficiente, pues la verificación de la corrección del sistema no dependerá sólo de que no sea contradictorio. Por muy coherente que sea, no será válido si contradice los principios limitadores que le impone la previa decisión política sobre la función que el sistema debe cumplir...⁽²⁾

En sintonía con lo expuesto, Nicolás García Rivas, con citas de Marino Barbero Santos, dijo que:

... el Derecho Penal es, por su naturaleza, un instrumento político y de utilidad social de primer orden, expresando el conflicto entre el individuo y la autoridad estatal, o si se prefiere, entre el particular y el orden social-jurídico imperante, que se presenta como un medio de represión del individuo[... la relación es asimismo conflictiva porque intrínsecamente unido al Derecho Penal, aparece **el problema de justificación y limitación, reclamando en todo momento una exigencia ética, que debe ser satisfecha del mejor modo posible.** En este orden de cosas, las Constituciones de la posguerra han ejercido una **saludable función de racionalización, dando forma jurídica al código de valores imperante**, lo que ha permitido relajar la tensión a la que me he referido...[y señaló que] ... en cuanto parcela del ordenamiento, el Derecho Penal se apoya —como cualquier otro— en

(2) ZAFFARONI, E. R. ALAGIA, A y SLOKAR A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2005, pp. 96/121.

esa referencia valorativa que la norma fundamental ofrece, de manera que bien puede hablarse, con Arroyo, de “un Programa Penal de la Constitución”, es decir, de un conjunto de postulados político criminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que ha de aplicar(...) El Programa Penal de la Constitución sirve de partitura para la composición de los límites en el ejercicio del *jus puniendi* estatal...⁽³⁾

1.2.

Sin duda que una de las elaboraciones dogmáticas de derecho constitucional y humanitario más exquisitas del último siglo acerca del **sistema garantista del derecho penal**, se le debe al jurista italiano Luigi Ferrajoli,⁽⁴⁾ quien enunció diez principios o reglas elaboradas por el pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII, que tuvieron acogida en las constituciones de los Estados y que, funcionando ordenada, conjunta y sistemáticamente, definen el modelo **garantista de derecho penal**, del cual derivó otros 42 principios, entre los cuales incluyó —dentro del ámbito de lo que conocemos como razonabilidad— los de **proporcionalidad y equidad de las penas**.

Entre nosotros, también se ha concebido un vademécum de principios constitucionales fundantes del sistema garantista y minimalista de derecho penal. Así, Alberto Binder⁽⁵⁾ menciona como excluyentes de la ilicitud penal a los de **proporcionalidad y coherencia del sistema normativo** y, puntualmente como limitador o inhibidor de pena, el de **proporcionalidad**.

De un modo bastante semejante, Zaffaroni, Alagia y Slokar⁽⁶⁾ expusieron, dentro de los denominados principios limitadores derivados del sistema republicano de gobierno, los principios de acotamiento material: 1) de proscripción de grosera inidoneidad de la criminalización; 2) de proscripción de grosera inidoneidad del poder punitivo, y 3) de limitación máxima de la respuesta contingente.

(3) GARCIA RIVAS, NICOLÁS, *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, Universidad Castilla-La Mancha, 1996, pp. 43/45, el resaltado es mío.

(4) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mahino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés (trads.), 3ª ed., Madrid, Trotta, 1995.

(5) BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.

(6) ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, op. cit., nota 7, pp. 97/98.

2. Razonabilidad y proporcionalidad

Son principios que permiten, por un lado, examinar si los fines que el legislador ha tenido en cuenta para prever un tipo penal no implican abrogar un derecho constitucionalmente reconocido o son absurdos (art. 28 CN)⁽⁷⁾ o si la sanción que se legisla, en abstracto, para determinada ilicitud, no resulta desproporcionada al grado de afectación del bien que ella misma pretende proteger, lo que debe ser analizado no solo en función del bien que abarca a dicha figura, sino también en comparación con la escala de valoración de aquellos a los que el ordenamiento jurídico les ha dado mayor entidad (ver arts. 1º, 28 y 75, inc. 22, CN; 5.2 y 7.3, CADH y 9.1 PIDCyP).

Ferrajoli señala con justeza que

... el hecho que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez, en relación con la naturaleza y gravedad del otro...⁽⁸⁾

Partiendo de la heterogeneidad entre uno y otro elemento (conducta y sanción), el mismo autor reconoce que el problema de tal proporcionalidad es una cuestión de justificación externa, sujeto a criterios no puramente numéricos, sino pragmáticos, pero remarca que estos deben estar

... basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la cantidad y calidad de la pena adecuada a cada delito. De ello se sigue que el problema de justificación del tipo y medida de la pena aplicables en cada caso, como por lo demás (...) el discutido de los límites máximos de pena sea cual fuere el delito cometido, **es un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa...**⁽⁹⁾

(7) Bien enseñan Zaffaroni, Alagia y Slokar, al tratar los principios derivados del sistema republicano y acotamiento material razonable, que hay casos en los que la intervención del sistema punitivo es "burda" —prohibir venta de aceites fiambres para evitar el colesterol— o "groseramente inidónea" —porque existe otro modo de solucionar el conflicto—.

(8) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, op. cit., p. 398, 1º párr.

(9) *Ibid.*, 3º párr.

Más específicamente, al referirse Ferrajoli a la predeterminación legal de la pena, afirma que, sea que el legislador adopte el criterio objetivo —por la gravedad del delito— o el subjetivo —por la culpabilidad que asigna al injusto— “... la adopción de alguno de esos criterios, así como el criterio de su equilibramiento, requiere decisiones basadas en opciones de valor...” pues el mismo autor señala, a continuación, que en un sistema donde imperen los principios de lesividad y culpabilidad, “... deben acogerse ambos criterios y, entonces, el problema es el peso que ha de asignarse a cada uno de ellos”.⁽¹⁰⁾

Pero además, respecto de los límites punitivos de una misma legislación —lo que yo denomino **límite intrasistemático de las penas legales**— el jusfilósofo romano sostiene que “... es injustificado un límite mínimo que anule la eficacia preventiva de la pena en relación con los delitos, **pero también lo es del mismo modo un límite máximo que anule la justificación en relación con los mayores castigos prevenidos por la misma...**”. Y, aunque no puede afirmar una comparación precisa, sí reconoce que se trata de una orientación al legislador, y que consideradas todas sus premisas desde un punto de vista histórico y sociológico,

... esas opciones sirven para conformar una especie de escalas de penas y, por consiguiente, de los bienes penalmente protegidos por un determinado ordenamiento. La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales, escribió Rudolf Lhering, de suerte que el sistema de penas señala la escala de valores históricamente determinada por una sociedad dada (...) Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otra, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma

(10) *Ibid.*, p. 400.

pena, o peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo...⁽¹¹⁾

Silvestroni⁽¹²⁾ afirma que la reacción punitiva debe contenerse racionalmente, pues su naturaleza intrínsecamente mala hace nacer diversos principios limitativos, dirigidos a minimizar el ámbito de injerencia del sistema penal sobre las libertades individuales, los que introducen en el proceso interpretativo de la ley penal, previo a su aplicación, un **marco de sentido común, de coherencia y razonabilidad**.

Recurrir a una reacción penal irracional no previene, ni repara nada y, peor aún, puede generar mayor violencia, por lo que un derecho penal irrazonable, innecesario o desproporcionado, no es ninguna solución para el conflicto social, ni trae aparejada la tan ansiada paz de la comunidad. Esto se vincula, necesariamente con la escala punitiva prevista en la ley para los delitos, en abstracto.

Según Juan Francisco Linares,⁽¹³⁾ existen dos criterios de razonabilidad jurídica frente a los cuales debe analizarse la validez constitucional de las leyes: la razonabilidad en la selección de los antecedentes y la razonabilidad en la ponderación entre antecedente y consecuente de la norma. El primer criterio hace a la consideración de los distintos supuestos de conducta punible que tornan aplicable la sanción que la norma prevé.

Un sistema constitucional garantista, como el que prevé nuestra Carta Magna, deslegitima el ejercicio abusivo (irrazonable) del poder punitivo estatal que no se inspira en valores reconocidos en aquella.

Asimismo, el examen de razonabilidad de la ley penal, como hemos dicho ya, no se limita solo a valorar si una conducta punible vulnera de algún modo bienes jurídicos, sino que también debe tener en cuenta el grado de intensidad de la respuesta —de la sanción—, en comparación con

(11) *Ibid.*, p. 401 2^{do} párr., y 402 1^{er} párr.

(12) SILVESTRONI, MARIANO H., *Teoría Constitucional del Delito*, Bs. As., Del Puerto, 2004. Coinciden ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, op. cit., p. 113/15, BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios constitucionales del derecho penal*, Bs. As., Hammurabbi, 1999; FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, op. cit.; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997; ROXIN C., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos*, D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. Vicente Remesal (trads.), Madrid, Civitas, 1997; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vols. 1 y 2, Barcelona, Bosch, 1978, entre muchos otros.

(13) LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2^{da} ed., Bs. As., Astrea, 1989, pp. 115/116.

aquella afectación, esto es, su proporcionalidad. Y esta debe mensurarse, respecto al bien que cada figura protege, tanto intrínsecamente como externa o sistemáticamente, esto es, en comparación con las de aquellas figuras que protegen a los bienes considerados de mayor valor.

En función de este pensamiento, el mencionado jurista cordobés enseñó que la razonabilidad —por la proporcionalidad entre pena y delito— se refiere a “... la adecuación entre los fines comunitarios y estatales perseguidos y la intensidad de las restricciones de los derechos padecidos por las personas...”. Incluso, como expusiera Bacigalupo,⁽¹⁴⁾ desde la irrazonabilidad de la ley penal es posible arribar a la afectación del principio de culpabilidad, puesto que no puede exigirse al ciudadano que se motive según una norma que tenga ese defecto.

Gloria P. Lopera Mesa explica que el juicio de proporcionalidad de la pena, entre otras, comprenda “... la comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza (...) en el propio ordenamiento (...) de modo que la afectación de derechos (que implica la pena) se considerará especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida (...) en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad...”⁽¹⁵⁾

En definitiva, como sostiene con acierto Silvestroni,⁽¹⁶⁾ este principio nos permiten: acotar el ámbito de prohibición de la norma penal, en función de la gravedad de su consecuente y de una razonable interpretación de su sentido normativo, y declarar la inconstitucionalidad cuando no existe la posibilidad de razonabilizar la norma mediante la acotación de su radio de alcance.

La razonabilidad y proporcionalidad de las penas se vincula, así, con el sentido de justicia.⁽¹⁷⁾ De allí que, cuando el sistema punitivo viola esta regla/garantía, es porque aquel responde más a juegos de venganza o, peor aún, de poder.

(14) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios constitucionales...*, op. cit., p. 138.

(15) LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, “Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales”, en *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, n° 8, Perú, Palestra, 2010, p. 173.

(16) SILVESTRONI, MARIANO H., *Teoría Constitucional...*, op. cit., p. 178.

(17) NINO, CARLOS S., *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 219. En alusión a la injusticia de la pena irrazonable, dice el autor que bien “... puede ser tachada de injusta una medida que reduzca el daño total que la comunidad sufriría sin ella, pero a costa de dañar desigualmente o de imponer inequitativamente cargas sobre algunos de sus miembros...”.

Hoy asistimos a una nefasta influencia de la denominada “criminología mediática”⁽¹⁸⁾ en la que, frente al crecimiento de los delitos contra la propiedad y, en especial, ante casos graves que tienen una morbosa difusión periodística,⁽¹⁹⁾ —más recrudescido en momentos de campaña electoral—, muchos políticos esgrimen como “solución mágica” para el problema de la inseguridad, la elevación de las escalas punitivas de nuestro Código Penal. Y en ese afán de mostrar mayor severidad, no miden el cumplimiento de los principios expuestos precedentemente.

Cuando tal actitud defectuosa se plasma en reformas legislativas concretas, nuestro derecho deja de cumplir su función esencialmente limitadora, y puede terminar por convertirse en medio de exclusión y control social antes que buscar la finalidad de asegurar la convivencia en la sociedad.

3. Dos casos de arbitrariedad/irrazonabilidad en la determinación legislativa de las escalas penales

3.1. La agravante genérica del art. 41 quáter CP⁽²⁰⁾

Este es otro caso de falta de razonabilidad, ahora, en la regulación de una agravante genérica que impone un incremento de la escala penal para determinada forma de comisión de delitos.

El artículo cuestionado prevé: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo”.

Es evidente que el legislador quiso imponer un mayor grado de responsabilidad penal a los adultos que utilizan a los menores para empresas criminales, pero tal como quedó redactada la norma, resultó carente de fundamento racional.

(18) ZAFFARONI, E. RAÚL, *La palabra de los muertos*, Bs. As., Ediar, 2011, p. 365, pp. 365/418. El autor alude a aquella como la “... que poco tiene que ver con la académica (...) que responde a una creación de la realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica...”.

(19) Cuando un hecho criminal se reproduce por distintos medios de manera constante, la población no lo percibe como un único suceso criminal sino en forma exponencial.

(20) T.o. ley 25.767, BO 01/09/2003.

Ello así porque por su redacción cerrada, el artículo cuestionado no permite una interpretación teleológica que posibilite al órgano juzgador discriminar en qué casos debería aplicarse y en qué casos no. En efecto, lo arbitrario es que, según la norma, **siempre que exista un menor junto a un adulto durante la comisión de un delito, el último debería cargar con la agravante, sin importar el grado de dominio del hecho o de la voluntad de cada uno.**

Es así que, frente a la norma criticada, el juez no podría diferenciar aquellos casos donde es evidente que el menor, tanto por sus antecedentes de infracción a la ley, como por el tipo de intervención que le cupo en el hecho, no solo no ha sido influenciado por el adulto (coautor) sino que fue quien protagonizó un liderazgo y un impulso criminal mayor —dominio del hecho—, de los otros en los que sucede lo contrario. Y es evidente que si bien en el último la aplicación de la agravante en cuestión resulta indiscutible, en el primero resulta totalmente lo inverso.

Consecuentemente, la norma termina siendo injusta, pues, para mí, la ley debe garantizar el trato diferente en condiciones desiguales, lo que resulta impuesto de los preceptos constitucionales nacional (art. 16 CN) y provincial (arts. 10 y 11 CPBA), y las convenciones internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN). Y si no es posible contemplar situaciones que permitan exceptuar su aplicación, se contraviene el principio de razonabilidad que preserva el valor justicia,⁽²¹⁾ de indudable rango constitucional (art. 28 CN).

3.2. Art. 189 bis, inc. 2, párr. 8, CP⁽²²⁾

Este artículo del digesto material prevé, en abstracto, una sanción agravada para el portador de armas de fuego de cualquier calibre, que va de cuatro (4) a diez (10) años de prisión, cuando quien la cometiere "... registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior...".

Más allá de la cuestionada constitucionalidad del incremento punitivo por los antecedentes o por haber realizado el hecho estando excarcelado o eximido de prisión —lo que excede este trabajo—, tengo para mí que dicho *quantum* punitivo **no guarda proporcionalidad con las restantes pe-**

(21) ZARINI, JUAN HELIO, *Análisis de la Constitución Nacional*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1991, p. 196.

(22) T.o. ley 25.886/2004.

nas previstas en el mismo cuerpo normativo en vinculación con el sistema de valoración de bienes jurídicos protegidos que el propio Código Penal argentino contiene.

Los diputados Casanovas y Ruckauf pretendieron justificar la elevación de la pena hasta ese monto, **no en función de los bienes jurídicos que deseaban proteger**, sino con la única finalidad de evitar su excarcelación posterior: "... de acuerdo con el sistema legal vigente, si uno que asaltó a un taximetrero sale en libertad y luego sube al mismo auto con un arma y el taximetrero logra avisar a la autoridad, ese es inmediatamente puesto en libertad..."⁽²³⁾ y agregaron que ese tipo de sanción debía tener por objeto el apartamiento de la sociedad de tal clase de delincuentes.⁽²⁴⁾

Los diputados Barbagelata⁽²⁵⁾, Menéndez de Ferreyra,⁽²⁶⁾ Jorge Vanossi⁽²⁷⁾ y Macaluse⁽²⁸⁾, y los Senadores Ibarra,⁽²⁹⁾ Terragno⁽³⁰⁾ y López Arias,⁽³¹⁾ criticaron con rigor lógico y jurídico tal aspecto del proyecto de ley que estaban debatiendo por entender, por un lado, que con la elevación de las penas no se soluciona el problema de la inseguridad y, por el otro, que este tipo de reformas parciales, asistemáticas e irracionales del Código rompen su armonía y equilibrio.

Coincido con Patricia Ziffer⁽³²⁾ en cuanto a que, si analizamos comparativamente la escala penal que criticamos (art. 189 bis, inc. 2, último párrafo, CP), con otras del mismo Código de fondo que comprometen bienes jurídicos como la vida, "... la gravedad de las penas resulta altamente indicativa que son tratados como verdaderas tentativas de delitos sumamente gra-

(23) "Diario de Desarrollo Parlamentario de la Ley 25.886", en *Antecedentes Parlamentarios de La Ley 2004, "A"*, pp. 940/946, p. 84

(24) Ver al respecto las críticas de ABOSO, GUSTAVO, "Régimen penal de armas de fuego, municiones y explosivos a partir de la reforma impuesta por la Ley 25.886", en *Reformas al Código Penal*, Uruguay, 2005, p. 213.

(25) "Diario de Desarrollo Parlamentario...", *op. cit.*, pp. 949/951, párrs. 233/241.

(26) *Ibid.*, pp. 958/961 párrs. 192/220.

(27) *Ibid.*, pp. 958/961 párrs. 273/284.

(28) *Ibid.*, pp. 932/935, párrs. 245/256

(29) *Ibid.*, pp. 983/984, párrs. 367/374

(30) *Ibid.*, pp. 948/86, párrs. 377/380

(31) *Ibid.*, pp. 986/987, párrs. 381/86

(32) ZIFFER, PATRICIA, "El concurso entre la tenencia de arma de guerra y robo con armas", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año II, n° 3, Bs. As., Ad-hoc, 1996, pp. 331/345.

ves...". Precisamente, de manera coincidente con la autora, el Senador Giustiniani sostuvo, durante el debate parlamentario aludido, que el desequilibrio de penas que resulta de la comparación de la figura agravada en tratamiento con otros delitos principales, "... pone en riesgo el bien jurídico tutelado...".⁽³³⁾

Tal conclusión es correcta puesto que, siendo el delito de portación de armas de fuego un típico delito de peligro —abstracto o concreto según las posturas—, su peligrosidad siempre se vincula con que la portación es puerta para otra ilicitud principal: robo con armas (art. 166, inc. 2, CP) u homicidio (art. 79 CP), entre otros, y de ahí es irrazonable —lógica y jurídicamente— que aquella infracción pueda ser punida con una sanción igual o mayor a la del delito tentado o consumado que le sirve de medio, por la desproporción que implica en cuanto al modo de afectación de los bienes jurídicos protegidos en cada caso (una probabilidad de riesgo para los mismos —en la portación o tenencia— y un menoscabo en los principales).

Del mismo modo, podemos ver que resulta irrazonable castigar la portación de arma de uso civil agravada (art. 189 bis, inc. 2, último párrafo, CP, t.o. ley 25.886), con una pena de 4 a 10 años, cuando un delito en el que se hace uso concreto de dicho instrumento lesivo para la vida e integridad física ajenas, la pena es notoriamente inferior, como sucede con el abuso de armas (art. 104 CP). Y qué diferencias también notamos si, como señaló el Senador Rodolfo Terragno, analizamos su comparación con figuras como incendio (arts. 186 y 188 CP), estragos (art. 187 CP), envenenamientos de aguas, alimentos o remedios (art. 200 CP), entre otros.

La CSJN ha resuelto que **todo ciudadano tiene derecho a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado** (arts. 28 y 33 CN).⁽³⁴⁾

Sobre esa racionalidad de la pena, otra vez nos ilustra el profesor Zaffaroni señalando que consiste en: "que ésta guarde una cierta proporcionalidad con la magnitud del delito (del injusto y de la culpabilidad), para lo cual

(33) "Diario de Desarrollo Parlamentario...", *op. cit.*, p. 987.

(34) CSJN, "Martínez, José Agustín s/ robo calificado s/ causa N° 32.154", 06/06/1989, (Fallos 312:826), voto del Dr. Petracchi, con citas del fallo de la Corte Norteamericana *in re "Solem v Helm"* —USA 277,77 L 2da. edic. p. 637— donde se sostuvo que la Octava Enmienda de la Constitución norteamericana, prohíbe las penas crueles e inhumanas, entre las cuales se comprenden las desproporcionadas con el crimen cometido.

también demanda, por lo general, cierta flexibilidad que posibilite su adecuación en cada caso concreto”.⁽³⁵⁾

Por lo expuesto, no dudo en afirmar que la pena del art. 189 bis, inc. 2, párr. 8, CP es claramente inconstitucional, por violación del principio enunciado en este trabajo.

4. Conclusiones. Propuesta

1. Subordinado al orden jurídico constitucional, el derecho penal se encuentra limitado, entre otros, por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que permiten examinar si los fines que el legislador ha tenido en cuenta para prever un tipo penal no implican abrogar un derecho constitucionalmente reconocido o son absurdos, como así también si la sanción que se legisla, en abstracto, para determinada ilicitud, no resulta desproporcionada al grado de afectación del bien que ella misma pretende proteger, analizado esto no solo en función del bien que abarca a dicha ilicitud, sino también en comparación con la escala de valoración de aquellos a los que el ordenamiento jurídico les ha dado mayor entidad (ver arts. 1º, 28 y 75, inc. 22, CN; 5.2, 7.3 CADH y 9.1 PIDCyP).
2. A raíz del influjo de la criminología mediática, y la creencia errónea —promovida en ciertos medios y discursos políticos— que el incremento de las escalas penales es la solución mágica para la inseguridad, asistimos en los últimos tiempos, a un proceso legislativo que ha deteriorado notoriamente la coherencia sistemática de las sanciones previstas, en abstracto, para algunos delitos, en relación con la jerarquía de bienes jurídicos que el propio Código Penal y las leyes complementarias contienen, y el resto de las provisiones punitivas.
3. Así, por ejemplo, las graduaciones punitivas contenidas en los arts. 41 quáter, y 189 bis, inc. 2, párr. 8, CP, son inconstitucionales por violar el principio de razonabilidad.
4. Propuesta de un agregado al art. 28 de la CN: “Las penas que resulten previstas en las leyes para cada delito en particular deberán guardar correspondencia con la preeminencia de bienes sociales que la legislación penal protege y sus respectivas escalas punitivas. Y las que impongan los jueces deberán corresponder a la culpabilidad del autor por el delito por el que él resulte condenado”.



(35) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 1998, t. V, pp. 112/113.

PONENCIA

Los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”

Estándares constitucionales en materia de privación de libertad en la Argentina

GABRIEL BOMBINI⁽¹⁾



1. Introducción

Esta presentación pretende desarrollar argumentos preliminares para sostener la siguiente tesis: los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, aprobados por Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deben ser considerados por los poderes públicos nacionales, como un **estándar constitucional primordial** en materia de privación de libertad.

(1) Profesor de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho (UNMDP).

Para mantener tal afirmación, me valdré sustancialmente de criterios interpretativos formulados tanto por la Corte IDH como —principalmente—, por la CSJN en el voto mayoritario de la sentencia dictada en el conocido caso “Verbitsky”,⁽²⁾ con relación a la conformación y relevancia de los **estándares internacionales en materia de privación de libertad** que, desde mi punto de vista, deben ser extensibles *ultra tempore* a los “Principios...” mentados.

Con ese objetivo, estructuraré la presentación del siguiente modo. En primer orden, desarrollaré sucintamente la génesis o proceso de producción normativa que precedió a la aprobación de los “Principios...” en el seno de la Organización de Estados Americanos, como así también el sentido propiciado para las mismas.

Inmediatamente después, me encargaré de exponer en términos panorámicos la estructuración general del texto referido y sus contenidos temáticos específicos.

Finalmente, procuraré dar cuenta de la proyección de ese contenido normativo y su aplicabilidad al orden interno nacional, en atención a su consideración como **estándares constitucionales** vinculantes para los poderes públicos constituidos.

Concluyo, en el acápite final, con una recapitulación sucinta y pretendidamente ordenada de las principales afirmaciones contenidas en la ponencia y que resultan sostén argumentativo de la tesis central de la misma.

2. Génesis y sentido de los “Principios y Buenas Prácticas...”

Con fecha 13 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁽³⁾ adoptó los “Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas” (OEA/Ser/LV/II.131 doc. 26), sustentados en los valores de la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales reconocidos por los sistemas regional e internacional de protección de los derechos humanos, y en el reconocimiento del derecho de toda persona privada de su libertad de ser tratada huma-

(2) CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, 03/05/2005, (Fallos 328:1146)

(3) El documento, firmado en Washington, resultó suscripto por Paolo Carozza, en su carácter de Presidente; Luz Patricia Mejía, Primera Vicepresidente; Felipe González, Segundo Vicepresidente; y los comisionados Clare K. Roberts, Víctor Abramovich y Florentín Meléndez, en su carácter de Comisionado Relator sobre las Personas Privadas de Libertad.

namente, con respeto y garantía de su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral.⁽⁴⁾

El proceso de elaboración de estos principios comenzó en el año 2005, bajo el liderazgo de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, incluyendo varias rondas de consulta con gobiernos de los Estados miembros de la OEA, expertos, universidades, agencias internacionales y organizaciones no gubernamentales nacionales, regionales e internacionales, y la realización de un semanario latinoamericano en el que se discutió específicamente sobre la problemática.⁽⁵⁾

El documento viene a fijar una serie de **estándares novedosos y actualizados** en el ámbito internacional, o al menos regional, en materia de priva-

(4) Se menciona que se han tenido en cuenta distintos instrumentos normativos internacionales. Se citan expresamente los siguientes: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y su Protocolo Opcional; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos Adicionales de 1977; Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión; Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

(5) Se trata del "Primer Seminario Latinoamericano sobre Buenas Prácticas Penitenciarias", Buenos Aires, 12 al 16/11/2007. Organizado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y auspiciado por la CIDH, el Ministerio Público de la Defensa, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina contó con la participación de ONGs, universidades y centros académicos, organismos internacionales y 16 gobiernos de la región: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Ver las conclusiones del seminario, que explícitamente se mencionan como insumos de la Relatoría, [en línea] www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/seminario.asp

ción de la libertad, complementando su antiguo precedente de Naciones Unidas “Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos”,⁽⁶⁾ al abarcar toda otra serie de situaciones no previstas en aquella normativa, encaminándose explícitamente hacia el objetivo de “... aportar al proceso de preparación de una Declaración Interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión...”.⁽⁷⁾

El enriquecimiento de la normativa en cuestión se aprecia especialmente para la región latinoamericana, y su texto evidencia la recepción de diversos criterios y resoluciones que paulatinamente han venido fijando los órganos que conforman en **sistema interamericano de protección de derechos humanos**, me refiero en particular a la **Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**.

Específicamente, los principios aludidos permiten visualizar en su contenido, tanto la consagración de unos **principios generales** a los que debe atenerse cualquier privación de libertad desarrollada en el ámbito estatal, aspectos relativos a los **derechos de las personas privadas de libertad**, a las **condiciones de los establecimientos de encierro**, y finalmente a las características de los **sistemas de privación de libertad**.

Sobre la base de estas distinciones, pues, se llevará adelante una exposición panorámica del texto de la resolución, con el objeto de destacar los aspectos medulares de su contenido y los principales problemas que presenta la institución carcelaria en la región latinoamericana.

(6) Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955. ONU Doc. A/CONF/611, annex I, ESC res. 663C, 24 UN ESCOR Supp. (No. 1) p. 11, ONU Doc. E/3048 (1957), amended ESC res. 2076, 62 UN ESCOR Supp. (No. 1) p. 35, ONU Doc. E/5988 (1977).

(7) En este aspecto, se alude a la intervención del Consejo Permanente en seguimiento a la Resolución AG/RES 2283 (XXXVII-0/07), aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 05/06/2007 por la Asamblea General, en la que además de requerir que el Consejo “... considere la posibilidad de preparar una declaración interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión, con miras a fortalecer las normas internacionales ya existentes en la materia, y la factibilidad de elaborar un manual hemisférico sobre derechos penitenciarios, tomando como base las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos...”, se insta “...a los Estados Miembros a que cumplan, en cualquier circunstancia, todas las obligaciones internacionales aplicables de respetar los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión, incluyendo los derechos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como aquellos establecidos en todos los otros instrumentos de derechos humanos de los cuales son parte...”.

3. Estructura, diseño y contenidos del texto normativo

3.1. Problemas centrales y concepto amplio de privación de libertad

Efectivamente, una primera aproximación a la resolución permite visualizar aquellas problemáticas centrales de la privación de la libertad en los países del continente americano, que engloban situaciones de violencia, hacinamiento y la de ciertos colectivos de personas que se presentan como especialmente vulnerables en el ámbito de encierro.⁽⁸⁾ Así, entre las consideraciones para su dictado, se destaca la preocupación por:

- a. la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas;
- b. la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias;
- c. la situación de grave riesgo en que se encuentran los niños y niñas,
- d. las mujeres,
- e. los adultos mayores reclusos en otras instituciones públicas y privadas,
- f. los migrantes, solicitantes de asilo o de refugio, apátridas y personas indocumentadas, y
- g. las personas privadas de libertad en el marco de los conflictos armados.

(8) En este aspecto, la CIDH en su informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de libertad de 2011: ha indicado como aquellos principales problemas de la región los siguientes: a) Hacinamiento y superpoblación; b) deficientes condiciones de reclusión, físicas y relativas a la provisión de servicios básicos; c) altos índices de violencia carcelaria y falta de control efectivo de las autoridades; d) empleo de tortura con fines de investigación criminal; e) uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en centros penales f) uso excesivo de la detención preventiva; g) ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables; h) falta de programas laborales y educativos, y ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso; i) corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria. A su vez, en dicho informe se afirma que: "... la Comisión Interamericana ha constatado que el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad es uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos..." y que la naturaleza de los problemas identificados y antes reseñados "... revela la existencia de serias deficiencias estructurales que afectan gravemente derechos humanos inderogables, como el derecho a la vida y a la integridad personal de los reclusos, e impiden que en la práctica las penas privativas de la libertad cumplan con la finalidad esencial que establece la Convención Americana: la reforma y la readaptación social de los condenados...". De igual modo, han sido los propios Estados miembros de la OEA, en el marco de la Asamblea General, los que desde el año 2006 ininterrumpidamente han venido dictando y aprobando resoluciones observando con preocupación "la crítica situación de violencia y hacinamiento de los lugares de privación de libertad en las Américas", destacando la "necesidad de tomar acciones concretas para prevenir tal situación, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad", y solicitando a la CIDH "continúe informando sobre la situación en la que se encuentran las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión en el Hemisferio y que, tomando como base su trabajo en el tema, siga refiriéndose a los problemas y buenas prácticas que observe".

En el marco de este contexto fáctico los “Principios...” optan por un **concepto** amplio de “privación de libertad”, que trasciende la mera prisionización penal, e involucra a:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.

En este aspecto, se aprecian diversos criterios que permiten englobar el concepto mentado, fijándose como parámetro rector genérico la falta de disposición de la libertad ambulatoria:

- a. se refiere a cualquier forma de detención o institucionalización;
- b. motivada en cualquier tipo de finalidad (asistencial o sancionatoria);
- c. ordenada o controlada jurisdiccional o administrativamente o incluso por cualquier tipo de autoridad
- d. en institución pública o privada
- e. relativa a:
 - infracción (condenados) o presunta infracción a la ley penal (procesados)
 - establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales;
 - para niños, niñas y adultos mayores
 - centros para migrantes, refugiados, asilados, apátridas, indocumentados o instituciones similares.

4. Principios generales

Seguidamente, el documento en cuestión enuncia una serie de **Principios generales** rectores en materia de privación de libertad, identificados como **trato humano, igualdad y no-discriminación, libertad personal, legalidad, debido proceso legal, control judicial y ejecución de la pena, petición y respuesta**, que permiten visualizar la recepción de ciertos criterios jurisprudenciales emanados de la jurisdicción supranacional.

4.1. *Trato humano*

En relación al **trato humano**, amén de la referencia al irrestricto respeto a la dignidad del hombre y el estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se destaca **la posición especial de garante de los Estados** frente a las personas privadas de libertad, su vida e integridad personal, y contra "todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales o colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, o métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona". Otro aspecto relevante en orden a este punto resulta la imposibilidad de evasión de tales responsabilidades por parte del Estado, so pretexto "de estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna u otra emergencia nacional o internacional".

En cuanto a la libertad personal se **prohíbe expresamente la incomunicación coactiva o la privación de libertad secreta** (fuera de los lugares oficialmente reconocidos) por estimarlas formas de **tratamiento cruel e inhumano**.

4.2. *La garantía de igualdad*

Se menciona expresamente la prohibición de cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto, o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad, por

... motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o

cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.

No obstante las que se adopten a favor de la protección de derechos de "... las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías...", y que se apliquen en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y bajo revisión judicial o de autoridad competente.

4.3. Principio de excepcionalidad y ultima ratio

De igual modo, se subraya el **carácter excepcional de la privación preventiva de la libertad**, exigiendo como presupuesto la existencia de mérito probatorio suficiente para su imposición, adecuándose a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia.

Se asienta, asimismo, el **carácter temporalmente limitado, y ultima ratio, especialmente en los casos de privación de libertad de niños y niñas, y de miembros de pueblos indígenas**, con respeto a la justicia consuetudinaria.

En el caso de **personas con discapacidades mentales**, siguiendo la noción de último recurso —fundada en la posibilidad seria de daño inmediato o inminente para sí o terceros—, se indica la adopción de medidas estatales que permitan su gradual desinstitucionalización, la organización de servicios alternativos, y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria.

En este sentido, se impone como imperativo a los Estados miembros de la OEA la **incorporación legal de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad**, de acuerdo con los estándares internacionales sobre derechos humanos, y promoviendo la participación complementaria de la sociedad y la familia.

4.4. Principio de legalidad

En otro orden, fija la vigencia plena del **principio de legalidad** en materia de medidas privativas de libertad, tanto en relación a la previsión normativa —*lex certa, praevia*, ley más favorable: lata legalidad—, como también a su contenido sustancial, acorde con los estándares internacionales fijados por el orden normativo superior, constituido por el derecho internacional de los derechos humanos (estricta legalidad). A su vez, impone como requisito fundamental para su dictado, la satisfacción de los requisitos de competencia funcional y motivación en cabeza de la autoridad emisora, no solo la judicial, sino aun cuando fuera de carácter administrativo.

En vínculo directo con este principio de legalidad, y en particular desde el punto de vista interpretativo, se fija una pauta extensiva de aplicación más favorable de las normas de derechos humanos a las personas privadas de libertad, y la no limitación de otros derechos y garantías reconocidos en los órdenes interno o internacional.

4.5. Debido proceso legal

En torno al **proceso debido legal**, impone la satisfacción de las garantías de acceso a la justicia, en plazos razonables, ante tribunales competentes, independientes, imparciales y preconstituidos legalmente. De igual modo, se indica la necesidad del cumplimiento del requisito de la información inmediata de los motivos de la detención y acusación, y de los derechos y garantías con que cuenta en un lenguaje comprensible o a través de los auxiliares pertinentes, o incluso, en su caso, con representación consular o diplomática. Se subrayan de similar manera las garantías vinculadas a la recurribilidad del fallo, la prohibición de doble juzgamiento, de autoincriminación, y, en general, a la defensa y a la asistencia letrada voluntariamente escogida o subsidiariamente provista por el Estado, con garantía de comunicación suficiente.

En particular se destaca que:

Toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos. En particular, tendrán derecho a presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o inter-

namiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas.

4.6. Control judicial

Este Principio establece el control judicial periódico de las condiciones de privación de libertad, la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, y de la legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos a favor de las personas privadas de libertad; imponiendo a los Estados miembros la obligación de establecer las garantías orgánicas que hagan al control de la ejecución de la pena, en instancias originales y recursivas.

En el caso de las condenas a pena de muerte, en particular, se indica que: “se ajustarán a los principios, restricciones y prohibiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos. En todo caso, se les reconocerá el derecho a solicitar la conmutación de la pena”.

En otro orden, el Principio VII reconoce el derecho de petición individual o colectiva, tanto a las personas privadas de libertad como a terceras personas u organizaciones que puedan ejercerlo, en relación a su situación procesal y —en su caso—, al cómputo de pena, incluso ante instituciones nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.

5. Derechos de las personas privadas de la libertad

5.1. Principios generales

En cuanto a los derechos de las personas privadas de libertad, se sienta como regla general que “... Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad...”

En particular, se reglamentan los requisitos para el ingreso y registro de las personas en los establecimientos de privación de libertad, destacándose la necesidad de poner en conocimiento de los derechos, deberes y prohibiciones que tienen en el lugar de privación de libertad, y la práctica de exámenes médicos o psicológicos practicados por personal de salud idóneo, con la finalidad de verificar y tratar posibles problemas de tal índole o incluso verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas.

5.2. *Derecho a la salud*

A su vez, se consagra el derecho a la salud, definida como

... el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

Se respetan los principios de confidencialidad, de la información médica, autonomía de los pacientes respecto de su propia salud, y consentimiento informado en la relación médico-paciente. Por otra parte, se impone la obligación estatal de coordinación con el sistema de salud pública, especialización en las mujeres y niñas (atención ginecológica y pediátrica), imponiendo que los partos se realicen en hospitales o establecimientos específicos.

En especial, se alude al supuesto en que se permitiese a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad en el interior de los centros de detención, caso en el que se deberá contar con guarderías infantiles con personal calificado, servicios educativos, pediátricos y de nutrición.

5.3. *Derecho a la educación, trabajo y actividades sociales*

Por otra parte, el Principio XIII hace referencia al derecho a la educación, a la enseñanza primaria básica, en coordinación con el sistema de educación pública y la sociedad civil, garantizando la diversidad cultural y las necesidades especiales. También, en forma progresiva, y según la máxima disponibilidad de recursos, se promoverá la educación secundaria, técnica, profesional y superior; y se pondrá a disposición bibliotecas, libros, periódicos y revistas educativas.

Igualmente, se les reconoce a las personas privadas de libertad el derecho a participar en actividades culturales, deportivas, sociales y a tener oportunidades de esparcimiento sano y constructivo, a profesar su culto y religión con plena libertad de conciencia, de expresión, asociación y reunión pacíficas, con participación familiar y comunitaria, y con el fin de promover la reforma, readaptación social y rehabilitación de las personas privadas de libertad.

Se establece también, como derecho de los detenidos, el de trabajar con una remuneración **adecuada y equitativa**. También, con el objetivo de promover la **reforma, rehabilitación y readaptación social** en el caso de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir el ocio en los lugares de privación de libertad. Se estipula la negación del carácter **aflictivo** del trabajo, y del trabajo infantil.

5.4. Contactos con el exterior

El Principio XVIII sienta aspectos vinculados a garantizar el contacto de los privados de libertad con el mundo exterior, a través del derecho de recepción y envío de correspondencia —sujeta a limitaciones compatibles con el derecho internacional—, de visitas periódicas con familiares y representantes legales, y de información a través de los medios de comunicación.

6. Condiciones de encierro

6.1. Medidas contra el hacinamiento

Un aspecto de indudable valor de estos “Principios...” resulta la referencia a medidas **contra el hacinamiento**. En tal sentido, se establece, con tinte reglamentarista, que:

La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes...

A su vez, se fija —con inestimable impacto para la actividad de los órganos estatales nacionales— que la ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas no solo será prohibida **por ley**, la que deberá establecer los mecanismos para remediarlo de modo inmediata, sino que en tanto importe la vulneración de derechos humanos, deberá ser considerada una **pena o trato cruel, inhumano o degradante**.

A su vez, la ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima de tal número, situación que deberá ser suplida por la intervención judicial en caso de falta de previsión normativa. El Estado deberá investigar las razones que lo motivaron como así también determinar las responsabilidades individuales de los funcionarios respectivos, amén de adoptar las medidas tendientes a evitar la reiteración de ese tipo de situaciones.

6.2. Alimentación, agua, condiciones edilicias mínimas

Por otra parte, se consagran —como derechos de las personas privadas de libertad— el derecho a una alimentación suficiente, a la provisión de agua potable, y a un albergue en condiciones de higiene y vestido adecuadas.

En relación a este punto —de trascendencia particular dadas las problemáticas que presentan, en general, los centros de detención en Latinoamérica— se prevén lugares de detención con espacio suficiente, luz natural, ventilación, calefacción, cama individual con ropa apropiada, instalaciones sanitarias higiénicas que aseguren privacidad y dignidad, condiciones de aseo, vestimenta, e instalaciones adecuadas a las necesidades en caso de personas enfermas, con discapacidades, niños, niñas, mujeres embarazadas o madres lactantes y adultos mayores.

6.3. Alojamiento y traslado de personas

En cuanto al alojamiento y traslado de personas, se establecen diversas categorías —de acuerdo al sexo, edad, situación procesal, necesidad de protección de la vida o integridad física, o especiales de atención—, que importan la separación en diversos establecimientos o secciones de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales, por razones de asilo, o infracciones migratorias, sin que —en ningún caso— esa separación pueda justificar discriminación, imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos

o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas.

En lo relativo a los traslados en particular, se estipula que los mismos

... deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso.

Se añade, igualmente, que no deberán practicarse con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública.

7. Sistemas de privación de libertad

7.1. Personal

Por otra parte, se sientan **principios relativos a los sistemas de privación de libertad**, imponiéndose que el personal con responsabilidades de dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia deberá ajustarse en todo momento y circunstancia al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y sus familiares. A su vez, deberán ser seleccionados según pautas éticas y de sensibilidad, capacidad profesional (instrucción inicial y capacitación periódica especializada, con énfasis en el carácter social de la función, derechos humanos, principios y reglas sobre el uso de la fuerza y de las armas de fuego) y adecuación y sentido de responsabilidad. Sean de uno u otro sexo, se observará preferentemente su condición de servidores públicos y de carácter civil (con expresa prohibición de personal policial o de las Fuerzas Armadas que ejerza funciones de custodia directa), en número suficiente y para atender a las necesidades médicas, psicológicas, educativas y laborales, y con la asignación de recursos suficientes, y justa remuneración. Los lugares o secciones de privación de libertad para mujeres estarán bajo la dirección de personal femenino, al igual que las funciones de vigilancia y custodia.

7.2. Uso de la fuerza o violencia

El Principio XXI atiende especialmente a que "los registros corporales, la inspección de instalaciones y las medidas de organización de los lugares de privación de libertad", deberán ser fijados legalmente y obedecer a criterios de **necesidad, razonabilidad y proporcionalidad**, practicados —también para el caso de visitantes—, en condiciones sanitarias y por personal calificado del mismo sexo, y en forma compatible con la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales. Debe darse prioridad a los medios alternativos con equipos tecnológicos y con prohibición expresa de registros intrusivos vaginales y anales.

En torno al **régimen disciplinario**, se establecen los principios de legalidad y control judicial, acorde con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y los principios del debido proceso legal.

Se establece la prohibición —vía legislativa— de las medidas o sanciones de **aislamiento** en celdas de castigo, en particular para las mujeres embarazadas, las madres con hijos convivientes en encierro, y de niños y niñas privados de libertad. Solo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y de último recurso, autorizada y controlada judicialmente, "cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones".

Para el caso de personas con discapacidad mental, se garantizará, además, que la medida sea autorizada por un médico competente, practicada de acuerdo a los procedimientos oficialmente establecidos, y con notificación inmediata a familiares o representantes legales.

Tampoco se admiten las **sanciones colectivas**, ni que los privados de su libertad tengan intervención en las medidas disciplinarias o las actividades de custodia y vigilancia.

En particular, el Principio XXIII, establece las **medidas preventivas para combatir la violencia y las situaciones de emergencia**, enumerándose no taxativamente:

- a. Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas, conforme a los criterios establecidos en el presente documento;
- b. Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal;

- c. Incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos;
- d. Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, a través de registros e inspecciones periódicas, y la utilización de medios tecnológicos u otros métodos apropiados, incluyendo la requisa al propio personal;
- e. Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias;
- f. Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos;
- g. Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción; y
- h. Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos de violencia y de corrupción, conforme a la ley.

En cuanto al **uso de la fuerza u otros medios coercitivos**, será **excepcional, ultima ratio y proporcionado**, solo en casos de **gravedad, urgencia y necesidad**, por **tiempo limitado e indispensable** y para **garantizar la seguridad, el orden interno, la protección de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, del personal o de las visitas**; con **prohibición de uso de armas de fuego o letales al interior de los lugares de privación de libertad**, salvo cuando sea estrictamente inevitable para proteger la vida de las personas, con supervisión de autoridad competente.

A su vez, se establece que

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos realizarán **investigaciones serias, exhaustivas, imparciales y ágiles** sobre todo tipo de actos de violencia o situaciones de emergencia ocurridas al interior de los lugares de privación de libertad, con el fin de esclarecer sus causas, individualizar a los responsables e imponer las sanciones legales correspondientes. Se tomarán medidas apropiadas y se harán todos los esfuerzos posibles para evitar la repetición de tales hechos al interior de los establecimientos de privación de libertad. (El subrayado me pertenece)

El Principio XXIV regula la práctica de **visitas e inspecciones periódicas** por parte de instituciones y organizaciones nacionales e internacionales,

a fin de verificar, en todo momento y circunstancia, las condiciones de privación de libertad y el respeto de los derechos humanos, con acceso a todas las instalaciones, a la información y documentación, y a la entrevista confidencial de los privados de libertad y el personal. En particular se especifica que:

En toda circunstancia se respetará el mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de sus Relatorías, en particular la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, a fin de que puedan verificar el respeto de la dignidad y de los derechos y garantías fundamentales de las personas privadas de libertad, en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. Estas disposiciones no afectarán a las obligaciones de los Estados Partes en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales de 8 de junio de 1977 o la posibilidad abierta a cualquier Estado Parte de autorizar al Comité Internacional de la Cruz Roja a visitar los lugares de detención en situaciones no cubiertas por el derecho internacional humanitario.

8. El carácter de estándares constitucionales en materia de privación de libertad en la Argentina

Ahora bien, el valor jurídico del texto normativo reseñado resulta particularmente controvertido. La caracterización genérica de *soft law*⁽⁹⁾ aplicada al núcleo de disposiciones internacionales en materia de derechos humanos, que no han adquirido procedimentalmente el carácter de convención internacional, los ha reducido, en el entendimiento tradicional, a unas meras pautas interpretativas de deber ser **no obligatorias** para sus destinatarios, es decir, los Estados nacionales.

Desde mi punto de vista, a pesar de las dificultades que puede conllevar en la práctica concreta identificar diferentes impactos sobre la base de esta distinción entre norma convencional y norma de derecho blando como mera fuente interpretativa de la norma internacional, entiendo que —en todo caso— diversos precedentes jurisprudenciales, emanados de la CSJN como así también de la Corte IDH, permiten erigir al cuerpo de

(9) COURTIS, CHRISTIAN, "El caso 'Verbitsky': ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?", [en línea] http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf

principios aludidos en un documento con un valor jurídico relevante, que hace exigibles a los poderes públicos nacionales su efectiva observación y la adecuación de las prácticas de detención a la totalidad de los estándares que de ellos se derivan.

9. La incorporación por vía del art. 18 CN de las “Reglas Mínimas...” de Naciones Unidas

El primer argumento a desarrollar deriva de lo resuelto por la CSJN —voto mayoritario— en el conocido caso “Verbitsky”.

En aquella ocasión, luego de aludir a la imposibilidad de tolerar la agravación indebida del efecto esencialmente aflictivo y deteriorante para la persona institucionalizada de toda privación de libertad, y de reafirmar la obligación y responsabilidad estatal de proporcionar una adecuada custodia de la vida, la salud, la integridad física y moral, se refirió al origen y valor jurídico de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas.

Así, especificó sobre el papel protagónico que le cupo al Estado Argentino en el proceso de elaboración, para posteriormente afirmar:

... Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la CN, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad...

Agregando a su vez, que es deber de la Corte:

...instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros....

Declarando en su parte resolutive que:

... las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención...

(punto 2) [y] ...Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales... (punto 7).

Si bien no deja de ser cierto que al pronunciamiento de la CSJN podrían reprochársele diversas deficiencias o inconsistencias técnicas o argumentales vinculadas a la enunciación asistemática y desordenada de normas y precedentes judiciales de diversa procedencia y rango,⁽¹⁰⁾ y que resulta parco a la hora de dar cuenta de las razones que permiten adjudicar semejante sitial normativo a las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de Naciones Unidas",⁽¹¹⁾ es absolutamente contundente su afirmación en torno a:

- a. su consideración como pauta definitoria del contenido del art. 18 CN, cuando impone el carácter de **sanas y limpias de las cárceles**, y
- b. plenamente exigible a los poderes públicos para llevar adelante una privación de libertad legítima en el marco de un Estado constitucional de derecho.

En esta dirección, Courtis sostiene —sin perjuicio de reprocharle al Tribunal no explicar demasiado— que la CSJN, al realizar diversas referencias a normas y jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos, , incluso a las que menciona como *soft law*, lejos de reducirlo a la mera cita ornamental, les otorga valor normativo, adjudicando jerarquía constitucional y supralegal a los instrumentos internacionales de derechos humanos para armonizarlos y ponerlos en juego en la resolución de una situación de hecho.

Y si bien también es verdad que utiliza reiteradamente la expresión estándares internacionales, sin identificar en concreto a cuáles se refiere, concluye: "... me parece razonable interpretar que los 'estándares internacio-

(10) COURTIS, CHRISTIAN, "El caso 'Verbitsky'...", op. cit.; FILIPINI, L., "Superpoblación carcelaria y hábeas corpus colectivo", en *Lexis Nexis*, n° 2, Bs. As., 2005.

(11) La relevancia de este —y otros— documentos en la materia en tratamiento emerge de diversas fuentes, entre ellas, la Observación general 21, "Artículo 10. Trato Humano de las personas privadas de libertad", UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1992), que en su punto 5, expresa: "Se invita a los Estados Partes a indicar en sus informes si aplican las normas pertinentes de las Naciones Unidas relativas al tratamiento de los detenidos, es decir, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (1957), el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988), el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1978) y los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1982)".

nales’ a los que se refiere la Corte son los explayados en sus considerandos previos, de modo que esta expresión sintetiza, respectivamente lo citado antes en materia de prisión preventiva y de ejecución penitenciaria...”.

Courtis expone, con enorme claridad, un ordenado intento de reconstrucción argumental implícito en las abundantes y desordenadas menciones al derecho internacional que contiene el voto de la mayoría. Así, sugiere el siguiente esquema que es necesario recorrer detenidamente para lograr una comprensión más acabada del orden normativo propuesto:

- a. Las **declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos** —tanto los de jerarquía constitucional como los de jerarquía supralegal— **forman parte del derecho interno, y son directamente aplicables por los jueces locales.**⁽¹²⁾
- b. Cuando los **tratados internacionales** versen sobre materias contenidas en la **parte dogmática de la Constitución** —en materia de derechos constitucionales o fundamentales, por ejemplo—, los **jueces locales deben armonizar la interpretación de las cláusulas del texto constitucional con el de los tratados internacionales aplicables.** Esto puede suponer la ampliación del contenido de un derecho de origen constitucional, dado que en los tratados internacionales hay ejemplos de regulación más detallada, más completa o más protectora de los mismos derechos que en el texto constitucional.
- c. La interpretación del alcance de los tratados internacionales requiere acudir a los **estándares interpretativos generados en sede internacional**, lo que incluye las siguientes fuentes:⁽¹³⁾
 - Instrumentos interpretativos internacionales (soft law) que especifican el contenido de cláusulas insertas en tratados internacionales obligatorios para la Argentina. Entre los instrumentos interpretativos no obligatorios, pero que funcionarían como estándar interpretativo del alcance de cláusulas contenidas en tratados internacionales, la CSJN cita no solo las “Reglas Mínimas...”, sino también el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.⁽¹⁴⁾

(12) En el caso, la CSJN cita cláusulas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura e, indirectamente, de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador.

(13) Reconstruyo aquí el esquema presentado por Courtis con reformulaciones en el orden expositivo acorde con los intereses de este trabajo, pero sin alterar su contenido.

(14) Estos instrumentos son aprobados habitualmente por órganos establecidos por los tratados constitutivos de una organización internacional, como la Asamblea General de Naciones Unidas.

- Interpretaciones de carácter general formuladas por órganos creados por tratados internacionales de derechos humanos.⁽¹⁵⁾
- Recomendaciones u observaciones finales efectuadas por los Comités de supervisión de los tratados del Sistema Universal en el ejercicio de su función de evaluación de los Informes periódicos que los Estados partes están obligados a presentar.⁽¹⁶⁾
- Jurisprudencia emanada de órganos internacionales, en ejercicio de funciones contenciosas, como la de la Corte IDH⁽¹⁷⁾ o la de los Comités del Sistema Universal habilitados para recibir peticiones individuales —el Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité contra la Discriminación Racial, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer—, y también a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁽¹⁸⁾
- Otra jurisprudencia internacional de tribunales de sistemas de los que la Argentina no es parte, como las sentencias de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo peso interpretativo es indirecto por analogía, en la medida en que exista una importante semejanza de la cláusula interpretada por aquel tribunal, y la cláusula de un tratado internacional obligatorio —o del texto constitucional— aplicable al caso.⁽¹⁹⁾

(15) En este punto, el autor referencia que: "... En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el ejemplo más relevante es el de las Observaciones Generales o Comentarios Generales elaborados por los respectivos Comités de supervisión de los tratados de derechos humanos de ese sistema. La Corte cita, a este respecto, las Observaciones Nros. 7, 9, 20 y 21 del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el Sistema Interamericano, un ejemplo de este supuesto es el de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte cita, a este respecto la Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". COURTIS, CHRISTIAN, "El caso 'Verbitsky'...", *op. cit.*

(16) Distingue el autor entre los casos en que las recomendaciones u observaciones se refieren al caso Argentino o de un tercer país, supuesto éste último en el cual para invocar una recomendación u observación final dirigida a un informe de otro Estado parte, es necesario demostrar que existe analogía entre la situación evaluada por el Comité y la situación frente a la que se pretende hacer valer la recomendación u observación. Añade que: "... la Corte cita dos ejemplos del primer caso: las observaciones finales del Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes al cuarto Informe periódico, y las del Comité de los Derechos del Niño al segundo Informe periódico presentados, respectivamente, por el Estado argentino ante ambos Comités".

(17) En el caso "Verbitsky", se cita la sentencia de la Corte IDH "Caso 'Instituto de Reeducción del Menor' vs. Paraguay".

(18) Señala Courtis que, sobre este punto, la CSJN ha sido completamente errática.

(19) Menciona el autor que en el caso se citan tres casos del TEDH *Peers c. Grecia*; *Price c. Reino Unido* y *Kalashnikov c. Rusia*. Allí la analogía vendría dada por las cláusulas del art. 3° del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, referido a la prohibición de tortura y de tratos y castigos inhumanos o degradantes, y los arts. 5°.2 CADH, 7° PIDCP y 1° Convención contra la Tortura, de los que Argentina sí es parte, y que cuentan con jerarquía constitucional.

- Jurisprudencia extranjera —Corte Suprema estadounidense o Tribunal Constitucional español o alemán— que tienen aplicación en idéntico caso que el anterior.

El esquema presentado por Courtis, además de harto clarificador, es compatible, con una salvedad parcial. La CSJN al aludir a las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos”, de Naciones Unidas, les adjudica ser —por vía del art. 18 CN— **el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad**, y, conjugadas en forma coherente con el resto de la normativa constitucional e internacional —por vía de la pauta interpretativa derivada del *principio pro homine*—,⁽²⁰⁾ deben ser obligatoriamente observadas por los poderes públicos provinciales.

Por tanto, y si bien insisto en la parquedad en torno a la expresión “se han convertido por vía del art. 18 de la CN”,⁽²¹⁾ puede inferirse que le ha otorgado un valor jurídico más relevante que el de mera fuente interpretativa de las normas internacionales —según la clasificación antes expuesta—; máxime cuando, explícitamente, exhorta a los poderes públicos provinciales a ajustarse a esos “estándares constitucionales e internacionales”.

Cuando Courtis efectúa una crítica puntual en este tópico al decisorio de la Corte, desliza:

... quiero mencionar un ejemplo de aplicación insuficientemente fundada de la Corte de los instrumentos internacionales que cita. La Corte considera que “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos” de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la CN, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. Esta conclusión se reitera en el consid. 48 y en el punto resolutivo 2. Pues bien,

(20) “... Cabe además señalar que, cuando el material empleado presenta tensiones o incoherencias —entre sí, o con las cláusulas constitucionales en juego— el tribunal debe llevar a cabo una tarea de articulación de ese material, que necesariamente requerirá privilegiar uno sobre otro. En este sentido, cabe señalar que, de acuerdo al propio régimen de interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos —a partir del denominado principio *pro homine* o *pro hominis*— el tribunal debe privilegiar, entre las soluciones posibles, la más favorables a la persona humana...”. COURTIS, CHRISTIAN, “El caso ‘Verbitsky’...”, *op. cit*

(21) Y también en la dificultad de advertir un impacto ostensible, a partir de esta distinción, en su aplicación a un caso concreto, en la medida en que —según indica la Corte— constituyen el estándar al que debe ajustarse toda detención.

la Corte jamás explica esta conclusión. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas data de 1955, y son el instrumento más antiguo de los citados: varios de los documentos de *soft law* de elaboración posterior (como el "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión") las han complementado y actualizado, y constituyen un estándar más moderno para interpretar las cláusulas concretas de tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal. Es difícil saber por qué son los estándares de ese instrumento, y no los de otros más recientes, los que se han incorporado al artículo 18 de la Constitución. La Corte tampoco explica por qué vía se ha producido esa incorporación —el argumento que he ensayado intenta suplir esta carencia. Por supuesto, no pretendo decir con esto que los tribunales argentinos deben ignorar los estándares internacionales: lo que deben hacer es aprender a identificarlos, a comprender su interrelación y jerarquía, y a aplicarlos correctamente...

Como se advierte, endereza el primer tramo de su cuestionamiento —en forma idéntica a como lo hace también la doctrina especializada de Filipini⁽²²⁾ o Salt⁽²³⁾— en lo relativo a su desactualización o, eventualmente, a la desconsideración de otros instrumentos de igual o mayor valor, sin aludir a su valor jurídico intrínseco. En tanto que, recién en una segunda línea argumental, alude a la debilidad del razonamiento cortesano impregnado de cierto dogmatismo, marco en el cual, según su esquema de aplicación

(22) Filipini, además cuestiona que: "... tampoco el Derecho Internacional aplicado ha sido discutido con total prolijidad. Incluso se percibe una tendencia a exagerar la necesidad del Derecho Internacional para fundar la conclusión más o menos transparente de que el hacimiento es inaceptable a la luz del art. 18 CN. No hay grandes explicaciones acerca de por qué las Reglas Mínimas de Naciones Unidas son la mejor interpretación del art. 18 CN, y se ofrece relativamente poco trabajo sobre el texto constitucional. La cita del Comité contra la Tortura parece incluirse a título ilustrativo, sin aclararse si sus conclusiones obligan o no al Estado argentino, o si están siendo consideradas también para fundar la conclusión sobre los hechos...". FILIPINI, L., "Superpoblación...", *op. cit.*

(23) Salt, por su parte, al analizar la vinculación de los estándares escogidos por la CSJN respecto de la Ley Provincial 12.256, expresa: "En realidad, en este sentido la ley provincial contiene en algunos aspectos normas de mayor protección —o por lo menos de igual contenido— que la ley nacional y las 'Reglas Mínimas...' de Naciones Unidas...". SALT, M., "El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial? Certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 12, LexisNexis, 2005, p. 1193.

normativo, quedaría restringido, como *soft law*, a ser fuente interpretativa de cláusulas del derecho internacional.

Reitero que, aun frente al déficit de fundamentación aludido, parece ser que el sentido atribuido por la CSJN a las Reglas en cuestión trasluce un signo de obligatoriedad para los Estados, el que, como se verá seguidamente, se refuerza sustancialmente por otro camino argumental también desplegado por la CSJN y por las interpretaciones de los organismos del sistema interamericano de Derechos Humanos.

10. La obligación estatal positiva de protección de los derechos

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Verbitsky” invocó expresamente el precedente del caso del Instituto de Reeducción del Menor del Paraguay en el cual la Corte IDH sentenció: “...el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1. de la Convención Americana...”⁽²⁴⁾

En este sentido, es recurrente la afirmación en aquel ámbito internacional del carácter de obligación estatal de asumir una posición de garante respecto de las personas privadas de libertad.⁽²⁵⁾

En efecto, el mencionado art. 1º.1 CADH estipula con relación a las **obligaciones internacionales** asumidas por los Estados partes “... que éstos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. En esa misma dirección, se añade en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre personas privadas de libertad en las Américas, del año 2011, que dice:

El respeto a los derechos humanos —cuyo fundamento es el reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano— constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder

(24) CORTE IDH, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay”, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 02/09/2004.

(25) Se siguen en este punto las referencias efectuadas en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 2011 ya citado, p. 17 y ss.

frente al individuo. La obligación de garantizar implica que el Estado debe tomar todas las "medidas necesarias" para procurar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan disfrutar efectivamente de sus derechos.⁽²⁶⁾

En ese contexto, la afirmación aludida proviene del antiguo precedente "Neira Alegría y otros", en el cual la Corte IDH —siguiendo criterios del TEDH—, estableció que: "... toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos..."⁽²⁷⁾

Por lo tanto, el surgimiento de deberes insoslayables por parte del Estado —en su posición de garante— respecto de la protección de las personas privadas de su libertad, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva).

Si esto es así, dentro de esas medidas extremas y conducentes que emanan de la obligación activa del Estado, deben enmarcarse necesariamente la adopción de los estándares normativos más tuitivos posibles, que respeten de mejor modo el aludido principio *pro homine*.

11. La incorporación extensiva por igual vía de los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas"

Ahora bien, sentado el posicionamiento aquí postulado y los argumentos y principios que le sirven de sostén, corresponde abocarse a la respuesta del interrogante formulado por Courtis y Filipini: ¿las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos" resultan el estándar preferible en la materia? ¿No deben ser consideradas como otros productos normativos que también formen parte de lo que tradicionalmente se conoce como *soft law*? En este caso, ¿pueden considerarse la normativa de igual rango aprobada con

(26) OEA, CIDH, "Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

(27) CORTE IDH, "Caso Neira Alegría y otros vs. Perú", (Fondo), 19/01/1995, párr. 60. Este criterio fundamental ha sido reiterado consistentemente por la Corte IDH, tanto en sus sentencias como en sus resoluciones de medidas provisionales. Con respecto a estas últimas, a partir de su resolución de otorgamiento de las medidas provisionales de la Cárcel de Urso Branco, Brasil, 18/06/2002, consid. 8.

posterioridad al fallo en cuestión? Más puntualmente, ¿puede interpretarse que los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas”, resultan —por vía del art. 18 CN— los estándares constitucionales y regionales en la materia?

La respuesta indudablemente debe ser positiva. Si bien las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos” de Naciones Unidas han resultado, y resultan, un instrumento de enorme trascendencia en este ámbito específico (2009), no deja de ser cierto que no contemplan una pluralidad de situaciones, problematizaciones y subjetividades que, por el contrario, sí son receptadas en distintos documentos posteriores, que presentan diversas ventajas, tales como: a) en algún caso, presentar un contenido más específico a la situación o colectivo afectado, b) algunos de ellos, resultar acopladas a las transformaciones o vicisitudes recientes, c) estar vinculadas a realidades regionales particularmente problemáticas, d) reglar con mayor amplitud o precisión los derechos de las personas privadas de libertad.

Así, como se adelantara, la propia CSJN ha citado una serie de documentos, en particular el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” (Reglas de Beijing), y la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” que, por gozar de igual valor normativo que las RMTR y presentar las ventajas antedichas, deberían tener igual impacto en nuestro sistema normativo que aquellas.

De igual rango también resultan los “Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de personas privadas de libertad en las Américas”, normativa aprobada en el sistema interamericano de derechos humano, recién en el año 2008 por resolución 1/08 de aquel año, es decir, con posterioridad a aquel pronunciamiento.

No obstante ello, sería contrario al principio *pro homine* no estimarlas igualmente observables como documentos normativos que contienen estándares constitucionales (art. 18 CN), factibles de otorgar un estatus jurídico más amplio a las personas privadas de libertad, en la medida que, de ese modo, los Estados estarían también cumpliendo con la obligación positiva de adoptar todas las medidas posibles para garantizar la protección de aquellas.

Esta situación es ostensiblemente visible en el caso particular de los "Principios...", toda vez que —como se ha podido entrever de la reseña de su contenido— no solo expone definiciones normativas más amplias y *aggiornadas* (concepto de privación de libertad), regula con mayor grado de especificidad y precisión algunas situaciones especialmente problemáticas (aislamiento, traslados, sanciones disciplinarias), o la situación de determinados colectivos especialmente vulnerables (niñas, niños, mujeres, migrantes, pacientes con padecimientos mentales, personas requirentes de asilo); sino que es el documento que, casi con exclusividad, prevé soluciones concretas para reducir y controlar el hacinamiento carcelario —como principal preocupación en la región— a través de la regulación de un específico procedimiento para la determinación y auditoría de la observancia del **cupo carcelario**.

12. Conclusiones

En suma, sobre la base del razonamiento expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a. En el caso "Verbistky", la Corte Suprema de Justicia de la Nación otorgó a las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos" de Naciones Unidas el carácter de estándares constitucionales que deben observar los poderes públicos en materia de privación de libertad
- b. Que la observancia de esa manda es obligatoria en función de ese carácter Constitucional y de la expresa obligación positiva derivada del derecho convencional para que los Estados que conforman del sistema interamericano de protección de derechos humanos adopten todas las medidas posibles para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad.
- c. Que otros documentos internacionales de idéntica naturaleza jurídica y contenido igual o más tuitivo que aquellas también deben ser consideradas estándares constitucionales en la materia.
- d. Que, dentro de esa descripción, debe enmarcarse a los "Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas".
- e. Que estas reglas evidencian contener diversas ventajas comparativas:
 - contiene definiciones normativas más amplias y *aggiornadas*;
 - regula con mayor grado de especificidad y precisión algunas situaciones especialmente problemáticas;
 - regula también la situación de determinados colectivos especialmente vulnerables (niñas, niños, mujeres, migrantes, pacientes con padecimientos mentales, personas requirentes de asilo);

- es el documento que casi con exclusividad prevé soluciones concretas para reducir y controlar el hacinamiento carcelario —como principal preocupación en la región— a través de la regulación de un específico procedimiento para la determinación y auditoría de la observancia del cupo carcelario.



PONENCIA

Pena ilícita y pena natural⁽¹⁾

La necesidad de revisión del monto de la pena durante su ejecución

MARÍA SOLEDAD CARROZZA⁽²⁾



Resumen. Siendo el tema que nos convoca este año el de los **problemas constitucionales de la determinación de la pena**, el presente trabajo surge ante el interrogante de qué pasa con esa pena ya establecida por el juez de sentencia durante el tiempo de su ejecución. Teniendo en cuenta lo manifestado por la Dra. Ana Messuti respecto a las diferencias existentes entre el tiempo lineal en que se establece una pena y el tiempo existencial en el que se vive la misma, surge el cuestionamiento respecto a cómo debe adaptarse la pena impuesta a partir o teniendo en cuenta los distintos acontecimientos que puedan suceder en el transcurso de su ejecución. Nos referimos, particular y principalmente, a los distintos acontecimientos que puede sufrir una persona cumpliendo una pena privativa de su libertad en un instituto carcelario, analizando dichos acontecimientos desde la perspectiva de la "pena ilícita", conforme la concepción de Zaffaroni, y su

(1) Este texto fue publicado en la *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6, Bs. As., Infojus, 2013.

(2) Abogada. Docente adscripta en la cátedra de Derecho Penal I Facultad de Derecho (UNR).

posibilidad de asimilación a la noción de pena natural. En otras palabras, por medio de este trabajo se intentará analizar la posibilidad de que el juez revise o adapte la pena impuesta en la sentencia, reduciéndola o incluso considerándola concluida, a partir de un hecho sufrido por el interno en ocasión de su cumplimiento que, a su vez, pueda considerarse como pena sufrida. Nos encontramos frente a la posibilidad de que, de no realizar el juez esta adaptación de la pena, puedan verse afectados los principios constitucionales de proporcionalidad y racionalidad.

1. Introducción

Nos proponemos analizar aquí la posibilidad de determinación o individualización de la pena en la instancia de ejecución penal, es decir, en un momento **posterior** a la determinación de la pena realizada en una sentencia condenatoria firme. No podemos dejar de advertir que la “determinación de la pena” ya de por sí habilita a no pocos debates e interpretaciones doctrinarias, pero la importancia de la misma nos exige una constante revisión y profundización de sus fundamentos. Es que, siendo la pena la máxima expresión del poder punitivo estatal, su determinación o cuantificación representa la coronación del esfuerzo de contención de ese ejercicio de poder, que incumbe y es propio del derecho penal.

Ha manifestado Patricia Ziffer que “la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito”, agregando que

... no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida. La doctrina argentina tradicional, siguiendo a Salelles, ha distinguido tradicionalmente entre individualización legal, judicial y administrativa o ejecutiva de la pena. Según esta clasificación, individualidad legislativa es la que realiza el legislador cuando preestablece distintas clases de penas o de medidas, de manera tal que el juez encuentra una clasificación individualizante a la que debe someterse. Pero debido al carácter abstracto que necesariamente debe conservar la ley, queda en manos del juez el proceso de “individualización de la pena” (...) La pena debe adecuarse al individuo concreto, tarea que

sólo puede ser efectivamente llevada a cabo por el juez. La individualización administrativa, por su parte, designa a todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario, que en esta división quedan a cargo de la autoridad administrativa. Detrás de esta clasificación se encuentra una concepción de la pena dividida en tres fases, una a cargo del legislador, otra a cargo del juez y otra a cargo del personal penitenciario”.⁽³⁾

Observa Ziffer que esta posición doctrinaria que distingue etapas en la individualización fue oportunamente criticada desde la perspectiva que el juez no puede desentenderse de la forma de ejecución de la pena, pues es justamente una parte esencial de ella, que compromete incluso su legitimidad. Al respecto ha manifestado Zaffaroni que

... la cuantía de poder punitivo que la agencia judicial debe permitir que se ejerza en cada uno de los casos de criminalización secundaria sometido a su conocimiento, es lo que suele llamarse cuantificación de la pena ... [y agrega] ... individualización de la pena es la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada. La idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no responde al marco de un estado constitucional de derecho, sino a una distribución de tareas extraña al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En efecto: el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y, por ende, debe hacerlo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada. Pretender que el derecho penal no puede objetar los ámbitos de arbitrio punitivo señalados por las agencias legislativas, y que la administración tiene un encargo casi exclusivo en la ejecución, es tanto como negar ese control sobre la actividad criminalizante de las agencias políticas y penitenciarias.⁽⁴⁾

Partiendo de esta perspectiva, el interrogante que motivará este trabajo se encuadra, precisamente, en **saber qué y cómo se hace para contener ese poder punitivo durante la instancia que transcurre entre la determi-**

(3) ZIFFER PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996, pp. 23/24.

(4) ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., y SLOKAR A., *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 948.

nación judicial de la pena realizada en la sentencia por el juez del hecho, hasta su total agotamiento respecto de la persona criminalizada.

Una rápida e incluso no necesariamente exhaustiva mirada a la realidad de nuestras cárceles nos obliga a admitir que existen innumerables posibilidades de que la pena impuesta mute, se modifique, e incluso se transforme en otra. Todos los acontecimientos, circunstancias, condicionamientos personales que pueden hacer que la pena se modifique, se convierta, se agrave, exceden las posibilidades reales de previsibilidad de cualquier juez al momento de la sentencia, y exigen una constante revisión de la misma a medida que se transita el período de ejecución.

Considero que excede el objetivo de este trabajo el explayarme o insistir sobre la necesidad de que la etapa de ejecución debe contar con el contralor judicial. La figura del Juez de Ejecución, en Santa Fe, responde, al menos desde lo formal, a esta exigencia. Pero encuentro aún pendiente una segunda cuestión, tan trascendental como la primera, que es la posibilidad de revisar esa pena ya establecida, en un cuánto y un cómo, ante el riesgo de que resulte más gravosa a causa de sucesos ocurridos con posterioridad a su determinación y en oportunidad de su ejecución. Es en esta readaptación constante de la pena determinada en donde el control judicial debe hacerse efectivo, con miras a que la pena establecida "y cumplida" no afecte los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Siendo la pena "una coerción que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes",⁽⁵⁾ **la función del juez de ejecución deberá ser, cuanto menos, garantizar que la pena efectivamente cumplida no signifique más dolor ni privaciones que la pena impuesta por el juez del hecho al dictar sentencia.**

La ejecución de la pena es referida generalmente como tema olvidado, aplazado. Citando al Dr. Ramón Teodoro Ríos,

El principio de legalidad referido a los delitos y las penas (*numquam crimen nulla poena sine lege praevia*), al decir de Manzanares Samaniego encierra cuatro garantías: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. De las cuatro garantías —señala el autor español— solo las tres primeras han sido respetadas más

(5) ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., y SLOKAR A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 43.

o menos escrupulosamente. La garantía de ejecución se nos muestra como la Cenicienta. Parece que quienes se ocupan de la justicia (jueces, fiscales y defensores) “agotaran sus energías y preocupaciones en la tarea de llegar a una sentencia”. Después suele campea el olvido y hasta el desprecio para la etapa del cumplimiento de aquella. Comúnmente es la autoridad administrativa la que individualiza, le imprime contenido y reduce —en cuanto a intensidad y duración— la pena impuesta por la sentencia condenatoria. De esta manera, los tribunales imponen penas previstas en la ley, pero estas se cumplen extramuros de la legalidad. Son penas en blanco, entregadas a la Administración para que esta las llene de contenido y se adjudique tan importante individualización final.⁽⁶⁾

El presente trabajo no tiene otro objetivo más que el **análisis de algunos de los acontecimientos que, al suceder durante la ejecución de la pena, obligan a una revisión de esa individualización final, con el fin inmediato de que la pena cumplida no exceda a la impuesta.**

2. Determinación judicial de la pena

Pese a los esfuerzos doctrinarios realizados en lo relativo a este tema, la exactitud en la determinación de la pena está aún lejos de ser lograda. Esta realidad atenta contra un sinnúmero de derechos y garantías del imputado, dado que

... el eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son sólo presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por lo tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Toda las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado”.⁽⁷⁾

Por ello es que la determinación judicial de la pena adquiere una importancia fundamental.

(6) ROXIN, CLAUS y otros, *Determinación judicial de la pena*, Bs. As., del Puerto, 1993, pp. 128/129.

(7) ROXIN, CLAUS y otros, *Determinación...*, op. cit., p. 132.

La determinación de la pena por el tribunal, dentro del ámbito que la ley deja para esa decisión o bien, la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho penal por el juez, según la clase, gravedad y posibilidad de ejecución, en vista a la elección dentro de una pluralidad de posibilidades legalmente previstas, es tarea que abarca la determinación de la clase de pena, de la cuantía de ella dentro de los límites legales y de la forma de imposición o de cumplimiento. No obstante, no tiene mayor sentido práctico introducir esta subclasificación, porque la cuantificación y el resto de la determinación son actividades judiciales prácticamente inescindibles, dado que no se concibe juzgador que fije una cuantía de pena sin establecer la clase, o la forma de imposición o de cumplimiento, sin perjuicio de las facultades de posponer algunas precisiones de determinación.⁽⁸⁾

Respecto a esta cuestión, Patricia Ziffer ha manifestado que

... reconocer que la pena debe ser “individualizada”, y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción. No es suficiente con que exprese que en su íntima convicción ha ponderado las razones que justifican su decisión, pues sobre él recae el deber de explicitarlas. El principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor, [y agrega que] la individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es “aplicación del derecho”. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo

(8) ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., y SLOKAR A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 949.

de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica.⁽⁹⁾

Entonces, ¿qué sucede a partir del momento en que el juez, haciendo uso de las herramientas brindadas por el art 40 y 41 CP, determina que a un hecho delictivo determinado corresponde una **X cantidad determinada de pena**? Existe un sinnúmero de circunstancias que no se pueden prever y que pueden afectar la naturaleza, extensión e intensidad de esa pena, al punto de convertirla en otra, afectando principios constitucionales centrales y orientadores de nuestro derecho.

Para que el acto de la pena sea un acto “con medida” debe ser proporcional al acto del delito. Y esa proporción sólo se conocerá midiendo la intensidad de ambos actos. No obstante, ya no se trata de la medida como cualidad del acto sino de una medida que tiene un significado muy diverso (...) En la pena de prisión el más o el menos de la lesión que supone la pena es la duración. Por ello señala Beccaria que no es la intensidad de la pena sino su extensión la que hace el efecto mayor en el alma humana. Pero esa “extensión” debe corresponder a determinada “intensidad”: de lo contrario no sería posible compararla con el delito, que es una lesión con determinada “intensidad” (gravedad). Es necesario medir la intensidad de ambos. Si la pena se mide por su duración, ¿qué intensidad corresponderá a determinada duración?⁽¹⁰⁾

3. La noción de “tiempo” en la determinación de la pena

Si tenemos que pensar en una unidad de medida con la cual determinar la pena, inevitablemente pensamos en el tiempo, en cantidad de meses y años. Ana Messuti es una de las autoras que más ha investigado y desarrollado este concepto, definiendo e intentando comprender la prisión a partir de la noción de “tiempo”.

así como hay una ruptura en el espacio señalada por los muros de la prisión, también hay una ruptura en el tiempo. La pena de prisión se diferencia de toda otra pena por la forma en que combina estos dos elementos: el tiempo y el espacio. Esta in-

(9) ZIFFER PATRICIA, *Lineamientos...*, op. cit., p. 28 y p. 96.

(10) MESSUTI ANA, *El tiempo como pena*, Bs. As., Ediar, 2008, pp. 29/30.

tersección entre tiempo y espacio marca el comienzo de una duración distinta, cualitativamente diversa. Y ello a pesar de que la pena se mide con la misma unidad que se utiliza para medir el tiempo social, el tiempo común.⁽¹¹⁾

Messuti distingue dos calidades de tiempo, el tiempo social o común que transcurre en el espacio social (fuera de las fronteras que construye la prisión), y un tiempo de la pena, que le es propio, que la constituye, y al que le atribuye una duración distinta. Esta diferencia no es cronológica, no reside en su extensión, sino en su calidad, en la intensidad con la que se vive.

Al construirse la prisión se pretende inmovilizar el tiempo de la pena. Separarlo del tiempo social que transcurre en el espacio social. La prisión es una construcción en el espacio para calcular de determinada manera el tiempo. Al fluir del tiempo se opone la firmeza del espacio. El orden jurídico, mediante la prisión, intenta dominar el tiempo. Parecería que el tiempo en el que transcurre la vida social normal fuese un tiempo relativo, y que el tiempo de la pena, que transcurre en la prisión, asumiera un carácter absoluto.⁽¹²⁾

Esta utilización del tiempo como pena, explicará Messuti, remite necesariamente a la relación entre tiempo y derecho. En la pena, el derecho subordina el tiempo a los fines que desea.

Cuando el derecho vincula consecuencias jurídicas a las circunstancias de la realidad social, excluye el flujo de esa realidad hacia un futuro incierto. Dada su vocación de trascendencia, el derecho intenta liberarse de la duda, de la transitoriedad. Las normas jurídicas fijan un mundo que no conoce la duda. (...) Sin embargo, para que el derecho se concrete en la realidad, para que "se realice", debe pasar del mundo "destemporalizado" que ha creado a la realidad social que responde al flujo natural del tiempo. Es decir, debe volver a la dimensión temporal de la que se había separado.⁽¹³⁾

(11) MESSUTI ANA, *El tiempo...*, op. cit., p. 27.

(12) *Ibid.*, p. 27.

(13) *Ibid.*, p. 35.

Messuti diferencia el tiempo objetivo captado por la norma del tiempo que experimentamos cada uno de nosotros como sujetos.

El tiempo objetivo —dice G. Husserl— no transcurre más velozmente o más lentamente según sea un niño, un anciano, un paciente en el dentista, un orador en una reunión pública o un soldado en el campo de batalla el afectado por el transcurso temporal. Ahora bien, cabe decir exactamente lo contrario si ese transcurso se experimenta en el interior de la conciencia. ¿Qué sucede con la pena? La norma jurídica que establece la pena anticipa el futuro, determinando una cantidad de tiempo que será la duración de la pena. Pero no será la mera duración como sucesión de instantes del tiempo natural, sino una duración objetiva, abstracta, medida con independencia de los contenidos concretos ajenos a su finalidad. La pena, cuando se aplica al sujeto, se “temporaliza” en el tiempo de vida del sujeto. Es decir, su transcurso seguirá el fluir del tiempo natural en el que transcurre la vida biológica del sujeto: seguirá su gradual envejecimiento, e incluso podrá ser interrumpida por su muerte. En este caso el tiempo objetivo impedirá cumplir el término que el derecho le había fijado. Pero también el tiempo de la pena es experimentado en la conciencia del sujeto que la vive. También la pena tiene su tercera dimensión temporal: la del tiempo subjetivo, el tiempo de la conciencia. Si comprendemos bien qué significa, por ejemplo, “vivir el tiempo”, nos damos cuenta de que cada persona vive un tiempo común, que puedo comprender, pero vive también un tiempo suyo propio, un tiempo intraducible, que siente por sí misma, así como un hambre que sólo ella experimenta, una vida que sólo ella vive y una muerte que sólo ella muere (...) Nadie puede sustituir al otro en esta experiencia, nuestra y a la vez de cada uno.⁽¹⁴⁾

Es inevitable aquí el planteo respecto a lo insustituible que resulta la experiencia de quien vive la pena, resultando esta una experiencia única, irrepetible, imposible de encasillar en esa pena prevista y cuantificada por el juez de manera uniforme y objetiva en la medida que cada uno la vivirá

(14) *Ibid.*, p. 36.

como propia y de una manera diferente. De esta forma, mientras la unidad de medida (tiempo) mide el transcurso de la pena, esta se va formando a sí misma a medida que transcurre y a partir de la percepción que tiene el sujeto de ese mismo transcurrir. En esa percepción encontramos una **intensidad** que, ni la norma, ni el juez que impone la pena en la sentencia pueden prevenir, menos aún cuantificar, pero que agravan la pena y la determinan; que implican pena vivida, que no se puede medir a partir de una unidad de tiempo objetivo, pero que significan pena efectivamente sufrida. Dice Messuti que

La calidad del tiempo que se vive durante la pena, por ser precisamente el “tiempo de la pena”, no puede ser la misma que la del que se vive libre de pena. Cualquier actividad que se realice durante ese tiempo no será verdadera actividad, estará impregnada del tiempo y del espacio de la pena, [y agrega que] en la prisión confiamos al tiempo la ejecución de la pena. El sujeto que, expulsado de la comunidad de personas, entre en la prisión no será el mismo que el que salga de la prisión y se reintegre a esa comunidad de la que fue expulsado. El tiempo (independientemente de las condiciones en que transcurra) operará su gradual transformación. Porque el tiempo de la pena, por muy peculiar que sea, tiene en común con el que transcurre libre de pena que siempre es tiempo de vida de un ser humano.⁽¹⁵⁾

Ahora bien, para que comprendamos en su intensidad lo que implica la condena impuesta, a este tiempo vivido de la pena, que es tiempo diferente de por sí, por el solo hecho de estar impregnado del tiempo y del espacio de la pena, del aislamiento y la exclusión social que lo resignifican, hay que agregarle luego las condiciones en que transcurrió ese tiempo, es decir, las condiciones en que se ejecutó la pena, los eventos, hechos y circunstancias que se sucedieron en su transcurrir.

Considero que no es necesario en esta instancia, o al menos excede los alcances del presente trabajo, recordar o enumerar los nefastos efectos que genera en una persona encontrarse en prisión o, en palabras de Erving Goffman, en una institución total.⁽¹⁶⁾ La misma definición de “pena”, enunciada

(15) *Ibid.*, p. 37 y 42.

(16) GOFFMAN, ERVING, *Internados*, Bs. As., Amorrortu, 2001. El autor define la Institución total “como un lugar de residencia y trabajo donde un gran número de individuos en igual situación,

por Zaffaroni, da cuentas de que no se puede esperar del encierro fin positivo alguno. Podríamos discutir si los efectos negativos generales de la pena son previstos o no por los jueces al momento de su determinación, puesto que son totalmente conocidos y abundan las obras que describen con gran precisión y detalle los efectos desocializantes del encierro.⁽¹⁷⁾ Pero quedan fuera de toda posibilidad de previsión los distintos acontecimientos o circunstancias que puedan ocurrir durante la ejecución de la pena, que generan un agravamiento en su imposición y afectan, en consecuencia, su proporcionalidad y racionalidad. La realidad de las cárceles de nuestro país⁽¹⁸⁾ se hace conocida con frecuencia en los medios a partir de hechos de malos tratos o torturas extremos, a lo que debemos sumar una multiplicidad de circunstancias derivadas de las pésimas condiciones de alojamiento, como "accidentes", peleas internas e incluso altas probabilidades de contagio de enfermedades (sida, tuberculosis u otras). Zaffaroni hace referencia a ellas a partir de la denominación de "penas ilícitas". Ninguna de estas circunstancias, o penas ilícitas, se pone en consideración al momento de fijación de la pena.

4. Pena natural y pena ilícita: sucesos en el transcurrir de la pena

Dentro del sinnúmero de circunstancias que pueden alterar la intensidad de la pena impuesta y afectar su racionalidad, encontramos aquellos sucesos denominados pena natural o pena ilícita. En oportunidad de manifestarse sobre la inconstitucionalidad del valor vinculante de los mínimos de

aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente. Las cárceles sirven como ejemplo notorio...".

(17) "Las instituciones totales desbaratan o violan precisamente aquellos actos que en la sociedad civil cumplen la función de demostrar al actor, en presencia de los testigos ocasionales, que tiene cierto dominio sobre su mundo". GOFFMAN, ERVING, *Internados...*, op. cit.,.

(18) "En nuestro país, los relevamientos efectuados por la Procuración Penitenciaria de la Nación, demuestran una triste y difícil realidad carcelaria, por cuanto se ha constatado a lo largo y ancho del país, que los internos residen en centros penitenciarios superpoblados, bajo condiciones de vida inhumanas, con aplicación de medidas de aislamiento interno y externo, requisas personales exhaustivas, invasivas y vejatorias, con escaso tiempo de contacto con sus familiares, y constantes y permanentes robos de sus efectos personales por empleados del mismo servicio penitenciario, entre otras circunstancias (falta de educación, trabajo, etc.); todas las que influyen considerablemente en la personalidad de los reos, a quienes en ese marco se les pretende explicar y enseñar a vivir en un sistema dirigido por normas", MIQUELARENA MERITELLO, ALEJANDRO, en "Las cárceles y su orígenes", [en línea] <http://www.pensamientopenal.com/doctrina/37067-carceles-y-sus-orígenes>.

la escala penal, Zaffaroni introduce la discusión relativa a la pena natural y a la pena ilícita:⁽¹⁹⁾

... se llama *poena naturalis* el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, [y agrega que] de componerse la pena estatal sin referencia a esta pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad.⁽²⁰⁾

Desde esta perspectiva entonces, la **pena natural** es la que se

... autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro; por ello es indistinto que el autor se lesione gravemente al manipular un explosivo o que esa lesión sea impuesta por la autoridad mediante un disparo de arma de fuego en cumplimiento de un deber.⁽²¹⁾

A esto, continúa Zaffaroni, que no hay motivos para limitar la pérdida o el dolor padecido a las lesiones físicas, pueden ser económicas, o de cualquier otra naturaleza, lo esencial es que sean sufridas con motivo de su delito, sin importar si fueron previstas o previsibles, atento a que lo que se busca evitar es la violación de principios constitucionales que resultaría de no tenerlas en cuenta (irracionalidad mínima y humanidad). Incluso considera un caso especial de pena natural las dilaciones indebidas del proceso penal, que afectan el derecho a un juicio en tiempo razonable. "En cualquier caso, el art. 41 del código penal impone al juez tomar conocimiento

(19) Dice Zaffaroni que, en principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con estos. Son casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos en supuestos concretos, aquellos en los que a) se hubiesen operado las llamadas penas naturales, y b) en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona penas ilícitas.

(20) ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., y SLOKAR A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 952.

(21) ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., y SLOKAR A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 953.

(...) de las demás circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, lo que, por supuesto, abarca los casos de penas naturales".⁽²²⁾

Asimismo, Zaffaroni también refiere a las **penas ilícitas**, dejando en claro, en primer lugar, que son penas, y que "el sujeto de las penas ilícitas es victimizado por parte de los propios agentes del estado —o por omisión de éstos— y en razón del delito cometido, como sujeto pasivo de torturas, malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibidas por el art. 18 constitucional y el art. 5°.2 de la CADH". Además, según dice, "La definición constitucional de pena nunca puede basarse en el conjunto de requisitos que deben cumplir para ser constitucional; por eso, las definiciones legales de pena siempre son preceptos prescriptivos que indican el deber ser de las penas legales, pero no son descripciones de la pena, pues ésta es una categoría que abarca tanto las penas lícitas como las ilícitas". De no tener en cuenta esto se caería en el absurdo de plantearse que, como las penas ilícitas o prohibidas no son penas, por ende, no habría razón para prohibirlas. Las normas constitucionales e internacionales prohíben la tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes, eso significa que esas penas no deben imponerse ni ejecutarse (prescripción), pero no significa que no sean penas.

Los padres del liberalismo político y penal, al emprender la tarea de limitar la pena, humanizarla y rodearla de garantías, jamás hubieran podido imaginar que sus argumentos limitadores pudieran pervertirse hasta el colmo de que en lugar de suprimir las penas crueles y atroces, se manipulen para no considerarlas como penas y, en los casos que se impongan y ejecuten no se las tenga en cuenta y, además de éstas, se les impongan penas no crueles. Desde Beccaria hasta Carrara, desde Locke hasta Kant y Feuerbach, todo el esfuerzo humanista en lugar de llevar a la supresión de las penas crueles habría llevado a sumar penas humanas a las penas inhumanas. El texto constitucional

(22) Nuevamente aquí Zaffaroni hace referencia a la pena natural vinculada a la inconstitucionalidad de los mínimos de la escala penal, manifestando que si bien el art 41 "sirve, por regla, para establecer la pena desde el mínimo, pocas dudas caben que cuando en el cumplimiento de este deber topa con una circunstancia que hace que el mínimo viole en el caso los citados principios constitucionales, debe abstenerse de imponer una pena cruel. Es absurdo que cuando una pena concreta sea inconstitucional, se pretenda que esto lo remedie el indulto o la conmutación, renunciando el juez a ejercer su poder y su deber de aplicar en primer término las normas constitucionales".

no puede refrendar este retroceso; la prohibición del doble juzgamiento, además de la garantía de la cosa juzgada en materia penal a favor de la persona implica, a fortiori, la prohibición de la doble punición.⁽²³⁾

La pena es definida desde un concepto genérico como **toda inflicción de dolor o privación de derechos estatalmente impuesta como castigo a una persona como agente de un delito**, y a partir de allí se distinguen penas lícitas e ilícitas. Cuando en los hechos concretos una pena ilícita se ha impuesto y ejecutado, el estado no puede ignorarlo. El estado no puede ser sólo autor de sus acciones lícitas, no responsabilizándose de las ilícitas.

Es claro que en los casos de penas ilícitas ejecutadas, se trata de penas sufridas por el agente que deben descontarse de las penas legales que pudieran corresponderle por el delito cometido. Debido a que se trata de descontar una pena ya ejecutada en razón del imperativo constitucional de evitar la doble punición, lo que reste cumplir de la pena lícita puede ser inferior al mínimo de la escala penal o bien puede llegar a dar por cumplida la pena lícita. Las dificultades para calcular el descuento en estos casos de penas ilícitas ejecutadas no pueden ser argumento para rechazar el planteo e ignorarlas, pues sería un uso perverso de la seguridad jurídica, confundida con una seguridad de respuesta.⁽²⁴⁾

En síntesis, ¿cómo debe proceder el juez ante la observación de que se ha cumplido una pena natural o ilícita? En los casos relativos a la pena natural, gran parte de la doctrina considera que dicho instituto está previsto en nuestra legislación, deduciéndose de la aplicación de los arts. 40 y 41 CP.⁽²⁵⁾ También en nuestra provincia, el art. 19 ley 12.734 (nuevo CPP santafesino), establece la pena natural como criterio de oportunidad a partir del cual el

(23) ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., y SLOKAR A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 954.

(24) *Ibid.*, el destacado me pertenece

(25) El art. 40 CP establece que "los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso...", dejando al libre arbitrio del juez la determinación de la pena dentro de la escala establecida en ese hecho particular (no hace falta aquí recordar que cuando hablamos de libre arbitrio no nos referimos a una resolución arbitraria o infundada, sino que el juez tiene libertad para ameritar esas circunstancias particulares de cada caso, y disponer a partir de ello de manera fundada). Asimismo, establece que esa determinación se realizará a partir de las reglas establecidas en el art 41 CP, entre las cuales encontramos "...los demás antecedentes y condiciones personales" y "las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

Ministerio Público podría no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal.⁽²⁶⁾

Esta doctrina también fue receptada por la jurisprudencia, que en reiteradas ocasiones aplicó el instituto de la pena natural. Los casos más comunes son aquellos en los que, a modo de ejemplo, se absuelve al imputado de un delito culposo (lesiones o muerte en accidente de tránsito), pues quien resulta ser víctima es el mismo imputado o algún familiar directo.⁽²⁷⁾ En otros casos, la defensa ha recurrido a este instituto cuando el imputado de un delito doloso —por ejemplo un robo agravado por uso de arma—, es herido o sufre lesiones derivadas del mismo hecho que se le imputa (ser lesionado por un arma de fuego resultante de un disparo efectuado en el mismo robo).⁽²⁸⁾

De esta forma, podemos encontrar variados ejemplos de reducción o eliminación de la pena estatal a aplicar, como consecuencia de haber sufrido el imputado una pena natural. Diferente es la situación respecto a lo que denominamos pena ilícita, en relación a la cual no encontramos ni jurisprudencia ni abundante doctrina que la desarrolle, y menos aún que la aplique. Creo necesario observar que ambos institutos son en realidad muy similares, abarcando en algunas oportunidades los mismos casos. Se distinguen solamente por el hecho de que la pena natural es analizada al momento de determinar la pena, y sucede ex ante de la sentencia, habilitando al juez a tenerla en cuenta a la hora de fijar la pena —o en caso contrario dicha sentencia sería contraria a los principios constitucionales de racionalidad, proporcionalidad, doble punibilidad— y, en cambio, la pena ilícita sucede o es sufrida durante la ejecución de la condena, es de-

(26) Art. 19, inc. 3, ley 12.734, cuando “las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena”.

(27) JCORRECC. N° 10, CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL II, RÍO NEGRO, “Sánchez María Elena s/ Homicidio y lesiones graves culposas”. Aquí se absolvió a la imputada por dar muerte en un accidente de tránsito a su padre, que la acompañaba en el vehículo. En similares términos el juez federal C. Bonadio determinó que las graves lesiones que sufrió un imputado por el delito de entorpecimiento del servicio ferroviario luego de que pasara un cruce a nivel del Ferrocarril San Martín con las barreras bajas y fuera embestido por una formación, son “pena natural suficiente”, por lo que evitó dictarle una condena de prisión.

(28) En el caso “Maidana”, la defensa apela el procesamiento del nombrado como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por considerar que, a partir de la participación en el hecho, Maidana ya había sufrido una “pena natural” —pues había sufrido lesiones provocadas por el disparo de un arma de fuego—, circunstancia que lo exime de merecer una “pena estatal”. CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., SALA V, “Maximiliano Lautaro Maidana s/ apelación”, 24/11/2008

cir ex post la determinación de la pena en la sentencia, por lo que no pudo ser prevista por el juez al aplicar la misma. Si bien no podemos identificar totalmente pena ilícita con pena natural, ambas revisten cualidades comunes. Al fin y al cabo, la pena ilícita no deja de ser una pena natural, como un mal grave que el agente sufre con motivo de su injusto y en razón de él, a menos que consideremos que la pena no se impone como consecuencia del mismo, pero con la característica de que se produce durante la ejecución y en ocasión de la pena lícita, legalmente impuesta. De esta forma, al determinar el juez la pena previamente en “cantidad de tiempo objetivo”, sin contar con la posibilidad de prever la intensidad de sufrimiento derivado del “tiempo existencial o subjetivamente vivido”, y sin contar tampoco con herramientas que nos permitan adecuar la pena a lo largo de su ejecución, adaptando el dolor efectivamente sufrido como pena al *quantum* de sufrimiento legalmente impuesto por la sentencia, hecho que genera y da lugar a una situación insólita e irracional de afectación al principio de proporcionalidad e igualdad ante la ley.

Esta situación —y la similitud entre pena natural y pena ilícita— se vuelve más evidente en los casos en los que el instituto discutido en la sentencia es una pena natural sufrida como consecuencia del actuar de los agentes del Estado, o que no resulta del daño sufrido por el sujeto “en” la comisión del ilícito, sino del sufrido posteriormente en consecuencia o con motivo del mismo. Así, la Sala tercera del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires dijo que

... el imputado O. G., (...) efectúa una presentación en la que detalla diversas situaciones vivenciadas durante su encierro cautelar, explicita los sucesivos traslados a los que fue sometido, como así también las diversas lesiones sufridas entre las que se destaca la pérdida de un órgano. Al respecto, solicita expresamente la compensación por pena natural o en su caso la reducción de la sanción.

En el caso mencionado se analiza la posibilidad de aplicación de la pena natural por los sufrimientos padecidos por O.G. a causa de su encierro, y el tribunal toma conocimiento y examina

... la situación psicofísica del imputado, como así también las dificultades atravesadas a raíz de sucesivos y continuos traslados entre diversas unidades de detención, la pérdida permanente de un órgano y las lesiones padecidas tanto por herida de arma

de fuego por actividad de funcionarios del servicio penitenciario como por conflictos con otros internos en los lugares de detención donde fuera alojado [entendiendo que] la valoración de la pena natural como entidad compensatoria cuenta ya con numerosos precedentes y una amplia receptación doctrinaria, incluso tiene expresa receptación legislativa en nuestro ordenamiento procesal como parte de las herramientas que se brindan como alternativa para la resolución de conflictos. En esencia, la situación que da lugar a la compensación por pena natural parte de un supuesto donde la sanción aparece como “manifiestamente errada” o, en su caso, para supuestos donde puede verificarse que el sujeto ha sido “suficientemente castigado” por las repercusiones de su delito (ver Roxin, *op. cit.*).

Más allá que en este caso particular la pretensión de que se aplique el instituto de pena natural por las lesiones sufridas no prosperó porque el tribunal consideró que las mismas habían sido consecuencia de la conducta asumida a propio riesgo por el imputado al atacar a otro interno (lo que daría lugar a un amplio debate que excede nuevamente este trabajo), es indiscutible que habilita la discusión considerando la posibilidad de aplicar pena natural al castigo sufrido en manos de funcionarios del servicio penitenciario. Al mismo tiempo y en este mismo caso, el tribunal finalmente dispone que

... sin perjuicio de lo expuesto, se verifica en el proceso que se le sigue a O. G. una extensión indebida del proceso, escenario que ya fuera alertado por la defensora oficial ante la instancia de grado, pero que recibiera por toda respuesta que tal situación no obedecía a demoras de esa judicatura. En rigor, poco importa cuál ha sido la jurisdicción responsable de la dilación indebida del proceso, en definitiva es el Estado el que ha presentado un déficit en la prestación del servicio de la jurisdicción y no admite excusas de competencias. Por esta razón, entiendo que la excesiva demora del proceso debe ser atenuante al momento de asumir competencia positiva y fijar la individualización de la sanción.⁽²⁹⁾

(29) TRIB. CASAC. PENAL, SALA 3, BS. AS., “O. G., P. A. R. s/ Recurso de Casación” y acum. N° 13.907 (Reg. de Pres. N° 44.243) “M., C. M. s/ Recurso de Casación”, 26/10/2011, voto del juez Daniel Carral.

Del análisis de este fallo se observa cómo puede considerarse pena natural el sufrimiento padecido por el imputado por las lesiones ocasionadas por funcionarios del servicio penitenciario, e incluso por el padecimiento sufrido a causa de las dilaciones indebidas sufridas en el mismo proceso. En relación a las primeras, exactamente la misma situación sucede en forma cotidiana con personas ya condenadas, que con motivo de que su sentencia se encuentra firme y no se prevén herramientas para su revisión, se encuentran privados de acceder a una compensación que equilibre la pena impuesta con la sufrida, cumpliendo penas irracionales por desproporcionadas y viendo afectados su derecho a la igualdad con quienes, en su misma situación, aún no han sido condenados⁽³⁰⁾ y tienen la posibilidad de que se tenga en cuenta el hecho sufrido como pena natural al momento de la determinación de su pena. Aun admitiendo las diferencias sutiles existentes entre ambos institutos, considero necesario que ante una pena ilícita se proceda con los mismos principios que ante una pena natural, dado que el sujeto ya ha sido “suficientemente castigado”.

5. Conclusión

Como hemos venido analizando hasta aquí, al momento de determinar la pena la mayoría de los autores consideran como necesario establecer una relación comparativa entre el ilícito realizado y la pena a imponer. Dicha relación debe estudiarse cada vez que se impone una pena y a partir de los datos que arroja el caso concreto, individual, irrepetible. “La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica —que conduciría a penas absolutamente predeterminadas— y la idea de ‘justicia’, traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa solo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto”.⁽³¹⁾ Como también ya hemos analizado previamente, la determinación de la pena no consiste en un acto que acaba con la imposición de una pena en la sentencia, sino que esa determinación continúa hasta el agotamiento de la pena impuesta.

Cuando hablamos de la individualización legal en la fase de ejecución penitenciaria, no nos estamos refiriendo al simple cometido de hacer cumplir pasivamente el lapso de la condena.

(30) Al margen del presente trabajo queda la situación más injusta aun de quien sufre una pena ilícita en situación de prisión preventiva, y luego es declarado inocente. El sufrimiento padecido no es compensado de manera alguna.

(31) ZIFFER PATRICIA, *Lineamientos...*, op. cit., p. 27.

(...) La sentencia de condena, en el ámbito de esta individualización final, opera como límite y elemento indicativo de un sistema cambiante en función de las circunstancias del condenado y con amplios márgenes de flexibilidad. Ello, por supuesto, en una individualización ejecutiva bien entendida y correctamente regulada. **El cumplimiento efectivo de la pena debe poder reducirse o modificarse en una especie de novación permanente para que tenga sentido la existencia del Juez de Ejecución. La ejecución de una pena privativa de libertad representa, en cuanto a sus efectos, tantas condenas como vicisitudes sufra aquella. Es decir, la sentencia penal no debe ser algo estático sino un principio de actividad que dinámicamente se atenúa o se modifica**".⁽³²⁾

De esta forma el juez (en Santa Fe, el Juez de Ejecución), debe atenuar o modificar la pena oportunamente impuesta al condenado a partir de las circunstancias y vicisitudes que vayan sucediendo durante la ejecución de la misma, de forma tal que, en caso de que alguna de dichas vicisitudes implique un agravamiento de la pena sufrida, adapte (reduciendo o eliminando) la pena impuesta en virtud de esa nueva circunstancia, ese dolor o padecimiento sufrido, con miras a tutelar que la pena total sufrida no exceda la impuesta, y no se vean afectados los principios de racionalidad y proporcionalidad. En tanto la pena se determina en forma proporcional con la gravedad del ilícito cometido, esa proporcionalidad marca un límite máximo, un techo a la posibilidad de imposición de pena por parte del Estado, que se manifiesta en oportunidad de la sentencia. A partir de ella y durante la ejecución, esa pena fijada será el límite inquebrantable, y toda pena que exceda ese límite deberá ser considerada inconstitucional en cuanto implica un acto carente de racionalidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acordado rango constitucional al principio de proporcionalidad de la pena, estableciendo que "son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la CN), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como conse-

(32) ROXIN, CLAUS y otros, *Determinación...*, op. cit., p. 132, el destacado me pertenece.

cuencia de la comisión de aquél (...) La importancia de la pena natural encuentra también sustento en el principio de humanidad, en virtud del cual se encuentran proscriptas las sanciones crueles, inhumanas o degradantes (art. 18 CN), y también en los criterios de necesidad real de la pena, estrictamente vinculados con la racionalidad de su aplicación. En esta línea, una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Así ocurre cuando ella ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias de su hecho.⁽³³⁾

Resulta desde todo punto de vista evidente que, si la pena natural busca evitar aplicar una pena a un sujeto que ya fue “suficientemente castigado”—o, desde otra perspectiva, pretende evitar que un sujeto sea “excesivamente castigado” más allá de la medida proporcional a su ilícito—, más aún debe evitarse la aplicación de penas ilícitas, y en casos de su existencia, tomar todas las medidas necesarias para evitar que las mismas hagan devenir inconstitucional por irracional y desproporcionado el acto estatal que representa la respuesta punitiva. Por los motivos expuestos, considero que las denominadas por Zaffaroni como “penas ilícitas” deben interpretarse, respetando sus propias características, en forma análoga a las penas naturales, debiendo computarse como penas impuestas, de modo que se habilite, a partir de su sufrimiento, la revisión del *quantum* de pena aplicada.

Si bien para algunos autores el indulto y, sobre todo, la conmutación pueden ser los canales adecuados para el objetivo propuesto conforme al orden jurídico positivo vigente, considero que, siguiendo a Zaffaroni, es absurdo que cuando una pena concreta sea inconstitucional, se pretenda que esto lo remedie el indulto o la conmutación, renunciando el juez a ejercer su poder y su deber de aplicar, en primer término, las normas constitucionales. Ante esta situación, y mientras no se prevean mecanismos particulares al respecto, la presentación de un hábeas corpus correctivo sería una herramienta útil a los fines de solicitarle al juez la revisión de la pena impuesta, y su nueva determinación teniendo en cuenta la intensidad de la pena natural o ilícita sufrida. Dicha revisión, indefectiblemente, llevará a una reducción del *quantum* en tiempo objetivo de la pena impuesta,

(33) TRIB. CASAC. PENAL, SALA 2, BS. AS., “B., J. S. s/recurso de casación”, 16/08/2007, voto de los Dres. Mahiques, Mancini y Celesia.

o en caso de así el juez lo considere, podrá darla por cumplida, dado que el mal sufrido implica el agotamiento de la totalidad de la pena, y que su continuidad representaría un exceso de castigo o sufrimiento contrario a los principios de racionalidad, proporcionalidad y humanidad, deviniendo por ende en inconstitucional. El Estado prescinde de la pena pues la culpabilidad del autor por el ilícito cometido fue compensada por las graves consecuencias del hecho, entre ellas, la pena efectivamente sufrida. En este sentido, resulta concluyente el Dr. Gustavo Vitale al manifestar que

... la imposición de una pena para los supuestos de la llamada 'pena natural', violentaría abiertamente el principio de estricta necesidad de la pena. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del fin de 'reinserción social' que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución..."⁽³⁴⁾

Asimismo, se recuerda que la proporcionalidad entre hecho y pena no es más que el techo o límite máximo al que puede alcanzar la pena, por lo que tiene una función limitadora de la respuesta punitiva.

Para finalizar, considero necesario poner énfasis o recordar lo ya manifestado en relación a los objetivos que motivaron la prohibición de determinadas penas consideradas crueles, inhumanas o degradantes, así como hacer referencia a la misma evolución de la prisión, o pena privativa de la libertad, que entre otros fines tal vez más utilitaristas, nació como un instrumento que humaniza la pena, en tanto sustituye el castigo corporal por la privación de la libertad.⁽³⁵⁾ En este contexto, vivir en una sociedad donde el castigo corporal como respuesta estatal se encuentra prohibido no resulta superador de nada si no conlleva un mecanismo encaminado a evitar que dicho castigo, o prácticas similares, se desarrollen. Prohibir

(34) IRIBARREN PABLO, "La *poena naturalis* y su aplicación en la provincia de Río Negro, [en línea] <http://pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf>

(35) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2004. El autor entiende a la prisión como "pieza esencial en el arsenal punitivo, que marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la 'humanidad'".

penas crueles en el texto de nuestra Constitución es un sin sentido si no actuamos en consecuencia a partir de los hechos que cotidianamente suceden en las cárceles de nuestro país. Prohibir el castigo físico, la tortura y los malos tratos, como pena, no implica desconocer la naturaleza de "pena" de estas prácticas. No podemos permitir que la tarea de limitar la pena, humanizarla, rodearla de garantías, traiga aparejada, como consecuencia, la posibilidad de aplicarla libremente, bajo otra denominación, a la par de penas hoy consideradas "más humanas". Los constantes intentos del liberalismo político y penal por limitar la pena no pueden ser manipulados para habilitar una pena mayor.

Es pena todo sufrimiento padecido por el sujeto y/o generado por el Estado en respuesta a un ilícito cometido. La pena privativa de libertad se compone de todas las vicisitudes que se producen en su transcurrir, sea cual fuese la naturaleza de las mismas y su *quantum* se define por la totalidad de sufrimiento al que es sometido el condenado. Y es precisamente en ese sufrimiento en donde la misma no puede perder de vista su anhelado intento de "humanidad".



PONENCIA

Fundamento legal y dogmático de la pena en el delito continuado

NICOLÁS RAMÍREZ⁽¹⁾



1. Introducción

El delito continuado es una figura creada por la doctrina y la jurisprudencia que se encuentra dentro de la teoría de los concursos, la cual consiste en una unidad de acción jurídica, que tiene como consecuencia tratar a un supuesto de concurso real como si fuera un concurso ideal.

Más allá de la aceptación de este instituto, a partir de su creación pretoriana, resulta necesario estudiar el fundamento del mismo, tanto desde su fuente legal como del que lleve a aplicar una pena menor.

En el presente trabajo se buscará, en primer lugar, analizar la fuente legal del instituto para luego analizar el fundamento que nos lleva darle un reproche menor al reo que comete un delito continuado respecto de aquel que comete un concurso real de delitos.

(1) Abogado. Magister en Derecho Penal. Profesor en grado y posgrado (Universidad Austral).

2. El delito continuado

El delito continuado es una excepción creada por la doctrina a la regla según la cual a pluralidad de conductas y de lesiones al bien jurídico corresponde una sanción punitiva por cada conducta.

Los antecedentes más lejanos en el tiempo fueron ubicados por Carrara en la época de Ulpiano, cuando se extendió la continuidad de la acción al caso en que hubiera transcurrido un intervalo de tiempo suponiendo unificada la acción por la unidad de determinación.⁽²⁾

Pero fue en España en donde, después de muchos años de ser nada más que una creación jurisprudencial, y luego de su efímera vigencia en el Código Penal de 1928, según su art. 164, el “delito continuado” pasó a integrar, a través de la reforma parcial y urgente de 1983, el texto inicialmente acogido en el art. 69 bis, y que actualmente se encuentra en el art. 74.1:

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

3. Recepción legislativa del delito continuado

En nuestro Código Penal, la multiplicidad delictiva se encuentra legislada por el art. 55, el cual dispone que:

Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

Como se puede apreciar, este artículo no hace referencia alguna al delito continuado, razón por la cual tanto la jurisprudencia como la doctrina utilizan una interpretación *a contrario sensu* del mismo.

(2) CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, vol. I, Bogotá, Temis, 1956, p. 344.

Asimismo, nuestros tribunales han afirmado que “la existencia del delito continuado en nuestra legislación positiva surge de la interpretación del art. 63 del CP”⁽³⁾ y que “si bien el Código Penal no contiene una disposición expresa sobre el delito continuado, éste ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, salvo algunas excepciones, para imponer una pena única”.⁽⁴⁾

También han existido excepciones jurisprudenciales, de franca minoría, que han negado la existencia de este instituto, como la de la Cámara Federal, que en un viejo precedente afirmó que “La tesis del delito continuado cuya elaboración como ficción jurídica favorable a los delincuentes y originada en la benevolencia de los prácticos por ciertas clase de delitos reiterados, no es de aplicación en nuestro derecho”.⁽⁵⁾

Caramutti ha explicado con mayor lucidez esta cuestión al afirmar que una interpretación dogmática racional no puede negar la recepción legislativa del delito continuado, la que no necesita ser expresa. En primer lugar, llega a esta conclusión porque la exigencia de independencia de los hechos contenida en el art. 55 del CP para la aplicación de sus reglas conlleva, implícitamente, tanto la existencia de hechos que no la tienen (hechos independientes) como la no aplicación a estos de dichas reglas; de lo contrario, la exigencia de “independencia” estaría sobrando.

En segundo lugar, llega a dicha conclusión porque la interpretación racional de los tipos penales de la Parte Especial permite advertir que algunos de ellos no solo abarcan la conducta aislada que los cumple objetivamente, sino que, eventualmente, también alcanzan la hipótesis de un número indeterminado de repeticiones de conducta dentro de iguales o parecidas circunstancias, objetivas y subjetivas, que tornan más razonable su consideración jurídico-penal unitaria a pesar de su apariencia de pluralidad.⁽⁶⁾

En fin, para determinar el fundamento legal del delito continuado, no es necesaria su incorporación exegética al ordenamiento —más allá de sus posibles beneficios político-criminales—, sino que la misma surge de la propia teoría de los concursos y su naturaleza, deviniéndose necesaria la figura aquí estudiada, como un nexo entre los concursos ideal y real.

(3) CNAC. AP. CRIM. Y CORRECC., SALA II, “M., N. J.”, 24/08/1982, en *ED*, pp.102/350.

(4) CNAC. PENAL, SALA II, “Casimiro, Antonio P.”, 21/09/1978, en *LL*, 1979-A, 143.

(5) CNAC. AP. CRIM. Y CORRECC., SALA II, “M., N. J.”, cit.

(6) CARAMUTI, CARLOS S., en D. Baigún y E. R. Zaffaroni (dirs.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. II, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 425.

4. Fundamento de la pena del delito continuado

Si bien el menor grado de pena del concurso ideal se fundamenta en que estamos en presencia de una unidad de acción natural, en el delito continuado, al encontrarnos ante un supuesto de unidad de acción jurídica, el fundamento debe ser distinto.

Más allá de que la continuidad delictiva ha sido analizada por la doctrina de manera intensa, llegando a conclusiones relativamente uniformes respecto de su definición y elementos, el fundamento de la menor respuesta punitiva no ha generado otra cosa más que discusiones.

Así, se han generado distintas teorías, algunas materiales y otras formales, para justificar esta pena distinta, sin que hasta ahora, se haya podido llegar a un convencimiento por parte de la doctrina.

4.1. Cuestiones de benignidad

Este es el fundamento tradicional de la pena del delito continuado, el cual se originó en Italia en los siglos XVI y XVII. Este instituto tenía la finalidad de evitar la imposición de la pena de muerte cuando se cometía un tercer hurto.

En estos casos, imponer una pena de muerte por hechos que se asemejaban más un hecho que a tres o más, era claramente inequitativo, llevando a una pena claramente desproporcionada con respecto al perjuicio ocasionado.

Así, puede leerse en texto de Farinaccio que “los hurtos no se considerarán varios, sino únicos, cuando en un lugar y tiempo diversos pero continuado y sucesivo, una sola cosa o varias fueren hurtadas”.⁽⁷⁾

Si bien esta postura es la que en la actualidad muchas veces se sigue esgrimiendo, el delito continuado tiene consecuencias tanto en la prescripción como en la aplicación de la ley penal más benigna que perjudican al imputado, dificultándose así el argumento de benignidad.

Por otro lado, la pena impuesta al reo tiene relación directa con el daño causado al bien jurídico protegido. En este sentido, equiparar la pena impuesta al delito continuado a la de la unidad de acción no puede ser

(7) “*ut furta non dicantur plura, sed unicum, quando quis ex uno loco tempore tamen diverso, sed continuato e sucesivo, unam rem, plures furantur*”. CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, *El delito continuado*, Valencia, Marcial Pons, 1997 p. 150.

justificado tampoco desde las razones humanitarias, ya que, en aquel, la afectación es claramente superior, siendo mucho más similar a los casos de concurso real. En este sentido, Choclán Montalvo, afirma que

... si se deja de lado el específico problema de la subsunción de una pluralidad de actos parciales en un solo tipo de delito patrimonial, determinado en su entidad por la magnitud del daño total causado, que es un problema independiente de la continuidad delictiva, y, de esta manera, se despeja el campo para el conocimiento del fenómeno de la unidad de acción por continuación, a menudo oscurecido por la regla de imposición de la pena conforme al perjuicio total causado, resulta que una pluralidad de hechos que realizan sucesivamente un tipo penal, se sanciona como una sola realización del tipo legal, desplazándose el resto de las lesiones legales, aunque la pluralidad de realizaciones típicas se vea de alguna manera reflejada en un aumento de pena con relación al hecho materialmente unitario. Si ello es así, invocar razones de benignidad importa esclarecer por qué razón se dispensa un tratamiento benévolo al autor de una pluralidad de realizaciones típicas.⁽⁸⁾

En conclusión, más allá del fin coherente con estrictos criterios de justicia que tenía el delito continuado en sus inicios, desde un punto de vista dogmático, esta teoría resulta incompleta, debiendo encontrar un fundamento material legítimo para justificar este instituto.

4.2. Razones de simplificación procesal

El fundamento procesal ha sido admitido principalmente por la doctrina y jurisprudencia alemana. Más allá de los argumentos de esta teoría, y que desarrollaremos a continuación, no debe olvidarse que el régimen procesal penal no admite la unificación de penas, generándose así ciertas complicaciones procesales al momento de juzgar el delito continuado.

En este sentido, se ha dicho que el delito continuado no es una figura del derecho sustantivo, sino una figura procesal, que permite no dejar impune ciertas conductas que no podrían ser acreditadas de otra manera. El delito continuado serviría para aliviar el trabajo de los tribunales frente a la obligación de tener que acreditar cada uno de los hechos, tanto objetiva

(8) CHOCLÁN MONTALVO, J., *El delito...*, op. cit., p. 152.

como subjetivamente, pues sería útil una sentencia, aunque sea parcial respecto de los hechos, para no dejar impune las conductas.

Esta postura fue criticada por diversos autores, que al entender que el delito continuado es una figura procesal útil para el proceso, se desvirtúan los elementos de la figura como tal, desnaturalizándose así al instituto.⁽⁹⁾ Además de esta desnaturalización del instituto, esta postura tiene claras deficiencias respecto de las garantías procesales, ya que como dice Antón Oneca

... si las varias acciones constituyen un delito, sea su unidad natural o jurídica, es lógico afirmarlo cuando se den los elementos del mismo, independientemente del grado de precisión que se haya logrado en la investigación judicial. La mayor o menor certeza alcanzada sobre los hechos objeto del proceso será decisiva para formular los que se reputen probados, abandonando los que no lo están y resolviendo las dudas a favor del reo.⁽¹⁰⁾

En conclusión, bajo ningún punto de vista puede justificarse procesalmente un instituto como el delito continuado para resolver problemas procesales, ya que se estaría vulnerando, de manera flagrante, el principio de *in dubio pro reo*, debiendo acreditarse en todos los casos, sea de unidad de acción o no, los elementos del injusto penal.

4.3. Teoría de la culpabilidad limitada

Superado el fundamento tradicional de la pena en el delito, se ha buscado el fundamento dogmático de la pena en la culpabilidad. En este sentido, Mittermaier entiende que, en el delito continuado, la voluntad criminal es menor que en el concurso real, ya que el agente realiza un aprovechamiento de la situación.⁽¹¹⁾

Ahora, esta postura tiene una relación directa con el aspecto subjetivo del delito continuado, ya que resulta un elemento indispensable el aprovechamiento por parte del autor de la situación de vulnerabilidad del bien jurídico una vez que realizó la primera afectación, y no un dolo común que tenían presente todas las conductas típicas desde un principio. Es decir,

(9) CASTIÑEIRA PALOU, MARÍA TERESA, *El delito continuado*, Barcelona, Bosch, 1977, p. 174.

(10) ANTÓN ONECA J., "Delito continuado", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Barcelona, Siex, 1954, p. 454.

(11) CHOCLÁN MONTALVO, J., *El delito...*, op. cit., p. 119, con cita de Mittermaier, *Della differenza frai delitti continuati e reiterati*, vol. II, parág. 4, Livorno, 1846.

el administrador, cuando comete la primera defraudación, decide realizar una segunda por el éxito de la primera y la apariencia de vulnerabilidad del bien jurídico afectado, y no porque esto responda a un plan previamente ideado.

Es aquí donde, según esta teoría, reside la menor culpabilidad, ya que en caso de que las conductas típicas sean consecuencia de un plan ideado previamente,⁽¹²⁾ no solo no habría una menor culpabilidad, sino que hasta podría argumentarse que el reproche debería ser mayor al de cualquier otro concurso real.

Esta postura tiene una relación directa con el aspecto subjetivo del delito continuado, ya que el definido como **dolo de continuidad** pasaría a ser un concepto más restringido, cambiando incluso lo manifestado por nuestra jurisprudencia al expedirse sobre el tema. Al analizar un supuesto de administración fraudulenta, la jurisprudencia ha afirmado que

Se configura el delito continuado de administración fraudulenta si, desde un punto de vista subjetivo, el autor tuvo en sus inicios alguna forma genérica de representación mental de los actos que luego realizó uno tras otro —en el caso, un jefe de tesorería desvió fondos obtenidos mediante el cobro de cheques destinados al pago de las cargas sociales de la empresa en la que trabajaba—, pues renovó esa resolución delictiva originaria bajo el efecto motivador de circunstancias esencialmente iguales.⁽¹³⁾

Este dolo global o total, admitido incluso por el Tribunal Supremo Alemán,⁽¹⁴⁾ requiere que la voluntad del autor abarque, desde el comienzo, la totalidad de los actos individuales ejecutados con posterioridad y que forman el delito continuado, llevando así, como ya dijimos, a un mayor merecimiento de pena.

Por ello, para poder fundar la menor pena del delito continuado en la culpabilidad es necesario desarrollar un concepto de dolo de continuación, en el cual cada decisión delictiva renueve la voluntad criminal y sea consecuencia de la reiteración del tipo penal.

(12) Un plan ideado pero que no llegue a tener los elementos del dolo directo.

(13) TRIB. ORAL CRIM. N° 7, CABA, "Garibotti, Esteban", 20/04/2001, LL 2001-D, 769, DJ 2001-3, 717, DJ 2001-2, 1279, Suplemento Penal, agosto 2001.

(14) CHOCLÁN MONTALVO, J., *El delito...*, op. cit., p. 257, con cita de BGHSt, 15, 268; 21, 322; 66, 45 ss.

4.4. Críticas a la teoría de la culpabilidad limitada

Más allá de que esta sea la teoría más aceptada en la actualidad, la misma no se encuentra exenta de críticas.

La primera crítica se centra en que si la menor pena se basa en la culpabilidad disminuida por el aprovechamiento de la situación, otros supuestos de reiteración delictiva, como por ejemplo la reincidencia, podrían tener la misma solución. En este sentido Martínez de Zamora, ha sostenido que los reincidentes obran con menor capacidad de acción, motivados por su hábito, y que por ello deberían merecer menor pena.⁽¹⁵⁾

Stratenwerth afirma, en la misma línea, que el reincidente típico se caracteriza por la debilidad de su voluntad, que lo hace poco receptivo a la condena, razón por la cual no se puede afirmar que se burla de la "conciencia de punibilidad de su comportamiento adquirido a través de su propia experiencia (condena y ejecución) deduciendo de allí una mayor intensidad criminal".⁽¹⁶⁾

Ahora, es nuestra opinión que nos encontramos ante casos distintos, ya que en el delito continuado estamos en presencia de conductas con cierta relación de homogeneidad temporal⁽¹⁷⁾ y sin que haya entre ellas condenas penales. Por su parte, en la reincidencia existe un mayor grado de reproche derivado de un delito cometido luego de haber sido sancionado penalmente, pudiendo entenderse así un mayor desapego al sistema jurídico.

5. Conclusión

Más allá de las críticas que recibe la teoría de la culpabilidad limitada, entendemos que esta es la correcta, ya que satisface la justificación de una pena menor.

La teoría de razones de benignidad tiene contradicciones, como vimos, que no permiten justificar acabadamente la pena distintiva al reo, para luego perjudicarlo más.

(15) MARTÍNEZ DE ZAMORA, ANTONIO, *La reincidencia*, Murcia, Universidad de Murcia, 1971, p. 30 y ss.

(16) CHOCLÁN MONTALVO, J., *El delito...*, op. cit., p. 160, con cita de Stratenwerth, Günther, "Culpabilidad por el hecho y medida de la pena", en *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, Universidad Complutense, 1980.

(17) La relación temporal entre las distintas conductas va a depender del tipo penal en cuestión. Mientras que en casos de abuso sexual se requiere un lapso de tiempo mínimo entre cada una de las conductas típicas, en el caso de una administración fraudulenta el lapso puede ser mayor.

Por su parte la teoría procesal afecta de manera directa garantías constitucionales básicas, tratando de buscar un fundamento práctico en un lugar donde claramente debe existir un fundamento material y dogmático.

Ahora bien, para que la teoría de la culpabilidad sea satisfactoria, más allá de los elementos objetivos que debe tener todo delito continuado, es importante desarrollar de manera completa su parte subjetiva, delimitando el dolo de continuidad a no cualquier planeamiento previo del autor, sino a un verdadero aprovechamiento de la situación que genere un menor grado de culpabilidad. Si logramos delimitar de manera eficiente este elemento podremos compatibilizar el mismo con la culpabilidad y así lograr un menor reproche penal.



Movimientos de Reforma Penal y enseñanza del Derecho Penal



CONFERENCIA

Movimientos de reforma penal y enseñanza del derecho penal

JAVIER AUGUSTO DE LUCA⁽¹⁾



1. Introducción

El tema de este panel es amplísimo. Existen múltiples miradas que aportan diferentes y sustanciales argumentos sobre todos los temas. Todos nosotros, con errores o con aciertos en el enfoque, recurrimos a los antecedentes y perspectivas ideológicas y políticas. Sabemos que no corresponde hacer derecho penal en una pecera, sin verificación del contexto y de las consecuencias que nuestras elucubraciones producen en la realidad.

Esa es la idea que debemos transmitir desde la docencia, porque la nuestra no es un área de conocimiento meramente técnica como, por ejemplo, puede ser la carpintería, donde la misma mesa de madera puede cumplir la misma función en el comedor familiar que en el lugar donde se reúnen los torturadores de un *lager* o centro clandestino de detención.

(1) Doctor en Derecho, UBA. Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Ex presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

La cultura sobrevuela todo el asunto, y de ahí la permanente pregunta acerca de si corresponde encarar una reforma para cambiar las costumbres o si debe esperarse el cambio de las costumbres para modificar las leyes. La solución siempre fue la proyección de aquello que es posible, con el recurso a la política criminal, evitando caer en el facilismo de concretar reformas meramente simbólicas, que ocultan o soslayan procesos muy graves que operan en el mundo del ser y que en cualquier momento estallan y salen a la luz.

Por eso aquí me limitaré a exponer un listado de temas que deberían ser objeto de tratamiento por nuestros juristas, sean estos docentes, magistrados, legisladores o políticos en general.

Lo subdividiré en dos grandes grupos. Uno que aborda los temas más generales, emparentados con los grandes procesos de reformas, como los que actualmente están en estudio. El otro, que se ocupa del aquí y ahora, es sobre las propuestas de reformas urgentes para el Código Penal vigente.

2. Reformas en general

1. Debe emprenderse la unificación de toda la legislación penal, la recodificación, para que los habitantes conozcamos qué ley está vigente y podamos acceder a ella de una manera sencilla. Eliminar las figuras redundantes existentes en leyes especiales,⁽²⁾ reducir las contradicciones y armonizar el sistema.
2. Este principio viene de la Ilustración, y fue consagrado en el art. 67, inc. 11, CN (1853/60); ahora continúa en el art. 75, inc. 11, CN, y es el que se encuentra reglamentado en el art. 4° CP⁽³⁾ que hace aplicable la parte general del CP a toda la legislación penal. También, como derivación de ese principio, en el viejo art. 55 CP (anterior a la ley 25.928, BO 10/09/2004) y para dar cuenta de la armonía del sistema, se preveía que para el caso de concurso real de delitos no podía aplicarse una suma cuyo resultado fuese mayor al de la especie de pena de que se tratase.⁽⁴⁾ De acuerdo con lo dicho, deben racionalizarse las penas, adecuándolas al contenido del injusto y de la culpabilidad.

(2) Como el encubrimiento del apoderamiento de teléfonos celulares, arts. 12 y 13, ley 25.891.

(3) Art. 4° CP: "Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario".

(4) Art. 55 CP, original, tiempo de vigencia del 22/04/1922 al 15/07/1976: "Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en el caso tendrá como *mínimum*, el *mínimum* de la pena mayor y como *máximum*, la suma resultante de la acumulación de penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esa suma no podrá exceder del *máximum* legal de la especie de pena de que

3. Deben excluirse todas las disposiciones que siguen contemplando alguna referencia a la peligrosidad.⁽⁵⁾
4. Instauración de penas no privativas de la libertad como alternativas.
5. Sistemas de reemplazo según la gravedad del hecho, sean delitos hasta 3 años, de 3 a 10 años, de más de 10 años y de máxima gravedad.
6. Posibilidad de imponer penas por debajo del mínimo cuando sea grosera la desproporción entre la prevista y el injusto y la culpabilidad.
7. Mantenimiento de la sobriedad del texto vigente en cuanto a conceptos de teoría del delito, lo cual ha permitido el desarrollo doctrinario y jurisprudencial constante.
8. Incorporar criterios de principio de insignificancia.
9. Otorgar relevancia a casos de pena natural, y otros criterios de oportunidad del ejercicio y extinción de la acción penal, con salvaguarda de los derechos de las víctimas.
10. Reconocimiento de situaciones en que haya habido tortura.
11. Atenuantes o equivalentes cuando hayan recaído sanciones en la comunidad indígena de que se trate.
12. Reelaboración de los delitos contra la seguridad pública, precisando las diferencias según que los resultados sean dolosos o culposos.
13. Introducción de delitos contra el ambiente.
14. Equiparar las penas para la violación tradicional y el coito oral o *fellatio in ore*.
15. Incorporar al texto del CP remisiones al derecho internacional y a los tratados, a fin de evitar continuas reformas.

3. Reformas urgentes del texto actual

- I. Eliminar todo el actual art. 14 CP.
 - a. La primera oración, porque la prohibición de la libertad condicional a los reincidentes es inconstitucional.
 - b. La segunda oración, porque viola el principio de igualdad privar del derecho a la libertad condicional por un delito determinado cuando este tiene

se trate". Este artículo sufrió una leve modificación por el decreto ley 21.338, ratificada por la ley 23.077, pero que no es de importancia para lo que se viene discutiendo en el texto.

(5) Así lo establecen toda la doctrina, la CSJN y la Corte IDH. Por ejemplo, disposiciones como la del actual art. 44 CP, que literalmente permitiría aplicar pena a una persona por su sola peligrosidad. En efecto, el art. 44 CP último párrafo prescribe: "... Si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente".

la misma pena que otros a los que sigue correspondiendo la libertad condicional.⁽⁶⁾ Esto va unido a la correspondiente derogación del artículo similar de la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

2. Volver al texto del art. 55 CP anterior, por el cual la pena máxima por concurso de delitos es de 25 años y no de 50.
3. Eliminar el art. 52 CP.⁽⁷⁾
4. Eliminar los párrafos del 189 bis (tenencia y portación de armas) que se refieren a los antecedentes y reincidencia.⁽⁸⁾
5. Corregir groseros desajustes en las respuestas punitivas. Por ejemplo, en la pena prevista para la privación ilegal de la libertad agravada (art. 142 bis CP) con respecto a la de los arts. 170 o 79 CP, que generan situaciones incoherentes tales como que, al que secuestra con coacción a una mujer embarazada, menor de 18 años o mayor de 70 años, tiene menos pena que un homicidio de esas mismas personas. Casos de abigeato, etcétera.
6. Derogar todas las figuras referidas al delito de duelo (arts. 97 a 103 CP).
7. Eliminar el abuso de armas (arts. 104 y 105 CP), porque genera un problema dogmático insoluble con el viejo tema del dolo de ímpetu, las amenazas, la tentativa de homicidio y las lesiones, que se termina resolviendo de una manera tópica, según viene calificado el sumario policial.
8. Eliminar el art.194 CP o exigir que haya peligro concreto para la seguridad pública, porque es el delito que se usa para criminalizar la protesta social pacífica. Ello constituye una seria violación a la libertad de expresión, que también comprende las conductas expresivas (art. 13 CADH; arts. 14 y 32 CN).
9. Agregar la omisión en los delitos de falsificación de medicamentos, para cubrir la fabricación, suministro y comercialización de aquellos productos que no curan, es decir, que no ponen en peligro la salud, sino que no curan. Esto no está cubierto por las estafas, porque se trataría de fraudes insignificantes. El delito de omisión pertinente está previsto en la ley 16.463 de medicamentos. Basta con pasarlo de ahí al Código Penal.

(6) El argumento es idéntico a los supuestos normativos y fácticos de los casos CORTE IDH, "Caso Suárez Rosero vs. Ecuador", (Fondo) 12/11/1997; y CSJN "Nápoli, Erika y otros s/ infr. arts. 139 bis y 292 C.P.", 06/07/2004 (Fallos: 327:2869), y "Véliz, Eduardo Rodolfo y otros c/ Servini de Cubría, María Romilda", 24/11/1998 (Fallos 321:3220).

(7) CSJN, "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa -causa N° 1573-", 05/09/2006 (Fallos: 329:3680).

(8) Pese a que la Corte los declaró constitucionales: CSJN, "Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa N° 10.154", 05/02/2013; "Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil", 05/02/2013 y "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad", 05/02/2013. Ver DE LUCA JAVIER AUGUSTO, "Reincidencia, libertad condicional, reiteración delictiva y Constitución", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año III, n° 3, La Ley, abril de 2013, pp. 49/74.

10. Corregir la redacción del 113 CP, porque la ley 26.551 (a raíz del caso "Kimel") incurrió en un error gramatical. Dice "En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas", lo cual no guarda relación con el supuesto de hecho de la figura, porque este delito no es calumnias, sino reproducción o publicación de injurias y calumnias vertidas por otro. Lo que indica toda la doctrina y jurisprudencia internacional (y la Corte IDH en "Kimel"), es que no puede haber delito contra al honor en el terreno de temas de interés público. Luego, el art. 113 CP, que recibe la doctrina de "la fuente" o "reporte fiel", correctamente declara impunes las reproducciones y publicaciones de calumnias e injurias vertidas por otros, cuando se trate de asuntos de interés público. Con ello es suficiente, y no hacía falta poner más. En consecuencia, en lugar de "calumnia" habría que poner la expresión "este delito" y, además, eliminar la frase "que no sean asertivas", porque no se trata de eso (que si va para las injurias), sino de que los periodistas deben ser totalmente impunes cuando se limitan a repetir lo que dijo otro que citan e identifican en asuntos de interés público, **aunque ellos sepan que lo que dice la fuente es falso**. Es decir, no importa que lo afirmen, porque lo único que afirman es que la fuente dijo lo que dijo, sin tomar partido (caso CSJN "Campi-llay"), con independencia de si la fuente dice falsedades o no.
11. Aclarar las relaciones y distinciones entre los delitos de los arts. 106, 107 y 108 CP, y los delitos de comisión contra la vida o integridad física, para que quede claro que los primeros son casos de omisión que impiden aplicar las figuras de homicidios y lesiones por omisión impropia.
12. Eliminar o arreglar redacción de la agravante del art. 41 *quater* CP, por el uso de un menor para cometer un delito. Si el menor es coautor, no es posible subir la pena al autor mayor de edad, porque el derecho penal no protege bienes jurídicos de los autores de delitos, sino de terceros (art. 19 CN). En ese artículo se está agravando la pena por la "mala educación" o "mal ejemplo" al menor que no es víctima del hecho punible que lleva a cabo el mayor.
13. Suprimir la equiparación de la pena de la tentativa de contrabando y el contrabando consumado.
14. Repensar si la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización es un caso de tentativa de comercio. No debería tener la misma pena que el comercio en sí mismo, o que el transporte de estupefacientes, en tanto estos casos generan una agresión mayor al bien jurídico salud pública. Declarar la atipicidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.
15. En algunas leyes existen excepciones al sistema general del Código Penal, como por ejemplo, que no rige el principio de la ley penal más benigna (art. 20 ley 19.359). Es inconstitucional, porque ahora el principio tiene jerarquía constitucional, art. 9° CADH.
16. Debe aclararse el término "banda", para separarlo de asociación ilícita (si es que se mantiene esta polémica figura). Poner simplemente tres o más personas que hayan intervenido de acuerdo en tal o cual delito.

17. Aclarar el art. 128 CP en el sentido de que los menores que allí se representan teniendo sexo, deben ser menores reales y no virtuales (porque ahora existen películas que crean imágenes con computadora donde no hay ningún menor de verdad involucrado, con lo cual no hay ataque a la integridad sexual).
18. Volver al sistema anterior a la última reforma y derogar las figuras de los arts. 125 bis y 127 CP, que consagran situaciones de colaboración con la prostitución ajena, y de proxenetismo o rufianismo simples, en las que no hay violencia, intimidación o fraude contra mayores de edad que ejercen una actividad no punible (la prostitución).
19. Decidirse por eliminar el 80, inc. 7, CP (*homicidio criminis causa*) o el 165 CP (homicidio en ocasión del robo) o armonizarlos ambos.

Como se ve, la tarea que nos impone nuestro tiempo es ardua, pero no debemos dejar de insistir en hacerla, y mucho menos desde la cátedra, si es que deseamos hacer algo valioso para nuestra generación. No podemos quedarnos en la explicación acrítica de un sistema que se construye en otro lado de manera inconsulta, porque los alumnos pueden llegar a creer que ello constituye su aceptación. No enseñamos una técnica, sino derecho.

Muchas gracias.



PONENCIA

El lado oscuro de la luna

Las estrategias de aprendizaje de los alumnos de derecho penal

EDUARDO GABRIEL FAJARDO⁽¹⁾



Resumen. Desde un modelo pedagógico de aprendizaje significativo o constructivista, se propone una investigación sobre las estrategias de aprendizaje del derecho penal que realizan nuestros alumnos, a los fines de determinar, describir y ponderar los procesos de decisión que realizan los estudiantes frente a la propuesta curricular de la cátedra: indagar cómo se producen negociaciones, ajustes o acuerdos en la interacción de ambas para la construcción de sentido en el espacio donde se desarrolla el proceso de enseñanza y aprendizaje, y establecer vinculaciones que expliquen los resultados de las evaluaciones de los aprendizajes. Los datos recogidos y la construcción de un adecuado cuerpo teórico sobre esa base fáctica se utilizarán para contrastar con la hipótesis de que “los estudiantes de derecho penal ponen en juego estrategias de aprendizaje en profundidad a condición determinante de estrategias de enseñanza significativas” por parte de los docentes, cuyos resultados podrán ser utilizados para contar con información fiable para la realización de futuras planificaciones pedagógicas.

(1) Profesor titular de derecho penal I (Facultad de Derecho y Cs. Políticas, UAI, Rosario).
Profesor adscripto de derecho penal I (Facultad de Derecho, UNR).

1. Planteo del problema

La universidad, como institución inserta en determinado medio social, resulta permeable a los cambios que en él se producen, de tal suerte que las condiciones de su funcionamiento aparecen sensibles a las problemáticas y características que vivencian tanto sus estudiantes como a los miembros de la comunidad toda, quienes al integrarse a la facultad y transitar su currículum interactúan con la institución y formulan, articulan y deciden ciertas estrategias en su paso, y este “programa” tiene objetivos y finalidades que pueden no coincidir con los propuestos por la universidad y sus docentes de derecho penal. A su vez, la forma en la que los estudiantes se “apropian” del espacio institucional (cuando dicen “mi facultad”) se haya íntimamente ligada a la recíproca intersubjetiva que experimentan con los docentes, las autoridades y el personal administrativo. Al formular la cátedra su estrategia de enseñanza, se toman decisiones sobre los contenidos, la forma de presentarlos, los momentos y modalidades evaluativas o la cantidad de horas destinadas a cierto contenido. Lo hace antes del inicio del ciclo, sin contar con ese otro sujeto concreto que también juega en el proceso de enseñanza-aprendizaje: el alumno, quien puede, ante las propuestas pedagógicas, adoptar respuestas o reacciones múltiples. Este comportamiento aparenta tener fundamento pluricausal, e indagar, describir y teorizar sobre el modo en que nuestros estudiantes organizan sus estrategias cognitivas durante el paso por la universidad en general y por nuestros cursos de derecho penal en particular, brindará información confiable para determinar los cursos de acción de la institución, la cátedra o el docente. Resulta pertinente preguntarse, en relación a esta problemática, de qué modo y bajo qué criterios los alumnos toman decisiones relevantes —desde el punto de vista pedagógico— sobre su propia carrera, en general, y sobre su estudio de derecho penal en particular; cuál será el indicador por el cual pueda leerse la finalidad o propósito personal asumido y su cotejo con la misión institucional; y determinar qué estímulos y condicionantes operan para la toma de tales decisiones. Entonces, nuestra ponencia asume el formato de una propuesta de investigación pedagógica sobre ese campo de decisiones estratégicas que realiza el alumnado, intentando decodificar el sentido y la significación de los estudiantes frente a los contenidos de la materia y las propuestas docentes. La mencionada intencionalidad se erige frente a un grave problema: la planificación, los objetivos, los recursos y capacidades destinados a la estrategia de la enseñanza del derecho penal pueden —y de hecho muchas veces

es así— desatender las condiciones, capacidades y fundamentalmente las decisiones que toma el verdadero protagonista del proceso de enseñanza y aprendizaje, el alumnado. Esta “descentración” del sujeto fundamental del proceso disloca a la planificación con los resultados, genera una distorsión del rol docente presentado con “exceso” de protagonismo (“gardelismo”), y produce dos fenómenos nocivos en relación a las evaluaciones de los aprendizajes. Por un lado, deja inerte de explicaciones los resultados, la-deando, postergando, desplazando la atención a los estudiantes y, por otro lado, poblando de justificaciones que responsabilizan al alumnado (falta estudio, no tienen disciplina, carecen de motivación, la formación previa es deficiente), extrañando a ese “otro” y enajenándolo del sitio que le corresponde conforme a un modelo pedagógico constructivista y significativo.

2. Breve enfoque teórico

David Ausubel, en su teoría sobre el aprendizaje significativo, considera que la estructura cognitiva del ser humano está formada por conceptos y relaciones entre conceptos ordenados en una jerarquía. Tal organización conceptual jerárquica debería corresponderse con la jerarquía conceptual propia de cada disciplina,⁽²⁾ y en el caso del derecho, la forma que asume la presentación de sus contenidos sintetiza en el estudiante la “forma” de aprehensión. Esta acción, no ingenuamente utilizada con “h”, deriva en las consecuencias que sobre el sujeto opera el aprendizaje, pues sabido es que la captación memorística de los contenidos padece una fatal labilidad para desaparecer en poco tiempo, mientras que el establecimiento de relaciones sustantivas con el saber disponible convierte a los nuevos conocimientos en nuevas herramientas que se suman al bagaje de habilidades y saberes que el alumno adquiere. Pero, sin embargo, la enseñanza no ofrece tipos de garantías para que el proceso se desarrolle con esas instancias de eficacia. De hecho, las evaluaciones de los aprendizajes son proveedoras de datos que muchas veces cuestionan o jaquean los resultados de ese proceso. Al interior de las lógicas de ese esquema resulta cada vez menos oculto que los estudiantes asumen comportamientos cuya orientación de sentido está dada por las mayores o menores dificultades que ofrece el currículo de la carrera para avanzar en la misma. Así, a la par de que en forma más o menos planificada, con asunción de mayor o menor responsabili-

(2) GALAGOVSKY KURMAN, LYDIA R., *Redes Conceptuales. Aprendizaje, comunicación y memoria*, Bs. As., Lugar, 1996.

dad, bajo modelos academicistas tradicionales o ejemplares construcciones significativas, en las que el docente propone sus estrategias de enseñanza, el estudiante —sujeto libre y esencial en el proceso de enseñanza y aprendizaje— efectúa sus propias evaluaciones de situación, compone su lugar en la institución y en el aula, sopesa los medios para lograr sus objetivos, mide, calcula y decide sus propias estrategias de aprendizaje, las que pueden o no coincidir con la oferta académica o escolar, y tampoco necesariamente deben ser conscientes y expresas. El ideal teórico de análisis de este fenómeno fue presentado como “Enseñar a aprender” en un modelo triádico: 1) estrategias didácticas; 2) contenidos conceptuales y procedimentales; y 3) estrategias de aprendizaje, en donde estos últimos son aquellos procesos que el alumno pone en juego a la hora de resolver una determinada situación o de aprender determinado concepto, principio, hecho o procedimiento, es lo que llamamos **estrategias de aprendizaje**. Estas están siempre presentes, pues aún en los casos en los que el modelo pedagógico anula la subjetividad del estudiante (considerándolo tabla rasa o simple depósito de conocimientos) como en el academicismo tradicional, los alumnos reconocen las reglas del memorismo, las normas de sumisión, repetición o ejemplaridad, y juegan con ellas para alcanzar los objetivos propuestos (aprobar, promover, gozar de buen concepto por parte de los profesores, etc.). Es muy difícil que los docentes, al delinear los objetivos de cátedra o frente a un nuevo curso, se interroguen sobre cómo hacen los estudiantes para aprender, de qué modo se preparan para los exámenes, bajo qué compromisos se predisponen frente a los contenidos, de qué forma resuelven los desafíos que propone el estudio del derecho penal y otras tantas valiosas preguntas sobre las decisiones de ese otro actor protagónico que es el estudiante. Muy por el contrario, la planificación docente —cuando existe, claro—, se centra en las **estrategias didácticas**, definidas por el “conjunto de acciones que realiza el docente con clara y explícita intención pedagógica”,⁽³⁾ las que se hallaran con las estrategias de aprendizaje en un “campo” común en que se desarrolla el proceso de enseñanza y aprendizaje. Ambas estrategias suelen convivir en tiempo y espacio de diversas maneras, unas en forma más azarosa se alimentan recíprocamente, otras están signadas por la indiferencia —que nunca es absoluta—, y felizmente existen experiencias de combinación,

(3) BIXIO, CECILIA, *Enseñar a aprender*, Rosario, Homo Sapiens, 2001, p. 35.

cooperación y reformulación que elevan sustantivamente la calidad del proceso, favoreciendo valiosas interacciones.

El espacio fértil para la interacción fructífera de ambas estrategias ha sido caracterizado como “virtual” por la teoría pedagógica, en la que hallamos tres concepciones que entendemos equivalentes a los fines de la investigación, utilizándolas como versiones o miradas respecto del mismo objeto de estudio entendido como un lugar de negociaciones, acuerdos, deseos, ideas y compromisos en la interacción de todos los actores, revestidos en ambas estrategias, y que mencionaremos por sus principales exponentes. En sus estudios de desarrollo humano y psicología evolutiva, Piaget aludió a una **zona de asimilación**, proponiendo análisis integrales bio-psico-sociológicos respecto de aquellos aprendizajes que se producían en condiciones de optimización respecto de otros. Del mismo modo Vitgosky denominó **zona de desarrollo próximo** a ese lugar de la estructura cognitiva del sujeto en que resultaba más favorable el establecimiento de significaciones entre los saberes ya capitalizados y los novedosos, ideas que seguirá David Ausubel para extender el modelo de aprendizaje significativo. Finalmente, en el campo de la psicología social, fue Pichón Riviere quien elabora el famoso **ECRO (Esquema Conceptual Referencial Operativo)**, en que encontramos que la construcción de significados se produce en un medio cultural, indisociable de la interacción grupal, a partir del cual el andamiaje de ideas que ordena el mundo se sostiene por la atribución significativa hecha (o producida) en esos contextos comunicativos colectivos. Estas teorías cuestionan el rol docente y han tenido la virtud de poner en crisis los distintos modelos educativos (academicismo, conductismo, escuela nueva, incluso el hiperconstructivismo), pero a la vez proveen de herramientas que serán necesarias para interrogar nuestro objeto de estudio, sea que se compruebe que las estrategias didácticas asumen formatos de **información oral** (exposiciones de todo tipo, demostraciones o coloquiales-experienciales), y tanto por las más variadas formas de **mediación instrumental**, y/o de **mediación social** de los conocimientos.

Las voces de los pedagogos se han orientado más, en los últimos años, a intentar indagar, delimitar y caracterizar esas “zonas” de la estructura cognitiva, y en la evaluación de sus investigaciones se ha incorporado al acervo de las disciplinas educativas las nociones de **zona de desarrollo real**, como aquel progreso cognitivo material de aprendizaje que da cuenta de la incorporación, apropiación, elaboración y usos del conocimiento —lo que se formaliza a través de las acreditaciones de promoción en las

instituciones educativas—, y la de **zona de desarrollo potencial**, como el margen de la estructura cognitiva que se encuentra en condiciones de participar satisfactoriamente del proceso y que no lo ha hecho por variedad de razones. Ambas ideas serán útiles para la ponderación de los resultados, conforme nos interesa para este estudio.

Contribuciones teóricas culturales, críticas, descriptivas y de la teoría del lenguaje podrán asociarse en las indagaciones sobre “la clase”, en tanto **colectivo intersubjetivo interactivo: un espacio de comunicación y ajustes de significado**, o dicho de otro modo, el lugar donde confluyen todas las posibles hermenéuticas de los actores que participan en un proceso de enseñanza y aprendizaje.

La excelencia académica se enlaza en los aspectos positivos de ambas estrategias combinadas, una oferta académica rica, variada y cuya estructuración jerárquica se enriquezca con la interacción comprometida de los alumnos en la búsqueda de reconstruir los significados subyacentes a los contenidos, e incluirlos a éstos en universos de significados mayores, trazando lazos los unos con otros de manera sustantiva.

Nuestra hipótesis puede resumirse en que **los estudiantes de derecho penal ponen en juego estrategias de aprendizaje en profundidad a condición determinante de estrategias de enseñanza significativas**.

La indagación sobre esta respuesta conjetural puede realizarse en base a la determinación de variables en dos grandes grupos, una de **elementos constitutivos**, por ejemplo las características de la estructura cognoscitiva y de los esquemas de acción y representaciones; el nivel de conocimientos previos; los procedimientos y destrezas disponibles; el grado de interés en el estudio; las intenciones y objetivos personales; las condiciones psico-físicas y cualquier otra que contribuya a la mejor diagnosis posible una vez iniciado el curso de derecho penal respecto del colectivo de alumnos, pero también del equipo de cátedra. El otro grupo corresponde a **elementos externos**, como el tiempo disponible para el estudio y las clases; disposición del material bibliográfico y de apoyo; tipo, cantidad o extensión de contenidos a estudiar; las condiciones ambientales; la interacción con otros actores relevantes, todas ellas ricas en categorías descriptivas para la consecución de los objetivos pedagógicos de nuestra ponencia-investigación, que explicitamos:

Objetivo general: Describir y explicar la relación entre las estrategias de enseñanza y el aprendizaje del derecho penal.

Objetivos específicos: 1) explicitar los procedimientos comunes de enseñanza y aprendizaje; 2) categorizarlos y describirlos y, finalmente, 3) determinar los grados de influencia entre ambas estrategias.

Asumiendo que la propuesta de la ponencia se dirige a compartir con otros colegas docentes una tarea de investigación sobre la propia práctica educativa, ponemos a disposición una organización tentativa del trabajo —no excluyente de otras—, dividida en etapas:

2.1. Primera etapa

Confeción de instrumentos, introducción al campo y primer informe de avance:

Tareas	Metodología	Tiempo Previsto
Búsqueda de material bibliográfico, y confección de los instrumentos de recolección de datos	Labor de biblioteca y en Internet	1 mes
Relevamiento de información sobre las estrategias de enseñanza y aprendizaje en la Facultad de Derecho	Encuestas semi-estructuradas y observaciones de clases	2 meses
Formulación y entrega del primer informe sobre el estado de la cuestión	Síntesis escrita de las propuestas teóricas	1 mes

2.2. Segunda etapa

Recolección de datos, producción de información, y análisis. Producción de Informe preliminar y segundo informe de avance.

Tareas	Metodología	Tiempo previsto
Análisis de los resultados de las estrategias relevadas y cotejo con los datos de las evaluaciones	Análisis documental. Entrevistas.	2 meses
Producción de autoevaluación de los alumnos respecto de sus estrategias	Entrevistas en profundidad con casos seleccionados.	2 meses
Producción de autoevaluación de los docentes respecto de sus estrategias	Encuestas.	
Confeción de un informe preliminar y entrega del segundo avance	Construcción teórica hipotética y conjetural	1 mes

2.3. Tercera etapa

Enumeración de competencias y contenidos procedimentales.

Tareas	Metodología	Tiempo previsto
Construcción de categorías relativas a las estrategias relevadas y sus resultados	Confección de matriz	1 mes
Contrastación de las categorías con los casos y eventual vuelta al campo	Análisis de consistencia y nuevas entrevistas	1 mes
Formulación y entrega del tercer informe de avance aportando índice tentativo del informe final	Reorganización del sistema de proposiciones	2 meses

2.4. Cuarta etapa

Verificación de la hipótesis. Construcción teórica. Diagnósticos y eventual formulación de nuevas hipótesis. Informe final.

Tareas	Metodología	Tiempo previsto
Formulación de conceptos y relaciones que caractericen y definan las acciones estratégicas de los actores	Investigación bibliográfica. Análisis documental.	1 mes
Diagnóstico situacional sobre las estrategias didácticas utilizadas en la enseñanza del derecho	Observaciones participantes. Grupo focal con docentes	1 mes
Condicionamientos recíprocos e interacciones entre estrategias didácticas y de aprendizaje y su relación con la adquisición de competencias	Análisis documental y entrevistas	1 mes
Confección y entrega del informe final		2 meses

3. Breve descripción metodológica

Esta investigación supone la utilización de una **perspectiva metodológica cualitativa** a los fines de efectuar determinaciones entre las estrategias de enseñanza y aprendizaje en los cursos de derecho penal de la carrera de Derecho, y entre ambas prácticas establecer relaciones que permitan teorizar sobre la problemática abordada. Esta elección luce adecuada en virtud de que el material teórico disponible permite organizar un sistema de proposiciones, haciendo viable y conveniente el método hipotético-deductivo, de manera que tanto el caudal bibliográfico como los datos

recolectados puedan ser contrastados y utilizados mediante el método comparativo. En resumen: en una relación continente-contenido utilizaremos una metodología cualitativa con aplicación de método deductivo y comparativo, realizando inferencias que constituyan el cuerpo de un conocimiento nuevo sobre el objeto de investigación.

3.1. Nivel de análisis

Por nivel de análisis hacemos referencia a las disciplinas predominantes en el tratamiento del problema. En nuestro caso nos proponemos efectuar niveles de análisis de tipo pedagógico y sociológico educativo.

3.2. Dimensión temporal

En razón de tiempo propio del objeto de estudio, es decir, su actualidad, la investigación proyectada es de tipo “sincrónica” de manera que tanto la situación problemática como la labor sobre la hipótesis serán tratadas en forma transversal. Las etapas han sido organizadas pensando en dos segmentos anuales que correspondan a las dos mitades de un curso anual o a dos cursos cuatrimestrales al año. Esta organización temporal hace posible tomar períodos menores (en lugar de una investigación de dos años planificar otra anual), pero creemos que para una extensión superior sería más rica y conveniente una investigación de tipo “diacrónica” que pueda dar cuenta de los procesos de los mismos sujetos a lo largo de la carrera, pero, en ese caso, habría que incorporar otros métodos de recogida de datos como las “historias de vida” o similares.

3.3. Fuentes de información

Serán fuentes de información los alumnos y docentes de la/s cátedra/s de derecho penal de la/s carrera/s de abogacía de la o las universidades que puedan adherir a la tarea, las clases que sean observadas y los documentos de los resultados de las evaluaciones.

3.4. Modo de análisis

El modo de análisis tendrá —en proyección— dos formas, una consistirá en poner en conexión la información obtenida con la hipótesis y el sistema de problemas correspondiente al objeto de estudio, y la segunda intentará determinar si de la información puede inferirse alguna lógica subyacente en el comportamiento de los actores: la caja negra que explique los “por qué”.

PONENCIA

La necesidad de la reforma al Código Penal

Su introducción en la enseñanza de los principios del derecho penal

PABLO ERNESTO ROSSI⁽¹⁾



En los últimos 15 años —por situar un período de tiempo—, se ha impuesto cada vez más, a nivel mundial, la idea de que los modelos educativos universitarios deben abandonar el enfoque tradicional y orientarse al aprendizaje por **competencias**. En este contexto, se entiende por “competencias profesionales” a un conjunto de atributos, habilidades y actitudes, propias de una determinada profesión, y que resulta necesario desarrollar a través del proceso de aprendizaje mediante diversos recursos y dinámicas.⁽²⁾ La tendencia ya generó consenso en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EEES), que mediante la “Declaración de Bologna” (1999) incorporó el enfoque de competencias como objetivo en los ámbitos académicos. Desde entonces, ha ido ganando fuerza paulatinamente también en América Latina.

Lo distintivo del enfoque de competencias —en relación a la mirada tradicional— consiste en entender el conocimiento científico, no como una

(1) Abogado. JTP, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Adjunto, UAI. Director del Registro de Personas Detenidas de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires.

(2) DELGADO, A., *Evaluación de las Competencias en el Espacio Europeo de Educación Superior. Una experiencia desde el Derecho y la Ciencia Política*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 32 y ss.

categoría “autónoma” respecto del campo de aplicación práctica, sino precisamente como un conjunto de saberes que se integran y se realizan en la praxis. No se trata, entonces, de una mirada que se concentre exclusivamente en la práctica profesional dándole la espalda a la producción de conocimiento teórico; sino que se reinterpreta la necesidad de conocimiento teórico desde la solución de problemas reales en el campo práctico. Al decir de Riesco González, las competencias incluyen “la habilidad para enfrentarse a demandas complejas poniendo en acción, en situaciones concretas, recursos psicológicos, habilidades y actitudes”.⁽³⁾

De hecho, en el rol docente convivimos con esta definición a diario: se puede conocer profundamente el universo del derecho, pero no tener la capacidad de inspirar, comunicar y apasionar a los alumnos. El docente no solo debe administrar los conocimientos teóricos de la asignatura, sino también saber cómo comunicarlos y —una vez en clase— desarrollar las dinámicas adecuadas para seducir, captar la atención, despertar el interés y la curiosidad y así producir el espacio en el que se produce el acontecimiento del aprendizaje. Hacerlo implica categorizar los conocimientos según su importancia, pero también atender al contexto y desarrollar habilidades incluso corporales de comunicación.

Ese campo práctico es, necesariamente, histórico, social e interpersonal. En consecuencia, su aprendizaje por parte de los estudiantes de derecho implica —desde la labor docente—, objetivos actitudinales, la internalización de conocimientos, la comprensión del sistema jurídico y de su aplicación a casos reales, pero también —una vez hallada la “solución” del caso—, el desarrollo de habilidades que permitan operar sobre el mundo para que esa solución teórica se traduzca en resultados concretos. El abogado no solo debe saber cuál debe ser la respuesta judicial, sino también qué debe hacer durante el proceso para obtenerla.

Por otra parte, la comprensión de las normas —el “por qué” de una determinada solución legal— puede ser aprehendida en profundidad si la mirada se dirige no sólo al sistema normativo, sino también al contexto histórico y social en que se produce la norma. El análisis de ese contexto es el que permite responder a algunas preguntas clave: ¿es posible proponer una nueva interpretación normativa? ¿Se han modificado las

(3) RIESCO GONZÁLEZ, MANUEL, “El Enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones en la enseñanza y el aprendizaje”, en *Tendencias pedagógicas*, año 13, 2008, p. 80

condiciones iniciales de sanción de la norma? ¿Es ahora el momento adecuado para formular una declaración de inconstitucionalidad? ¿Es viable la presentación de un proyecto de reforma?

No es una casualidad que el enfoque de competencias se haya extendido tanto en los últimos años: la revolución tecnológica nos sitúa en un mundo en mutación permanente en el que los cambios se incrementan en variedad y complejidad y se aceleran permanentemente. Frente a este escenario, el conocimiento teórico sobre el contenido de las normas que podamos transmitir a los estudiantes probablemente resultará desactualizado y habrá perdido vigencia para el momento en que el estudiante alcance su graduación. Como plantea Adela d'Alòs-Moner,

Por primera vez todos estaremos obligados a lo largo de nuestra vida a tomar diferentes opciones de tipo laboral. Cada vez habrá una mayor distancia entre lo que se ha estudiado y los trabajos que se realizan. Si esto es cierto para la mayoría de las actividades, es innegable para los profesionales de la información. Si hace unos años ésta se encontraba ligada directamente a un título, hoy es únicamente un punto de partida, y tenerlo ya no implica ser un profesional. La profesionalidad debe expresarse con un compromiso social y colectivo, encontrándose estrechamente relacionada con aspectos como el aprendizaje permanente.⁽⁴⁾

Hace unos treinta años el conocimiento teórico tenía dos características diferentes al mundo actual: mayor permanencia y mayores dificultades de obtención. Hoy en día el conocimiento teórico está en línea y es accesible pero, a su vez, es contingente, se modifica de modo permanente y su multiplicación en cantidad y variedad exige, de parte del profesional, una cada vez mayor capacidad para observarlo con criterios de relevancia, pertinencia y aplicación práctica.

Se impone, en consecuencia, enfocar los conocimientos teóricos —mutables, contingentes— desde el punto de vista de su integración en una formación profesional. La mirada de la competencia en la formación profesional busca, justamente, que el estudiante desarrolle capacidades que le permitan operar sobre el mundo en función del conocimiento, desa-

(4) D'ALÒS-MONER, ADELA, "El profesional del siglo XXI al servicio de la sociedad y de las organizaciones", en *El Profesional de la Información*, vol. 10, n° 12, 2001.

rollar estructuras y habilidades que le permitan adaptarse a un mundo cambiante y operar sobre él con eficacia y eficiencia. En la “Declaración de Bolonia”, las Universidades de Europa justamente plantean que es su rol brindar “a sus ciudadanos las competencias necesarias para afrontar los retos del nuevo milenio”.

Normalmente, el enfoque de competencias se promueve desde la perspectiva de incorporar, al ámbito docente, los métodos de solución de casos y la integración transversal entre distintas asignaturas. Pero ese enfoque —aunque de por sí superador del esquema tradicional— se orienta exclusivamente al profesional cuya actividad es fundamentalmente individual. En el ámbito universitario, y en particular en el ámbito del derecho penal, resulta cada vez más clara la imposibilidad de escindir el conocimiento científico de su aplicación sociológica, ideológica y, en definitiva, política, en el más puro sentido del término, es decir, el del interés por la *polis*. Desde esa perspectiva, el profesional no solo está preocupado por la solución “del caso”, sino por la efectiva vigencia del Estado de derecho. Los movimientos de reforma penal se inscriben en esta línea. El académico interesado en participar y aportar a tales movimientos, debe incorporar herramientas de análisis respecto de campos más amplios que el puro derecho penal.

Recientemente he participado de una investigación, patrocinada por la Universidad Abierta Interamericana, y dirigida por el Dr. Adrián Martín, sobre las reformas al Código Penal y respecto de los delitos contra la propiedad y/o con el uso de armas, desde la perspectiva del incumplimiento del imperativo constitucional de mantener la proporcionalidad de las escalas penales, durante el período comprendido entre 1984 y 2011. A lo largo de esa investigación, no solo abordamos las reformas en sí que se produjeron en el ámbito legislativo, sino que también evaluamos el tratamiento mediático de esas reformas y los acontecimientos sociopolíticos que las enmarcaron, con especial referencia a las denominadas “reformas Blumberg”. La investigación desnuda el desmoronamiento de la sistemática del Código Penal y del principio de codificación constitucional, los absurdos que en consecuencia se producen, y la afectación —en definitiva— del principio de legalidad. Buscamos, entre otros objetivos de la investigación, contribuir al debate actual respecto de la necesidad de reforma del Código Penal planteando las consecuencias concretas, en términos de proporcionalidad de escalas penales, que se siguen de la pérdida de la codificación sistemática.

Mientras realizábamos la investigación —cuyos resultados se encuentran actualmente en etapa de impresión—, tomé conciencia de la posibilidad de trasladar experiencias de este tipo al espacio áulico. Ello no solo supone una contribución importante al movimiento de reforma —mediante la concientización de los estudiantes respecto de la problemática—, sino que contribuye a que los estudiantes comprendan el significado de las garantías en relación a un problema real, las consecuencias del apartamiento del legislador respecto del faro constitucional, y el modo en que desde el mundo académico es posible involucrarse activamente y aportar a los movimientos de reforma que buscan perfeccionar la legislación vigente aproximándola a los estándares constitucionales.

En este sentido, la propuesta es introducir, en el aula, el trabajo de investigación. La mera idea de trabajar en términos de investigación supone incorporar, a la práctica docente, una dinámica de coordinación de competencias. A continuación examinaré algunas de ellas:

1. En primer lugar, la investigación supera el mero conocimiento teórico de la norma: lo incorpora como primer paso, para lograr un objetivo superador. Quien investiga sobre un tema determinado en el ámbito jurídico debe, como primer paso, tomar contacto con las normas en juego; pero ello es solo el comienzo. La norma se transforma así en un punto de partida para un objetivo superador con mirada en la comunidad.
2. El abordaje de una investigación vinculada a proyectos de reforma implica realizar, además, preguntas más profundas respecto de las normas jurídicas: ¿en qué momento surgió esta normativa? ¿Cuáles son sus antecedentes? ¿Cómo era el contexto político y social en que se gestó? Participar activamente en la construcción del derecho implica necesariamente, desde la capacidad argumentativa, comprender el origen de una norma y por qué se produjo su sanción. Y este conocimiento no se olvida: recordar normas “de memoria” es muy difícil, pero quien las explora en sentido histórico, inspeccionando los debates parlamentarios y el rol de los medios de comunicación, las graba en su memoria porque dejan de ser un conocimiento teórico aislado y empiezan a formar conexiones con otros acontecimientos que les otorgan significado.
3. Por otra parte, la dinámica de investigación permite proponer, fácilmente, el trabajo en equipo. Pero a diferencia de las actividades más comunes en que se suele plantear, aquí no funciona como una ficción que responde a “cumplir con un mandato” sin entender muy bien cómo o para qué. En un proyecto de investigación, el trabajo en equipo se impone como metodología para abordar la complejidad y multiplicación de tareas a desarrollar. En ese orden, potencia la coordinación en pos de objetivos y se inserta como un método que “tiene sentido” en relación al resultado buscado.

4. En la enseñanza tradicional, el docente intenta transmitir una serie de conocimientos y enfrenta el desafío de que los alumnos se interesen en ellos. Al proponer un trabajo de investigación, es el estudiante quien debe partir de una inquietud y buscar el conocimiento. El docente, que tradicionalmente tenía el rol de “el que sabe”, pasa a ser así un facilitador de un proceso de aprendizaje que reconoce diversas fuentes, además del docente en sí. El alumno, al tomar conocimiento de los movimientos de reforma y su trascendencia en la construcción de esquemas jurídicos superadores, puede empezar a sentirse parte del universo profesional que ha elegido y comenzar a compartir y experimentar sus anhelos, dudas y desafíos. Se potencia, en consecuencia, tanto su sentido ético como crítico.
5. Por último, la aproximación del alumno a la necesidad de reforma penal, le permite vislumbrar de qué modo se pueden canalizar las inquietudes y preocupaciones de orden social en el ámbito académico. En efecto, quien aspira a producir un cambio social respecto de algo que considera inadecuado, necesariamente está llamado a buscar la asociación y colaboración con otros que compartan su inquietud, y a saber que toda construcción social requiere aportes individuales significativos, que se acoplen con los de los demás, según las posibilidades de cada uno. Esto de por sí implica el desarrollo de capacidades éticas, actitudinales y de cooperación; permite que el alumno sepa que el mundo del derecho no solo es un universo a ser conocido, sino también a ser transformado, y empieza a desarrollar vocación y capacidades de cambio.

Entiendo entonces que, a modo de síntesis, la incorporación en el aula de trabajos de investigación vinculados a la necesidad de reforma penal en la Argentina —que también, por supuesto, abarcan el ámbito procesal—, puede transformarse no sólo en un dispositivo capaz de introducir la adquisición de competencias profesionales en los alumnos, sino además, un canal para potenciar y multiplicar la actividad y el compromiso académicos en pos del objetivo de una reforma penal sistemática, integral y acorde con el Estado de derecho y las garantías constitucionales.



CONFERENCIA DE CLAUSURA

Redefinición mediática de los casos criminales

ESTEBAN RIGHI⁽¹⁾



1. Publicidad de los procesos

Como cuestión previa, parece oportuno responder la pregunta relativa a si la publicidad de los procesos criminales puede ser considerada desde la perspectiva del interés del Estado. Se podría argumentar que, si la eficacia de la pena tiene menos relación con la conminación legal abstracta que con su efectiva aplicación en un caso,⁽²⁾ la publicidad podría ser presentada como un instrumento idóneo para favorecer su función preventiva general. Desde esa perspectiva, la publicidad favorecería tanto la idea de disuasión,⁽³⁾ como la de que el fin de la pena está vinculado a la estabilización social de la norma.⁽⁴⁾

El interrogante debe ser respondido negativamente, toda vez que la reafirmación de la eficacia preventiva general se obtiene con la pena, **no con el proceso**. Merecen recordarse los ejemplos más censurables de abuso del punto de vista disuasivo, como ocurrió durante la baja edad media con la **pena ejemplar**. La preocupación estatal de la época era la publicidad de

(1) Profesor Consulto de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA.

(2) WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed., Bustos Ramírez y Yáñez (trad.), Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1970, p. 331; ROXIN, CLAUS, *Problemas básicos del derecho penal*, Luzón Peña (trad.), Madrid, Reus, 1976, p. 18.

(3) FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de derecho penal*, Zaffaroni y Hagemeyer (trad.), Bs. As., Hammurabi, 1989, p. 58 y ss.

(4) JAKOBS, G., "Sobre la teoría de la pena", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 4, n° 8-A, Bs. As., 1998, p. 35.

la ejecución de la pena, no del proceso. Convivían entonces **un proceso secreto y una ejecución pública**, especialmente de la pena capital.

En realidad, lo que surge de la evolución que se advierte en los procesos penales es que la necesidad de un juicio público no fue originariamente prevista en el interés del Estado, sino como una garantía destinada a tutelar un derecho fundamental del imputado.⁽⁵⁾

2. Argumentos favorables y problemas que genera

Hay quienes argumentan que la ventaja de una publicidad que utilice medios de comunicación y difusión masiva es que impide el sistema inquisitivo. La idea es que un juicio público oral, contradictorio y continuo, favorece la inmediación de la prueba y el derecho de defensa.⁽⁶⁾

El interrogante relativo a si debe permitirse que el juicio oral sea televisado se responde afirmativamente, predicando que, como la televisión aumenta la publicidad, favorece el control sobre la actuación de los funcionarios judiciales. Cuando se objeta que la empresa periodística no persigue el logro de esos objetivos, se replica que sin embargo los favorece.⁽⁷⁾

Aún sus partidarios reconocen límites al acceso de la televisión, cuando puede producir efectos nocivos para la regularidad del juicio, sea porque pueda verse afectado el orden público o existan razones de seguridad. Adviértase que, aunque el juicio sea público, televisarlo puede afectar intereses que merecen protección, como sucede con las víctimas de delitos sexuales o menores de edad.

Para tratar los problemas que genera la difusión de procesos judiciales, y en particular la televisión, es necesario aclarar que:

- i. proporcionar una información **objetiva** no es responsabilidad del medio, sino del Estado; y
- ii. la información periodística *no es neutral*, y por ende tampoco la televisión.

(5) SCHMIDT, EBERHARD, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Núñez (trad.), Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1957, p. 243, donde se explica que el juicio público surgió primero por el interés en aclarar los hechos y en la defensa del acusado, y recién después en función de la información pública.

(6) LERMAN y CARBAJAL, "La publicidad periodística del sumario durante la instrucción", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VIII, n° 14, Bs. As., 2002, p. 380, donde aclaran que "desde el punto de vista de las garantías individuales, se emplea la palabra 'publicidad' por oposición a aquello que es secreto para el imputado".

(7) BINDER, "Importancia y límites del periodismo judicial", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Bs. As., 1993, p. 263 y ss.

No parece convincente argumentar que el televidente no es un receptor pasivo y automático del mensaje que recibe. Lo menos que se debe admitir, es que la información periodística **incide** en la formación de la opinión pública.⁽⁸⁾ Corresponde hacerse cargo de algunos problemas vinculados con la **forma** en la que la prensa, y en particular la televisión, presentan los hechos:

1. la principal **fuer**te que utilizan los medios es la información policial. Pero además, en la mayoría de los casos, el medio otorga prioridad a la versión ofrecida por algunos de los involucrados, sea la víctima o el imputado;
2. la prensa **selecciona** los sucesos que informa, y los medios televisivos *editan* lo que sucede en un juicio,
3. los medios incluyen información que se origina fuera de la audiencia. El problema no se agota en que el medio genera información selectiva. Lo más grave es lo frecuente que resulta que **la televisión sustituya al juicio oral**, pues se producen juicios paralelos que inciden en la formación de la opinión pública.⁽⁹⁾

Con lo expuesto hasta aquí podemos enunciar como consecuencias que:

- a. la información periodística distorsiona el hecho;
- b. el conflicto que expresa el delito es presentado en forma unilateral; y
- c. es habitual que se genere tensión entre el procedimiento penal y los medios de comunicación. Más específicamente, entre el tribunal y la prensa.

Cuando un caso genera mucho interés de la prensa, es difícil transmitirlo a la opinión pública.⁽¹⁰⁾ Se ha señalado que el motivo es que los medios tienen su peculiar modo y manera de comunicar información, lo que hace que se conviertan en lo que Hassemer denomina “procesos-espectáculo y fuentes de negocio para empresas periodísticas y profesionales de los medios de comunicación”,⁽¹¹⁾ para aclarar luego que, en el supuesto de

(8) RODRÍGUEZ, ESTEBAN, *Justicia mediática. La administración de justicia en los medios masivos de comunicación, Las formas del espectáculo*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, p. 223 y ss.

(9) CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989, p. 47, que “la crónica judicial y la literatura policiaca, como puede comprenderse sirven, del mismo modo, de diversión a la vida cotidiana tan gris. Así, el descubrimiento del delito, de dolorosa necesidad social, se ha convertido en una especie de *sport*: la gente se apasiona lo mismo que por la búsqueda del tesoro; periodistas profesionales, periodistas diletantes, periodistas improvisados, no tanto colaboran cuanto hacen competencia a los oficiales de policía o a los jueces instructores; y, lo que es peor, hacen sus negocios”.

(10) De todos modos, cabe distinguir entre publicidad del proceso y espectacularidad, como hace FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, 6ª ed., Ibbáñez y otros (trads.), Madrid, Trotta, 2004, p. 618.

(11) HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Muñoz Conde y Arroyo Zapatero (trads.), Barcelona, Bosch, 1984, p. 205.

conflicto, debe prevalecer el escenario diseñado por la Ordenanza procesal alemana sobre el interés que ha despertado “el caso” en numerosas personas.⁽¹²⁾

3. Incidencia de la publicidad en la actividad judicial

Es erróneo suponer que el problema se agota en la información distorsionada, pues también puede generar dificultades alguna que sea veraz. Así, es frecuente que los medios de comunicación publiquen información correcta pero sobre la base de evidencia inadmisibles en un juicio, como por ejemplo, prueba obtenida en forma ilegal o datos sobre la vida privada del acusado.

Es habitual que la información periodística ocasione un prejuicio genérico en relación a determinados delitos. Un ejemplo claro es la lucha contra las drogas, pero a veces se trata de hechos no necesariamente graves, como es el caso de los delitos que se generan en ocasión del tráfico de vehículos.⁽¹³⁾

Es también frecuente que la prensa en general, y especialmente la televisión, genere visiones distorsionadas del proceso y de la actividad judicial, como suele ocurrir con la prisión preventiva. Una excarcelación es asociada a un supuesto de impunidad, o un auto de procesamiento explicado como una condena.

En relación a la presunción de inocencia, recuerdo una prédica televisiva en el sentido de que determinado imputado tenía el deber de presentarse para acreditar su inocencia.

En otra oportunidad, en un programa dedicado a temas económicos, comentando un caso de infracción a la ley penal tributaria, se reprochaba la estrategia de una defensa que consistía en pretender que se aplicara

(12) GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*, Barcelona, Bosch, 1985.

(13) Los episodios de tránsito no solo se han convertido en territorio fértil para estimular insólitas pretensiones en las que se procura mutar claros ejemplos de imprudencia por imputaciones de dolo eventual. Con todo, lo más grave no ha sido tener que soportar programas de televisión en los que se predicaban soluciones inadmisibles, que encuentran remedio en el control remoto. Quien quiera recordar cómo el prejuzgamiento mediático generó decisiones judiciales erróneas que solo obtuvieron remedio en instancias superiores, puede ver MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, “Cabello, Sebastián s/ recurso de casación. Concepto dogmático y procesal del dolo ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario”, en ZIFFER, P., *Jurisprudencia de Casación Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2011, pp. 3/177.

una ley derogada, porque era la ley vigente en el momento del hecho. La pretensión era descalificada so pretexto de que era claro que ya no estaba vigente, pese a que se trataba de un caso de aplicación retroactiva de ley penal más benigna.

La incidencia de la prensa en el proceso de determinación de la verdad es evidente, cuando la televisión incide sobre los protagonistas del proceso. Uno de los aspectos centrales es la influencia sobre la espontaneidad de los testigos, respecto de lo que se discute si ello afecta su veracidad.

Sin duda más importante es lo que se conoce como **prejuzgamiento a través de los medios**, y su incidencia en la imparcialidad del tribunal.⁽¹⁴⁾ Existe consenso en que si bien la situación puede favorecer a un imputado (preabsolución), lo que más preocupa es un prejuzgamiento que incida en generar la condena a un inocente. En este sentido, se enuncian como formas que pueden afectar la imparcialidad del tribunal, el peligro de formación de un prejuicio, y las consiguientes presiones política y social.⁽¹⁵⁾

Cuando un fiscal o un juez participan de un debate televisivo sobre un caso,⁽¹⁶⁾ renuncian a la objetividad y a la neutralidad, favoreciendo estados de opinión pública que conducen a pre-sentencias sociales, sean absoluciones o condenas. Además, los medios perturban los roles procesales, siendo la consecuencia que los protagonistas vean dificultada su actuación de acuerdo a las **reglas** del proceso. De todos modos, si bien los medios afectan las reglas procesales, el problema más grave es su incidencia sobre la **decisión** del caso.

Lo cierto es que el **principio de publicidad** determina que todos, los periodistas y quienes no lo son, accedan de modo directo y vívido a lo que ocurre en un juicio penal. Por su parte, la libertad de prensa se vincula con el **derecho a la libertad de expresión de las ideas sin censura previa**, lo que no presupone objetividad, sino, en todo caso, el ejercicio del derecho de crítica mediante los medios masivos de difusión.⁽¹⁷⁾

Cuando un medio de prensa publica o reproduce lo que ocurre en un juicio, ejerce un derecho fundamental, pero no debe ser vinculado al cum-

(14) GUARIGLIA, F., "Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad", en Julio Maier (comp.), *Libertad de Prensa y Derecho Penal*, Bs. As., del Puerto, 1997, p. 89.

(15) LERMAN y CARBAJAL, "La publicidad...", en *op. cit.*, p. 382.

(16) RODRÍGUEZ, ESTEBAN, *Justicia mediática...*, *op. cit.*, p. 306.

(17) GARCIA, LUIS M., *Juicio oral y medios de prensa*, Bs. As., Ad-Hoc, 1995, p. 37.

plimiento de la exigencia de que los juicios sean públicos. Ese es un deber del Estado, no de los medios.

Existen en consecuencia, diferencias entre un juicio público y la publicación de lo que ocurre en un juicio, ya que:

- a. el medio no puede sustituir al tribunal;
- b. las pautas de procedimiento son distintas;
- c. difiere la forma de presentar el caso;
- d. el medio tiene limitaciones de tiempo y espacio;
- e. el medio no utiliza el lenguaje judicial; y
- f. el medio extrae conclusiones distintas a las de un tribunal.

Es que la finalidad es diversa: la del tribunal es aplicar la ley, y la del medio es la formación de opinión.

En el caso específico de los medios audiovisuales, el efecto es mayor, pues como se ha señalado,⁽¹⁸⁾ la televisión aporta sus propias pruebas —detector de mentiras incluido—, llegando a poner al espectador dentro de la sala de audiencias, de cara al proceso.

La influencia que en la actualidad tienen los medios masivos de difusión ha estimulado la “búsqueda referida a qué significa, en el presente, el concepto ‘publicidad’ de los juicios”, para concluir en la necesidad de dar “nuevo contenido a ese vocablo”.⁽¹⁹⁾ Es que el notable incremento de la influencia de la prensa en la sociedad es consecuencia de que los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, generando voces de alerta sobre la inducción y manipulación de ideas a través de los penetrantes medios masivos de difusión.

Cada vez con mayor asiduidad, el ciudadano recibe crónicas, comentarios y pronósticos de los comunicadores referidos a procesos judiciales en trámite. La información judicial ha avanzado de las páginas interiores hacia la portada de los periódicos.⁽²⁰⁾

(18) FILIPPINI, ANÍBAL, *Responsabilidad por difusión de constancias judiciales*, en Alterini y López Cabana (dirs.), *La responsabilidad. Homenaje al Prof. Goldemberg*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 369.

(19) FRASCAROLI, M. SUSANA, *Justicia Penal y Medios de comunicación*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004, p. 233 y ss.

(20) FILIPPINI, ANÍBAL, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 369.

Lo que se considera es que, además de aportar mayor difusión a la actividad judicial, los medios aportan sus opiniones previas, con lo que:

- a. afectan los derechos de los protagonistas de un proceso;
- b. comprometen decisiones de los jueces;
- c. influyen en la opinión pública para que sea portadora de la presión que generan.

Ello hace que sea necesario resignificar el concepto de publicidad pues, como se sostiene con acierto, aunque solo sea por las herramientas que proporciona el avance tecnológico —televisión o internet, entre otras— la expresión publicidad tiene un significado **inestable**, que incide e incidirá sobre su influencia en el proceso penal.⁽²¹⁾

4. Difusión mediática e imparcialidad del tribunal

No me voy a ocupar de la incidencia global de los medios en el accionar de la justicia, problema social grave que, en la mayoría de los países, tiene que ver con un cuadro general de descrédito institucional, y en particular del Poder Judicial, respecto de cuya solución me declaro pesimista.

Me limitaré entonces al problema que genera la necesidad de preservar la **imparcialidad** de un tribunal y las **reglas del debido proceso** en la solución de un juicio, es decir, a la **incidencia de los medios en el enjuiciamiento de casos concretos**. La pregunta es entonces: **¿existen mecanismos que impidan que la difusión periodística de un caso, incida en su solución judicial?**

Una primera aproximación obliga a reconocer que puede existir un conflicto entre dos derechos fundamentales:

- a. el derecho de todo acusado a ser juzgado por un tribunal imparcial, y
- b. el derecho a informar verazmente y a ser informado.

Es que, aún quienes niegan que la libertad de prensa sea un obstáculo para el buen funcionamiento de la justicia, admiten que es necesario reflexionar sobre las relaciones entre ambos derechos, “con miras a una regulación legal más precisa que las hoy conocidas”.⁽²²⁾ La trascendencia del problema es reconocida por Bacigalupo, que dice que

... se comprobó la enorme capacidad de los medios de comunicación para formar opinión respecto de los hechos sometidos al

(21) *Ibid.*, p. 234.

(22) BACIGALUPO, E., *El debido proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2005, p. 41.

juicio de un tribunal y la debilidad, de hecho, de los instrumentos de que disponen los tribunales para establecer en la sociedad una verdad jurídica aceptable como definitiva, sobre todo cuando su decisión no coincide con la de los medios de comunicación.⁽²³⁾

y agrega, para explicar el conflicto, que

... por ello, la opinión pública, formada frecuentemente por los medios de comunicación, apelando a los temores de la población o a otras reacciones emocionales, puede chocar con la de los tribunales en lo relevante a las pruebas del proceso e inclusive con las conclusiones de las sentencias basadas en las valoraciones de orden jurídico. El resultado puede ser en estos casos un debilitamiento de la autoridad del Poder Judicial como consecuencia de una estrategia de erosión en la que los tribunales son criticados sin poder participar en el debate público. Esta discrepancia suele ser explicada en los medios periodísticos recurriendo al argumento de la incapacidad de los tribunales para comprender la "realidad". Sería equivocado creer que el problema sólo se presenta en los conflictos entre un proceso rigurosamente ajustado a la ley y las finalidades políticas de una determinada campaña de prensa. También se pone de manifiesto en los delitos sexuales, o en otros delitos contra la propiedad, aunque no tengan trascendencia política inmediata.⁽²⁴⁾

El conflicto remite a considerar mecanismos de control de la difusión periodística, destinados a preservar la imparcialidad de la decisión, tanto en los sistemas de enjuiciamiento anglo-norteamericanos, donde se considera que este problema es especialmente grave, en relación a la influencia mediática sobre los jurados, como en el *derecho continental europeo*, donde el tema tiene menor desarrollo.

5. Reglas sobre imparcialidad del jurado en EEUU

Las principales pautas de la justicia norteamericana, que son consecuencia de las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos *Rideau v. Louisiana* y, especialmente, *Irvin v. Dowd*, son las siguientes: el derecho a un juicio por jurados garantiza un juicio justo; ello requiere jura-

(23) BACIGALUPO, E., *El debido...*, op. cit.

(24) *Ibid.*, p. 42.

dos imparciales, es decir, neutrales; y si el tribunal fracasa, queda afectada la garantía del debido proceso.⁽²⁵⁾

Si la pregunta es ¿qué entiende la Corte norteamericana por jurado imparcial?, las respuestas son que si un jurado que tiene opinión formada no es imparcial; y que si ese jurado tiene nociones previas del hecho e inclusive preconceptos, lo que se requiere es que pueda dejarlos de lado, y adoptar su decisión basado en la evidencia presentada ante el tribunal.

En el caso “Irvin” se declaró que esos presupuestos no estaban cumplidos por la influencia de los medios sobre el jurado, ya que sobre 430 jurados preseleccionados, 370 tenían opinión formada sobre la culpabilidad del acusado; de los doce seleccionados, ocho pensaban que el acusado era culpable; y los doce estaban previamente familiarizados con las circunstancias del caso.

Años más tarde, en el caso *Estes v. Texas*, la misma Corte declaró que las pautas de “Irvin” no eran suficientes, exigiendo además que el reclamante demostrara un perjuicio concreto, exigencia que en el caso se declaró satisfecha, porque el daño había sido causado por la televisación previa del caso y el impacto sobre el jurado. En uno de los fundamentos más interesantes de la decisión, dijo la Corte que “los jueces son también seres humanos y son susceptibles de las mismas reacciones que los legos”.⁽²⁶⁾

Poco tiempo después, en *Sheppard v. Maxwell*, se declaró la nulidad del juicio oral como consecuencia del fracaso del juez en proteger a Sheppard de la masiva, penetrante y perjudicial publicidad previa al caso, ya que no limitó la presencia de los medios en la sala de audiencias, no controló su conducta durante el juicio, no aisló a los testigos ni controló las filtraciones a la prensa, originadas en la policía, los testigos, la fiscalía y la defensa.⁽²⁷⁾

Lo cierto es que se considera que la sentencia del caso *Sheppard vs. Maxwell* (1966) como el primer intento de la Corte Suprema norteamericana que procura equilibrar las exigencias del principio de publicidad con los derechos del imputado a un juicio justo.

(25) CORTE SUPREMA EEUU, *Irvin vs. Dowd*, 366 US 717, 1961. Ver HEMMER, JOSEPH J., *Communications Law*, Oxford, UPA, 2006, p. 313.

(26) CORTE SUPREMA EEUU, *Estes vs. Texas*, 381 US 532, 1965. Ver BUNKER, MATTHEW, *Justice and the media*, New Jersey, Routledge, 1997, p. 57.

(27) CORTE SUPREMA EEUU, *Sheppard v. Maxwell*, 384 US 393, 1966. Ver BUNKER, Matthew, *Justice...*, op. cit., p. 58.

Diez años más tarde se dictó sentencia en *Nebraska Press Association vs. Stuart*, que algunos consideran *leading case* de la jurisprudencia norteamericana en esta materia. La Corte declaró la nulidad del juicio considerando que el juez no cumplió su deber de proteger al acusado frente a una campaña mediática contraria a sus intereses. Entre las opciones judiciales que el juez omitió, y hubieran podido garantizar el *fair trial*⁽²⁸⁾ se mencionan las de restringir la difusión del abundante material extraprocesal; suspender el juicio hasta que la publicidad generada a su alrededor hubiera cesado o, al menos, hubiera disminuido; aislar al jurado; examinar e instruir a sus miembros para despejar cualquier duda acerca de su imparcialidad; y ordenar el cambio de jurisdicción.⁽²⁹⁾

En términos generales, el sistema prevé los siguientes mecanismos de control:

- a. el interrogatorio de selección de los eventuales jurados;
- b. la posibilidad de recusación con causa, y un número limitado de posibilidades de hacerlo sin causa;
- c. el confinamiento del jurado;
- d. el denominado "*change of venue*", es decir el cambio de radicación del juicio,⁽³⁰⁾ remedio que actualmente puede considerarse obsoleto, ya que la difusión del hecho por televisión incide en todo el territorio.

6. El derecho continental europeo

Las pautas del derecho continental europeo han sido tradicionalmente distintas, pues se parte de un concepto distinto de **imparcialidad**, ya que el sistema supone que el juez llega a juicio con información previa del caso, es decir, habiendo examinado el legajo que contiene la investigación preliminar. Como excepción, cabe acotar que los sistemas que admiten **escabinos** guardan alguna similitud con los **jurados**, como por ejemplo las reglas que no les autorizan a examinar las actas de la investigación preliminar. Sin embargo, tradicionalmente, la Corte Suprema alemana ha considerado que la información obtenida a través de la prensa no afecta la imparcialidad de un escabino.

(28) Proceso justo, abierto y transparente.

(29) TRIBLE, L. H., "*Communication and Expression*", en *American Constitutional Law*, Mineola, New York 1988, p. 856 y ss.

(30) LERMAN y CARBAJAL, "*La publicidad...*", en *op. cit.*, p. 384.

La primera cuestión vinculada a la imparcialidad, se relaciona con la cantidad de información que conoce el tribunal en oportunidad de iniciar el juicio. Se ha señalado que

... el modo más efectivo para lograr este aspecto de la imparcialidad se logra mediante el sencillo trámite de impedir que el juzgador tome conocimiento de la actividad previa a la iniciación del debate. El objetivo es fácilmente alcanzable en el juicio en el que intervienen jurados, ya que estos recién toman conocimiento de la causa cuando se inicia el debate.⁽³¹⁾

Sabido es que una de las consecuencias más importantes del **principio de intermediación** es que no se debe fundamentar la sentencia, invocando constancias del legajo de instrucción. Por ello, en el proceso penal alemán, si bien el juez técnico puede tomar conocimiento del mismo, por regla general, ello no les está permitido a los legos, con fundamento en que existe "peligro grave de influencia inconsciente".⁽³²⁾

Se ha señalado que, si bien esa regla tiene origen en un prejuicio, porque no existe razón para distinguir entre legos y abogados en cuanto a ese peligro, lo que pone de manifiesto es "la necesidad de que los jueces no tomen contacto con el expediente para que la decisión se funde sólo en los actos del debate", agregando que "en el federal estadounidense existe una serie de parámetros para garantizar la imparcialidad del jurado respecto del caso que le toca juzgar".⁽³³⁾

De la idea básica en derecho continental europeo, según la cual un juez profesional es menos susceptible de recibir influencias ajenas a la producción del caso, surgen una serie de consecuencias:

- a. lo que fundamenta un temor de parcialidad es una expresión previa del propio juez, que suponga una **opinión desviada**;
- b. solo esa expresión previa puede motivar una recusación;
- c. se considera que una campaña de prensa unilateral es insuficiente para fundamentar que existe peligro de parcialidad;

(31) BOVINO, ALBERTO, "El debate", en Julio Maier (comp.), *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Bs. As., del Puerto, 1993, p. 180.

(32) GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *El Proceso Penal...*, op. cit., p. 168.

(33) BOVINO, ALBERTO, "El debate", en op. cit., p. 181.

- d. solo se admite el riesgo de parcialidad, cuando el juez da lugar a que se tema que va a ceder frente a la presión;
- e. estas pautas rigen sin distinción entre jueces y escabinos, lo que supone abandonar criterios de mayor permeabilidad del escabino.

Por consiguiente, los modelos de enjuiciamiento prevén un sistema rígido de motivos de apartamiento,⁽³⁴⁾ que en algunos casos contienen una cláusula de apertura pero no se admite la recusación sin causa. Los remedios previstos para conjurar una campaña negativa de prensa son necesariamente débiles, pues se limitan a:

- a. la advertencia del juez sobre los efectos de la publicidad adversa, sea a jurados o a escabinos;
- b. el intervalo temporal entre la publicidad y la realización del juicio; y
- c. el examen del caso por un tribunal superior.

El acceso de los medios de comunicación a los datos propios de una investigación judicial carece de regulaciones específicas tanto en la Ordenanza Procesal alemana como en el Código de Procedimientos francés. Ambos ordenamientos contienen reglas que reprimen la violación del secreto durante la instrucción, pero ello no afecta a los medios de comunicación cuando informan sobre investigaciones judiciales en trámite. En ambos casos existe la certeza de que el problema de la actividad de los medios de comunicación, en relación con la actividad que es propia del Poder Judicial, es un problema imposible de resolver aplicando normas del derecho vigente en ambos países.⁽³⁵⁾

Corresponde a una etapa ulterior⁽³⁶⁾ tratar de revertir las tradicionales ideas en materia de publicidad, especialmente para preservar la etapa preliminar, apreciando que existe un deber de reservar tanto el resultado de las actuaciones procesales como el contenido de la investigación. Desde esta perspectiva, se aboga por cambios de doctrinas constitucionales para

(34) Merecen destacarse, en nuestro medio, los casos en que la CSJN ha admitido fórmulas heterodoxas de interponer recusaciones, presentadas como nulidades procesales que han sido admitidas por considerar que inciden en el servicio de justicia. Los ejemplos pueden verse en LERMAN y CARBAJAL, "La publicidad...", en *op. cit.*, p. 389.

(35) RODRÍGUEZ BAHAMONDE, ROSA, *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 41 ss. y 57 ss.; DEPEUX, JEAN-YVES, LACABARATS, ALAIN y BAUDELLOT, YVES, *Liberté de la presse et droits de la personne*, París, Dalloz, 1977, p. 95 y ss.

(36) BARREGO ORTEGA, ABRAHAM, "Juicios paralelos y Constitución: su relación con el periodismo", en *Revista Latina de Comunicación Social*, n° 47, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2002.

favorecer regulaciones legales con el objetivo de garantizar eficazmente la acción de la justicia y el derecho al honor del imputado, mediante un efectivo secreto externo de la fase sumarial que, preservando el acceso y control de las partes, resulte oponible a terceros.⁽³⁷⁾

Surge así una diferencia entre publicidad y **publicabilidad**, pues la evidencia empírica demuestra que no basta con que la ley o el juez eliminen la naturaleza pública de las actuaciones sumariales mediante el secreto, ya que lo necesario es prohibir la publicación. Existen solo algunos ejemplos, como:

- a. La regla de derecho procesal italiano (art. 114, apart. 1) que excluye la publicación, aún parcial o resumida, del contenido de los actos cubiertos por el secreto durante la investigación preliminar;⁽³⁸⁾ y
- b. El art. 86 del Código portugués de procedimiento penal, que solo permite publicar narraciones circunstanciadas de los actos procesales no sometidos a secreto. Se señala que, en el derecho portugués, coexisten secreto y publicidad, lo que se interpreta como impedimento de que los periodistas realicen investigaciones paralelas durante el desarrollo de la instrucción, como también la publicación de comentarios subjetivos o la utilización de cualquier género periodístico distinto al reportaje neutral.⁽³⁹⁾

7. Difusión mediática y presunción de inocencia

En relación a las pautas del debido proceso, es necesario considerar si existen instrumentos eficaces de control de la difusión periodística, destinados a preservar la vigencia efectiva del derecho a la **presunción de inocencia**, en la medida en que se admita que se trata de un derecho fundamental que no solo es oponible al Estado, sino también a particulares, con lo que alcanzaría a los medios de difusión.

(37) Debe admitirse que mantener el secreto durante las investigaciones preliminares, al tiempo que favorece la publicidad del juicio o debate, puede tener sentido desde la perspectiva de preservar la eficacia de una investigación. No ocurre lo mismo con relación al buen nombre y honor del imputado como tampoco en orden al principio de presunción de inocencia, garantía que está claro rige durante todo el proceso. Una publicidad nociva afecta al imputado tanto en la etapa del sumario como la del juicio, lo que puede ser argumentado tanto para evitar el prejuzgamiento mediático como también para fundamentar el derecho de terceros de acceder a la información judicial, especialmente en casos de corrupción. Así, BERTONI, "El acceso a la información en las causas de corrupción: un derecho, no una concesión", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 11, Bs. As., 2010, p. 1879.

(38) De todos modos el principio es flexible, porque el art. 239 apart. 2 y 3 del mismo Código, adjudican al Ministerio Público atribuciones para sortear esa prohibición en función de las circunstancias del caso.

(39) RODRÍGUEZ BAHAMONDE, ROSA, *El secreto...*, op. cit., p. 66 y ss.

La tradicional garantía constitucional que impone que en todo proceso criminal el acusador tiene la carga de probar sus imputaciones, complementada con el principio *in dubio pro reo*, se proyecta como un derecho fundamental del acusado de mayor densidad, adquiriendo una dimensión extraprocésal.⁽⁴⁰⁾ Así, además de vincular toda la actividad judicial, ese derecho fundamental no solo vincula a los poderes públicos, sino también a algunos privados, como el poder mediático, y es de aplicación inmediata.⁽⁴¹⁾

Estos principios, que tuvieron concreción en derecho francés, tienen trascendencia en relación al principio de presunción de inocencia, dado que le asigna un efecto horizontal que hasta entonces no se le reconocía y constituye al Estado, a través del Poder Judicial, en garante del mismo. “La presunción de inocencia, por lo tanto, no sólo debe ser un derecho frente al Estado, sino frente a otros ciudadanos que disponen de medios de estigmatizar a una persona de una manera análoga a la que el Estado podría lograr con la pena, pero (para peor) sin sujeción a los presupuestos que legitiman la pena estatal”.⁽⁴²⁾

La idea de que el principio de presunción de inocencia determina un deber del Estado de custodiar a la prensa mediante medidas positivas para preservar la objetividad de la información que se publica en relación a procesos pendientes, tuvo concreción mediante la ley 93-2 de 1993, que introdujo en el Código Civil francés una regla según la cual

... cuando una persona, antes de ser condenada, sea presentada públicamente como culpable de hechos que son objeto de una instrucción judicial, el juez puede, inclusive de oficio —*même en référé*—, ordenar la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado a los fines de hacer cesar el atentado a la presunción de inocencia, sin perjuicio de una acción de reparación de los daños sufridos y de otras medidas que puedan ser prescriptas en aplicación del nuevo

(40) FRASCAROLI, M. SUSANA, *Justicia Penal...*, op. cit., p. 250, donde explica que el principio de inocencia tiene un efecto horizontal.

(41) En derecho español, véase la sentencia 166/1995 del Tribunal Constitucional, donde se expresa que, según el art. 24.2 entonces vigente es ejercitable frente al Estado; pero en función del art. 18 del mismo texto, también frente a los particulares, como cualidad integrante del honor.

(42) BACIGALUPO, E., *El debido...*, op. cit., p. 44.

Código de Procedimiento Civil y ello a cargo de la persona física o moral responsable del atentado a la presunción de inocencia.⁽⁴³⁾

Tiempo después, nuevas reglas de derecho francés regularon la protección de la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas, previendo:

- a. que el órgano judicial pueda ordenar la publicación de un escrito de rectificación cuando una persona sea presentada públicamente como culpable de unos hechos sobre los que hay abierta una investigación;
- b. una sanción de multa para quien, sin autorización, publique por cualquier medio la imagen de una persona implicada en un procedimiento penal o difunda un sondeo de opinión acerca de su culpabilidad;
- c. que las autoridades adopten las medidas más eficaces y compatibles con las exigencias de seguridad para evitar que una persona esposada sea fotografiada u objeto de un reportaje audiovisual;
- d. con la finalidad de contestar informaciones parciales o inexactas, el ministerio fiscal, en el ejercicio de su función de garante de los derechos de los ciudadanos, puede de oficio o a instancia de parte, divulgar datos objetivos de la investigación judicial sin que ello suponga prejuzgar la culpabilidad o inocencia del imputado.⁽⁴⁴⁾

8. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las campañas mediáticas —a veces orientadas por determinadas ideologías, otras por la defensa de intereses empresarios—, son el producto de un negocio que consiste en publicar noticias especialmente atractivas para el público. Por ello, si históricamente la publicidad surgió como instrumento de oposición a la tendencia del poder político a actuar en la opacidad, la realidad social fue evolucionando hacia la conformación de todo un poder de formación de la opinión pública, que tiene su propia lógica y está dotado de autonomía.⁽⁴⁵⁾

Cuando de lo que se trata es de un proceso judicial dotado de una sensible cuota de densidad política o social, se modifica la naturaleza del interés mediático que el suceso genera. El medio actúa como sujeto externo, interesado en la captación de la noticia para difundirla, con lo que se convierte

(43) *Ibid.*, p. 43.

(44) Ver Ley 2000-516, 15/06/2000.

(45) IBÁÑEZ, P. A., "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", Baigún et al., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Bs. As., del Puerto, 2005, p. 169.

en una suerte de atípica parte procesal y, en algunos casos, en **juez virtual**. Si existe un cuadro social de monopolización de los medios, surge un nuevo poder, sin posibilidad de control, frente al cual el ciudadano está inerme.⁽⁴⁶⁾

Se trata de un problema universal que no sólo afecta a jurados legos, pues también los jueces profesionales son personas que carecen de protección efectiva en su ámbito de actuación, ya que no pueden vivir aislados del clima social que los rodea. Los jueces que deciden casos en sentencias que contradicen lo que ha sido prejuzgado por esos medios serán fuertemente criticados y sus firmantes ferozmente estigmatizados. A la inversa, la presión mediática genera erróneas interpretaciones tanto de la ley sustantiva como de las normas de procedimiento.⁽⁴⁷⁾

De todos modos, en el ámbito de influencia del derecho continental europeo, la jurisprudencia ha privilegiado, tradicionalmente, la libertad de información, aunque suponga erosionar la posición institucional del poder judicial, lo que determinó la imposibilidad de preservar que los tribunales funcionaran en forma imparcial e independiente. Sin embargo, lentamente se tomó conciencia de la enorme capacidad de los medios de comunicación para formar opinión respecto de los hechos sometidos al juicio de un tribunal; y también de la inexistencia de instrumentos eficientes para procurar que una sentencia sea aceptada por la opinión pública cuando no coincide con la que ha sido reiterada por los medios de comunicación.⁽⁴⁸⁾

En rigor, la regla contenida en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido interpretada en el sentido de que solo se exige publicar el juicio oral y la sentencia. Concordantemente, si bien el art. 11 garantiza las libertades de expresión e información, permite que su ejercicio se someta a restricciones para la "protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial".⁽⁴⁹⁾

(46) *Ibid.*

(47) RODRÍGUEZ RAMOS, "Justicia Penal y Medios de Comunicación", en *Dogmática y Ley Penal*, Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2004, II-1427 ss.

(48) BACIGALUPO, E., *El debido...*, op. cit., p. 42.

(49) PETTITI, LOUIS-EDMOND-DECAUX, EMMANUEL-IMBERT, PIERRE HENRI, "La Convention Européenne des Droits de L'Homme: Commentaire Article par Article", París, 1995; BONET, J., "El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos", Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994, p. 205 y ss.; TITUM P., "Libertad de información y Poder Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, 1986, p. 361.

En el caso *Sunday Times c. Reino Unido*, conocido como el caso de la **talidomida**, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió la posición preponderante de la libertad de información para rechazar la oportunidad de una limitación, advirtió sobre los peligros que para la autoridad del Poder Judicial representaban los **juicios paralelos**, máxime si **el público se habitúa al espectáculo de un pseudoproceso en los medios de comunicación**.⁽⁵⁰⁾

Pero tuvieron que pasar dos décadas para que esa jurisprudencia evolucionara, declarando ajustada al Convenio algunas restricciones destinadas a preservar la imparcialidad judicial establecida por la legislación austríaca, a condición de que resulten necesarias y proporcionadas al caso concreto. Así, si bien se siguió reconociendo a la libertad de información un trato preferente cuando entra en conflicto con otros intereses públicos, ello no se traduce en una imposición incondicional.⁽⁵¹⁾

9. ¿Es posible contrarrestar el prejujuamiento mediático?

Aun admitiendo que mi habitual pesimismo me estimula a dar una respuesta negativa, me haré cargo de algunas propuestas que con esa finalidad han sido formuladas,⁽⁵²⁾ entre las que podemos mencionar:

- a. Las reflexiones de Carnelutti sobre la **pena de banquillo**, cuando explicaba que la publicidad del sistema punitivo no solo hace sufrir a los responsables, sino a los imputados en general, para saber si son culpables o inocentes,⁽⁵³⁾ merece ser considerada en el derecho positivo para prever atenuantes, al menos en el ámbito de la individualización de la pena.
- b. Como todos los seres humanos, también los jueces pierden independencia e imparcialidad por las presiones de los medios. Ningún juez puede ser indiferente cuando sabe que será duramente criticado de inmediato, estigmatizado en el futuro, pasible de intromisiones en su vida privada, frustrado en sus aspiraciones y eventualmente eyectado de la función judicial. En esas condiciones, y más allá del heroísmo, es poco menos que imposible esperar una decisión basada exclusivamente en la prueba practicada en el juicio.⁽⁵⁴⁾

(50) TEDH, *Sunday Times c. Reino Unido*, 26/04/1979.

(51) TEDH, *Prager y Oberschlik c. Austria*, 26/04/1995; y *Worm c. Austria*, 29/08/1997.

(52) Sobre esto y lo que sigue, RODRÍGUEZ RAMOS, "Justicia Penal...", *op. cit.*, II-1428.

(53) CARNELUTTI, F., *Las miserias...*, *op. cit.*, p. 73 y ss.

(54) Es probable que corresponda relativizar la afirmación del texto en relación al caso *Cassez*, por lo referido en la nota 25.

- c. Si bien la libertad de información debe prevalecer sobre los derechos de un justiciable, se debe reconocer que, en función de intereses colectivos, se sacrifica la garantía a una tutela judicial efectiva que, entre otros derechos fundamentales, incluye la de ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial.⁽⁵⁵⁾
- d. En consecuencia, debe considerarse la posibilidad de ampliar los supuestos en que es admisible la recusación con fundamento en que el tribunal ha perdido imparcialidad. También, la posibilidad de permitir el apartamiento de jueces ante recusaciones sin expresión de causa, como sucede con los sistemas de enjuiciamiento civil.⁽⁵⁶⁾
- e. Es conveniente prever mecanismos que impidan la habitual filtración de información generada por tribunales y fiscalías, cuyo efecto es que las partes tomen conocimiento de las decisiones judiciales, leyendo en los medios resoluciones de las que no han sido notificadas.
- f. La presencia de protagonistas judiciales en programas de televisión participando de **juicios paralelos** supone auténticos linchamientos mediáticos, que afectan el derecho a la presunción de inocencia. Se sugiere, en consecuencia, prohibir programas de televisión conocidos como “invitación a juzgar”, que consisten en reproducir en la pantalla las incidencias de un proceso en curso y, al mismo tiempo, se invita a los espectadores a juzgar sobre los hechos y las pruebas.⁽⁵⁷⁾
- g. Con fundamento en que origina una presión grave sobre la instancia de juzgamiento, prohibir la convocatoria televisiva de testigos salvo que el juez del caso lo considere necesario.⁽⁵⁸⁾
- h. Es necesario repensar la incidencia de algunos institutos —como el secreto del sumario, los juicios a puerta cerrada, el *contemp of court*⁽⁵⁹⁾ en su versión moderna y otras experiencias de derecho comparado—, para armonizar los derechos afectados por la libertad de prensa en los procesos penales. La idea es que el Poder Judicial no solo debe ser independiente del Poder Ejecutivo, sino también del llamado “cuarto poder”, cuya incidencia suele ser mayor que la de los gobiernos.

(55) FRASCAROLI, M. SUSANA, *Justicia Penal...*, op. cit., p. 237, tiene razón cuando explica que no encuentra “modo de tutelar simultánea y eficazmente el derecho a la información, la libertad de prensa, el principio de inocencia y sus derivados. La realidad es que la publicidad del juicio trae aparejado el sacrificio de estos últimos...”.

(56) LERMAN y CARBAJAL, “La publicidad...”, en op. cit., p. 414.

(57) Ver recomendaciones de la *Commission Justice Pénale et Droits del Homme* francesa, en BACIGALUPO, E., *El debido...*, op. cit., p. 45.

(58) *Ibid.*

(59) Por “*contemp of court*”, originado en el *common law*, se entiende un instrumento del Tribunal concebido para evitar la difusión de noticias que pudieran interferir o prejuzgar, generando el denominado *scandalising the court* y/o el perjuicio a las reglas del debido proceso. La *Contemp of Couurt Act* de 1981 prevé formas de prohibición anticipadas para publicaciones que pueden afectar el proceso. FILIPPINI, ANÍBAL, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 369.

- i. Aunque en mi opinión solo genera un efecto relativo,⁽⁶⁰⁾ se debe compartir la propuesta⁽⁶¹⁾ de que la sentencia sea conocida en forma completa, de modo integral, leyéndose la parte resolutive o veredicto en el mismo acto que los fundamentos.⁽⁶²⁾
- j. Es necesario considerar la posibilidad de declarar la nulidad de sentencias, cuando se ha comprobado que ha mediado parcialidad del tribunal como consecuencia de la difusión mediática del caso.⁽⁶³⁾

10. Conclusiones

La consecuencia más evidente del **prejuzgamiento a través de los medios** es la erosión de las reglas del debido proceso, especialmente porque afectan negativamente la imparcialidad del tribunal.

Aunque se admita que la libertad de información debe prevalecer sobre el derecho de todo acusado a ser juzgado por un tribunal imparcial, es necesario lograr una regulación más equilibrada que la que prevén los sistemas de enjuiciamiento en la actualidad.

Deben considerarse insuficientes tanto las reglas del derecho norteamericano como las del derecho continental europeo destinadas a preservar la imparcialidad de jurados y jueces, por lo que se debe admitir que no existen mecanismos idóneos que impidan que la difusión periodística de un caso incida en forma perniciosa en la solución judicial del mismo.

El derecho fundamental a la **presunción de inocencia** es oponible tanto al Estado como también a particulares, con lo que alcanza a los medios de difusión. No solo vincula a los poderes públicos sino también a algunos privados, como el poder mediático.



(60) Confieso haber cometido alguna vez, el error de presuponer que una sólida fundamentación técnica, conformaba una adecuada protección contra la crítica malintencionada. Quien dicte una resolución contraria a una opinión pública manipulada por prejuicios o intereses mediáticos será satanizado, aunque su decisión contenga buenas razones para fundamentarla.

(61) Así, FRASCAROLI, M. SUSANA, *Justicia Penal...*, op. cit., p. 237.

(62) *Ibid.*, p. 247.

(63) Así, LERMAN y CARBAJAL, "La publicidad...", en op. cit., p. 414.

I Encuentro de jóvenes penalistas: discutiendo la reforma penal



CONFERENCIA DE APERTURA

Lineamientos de la reforma penal

ROBERTO MANUEL CARLÉS⁽¹⁾



Este breve artículo recoge algunos de los temas desarrollados en el *I Encuentro de Jóvenes Penalistas: Discutiendo la Reforma Penal*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, y también a otras cuestiones que se plantearon en los distintos debates sobre el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, realizados en todo el país, y en los que participé durante el año pasado. Para ello he reescrito y actualizado el capítulo introductorio a la obra *Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario*.⁽²⁾

Repasaremos, entonces, algunos aspectos vinculados a la necesidad de la recodificación de nuestra legislación penal y de la reforma en general, a los límites y principios constitucionales en materia penal, y a las disposiciones generales y a los delitos previstos en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

(1) Doctor en Derecho, Università degli Studi di Ferrara. Presidente de la Comisión de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Secretario Adjunto de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Coordinador de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

(2) ZAFFARONI, E. RAÚL; CARLÉS, ROBERTO M. (dirs.), *Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario*, Bs. As., Thomson Reuters/La Ley, 2014.

1. El contexto de la reforma penal: neopunitivismo y populismo penal

Mucho se ha hablado acerca de la oportunidad —o inoportunidad— de encarar la reforma penal en este momento. Por lo general las críticas apuntaban a la inconveniencia de esta empresa en un “período electoral” o en medio de lo que se ha considerado como una situación crítica en materia de seguridad pública. Algunas de estas objeciones han sido planteadas incluso por algunos de los miembros de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

En rigor de verdad, es una época muy compleja para hacer política criminal, no solo en nuestro país, sino en todo el mundo. Esto se debe fundamentalmente a dos fenómenos, cuyo desarrollo y despliegue mundial se ha magnificado en las últimas cuatro décadas.

Por un lado, lo que se conoce como **neopunitivismo**, es decir, la renovada fe en la pena estatal como solución a los más diversos conflictos sociales. No hablamos ya de la creencia en la necesidad de la pena, sea cual fuere la función que se le atribuya al castigo, sino de algo que va mucho más allá de la mera represión o prevención de conductas delictivas. Se presume que la pena puede ser la solución para problemas tan disímiles como la contaminación ambiental, la violencia de género, el consumo de estupefacientes o el maltrato animal. Una misma y única medicina para todas las enfermedades. Un **fetichismo punitivista** sin precedentes en nuestra historia civilizatoria, apuntalado por colectivos que no pocas veces resignan la libertad y los derechos de los grupos que representan en aras de una mayor seguridad, que tampoco obtienen por esta vía. Un fenómeno, en definitiva, que delata la incapacidad —o el desinterés— de las clases dirigentes para abordar y resolver las más diversas problemáticas sociales.

El segundo fenómeno, tanto o más complejo que el primero, es el denominado **populismo punitivo**, una tendencia conformada por una serie de prejuicios simplistas, con muchos puntos de contacto con la propaganda política, que promueve el desprecio por el saber de los especialistas y por los datos empíricos que permitirían refutar muchas de las afirmaciones que anidan en el sentido común. Solo es válida la opinión de “la gente”, constructo de origen mediático, utilizado también por algunos políticos, y que permite apelar —desde la mera retórica— al consenso unánime de una imaginaria masa amorfa, homogénea e inidentificable, que no conocería de diferencias de clase, de género ni, mucho menos, de opinión.

Este cuadro de situación, que se presenta en muchos países del mundo, también describe lo que ocurre en nuestro país y explica en buena medida lo que ha sucedido en los últimos meses en la Argentina, desde el 1 de marzo de 2014, cuando la Presidenta de la Nación anunció ante la Asamblea Legislativa que, en el transcurso del año, remitiría al Congreso un proyecto de reforma del Código Penal.

2. Pasado, presente y ¿futuro? del último intento de reforma del Código Penal argentino

El 7 de mayo de 2012, por decreto 678, la Presidenta de la Nación, Dra. Cristina Fernández de Kirchner, creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación. La Comisión fue integrada en forma plural, con representantes de los principales partidos políticos con representación parlamentaria, emulando lo hecho por Hipólito Yrigoyen con la comisión de 1917, presidida por Rodolfo Moreno (h), cuyo trabajo se vería plasmado en el Código de 1921. Con E. Raúl Zaffaroni como presidente, fueron convocados León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, juristas de fuste y políticos experimentados y representativos de sus partidos, los dos últimos, presidentes de sus respectivos bloques en la Cámara de Diputados. Desde mediados de mayo de 2012, comenzamos con la tarea encomendada. Con reuniones de Comisión semanales —durante algunos meses incluso se realizaron dos reuniones por semana— y dos reuniones de asesores también semanales, se concluyó la labor el 10 diciembre de 2013, luego de dieciocho meses de trabajo. Aquel día, en que se celebraba el trigésimo aniversario de la recuperación de la democracia en nuestro país, y el Día de los Derechos Humanos en todo el mundo, juristas y políticos de distintos partidos, con visiones del derecho y del mundo distintas, opuestas en algunos casos, firmaron un Anteproyecto de Código Penal fruto del diálogo y del consenso. En los pocos casos en que no fue posible arribar a una decisión unánime, los interesados presentaron sus disidencias, con las que enriquecieron el trabajo realizado, al ofrecerle tanto al Poder Ejecutivo, como eventualmente al Congreso, alternativas muy válidas al texto acordado por la mayoría.

Durante la etapa de elaboración se hicieron dos convocatorias a universidades e institutos, colegios y federaciones profesionales y de magistrados, ONG, especialistas, docentes, profesores e investigadores, profesionales del derecho y de las ciencias sociales, organismos públicos, judiciales y

entidades de gobierno, academias nacionales, asociaciones académicas y organismos internacionales. Se recibieron las propuestas de todos quienes respondieron a las convocatorias así como las de quienes las acercaron en forma espontánea a la Comisión.

El Ministerio de Justicia habilitó un canal de participación abierta y pública en el sitio web de Infojus, por medio del cual se recibieron cuatrocientas sesenta y tres propuestas. Estas, y las mencionadas en el párrafo anterior, integran la versión oficial del Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

El 14 de febrero de 2014 se entregó el Anteproyecto a la Presidenta de la Nación, quien el 1 de marzo, en ocasión de la inauguración del 132º período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, realizó el anuncio antes mencionado. A partir de esa misma tarde, un diputado nacional con aspiraciones inició una campaña difamatoria, difundiendo una serie de cuestiones falsas e inexactas sobre el Anteproyecto —que aún no había sido presentado públicamente— demostrando desconocer no solo el contenido de la propuesta sino los más elementales principios del derecho. Lo que ocurrió luego merece el análisis de la ciencia política o de la psicología social, pero está fuertemente vinculado a la situación global que explicábamos al principio, al referirnos al **neopunitivismo** y al **populismo penal**, aunque se inserta, también, en una coyuntura local electoral que aún se está desarrollando.

El 21 de abril de 2014 se presentó oficialmente el Anteproyecto de Código Penal de la Nación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y, a partir de entonces, se abrió un período de noventa días de debates y consultas que implicó conferencias, charlas, mesas redondas y audiencias públicas en todo el país, a la vez que se convocó a las universidades y colegios profesionales —pero también a todo el que estuviera interesado en hacer algún aporte— a enviar sus propuestas, observaciones y críticas. Ese período de consultas finalmente se extendió hasta fines de agosto, pero se continuaron recibiendo propuestas en el Ministerio durante todo el mes de septiembre, y la Comisión lo hizo hasta fines del año pasado. Esas propuestas fueron estudiadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que remitió un informe al Presidente de la Comisión, quien lo analizó junto con el Coordinador de la Comisión. Además, estudiaron las propuestas recibidas y remitidas por el Ministerio, así como las que recibió la propia Comisión.

Cuando la política lo permita, la totalidad de las propuestas —tal como fueron recibidas— y los respectivos informes, tanto del Ministerio como del Presidente y el Coordinador de la Comisión, serán remitidos a los miembros de la Comisión. El plan original consistía en la elaboración de una versión definitiva del Anteproyecto, redactada sobre la base de todas las observaciones y propuestas recibidas, que sería elevada al Poder Ejecutivo, el cual, desde luego, podría a su vez introducir todas las modificaciones que considerase pertinentes.

3. La necesidad de la reforma, actualización e integración del Código Penal

Si hay algo sobre lo que no existen dudas, y sobre lo que todos los especialistas y operadores coinciden, es en la necesidad de la reforma. Es para todos evidente que la Argentina hoy no tiene un Código Penal. La exégesis de sus comentaristas asemeja al trabajo de los arqueólogos sobre las ruinas de una antigua y próspera ciudad. Nada ha quedado de nuestro viejo y bueno Código Penal de 1921, que fue destruido e implosionado por un doble proceso de descodificación, tanto externa como interna.

La descodificación externa es consecuencia de las más de cuatrocientas leyes con disposiciones de contenido punitivo o relevancia penal, repartidas entre leyes penales especiales y otras leyes de las más diversas materias —civiles, administrativas, laborales, tributarias o de seguridad social—, que incluyen tipos penales o remisiones a legislación penal. La descodificación interna fue producto de las más de novecientas reformas que el Código de 1921 sufrió en sus noventa y cuatro años de historia. Tanto unas como otras responden a la “lógica del parche”: por lo general se trata de respuestas espasmódicas de parte de la dirigencia política, ante lo que se conoce como emergencias punitivas, es decir, hechos de crónica policial con gran difusión pública, frente a los cuales los políticos no saben reaccionar de otra forma que modificando la legislación penal, como si esas desgracias ocurriesen porque algo faltó o falló en la ley vigente en ese momento. Una suerte de causalidad mágica —al decir de Zaffaroni— que pretende que modificando escalas penales y creando nuevos tipos delictivos se modificará la realidad.

Por ello era imperioso, y lo sigue siendo, recodificar la legislación penal no solo integrando a un único cuerpo toda la normativa dispersa, sino también devolviéndole al texto las características esenciales de todo Có-

digo: su sistematicidad, su coherencia interna, su proporcionalidad en la respuesta punitiva, claridad y taxatividad, y previsibilidad en su aplicación.

En nuestro Código vigente es difícil saber, por ejemplo, en qué consiste el delito de violación, o la corrupción de menores. Las reformas intempestivas e inconsultas han hecho, de un Código sobrio e inteligente, un texto oscuro, ambiguo, de difícil interpretación. Como consecuencia, una misma conducta puede constituir un cierto delito para un intérprete —doctrinario o juez— mientras que otro intérprete puede subsumirla en un tipo penal distinto.

Por otra parte, producto también de la descodificación penal, y a modo de ejemplo, algunos delitos contra la propiedad con el concurso de algunas circunstancias agravantes, pueden ser más severamente penados que el delito de homicidio, lo que implica una gravísima contradicción al principio de proporcionalidad de la sanción penal, y una grosera tergiversación de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados y de los valores e intereses individuales y colectivos contenidos en ellos.

Otro problema son las disposiciones generales contenidas en diversas leyes, que contradicen lo establecido en el texto del Código. Además, era la oportunidad de mejorar las disposiciones generales vigentes; principalmente, de dotar al texto de unas herramientas mínimas para la determinación y cuantificación de las penas. Diremos algo más al respecto cuando nos refiramos a las reformas de la parte general.

Estas reformas imprescindibles, y la necesaria integración normativa que acabamos de explicar, debían ser acompañadas además de un trabajo de actualización que contemplase las formas modernas de criminalidad y otras que, sin ninguna justificación satisfactoria, fueron históricamente omitidas por el legislador, como los delitos contra el ambiente.

En cuanto a las materias a incorporar, se trata principalmente de algunas formas de criminalidad económica y de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, extendido a un catálogo mucho más amplio de delitos que el actual, y con disposiciones generales en materia de formas de atribución de la responsabilidad, de las sanciones aplicables y de su determinación.

También era necesario incluir algunas formas de criminalidad informática, sin caer en un extremo casuismo ni dejándose llevar por las tendencias del momento. En algunos casos, como en el denominado *phishing* y el robo de identidad, la Comisión consideró procedente tipificar estos actos

preparatorios de otras conductas delictivas. En los demás casos, resulta evidente que se trata de nuevas formas de comisión de viejos delitos, facilitados ahora por el avance tecnológico. Ya diremos algo más sobre los delitos en particular, sobre los incorporados y sobre las reformas propuestas.

4. Lineamientos fundamentales del Anteproyecto: sin otro modelo que el consenso

A diferencia de otras experiencias en el derecho comparado, la Comisión no siguió un determinado modelo de codificación, ni tampoco se impuso *a priori* lineamientos de política criminal muy determinados. Lo contrario hubiera sido imposible en una Comisión plural, como la convocada por el decreto 678/2012. Esta decisión también fue objeto de críticas, en particular de los defensores de determinados modelos de legislación penal o de tendencias de política criminal que no se ven reflejadas en un Anteproyecto que, no sin razón, puede calificarse de moderado y ecléctico. Se ha criticado, así, el supuesto carácter “posibilista” del texto y el hecho de que no hubiera ido más a fondo en la reforma de varios aspectos señalados sobre todo por los sectores más progresistas del derecho y de organizaciones de la sociedad civil. Para algunos, el afán de alcanzar un amplio consenso político —tan apreciado en estos tiempos desde algunas usinas ideológicas— pudo haber neutralizado la oportunidad de una transformación más radical. Lo cierto es que, efectivamente, la intención de los miembros de la Comisión fue la de elaborar un proyecto de Código penal que tuviera amplias posibilidades de superar con éxito las distintas instancias políticas que debería atravesar para reemplazar el Código vigente. Lo que esta fallida experiencia enseña es que siempre habrá quienes sostengan que el consenso alcanzado no fue el suficiente.

A pesar de la decisión de no seguir un modelo determinado de codificación penal o de establecer una política criminal general como punto de partida, se trabajó a partir de algunas premisas básicas que orientaron la elaboración de la propuesta. En cuanto a lo formal, una de estas premisas fue la de tratar de emplear, en la medida de lo posible, un lenguaje llano y accesible, de modo que cualquiera, letrados pero también legos, pudiesen entender sus disposiciones sin mayores dificultades.

En beneficio de lo anterior se decidió mantener una sobriedad conceptual, sin incurrir en definiciones dogmáticas, dejando su construcción en manos de los juristas.

Ya en el campo de la política criminal, una de las principales ideas rectoras fue que el Anteproyecto propusiera que **las condenas se cumplieren por la totalidad de su duración**. A diferencia de lo que sucede actualmente con los regímenes de condenación y 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 propuso apuntaba a cumplir con esos dos objetivos: **un mayor control y una mayor presencia del Estado por todo el tiempo de duración de las condenas**.

En rigor, **no se trata de nada original**, puesto que existen sistemas análogos en todo el mundo, e incluso varios proyectos de recodificación penal de nuestro país contemplaban sistemas muy similares, sobre todo desde el retorno de la democracia, y en particular a partir del proyecto de los diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano, de 1987.

5. Las penas alternativas

Burdamente presentadas por los adalides del populismo punitivo, y por demagogos varios como la reducción de la sanción penal a un mero “llamado de atención” o “tirón de orejas al delincuente”, **las penas alternativas que se proponen se aplicarían a quienes actualmente se benefician de la condenación condicional y de la libertad condicional**. Pueden establecerse en forma conjunta o independiente, y son las siguientes:

- **detención domiciliaria**: obligará al penado a permanecer en un domicilio determinado, del que podrá salir únicamente por motivos justificados y con previa autorización judicial.
- **detención de fin de semana**: limita la libertad del condenado, que transcurre la semana en libertad, lo que le permite —por ejemplo— asistir a su trabajo, mientras que los fines de semana y feriados debe presentarse a cumplir la detención en la Unidad Penitenciaria, que debe destinar lugares especiales para ellos. El incumplimiento de presentarse a su detención sin justificación, implica la pérdida del beneficio otorgado, por lo que deberá cumplir la pena íntegramente en su lugar de detención.
- **obligación de residencia**: se le impone al condenado la obligación de residir en el lugar fijado en la sentencia, del que no puede mudarse sin autorización judicial. Tiene por objeto prevenir conflictos, permitir un mayor control del condenado y favorecer su integración social.
- **prohibición de residencia y tránsito**: implica la prohibición de vivir en un determinado lugar, o bien de transitar por determinados lugares. Tiene por fin prevenir conflictos. Tiene un gran potencial de aplicación en hechos de violencia intrafamiliar o de vecindad, por ejemplo.

- **prestación de trabajos a la comunidad:** obligará al condenado a cumplir entre ocho y dieciséis horas semanales de trabajo no remunerado en los lugares y horarios que establezca el juez. Se realizará en instituciones, establecimientos u obras de bien público, bajo supervisión.
- **cumplimiento de instrucciones judiciales:** consiste en la sujeción a un plan de conducta en libertad. Las instrucciones deberán estar vinculadas al hecho punible, y el plan 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, 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.
- **multa reparatoria:** obligará al condenado a pagar a la víctima o a su familia una suma de dinero o una parte de sus ingresos mensuales.

Se suprimen, entonces, tanto la condenación de ejecución condicional como la libertad condicional.

6. La reincidencia y la sustitución de la pena de prisión

Mucho se ha hablado acerca de la reincidencia, instituto que en la práctica solo tiene como función la de **limitar el acceso a la libertad condicional**. Esto genera situaciones absurdas, como que, por ejemplo, **pueda acceder a este derecho el autor de un delito gravísimo y no el reincidente que ha sido autor de dos delitos de menor gravedad**. Por otra parte, el sistema actual implica una contradicción con el principio de progresividad de la ejecución de las penas, puesto que, sin importar cuál sea la conducta del penado reincidente en la prisión, la libertad condicional le estará vedada. Para evitar este tipo de situaciones, **se proponen otras limitaciones y restricciones para acceder al reemplazo de la pena de prisión**.

Así, para acceder al reemplazo de pena privativa de libertad por una pena alternativa, se deberá haber cumplido la **mitad de la condena en el caso de delitos de mediana gravedad (tres a diez años de prisión)**, pero si el agente hubiere sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho, solo podrá acceder a una sustitución después de haber cumplido en forma efectiva dos tercios de la pena.

La pena de prisión mayor de diez años se podrá reemplazar después de cumplidos los dos tercios de su duración, pero en los casos de máxima gravedad se requerirá opinión fundada del Ministerio Público, y el juez solo podrá disponer el reemplazo previo informe de tres peritos como mínimo, designados por el juez, y propuestos por el Ministerio Público, la universidad nacional más cercana, y por el propio juez. Obsérvese que, para el reemplazo de la pena privativa de libertad en casos de máxima gravedad, **se establece un régimen mucho más restrictivo —y menos arbitrario— que los que actualmente operan en la concesión de la libertad.**

Las condenas a tres años o menos de prisión podrán reemplazarse sin cumplimiento de pena privativa de libertad. En la actualidad, frente a hechos de poca gravedad (penas menores de tres años), y ante los efectos deteriorantes, criminógenos y contraproducentes —a la luz de todas las teorías sobre las funciones de la pena— de las penas de corta duración, los jueces imponen condenas de ejecución en suspenso, lo que no es más que una sanción simbólica que casi ningún impacto tiene en la vida del condenado, quien sigue adelante con su vida como si nada hubiera pasado. Con esta reforma, **siempre existirá una sanción de efectivo cumplimiento.**

En todos los casos, el reemplazo se cancelará y se cumplirá el resto de la pena en prisión, cuando el penado cometiere un nuevo delito conminado con prisión. También sería revisable cuando cometiere un delito conminado con otra clase de pena, o cuando no cumpliera con las obligaciones impuestas por la pena alternativa.

Algo similar sucede actualmente con la **libertad condicional**. Transcurrido determinado tiempo de la condena, y siempre que el condenado haya observado buena conducta en su detención —la que no siempre es valorada en forma objetiva, transparente y sin arbitrariedades—, **obtiene su libertad** —aun cuando hubiere sido condenado a más tiempo de prisión— **sin otras obligaciones y sin que el Estado pueda controlar efectivamente su reinserción en la sociedad, ni brindarle la asistencia necesaria.** Con este catálogo de penas alternativas, al obtener la libertad anticipada, de todos modos **deberá cumplir con alguna de las penas alternativas, lo que implica que cumplirá con todo el tiempo de la sanción impuesta en la condena.**

7. La reincidencia como circunstancia a considerar en la cuantificación de la pena

El otro aspecto de la reincidencia, quizás el de menos implicancias prácticas, es su consideración —facultativa para el juez— como elemento para cuantificar la pena. Al respecto, considero que las condenas anteriores bien podrían ser tenidas en cuenta por los jueces a la luz del texto propuesto. En efecto, toda vez que uno de los principales criterios para la determinación de la pena es la mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho, resulta claro, a mi modo de ver, que queda en manos del juez decidir si el cumplimiento de una o varias condenas previas han podido aumentar esta comprensión, en cuyo caso la reiteración funcionará como agravante. Más difícil resulta imaginar el supuesto, señalado por Zaffaroni, en el que el cumplimiento de condenas anteriores pudiera haber disminuido la comprensión de la criminalidad del hecho, en cuyo caso esta circunstancia debería operar como atenuante.

La reincidencia solo podría considerarse como una circunstancia agravante cuando la condena o las condenas anteriores fuesen por delitos que guardasen relación entre sí, en cuanto a su ilicitud, o se tratase del mismo bien jurídico o de otro estrechamente relacionado, de modo que pudieran interpretarse como advertencias dirigidas en un mismo sentido. De otro modo, carecerán del efecto de aumentar el grado de reproche de culpabilidad. Considero que, de este modo, no se duplicaría la condena ni se castigarían elementos de la personalidad del autor, sino que se estaría evaluando la culpabilidad por el hecho que se juzga, a través de la valoración de la mayor o menor comprensión del ilícito que resulte de una o varias condenas anteriores. Dichas condenas solo podrían ser susceptibles de valoración dentro de los plazos establecidos para el registro penal.

8. La inclusión de principios generales del derecho penal sustantivo y de garantías penales de raíz constitucional y convencional

No hay Códigos penales “garantistas”. La Constitución Nacional lo es. Todo Código Penal no es sino un apéndice del texto constitucional, su reglamentación en cuanto a la aplicación del poder punitivo estatal, tanto en lo que concierne a los límites a dicho poder, como a los bienes jurídicos cuya efectiva tutela se persigue por medio de la legislación penal. Por ende, no hay Códigos garantistas sino Constituciones que contienen garantías, y las hay precisamente porque en la vigencia de garantías indivi-

duales y límites al poder radica la diferencia entre un Estado constitucional y democrático de derecho y un Estado autoritario.

Desde luego, los Códigos y las leyes pueden concretar esas garantías en distinto grado, y esto es así no solo en el derecho penal, sino en todas las ramas del derecho. En ese sentido, la expresa incorporación en el artículo 1° del Anteproyecto de los principios de legalidad, culpabilidad, ofensividad, humanidad, personalidad y proporcionalidad, implica la **inclusión en un texto de menor jerarquía —el Código penal— de principios consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN)**. Esta incorporación, que podría parecer superflua dado el carácter suprallegal y la supremacía de estos principios, es sin embargo un importante avance que tiene como fin orientar a todos los operadores del sistema penal en el sentido que impone nuestra Ley Suprema. El mensaje político-criminal que el Anteproyecto dirige a todos sus intérpretes es: los restantes doscientos ochenta y nueve artículos deben ser interpretados a la luz de este artículo primero.

Entre las principales consecuencias prácticas de la incorporación de estos principios, en particular del de legalidad, se excluye toda posibilidad de responsabilidad objetiva y de *versari in re illicita*, así como el dolo eventual. La mayor necesidad de reproche en algunos casos, es resuelta en la parte especial con la inclusión de la figura de la **culpa temeraria** para determinados delitos, en los cuales el juez deberá valorar la jerarquía del deber de cuidado violado por el agente al que le incumbía, y la intensidad o gravedad de dicha violación.

9. Máximo de la pena privativa de la libertad

Existe actualmente una discrepancia —tanto en el ámbito académico como judicial— respecto del cuál es el **máximo de pena privativa de la libertad**. El nuevo proyecto de Código Penal despeja toda duda al establecer de manera categórica un **máximo de pena de prisión de treinta años, en concordancia con el máximo de pena temporal previsto para los delitos más graves de nuestro ordenamiento jurídico, fijado, además, por la ley que incorpora a nuestro sistema normativo el Estatuto de Roma y la adhesión a la Corte Penal Internacional**.

La eliminación de la pena de prisión perpetua es tal solamente en la letra de la ley, puesto que en la práctica no tiene ni tuvo nunca apli-

cación. Incluida como resultado de una negociación política que tuvo como objetivo excluir la pena de muerte, nunca implicó más de veinte años de cumplimiento efectivo. **Se trata, además, de una pena inconstitucional.**

10. Otras innovaciones en lo concerniente de las disposiciones generales

A continuación, dada la extensión requerida para esta exposición, nos limitaremos a enumerar las principales modificaciones que el Anteproyecto propone en materia de disposiciones generales:

1. En materia del ámbito de aplicación espacial de la ley penal, se incluye una remisión al derecho internacional para la aplicación del principio funcional, y se incorpora el principio de jurisdicción universal.
2. En cuanto a la aplicación de la ley penal más benigna, se aclara que no se trata solo de la pena, sino de cualquier efecto jurídico de la condena; y se proyecta que la aplicación de este principio será de oficio.
3. **Se suprime la advertencia de que otras leyes pueden disponer lo contrario de lo establecido en el Código.** No se emplea el vocablo “leyes especiales”, sino “cualquier otra ley”.
4. Se define el ámbito personal de aplicación del Código, con la exclusión de los menores de dieciocho años, y se aclara que también es aplicable a las personas jurídicas.
5. **Eximentes y atenuantes. Se introducen importantes reformas e innovaciones en esta materia.**
 - a. Se suprime la exigente de obediencia debida (art. 34, inc. 5, CP).
 - b. Se adopta una teoría dual del error.
 - c. Para la legítima defensa, se mantienen las presunciones a favor del agente, y se introduce la del **contexto de violencia doméstica**, cuando el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia.
 - d. En lo que concierne al estado de necesidad justificante, se incorporan requisitos para precisar la exigencia de **extraneidad** del texto vigente, y **que el autor no estuviere jurídicamente obligado a soportar el peligro.**
 - e. Respecto del estado de necesidad exculpante, se precisa el contenido de la vigente fórmula que se refiere a “amenazas de sufrir un mal grave e inminente”. No se excluyen bienes jurídicos, y solo se admite su extensión a terceros en los casos de **personas que tengan una relación próxima con el agente.**

- f. En cuanto a la inimputabilidad y otras incapacidades psíquicas, se mantiene la exigencia del “momento del hecho”, de la posibilidad de comprensión y de la criminalidad. Se la delimita como “**cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica permanente o transitoria**”.
 - g. Se incorpora el **error directo o indirecto de prohibición**. Se suprime la referencia a la “ignorancia”, por considerarla una forma de error.
 - h. **Se incorpora el error sobre circunstancias exculpantes.**
 - i. Se incorpora lo que la doctrina conoce como **eximentes incompletas**.
 - j. Se incluye el **error de tipo vencible** (con la pena del delito culposo, cuando existiere el tipo correspondiente).
 - k. Se prevé una escala disminuida en la mitad del mínimo y del máximo para el **error vencible de prohibición directo e indirecto** y el **exceso extensivo e intensivo en la legítima defensa**.
 - l. Se faculta al juez a imponer la pena conforme a esa misma escala en los casos de **imputabilidad disminuida**.
 - m. Se incorpora el **error sobre agravantes**, que comprende también los casos en los que se obra con la convicción de cometer un delito correspondiente a un tipo independiente penado con menor gravedad.
6. Tentativa.
- a. Para la tentativa, se fija una escala en la **mitad del mínimo y los dos tercios del máximo de la pena del delito consumado**.
 - b. **Se agrega el partícipe al desistimiento voluntario.**
 - c. Se añade la alternativa de **impedimento de consumación**.
 - d. Se regula la tentativa inidónea. Se distinguen dos hipótesis: la **manifiesta inidoneidad del medio para producir el resultado**, en cuyo caso debe eximirse de pena cuando no hubiese mediado peligro alguno; y el **supuesto de falta de tipo**, en que se carece en la realidad de elementos del tipo penal, como el bien jurídico o el objeto (tentativas imaginarias o “errores de tipo al revés”).
7. Concurrencia de personas en el delito.
- a. En materia de concurrencia de personas en el delito, se prevé que **para el caso de coincidencia de tentativa y cooperación**, la pena se fijará conforme a la escala penal correspondiente al autor del delito consumado, reducida a un cuarto del mínimo y del máximo.
 - b. Para el supuesto de “delito menos grave”, distingue el determinador del cooperador.
 - c. Se sustituye el término “prensa” por “medios de comunicación e información” (art. 49, inc. 4, CP).

- d. En cuanto a la **comunicabilidad**, se suprime la segunda parte del art. 48 CP.
- e. **Se incorpora el actuar en lugar de otro**, para evitar la atipicidad de quien actúa de ese modo, y se especifica que lo dispuesto es también aplicable cuando el acto jurídico determinante de la representación o mandato fuere ineficaz.
8. **Concurso de delitos.**
- a. En cuanto al concurso ideal, se sustituye la voz “hecho” por “conducta”, y se aclara que debe imponerse la pena “más grave”, que no necesariamente es la mayor.
- b. Para el concurso real, **se establecen dos límites temporales máximos: treinta años y el doble del máximo de la pena más grave**. Se propone que se apliquen las mismas reglas para las demás penas, con los límites establecidos en el inc. 2 del art. 20.
- c. Se incorpora el delito continuado, y se establece que **la pena aplicable será solamente la más grave de la prevista para esos hechos**.
- d. Se incorporan los concursos aparentes, con los casos de **especialidad, subsidiaridad y consunción**.
9. Se separan en dos artículos los supuestos de unificación de condenas y de penas. **La pena única no podrá exceder la suma de las penas impuestas ni el máximo de treinta años de prisión, ni el de la especie en las restantes penas.**
10. **Cuantificación de las penas.**
- a. Se establecen **pautas claras y precisas para la determinación y mensuración de las penas**, que obligan al juez a fundar en ellas su decisión bajo pena de nulidad.
- b. Se establece el principio general de que la pena se cuantifica conforme a la culpabilidad, aclarando que es **culpabilidad por el ilícito**.
- c. Se establecen como criterios para la cuantificación de las penas: a) la **gravedad del ilícito o injusto penal**; b) el **grado de comprensión de la criminalidad del injusto**, el **ámbito de autodeterminación del agente** y los **motivos** que le impulsaron a delinquir.
- d. Siguiendo la fórmula alemana de la **regla general**, se enumeran las **circunstancias atenuantes o de menor gravedad**: a) ser menor de veintiún años o mayor de sesenta al momento de la ejecución del hecho; b) cualquier padecimiento que disminuya considerablemente las expectativas de vida; 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 que hubiere sufrido el autor o partícipe como resultado de la ejecución del hecho; f) haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito

("puente de oro"); 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) "atenuación calificada incompleta", cuando no se verificaren suficientemente los requisitos para la aplicación de las disposiciones del art. 19, incs. 2 y 3.

- e. Se establece que, **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.
- f. **Se dispone que 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.
- g. **Se elimina la agravante genérica por fines terroristas, incorporada por la ley 26.734 ("ley antiterrorista").**
- h. **No se contempla en forma expresa a la reincidencia como elemento a tener en cuenta en la determinación de la pena (ver lo dicho al respecto *supra*).**
- i. **Se elimina la accesoriedad de reclusión por tiempo indeterminado para el multirreincidente (art. 52 CP).**
- j. **Se aclara que no se considerarán circunstancias agravantes las constitutivas de la descripción legal del hecho, y se establece que el juez deberá fundar la pena en forma precisa y circunstanciada conforme a los criterios señalados en el artículo, bajo pena de nulidad.**
- k. **Se excluye expresamente la peligrosidad, y se afirma que lo que debe ser objeto de reproche son las conductas de los individuos y no sus características personales o su modo de conducirse en la vida.**
- II. **Se prevé la posibilidad de imponer penas por debajo del mínimo previsto en las escalas penales (algo que ya ha sido implementado por vía jurisprudencial), siempre que exista una grosera desproporción entre esa pena y el injusto y la culpabilidad.**
12. **Se incorpora el principio de insignificancia, que exime de pena cuando no haya lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.**

13. Se impone la consideración de la **pena natural** sufrida en la comisión del hecho (doloso y culposo, con distintas consecuencias, naturalmente), así como de las torturas que hubiere sufrido el autor del delito, a los efectos de la determinación de la pena.
14. **Se prevén atenuantes para los casos en que el autor del delito haya ya sufrido una sanción en su comunidad originaria.**
15. Se prevén supuestos específicos de exención o reducción de pena por debajo de los mínimos legales. Se trata de tres supuestos o tipo de supuestos: un caso en el que el juez debe prescindir de pena (**insignificancia**); tres en los en que el juez puede prescindir de pena o bien imponerla por debajo del mínimo (**pena natural en hechos culposos, sanciones de pueblos originarios y casos en que la conducta se halle en conformidad con las costumbres de la cultura originaria**); y tres supuestos en que el juez solo puede imponer la pena por debajo del mínimo de la escala legal (**menor significación, penal natural en hechos dolosos y penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios**).
16. Se establece que la determinación de la pena, conforme a las pautas de los artículos 18 y 19, **será susceptible de revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias habilitadas respecto de la condenación.**
17. Se veda toda eventual interpretación de cualquiera de las fórmulas conminatorias o de cualquier otra disposición como habilitante de penas que excedan los máximos señalados en los arts. 20 inc. 1, 34 inc. 2, y 36 inc. 1, CP.
18. Se aclara que la prisión limita a la libertad ambulatoria del condenado, lo que implica que **no compromete otros derechos cuya limitación no sea inherente o consecuencia inevitable, o se hallen expresamente señalados como otras penas.**
19. **Se fija el mínimo de la pena de prisión en seis meses, y el máximo en treinta años.**
20. Se abandona la diferencia entre penas privativas de la libertad (reclusión y prisión).
21. Se expresa que debe computarse la prisión preventiva que el condenado haya sufrido en otro proceso paralelo, aunque hubiese resultado absuelto en él.
22. Se especifica, además, el cómputo de la prisión preventiva en caso de condena a pena de multa o inhabilitación, y que, en caso de condena a prisión y multa, se computa solo a los efectos de la pena de prisión.
23. Se prevé el supuesto en que la prisión preventiva exceda la pena de prisión impuesta conjuntamente con la de multa, en cuyo caso los días de exceso se computarán sobre la multa. En caso de pena conjunta de inhabilitación con multa o prisión, se computará antes a esas penas.
24. Se especifican los supuestos en que corresponde la detención domiciliaria humanitaria, y las condiciones para su otorgamiento. Así, **a pedido de parte interesada, el juez dispondrá** que la pena de prisión se reemplace por detención domiciliaria cuando el condenado fuere: a) **enfermo incurable en período terminal**; b) **enfermo y la prisión le impidiere recuperarse o tratar adecuada-**

mente su dolencia siempre que no correspondiere su internación en un establecimiento hospitalario; c) discapacitado, y la prisión fuere inadecuada por su condición, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y previo dictamen del Ministerio Público, el juez también podrá disponer el reemplazo por detención domiciliaria 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) o tuviere a su cargo una persona con discapacidad. La detención domiciliaria no se concederá cuando de ella se pudiere derivar riesgo o perjuicio para la persona afectada por el hecho o para los convivientes del condenado. No impedirá la detención domiciliaria la carencia de un domicilio previo del penado.

25. Se introducen algunas modificaciones importantes respecto de la pena de multa.
- a. Así, se establece el destino de las sumas, que deberán aplicarse a la asistencia social para las víctimas de delitos y a los familiares de los condenados.
 - b. Se opta por el sistema de cuantificación de día de multa. Se establece un mínimo de cinco y un máximo de setecientos veinte días.
 - c. El importe de cada día de multa se establecerá según las condiciones económicas del condenado y su capacidad de pago. No será inferior al diez por ciento del salario mínimo vital y móvil ni superior a su importe veinte al tiempo de la sentencia, sin exceder del treinta por ciento de la renta real diaria del condenado; de no acreditarse esta, se lo hará conforme a su renta potencial.
 - d. Cuando el condenado no tuviere capacidad de pago no se impondrá pena de multa.
 - e. Cuando estuviere prevista como pena única o en forma alternativa con la pena de prisión, se la reemplazará con trabajos para la comunidad, a razón de una hora de trabajo por cada día de multa.
 - f. Cuando cualquier delito fuere cometido con ánimo de lucro, el juez podrá imponer, conjuntamente con la pena que correspondiere, una multa, aun cuando no estuviere especialmente prevista o solo lo estuviere en forma alternativa. No mediando previsión expresa, la multa no excederá de cuarenta días.
26. Internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado.
- a. Se establecen límites tanto materiales (agentes de hechos realmente graves y para pacientes con padecimientos que representen riesgos para ciertos bienes jurídicos) como temporales (no son indefinidas)
 - b. Se reemplaza el criterio de peligrosidad por el más clínico y determinable de agresividad.

- c. Quien cometiere un hecho conminado con una pena cuyo **máximo fuere superior a diez años**, del que hubiese sido absuelto conforme al apartado h) del artículo 5° o por el que se le hubiere impuesto una pena atenuada en razón del inciso 3 del artículo 6° (imputabilidad disminuida), **será sometido por el juez a un examen de peritos que verificarán si su padecimiento determina agresividad contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual. En ese caso, el juez dispondrá su control o internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención y contención. Lo mismo se dispondrá cuando las circunstancias mencionadas sobrevinieren durante el cumplimiento de la pena de prisión.**
- d. El control o la internación cesarán cuando se **verificare la desaparición del riesgo creado por la agresividad, o:** a) en el caso del apartado h) del artículo 5°, cuando se agotare el tiempo que el juez, en razón de la gravedad del hecho, hubiere fijado en la sentencia como límite máximo, el que no podrá exceder de la mitad del máximo de la pena conminada; b) en el caso del inciso 3° del artículo 6°, cuando se agotare el tiempo de la pena de prisión que se le hubiese impuesto; c) en el caso de padecimiento sobreviniente, cuando se agotare la pena de prisión impuesta, computándose en ésta todo el tiempo de internación. En los supuestos de imputabilidad disminuida y padecimiento sobreviniente, si desapareciere el padecimiento antes del agotamiento de la pena impuesta, el condenado cumplirá en un establecimiento ordinario la pena remanente o le será reemplazada si fuere el caso.
- e. El juez deberá dar intervención al juez civil competente respecto de personas incapaces en los siguientes supuestos: a) cuando la persona absuelta sufiere un padecimiento y no se reunieren los requisitos del artículo 39, inc. 1, para disponer su control o internación; b) cuando debiere cesar el control o la internación y la persona continuara sufriendo un padecimiento mental.
- f. Cuando en la comisión del delito hubiere tenido incidencia la dependencia de alcohol o de alguna sustancia estupefaciente, el juez podrá disponer la internación del condenado en un establecimiento o lugar adecuado para su deshabituación, que cesará cuando se obtenga este resultado o se agote la pena.
- g. Durante la ejecución de la sentencia, el juez dispondrá, **mediante procedimiento contradictorio:** a) el cese del control o de la internación cuando se hubiere verificado la desaparición del riesgo derivado de la agresividad; b) la sustitución del establecimiento en que se cumple la medida, cuando lo considerare más adecuado para la persona o para el control de la agresividad; c) la suspensión provisoria del control o de la internación antes de su cesación definitiva; d) el reemplazo de la internación por la sujeción al control de un establecimiento o servicio especializado, con las posibilidades de salidas periódicas o de tratamientos ambulatorios, que se dispondrá de conformidad con la dirección del establecimiento o servicio, previa aprobación del programa de salidas periódicas o del tratamiento ambulatorio. **Antes de disponer el reemplazo, el juez oír, en procedimiento contradictorio, a la persona**

en forma directa e indelegable. En cualquier caso, el juez deberá analizar, como mínimo una vez al año, el mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la internación, oyendo personalmente al interesado y proveyéndole de asistencia jurídica si no la tuviere. Tratándose de hechos previstos en el Título I del Libro Segundo (crímenes contra la humanidad), o que hubieren debido pensarse conforme a las circunstancias del art.18, inc. 4 (máxima gravedad), el juez sólo podrá disponer el reemplazo de la internación en las condiciones del art. 31, inc. 6 (es decir, previo informe de tres peritos como mínimo, designados por el juez y propuestos por el propio juez, el Ministerio Público y la universidad nacional más cercana).

- h. Se establece expresamente la judicialidad de todo lo referente a la ejecución de penas y medidas. La resolución de todas las cuestiones de ejecución, reemplazo y control de las penas y medidas será de exclusiva competencia de los jueces. En ejercicio de esta competencia, 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 dependan; 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; e) reducir la trascendencia de la pena a terceros inocentes.
27. Se prevé que es el Ministerio Público Fiscal el que deberá ejercer, de oficio, la acción penal pública, salvo en los casos en que fuere necesaria la instancia de la persona directamente ofendida por el delito; y que “también podrá ejercerla la persona directamente ofendida en las condiciones establecidas por las leyes procesales”.
28. Se introduce el principio de oportunidad procesal por el cual 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 (será necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios en la mayor medida que le fuere posible); 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. La persona directamente ofendida podrá interponer querrela dentro del término de sesenta días hábiles desde la notificación de la decisión que admitiere el criterio de oportunidad, en cuyo caso la acción se convertirá en privada. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el

- autor o participe en cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del apartado a) del inciso 3, en que los efectos se extenderán a todos los intervinientes.
29. Se definen como delitos de acción pública dependiente de instancia privada, los siguientes: 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 (art. 150), 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 y violación de domicilio (art. 117).
30. Los menores podrán formular denuncia desde los dieciséis años. El fiscal procederá de oficio cuando el hecho fuere cometido contra un menor de dieciséis años o un incapaz que no tuvieren representantes, o si lo hubiere realizado uno de estos. Si existieren intereses contrapuestos entre alguno de los representantes y el menor o incapaz, el fiscal deberá actuar de oficio si resultare más conveniente para el interés de estos. Cuando cesare la incapacidad o el menor cumpliera los dieciséis años, podrán desistir de la acción promovida por su representante o, en su caso, por el fiscal.
31. Respecto de los delitos de acción privada, se limita el círculo de personas con capacidad para querellar por delitos contra el honor, abarcando a los próximos parientes (después de la muerte del agraviado, la acción podrá ser ejercida solo por el cónyuge o conviviente, hijos, nietos o padres sobrevivientes). **Se incluye el aborto culposo y el acceso ilegítimo a información.**
32. **Suspensión del juicio a prueba.**
- En materia de *probation*, se aclara que debe tratarse de una pena en expectativa que no supere los tres años de prisión, aplicable incluso a casos de pluralidad de hechos.**
 - Se excluye a los condenados a prisión o a quienes hayan sufrido prisión o sus sustitutivos, en los cinco años anteriores a la comisión del hecho.** Se aclara que la prisión sufrida debe haber sido en calidad de condenado. Tampoco es viable si el imputado, dentro del mismo plazo, hubiese gozado de una suspensión.
 - Debe ser solicitada por el imputado, **hasta la citación a juicio.** Del pedido, previa vista a la persona directamente ofendida, deberá requerirse **opinión** del representante del Ministerio Público Fiscal.
 - Se aclara que el incumplimiento de las reglas de conducta dejará sin efecto la suspensión y el trámite del proceso continuará, cuando dicho incumplimiento sea **injustificado y reiterado.**
 - Se prevé que cuando se atribuyere un hecho que pueda o deba ser reprimido con pena de inhabilitación, se procurará en calidad de regla de conducta,

la realización de **actividades dirigidas a solucionar la presunta incompetencia o inidoneidad del imputado.**

- f. El extrañamiento solo es viable para extranjeros sobre los que pesa una orden de expulsión firme, la acción quedará extinguida si el extrañado no regresa al territorio nacional en los cinco años posteriores a su salida.

33. Prescripción.

- a. Se establece que **no prescribirán las acciones en los casos en que la prescripción no fuere admisible conforme a la Constitución Nacional o al derecho internacional.**
- b. La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si fuere **permanente o continuado**, en el momento en que cesó de cometerse. **Cuando la persona directamente ofendida fuere un menor de dieciséis años, correrá desde el día en que alcance esta edad.**
- c. En delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, se establece la suspensión para todos los que hubieren participado en el hecho, **mientras cualquiera de ellos se encontrare desempeñando un cargo público en cuyo ejercicio pudiese impedir o dificultar la investigación.**
- d. Se trae aquí el supuesto del art. 76 *ter*, párr. 2, CP (suspensión del proceso a prueba, mientras dure la prueba).
- e. Se agrega la declaración de rebeldía y la primera solicitud de extradición, como causas de interrupción de la prescripción, y se especifica que la comisión de otro delito lo es "siempre que hubiere recaído sentencia condenatoria firme".
- f. **Se establece un plazo máximo de prescripción de veinte años.**

34. Se establece que el decomiso también será aplicable también **cuando por cualquier razón no mediere condena, pero en el proceso se hubiere probado el origen ilícito de los bienes y su vinculación con el delito. Se dispone que el producto de la venta de los bienes decomisados se destine a los programas de asistencia a las víctimas que cada provincia ponga en funcionamiento.** Cuando la venta fuere imposible o inconveniente, el juez podrá darles el destino que considere de mayor utilidad social u ordenar su destrucción. Procederá siempre su destrucción cuando no tuvieren valor lícito alguno o fueren peligrosos, si no pudiese aprovecharlos el Estado. Durante el proceso el juez dispondrá: a) la venta de los bienes si fuesen perecederos o cuando su cuidado o administración fuesen complejos o altamente costosos, previa intervención de todos los interesados. El producto será depositado en la forma que mejor preservare su valor. Si finalmente no se aplicare el decomiso, el depósito será entregado al interesado; b) la destrucción de armas, municiones y explosivos, cuando no hubiere lugar a restitución a su tenedor

legal y no fuere necesaria su conservación como elemento de prueba; c) el juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares necesarias para asegurar el decomiso de todo bien o derecho patrimonial sobre el que pudiere recaer, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el delito. También podrá adoptar las necesarias para interrumpir la comisión del delito, hacer cesar sus efectos, garantizar las pruebas y evitar que se consolide el provecho. En cualquier caso, deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización de la persona afectada, de su familia y de terceros.

35. Se incorpora, en cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino, la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, hoy vigente solo para un limitado número de supuestos.
- a. En cuanto a las condiciones para aplicar sanciones a las personas jurídicas, se especifica que se trata de personas jurídicas privadas y limita las sanciones a los casos expresamente previstos por la ley.
 - b. Se aclara que la responsabilidad emerge de delitos cometidos por sus órganos o representantes actuando en beneficio o interés de ellas. Se establece la irrelevancia de la carencia de atribuciones del órgano o representante, siempre que la persona jurídica haya ratificado o aceptado en silencio lo actuado.
 - c. Se sanciona la *culpa in eligendo e in vigilando*, aun en el caso en que no se derivase beneficio alguno para la persona jurídica.
 - d. Se establece que las leyes procesales deberán garantizarle a las personas jurídicas su derecho de defensa.
 - e. Se dispone que la responsabilidad no se extingue por la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica.
 - f. Se dejan a salvo los derechos de terceros de buena fe y se limita la responsabilidad de la nueva persona jurídica a la proporción que correspondiere a la originariamente responsable.
 - g. Se establece un plazo máximo de prescripción de seis años.
 - h. **El elenco de sanciones aplicables a las personas jurídicas consta de:** multa, cancelación de la personería jurídica, suspensión total o parcial de actividades, clausura total o parcial del establecimiento, publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa, prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido, suspensión del uso de patentes y marcas, pérdida o suspensión de beneficios estatales, suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y suspensión en los registros estatales. Se aclara que pueden ser impuestas en forma alternativa o conjunta.
 - i. Se precisa que son aplicables las disposiciones referidas al decomiso y a la reparación de daños de los Títulos VII y VIII del Libro Primero.

- j. Respecto de la pena de multa, se establece que el importe de cada día será de entre uno y cinco salarios mínimos, vitales y móviles. Se establece el máximo de un tercio respecto del patrimonio total del ente.
- k. Se aclara que la cancelación de la personería jurídica por parte del juez penal es excepcional, y que procede solo cuando el ente tuviese como objetivo principal la comisión de delitos.
- l. Se limita a un máximo de un año la suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento.
- m. Se establecen criterios para la determinación de las sanciones, referidos a los **integrantes de la persona jurídica**, como el grado de inobservancia de las reglas y procedimientos internos y el de omisión de vigilancia y otros criterios referidos al **resultado y efectos objetivos**, como la trascendencia social y la gravedad del daño causado.
- n. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo.
- o. En el caso de **pequeñas y medianas empresas**, habiendo sido penado el interviniente, el juez puede prescindir de sanciones a la entidad.
- p. El juez podrá disponer el **pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años**, cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general.
- q. **El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos**. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia.
36. Se incorporan nuevas definiciones de términos empleados, como el "salario mínimo, vital y móvil", se aclara el alcance de la voz "juez", se precisa el concepto de "militar" y de "información privilegiada". Se define "posición dominante", se remite al derecho internacional para comprender el alcance del concepto "personas y bienes protegidos" y de "objetivos militares" en función del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de víctimas de conflictos armados internacionales. Se precisan los términos "guardador", "fauna silvestre", "provincias", "Fisco" y "seguridad social". Se define "arma" en forma amplia, abarcando tanto las llamadas armas propias como las impropias. Se precisan los conceptos "sistema informático" y "dato informático", así como "discriminación" y "discriminatorio".

11. Otras innovaciones en lo concerniente a los delitos en particular

1. Se incorporan los delitos contra la humanidad, en dos Capítulos. El primero sanciona el genocidio, **con una definición más amplia que la de fuente convencional**, la desaparición forzada de personas y otros crímenes contra la humanidad. El segundo Capítulo tipifica los crímenes de guerra, siguiendo una precisa clasificación que abarca todas las conductas prohibidas por el derecho internacional humanitario, y el crimen de agresión.
2. En materia de genocidio, desaparición forzada de personas, otros crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, se resuelve el problema de la responsabilidad del superior por los hechos de los subordinados (art. 74), simplificando la fórmula del art. 28, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin por ello reducir su ámbito o acotar su extensión.
3. **Se tipifica el aborto culposo.**
4. **Se tipifican las lesiones (dolosas y culposas) al feto.**
5. Se aclara, en sintonía con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que **en ningún caso es punible el aborto cuando el embarazo proviniere de una violación.**
6. Se reintroduce el delito de **infanticidio.**
7. Se introduce la figura atenuada del **homicidio piadoso.**
8. **Se incluye a la *fellatio in ore* como supuesto de violación**, empleando el término “coito”, tal como lo hace el Código Penal de Portugal.
9. **Se redefine el delito de corrupción de menores.**
10. **Se excluye taxativamente al matrimonio como eximente en delitos contra la integridad y la libertad sexual.**
11. **Se agravan las penas de los delitos contra la integridad y la libertad sexual, cuando las víctimas sean menores de trece años.**
12. **Se tipifica la adopción por pago (compraventa de menores**, en cumplimiento del fallo de la Corte IDH en el “Caso Fornerón vs. Argentina”).
13. **Se tipifica la desobediencia a una orden judicial de restricción, de acercamiento o de contacto.**
14. Se integran al texto codificado:
 - a. los delitos contra los derechos intelectuales;
 - b. los delitos contra la propiedad de marcas y designaciones;
 - c. los delitos contra derechos conferidos por modelos y diseños industriales;
 - d. los delitos contra derechos conferidos por patentes y modelos de utilidad.

15. **Se reformulan las insolvencias punibles**, estableciendo cuatro tipos penales: la cesación de pagos fraudulenta, la insolvencia fraudulenta, la actuación fraudulenta en proceso concursal y el favorecimiento ilegal de acreedores.
16. Se integra al texto codificado el delito de **agiotaje** y de **desabastecimiento**, y se limitan las conductas punibles.
17. **Se incorpora el delito de distorsión de la competencia.**
18. Se integran los delitos contra el control aduanero.
19. Se integran los delitos cambiarios (delitos contra el control de divisas).
20. Se modifica el tipo de lavado de activos de origen ilícito, y se introduce el de financiamiento de delitos de sanción obligatoria, en reemplazo del art. 306 CP. El **financiamiento de actividades delictivas cuya persecución constituya una obligación para el Estado** remite al derecho internacional a fin de evitar continuas reformas.
21. Se incorporan los delitos tributarios y previsionales como delitos contra la hacienda pública y la seguridad social.
22. Se reforman sustancialmente los delitos contra la seguridad pública, cuya redacción actual es engorrosa, ambigua y anticuada, y se diferencian **supuestos de resultados dolosos y culposos.**
23. Se tipifica el tráfico de órganos y tejidos.
24. Se integran la materia de la ley de estupefacientes, descriminalizando la tenencia para consumo personal.
25. **Se incorporan los delitos contra el ambiente, la flora y la fauna**, y se integra el maltrato de animales.
26. **Se reforma el tipo penal de asociación ilícita.**
27. **Se tipifican conductas vinculadas al tráfico y a la permanencia ilegal de migrantes.**
28. **Se elimina el tipo penal de resistencia a la autoridad, y se modifican las figuras de atentado contra la autoridad y de desobediencia a la autoridad.**
29. **Se crean tipos penales de protección a los trabajadores, como la omisión de asistencia médica o farmacéutica.**
30. **Se tipifica el cohecho financiero activo.**

Como hemos señalado, se incorporan una serie de delitos hoy dispersos en infinidad de leyes penales especiales y otra legislación que contienen tipos penales, remisiones al Código Penal o diversas normas de contenido punitivo o relevancia penal. La Comisión identificó cerca de cuatrocientas normas, algunas de las cuales no se conocía con certeza si estaban vigentes, e incluso muchas de ellas nunca fueron aplicadas.

Entre las materias que se incluyen en el Código, cabe destacar, además de las ya señaladas, la **defraudación en práctica deportiva**, los **delitos electorales**, los **actos discriminatorios**, las previsiones de las **leyes de residuos peligrosos y de desechos industriales**, entre otras. Esto implica la **unificación de la legislación**, es decir, la **recodificación** de la legislación penal, para que sea posible conocer qué leyes se aplican y se reduzca, de ese modo, las posibles contradicciones y la inseguridad jurídica.

12. Consideraciones finales

En general se propone un Código sobrio, (casi) sin definiciones dogmáticas —que se dejan a cargo de los juristas— y se devuelve al texto su coherencia interna, su sistematicidad, y la necesaria proporcionalidad en la respuesta punitiva, que no implica otra cosa que reconocer que, dentro del propio Código Penal, existe una jerarquía de valores que necesariamente debe que reflejar el plexo axiológico de nuestro bloque de constitucionalidad.

Por todo esto, y por lo expuesto antes, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación elaborado entre mayo de 2012 y diciembre de 2013, y elevado al Poder Ejecutivo en febrero de 2014, no solo es una obra importante y de calidad desde el punto de vista jurídico, sino que también es un encomiable logro político, que registra escasos antecedentes, y que fue el fruto de un gran esfuerzo colectivo que tuvo como finalidad la elaboración de un proyecto de Código Penal consensuado: un Código Penal que fuese adecuado a los tiempos que corren y que, a la vez, respetase los principios y garantías previstos en nuestra Constitución Nacional.

Sin embargo, como decíamos al principio, es un momento complejo para proyectar política criminal, no solo en nuestro país, sino en todo el mundo. El Anteproyecto, ya en manos de la política, podrá ser completado con las observaciones y propuestas recibidas, enviado al Congreso, debatido, sancionado o quizás se postergue su tratamiento, o nunca se lo discuta. De cualquier manera quedará a disposición de los juristas y políticos que, tal vez, en otro momento, acepten el desafío de reconocer que la República Argentina carece de un Código Penal y decidan su sanción, como lo ordena la Constitución Nacional.



Parte General



PONENCIA

La necesidad de reforma del Código Penal^(I)

FRANCISCO FIGUEROA⁽²⁾



1. Introducción

El 13 de febrero de 2014 la comisión reformadora del Código Penal⁽³⁾ presentó ante el poder ejecutivo el Anteproyecto de reforma.

Desde entonces escuchamos voces a favor y en contra, algunas con consistencia jurídica, otras con contenido político y, también, la de algunos ciudadanos no ligados a la política ni al derecho que formaron su opinión a raíz de lo que surge de los medios de comunicación.

El panorama de reforma es desolador, pues la voces jurídicas a favor son solapadas con un discurso simplista acerca de que “no es el momento político para realizar tal reforma”, sumado a la gran difusión de las voces políticas que resisten el cambio y la poca importancia que se asigna a las opiniones a favor.

Lamentablemente, quienes se oponen sin más al cambio no advierten que el sistema penal necesita —urgente— una modificación, una sustitución.

(1) Este texto fue publicado en la *Revista Derecho Penal*, año III, n° 8, Bs. As., Infojus, 2014.

(2) Abogado, funcionario judicial, docente en la Facultad de Derecho, UBA. Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP) y Protesorero del grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

(3) Comisión creada por decreto 678/2012 e integrada por los Dres. E. Raúl Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, secretario Julián Álvarez y coordinador Roberto Manuel Carlés.

No solo en el derecho penal de fondo, sino en todos sus aspectos, es decir, es necesario también un cambio drástico e integral en el derecho procesal penal, al menos en el ámbito nacional, y en la ejecución de la pena. Sobre estos últimos dos aspectos no me detendré ya que excede el tema que nos convoca a debatir: el Anteproyecto de reforma del Código Penal.

Huelga resaltar, previo adentrarme en el desarrollo del trabajo, que el presente no está dirigido esencialmente a juristas, doctrinarios y abogados, sino a la sociedad en su conjunto, al ciudadano común, que probablemente carezca de conocimientos jurídicos, por lo que me permitirá enunciar y explicar algunos conceptos básicos para que todo lector comprenda lo que se pretende con el texto, pues, el objetivo real de la ponencia, es que los ciudadanos, que no tienen mayor contacto con el mundo jurídico —más allá de lo que perciben de los medios de comunicación— pueda comprender la necesidad de reforma penal que reina en el país.

2. Desarrollo

El Código Penal vigente data de 1921, desde entonces sufrió una innumerable cantidad de modificaciones (alrededor de mil), circunstancia que produjo un galimatías total hasta el absurdo de que, dentro de una misma clase de delito, la figura imprudente o culposa —para que se entienda: sin intención de querer causar el resultado dañoso—, prevé una pena mayor que la figura dolosa, es decir, con la voluntad —intención— de que se produzca el resultado lesivo.⁽⁴⁾

También encontramos un caos jurídico en la desproporción de las escalas penales de distintos delitos. En ese punto, sin demasiada hesitación, creo que la doctrina, la jurisprudencia y la sociedad concuerdan en que los delitos más graves son aquellos que se dirigen contra la vida. Sin embargo,

(4) Art. 89 CP (lesiones causadas intencionalmente): “Se impondrá prisión de **un mes a un año**, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código” (la negrita me pertenece); Art. 94 (lesiones sin intención de causarlas): “Se impondrá prisión de **un mes a tres años** o multa de mil a quince mil pesos e **inhabilitación especial por uno a cuatro años**, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud...” (la negrita me pertenece). Como se ve, quien causa una lesión sin querer provocarla afronta una escala penal con un máximo ampliamente superior a quien lo hace con intención de lesionar, además, se lo inhabilita para realizar la actividad mediante la cual originó la lesión. En síntesis, si atropella a alguien y le causa lesiones leves, confiese que dirigió el auto contra el damnificado, escala penal menor y no lo inhabilitan para conducir.

encontramos casos donde el autor de un hecho delictivo que tiene la intención de privar de la libertad a una persona que cumple determinada cualidad, afronta una escala penal de mayor gravedad que si, desde el vamos, hubiese querido quitarles la vida.⁽⁵⁾

A su vez, si consultáramos a la sociedad entera, es decir, al ciudadano medio y a expertos en el tema —jueces y abogados dedicados al derecho penal—, acerca de cuántos y qué delitos existen, casi ninguno podría precisar la cantidad, dado que, además del cuerpo normativo, existen un sinnúmero de leyes especiales (aproximadamente 337) en las que se establecen conductas ilícitas. Incluso, muchas de aquellas leyes nada tienen que ver con la materia penal y, no obstante, a lo largo de la normativa, aparece un artículo que establece un delito y, muchas veces, pasa inadvertido.⁽⁶⁾

Así, podría agotar el acotado espacio para desarrollar el tema de reforma enunciando falencias e incoherencias que posee nuestro Código Penal actual; sin embargo, la finalidad de los tres ejemplos es hacer notar la necesidad que tenemos como sociedad de que se lleve a cabo una reforma integral y unificadora (en un único cuerpo jurídico) del Código Penal y, en tal sentido, la suma importancia de que se trate en el ámbito legislativo el Anteproyecto de reforma recientemente realizado.

Como adelanté, diversas son las críticas que se le hacen al Anteproyecto de reforma, sin embargo me limitaré a tratar los desacuerdos principales e intentaré demostrar cómo con frases genéricas y vacías de contenido jurídico se logra desacreditar, sin más, el esfuerzo de años y de prestigiosos juristas para realizar el Anteproyecto cuestionado.

Uno de los cuestionamientos más fuertes y peyorativos, del que se hacen eco la mayoría de los opositores, es que el Anteproyecto de reforma del Código Penal es garantista. Pues bien, para poder tildar de “garantista”

(5) Art. 79 CP (homicidio, busca la muerte del otro): “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena” (la negrita no es del original); Art. 142 bis CP (privación de la libertad): “... al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad.(...) La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión: 1) Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho años de edad; o un mayor de setenta años de edad...” (la negrita es propia).

(6) Algunas de las leyes especiales que establecen delitos son: ley de propiedad intelectual (11.723), ley sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (13.944), ley de protección de malos tratos y actos crueles contra los animales (14.346), ley de conservación de fauna (22.421), ley de impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes (24.270), ley de servicios de comunicaciones móviles (25.891), entre muchas otras.

a algo o alguien, más aún cuando se lo hace como descalificante, resulta necesario precisar de qué hablamos cuando hacemos referencia a ello.

En primer lugar, debo mencionar que nuestra Constitución Nacional, y los tratados internacionales de derechos humanos (incorporados con igual jerarquía a la carta magna mediante el art. 75, inc. 22, CN), establecen los derechos y las **garantías** que goza todo ciudadano argentino o habitante en nuestro país.

En materia penal, la gran mayoría de las garantías de las que resulta beneficiario todo ciudadano, y que lo protegen de cualquier injerencia indebida por parte del Estado, se encuentran reguladas en los arts. 18, 19 y 75, inc.12, CN.

A modo de síntesis y para clarificar al lector, enunciaré algunos de los derechos y garantías que aquellos artículos prevén. El art. 18 CN contiene varias de las garantías y principios que deben regir en cualquier proceso penal y de los que nadie puede ser privado para así obtener un juicio justo. En ese sentido, debe existir una ley que establezca cuál es la conducta prohibida con anterioridad a la comisión del hecho (**principio de legalidad**), además, en caso de corresponder, se debe condenar por el hecho cometido y no llegar a una condena por lo que la persona es — porque posee antecedentes penales y/o determinadas cualidades físicas (**derecho penal de acto**)— y la condena debe ser impuesta por un juez designado con anterioridad al hecho y de conformidad con el mecanismo legal establecido al efecto (**garantía de juez natural**). A su vez, nadie puede ser privado de la libertad, salvo en determinados casos previstos por ley y mediante una orden judicial fundada (**garantía de no sufrir detenciones arbitrarias o de inviolabilidad de la libertad ambulatoria**), situación análoga sucede con los papeles privados, la correspondencia y el domicilio (**garantía de inviolabilidad de la propiedad, la correspondencia y papeles privados**). También, toda persona sometida a un proceso penal es inocente hasta tanto recaiga, en su contra, una sentencia condenatoria firme (**garantía de presunción de inocencia**), y durante todo el proceso el involucrado debe contar con una defensa técnica eficaz que vele por el respeto de sus derechos y garantías (**garantía de defensa en juicio**). Los dos principios enunciados en primer lugar guardan estricto vínculo con el derecho penal de fondo —el tema que nos convoca— y los otros dos, con garantías que rigen en el procedimiento penal —el proceso que se debe atravesar para, en caso de corresponder, arribar a una condena justa—.

El art. 19 CN prevé que el hombre es libre de actuar en sociedad, sin embargo, en algunos casos encontrará una limitación, es decir, cuando alguna conducta este prohibida, no deberá realizarla o estará obligado a actuar de una forma determinada en los casos que una ley fije, en líneas generales, cuándo y cómo actuar (**principio de reserva y, a su vez, complemento del principio de legalidad enunciado**). De igual modo, establece que todas las acciones realizadas a diario quedan exentas de la intervención estatal o de los jueces en la medida que no afecten (o que pongan peligro, real y cierto, de afectación) los derechos o las garantías de un tercero (**principios de lesividad y de mínima intervención penal**).⁽⁷⁾ Todos estos principios son inherentes al derecho de fondo.

Por su parte el art. 75, inc.12, CN prevé el último principio que rige al derecho penal: que haya una codificación penal, es decir, que un mismo cuerpo normativo contenga todas las leyes de índole penal. Con ello el constituyente pretende que haya seguridad jurídica, y que todo habitante en el territorio nacional pueda encontrar todo aquello que se encuentra prohibido o mandado a hacer en un único lugar y no desperdigado en todo el ordenamiento jurídico.⁽⁸⁾ Además, el constituyente, con la codificación, previó otra cuestión de suma importancia, la proporcionalidad que debe regir en el ordenamiento (**principio de proporcionalidad**).⁽⁹⁾

Así las cosas, cuando se rotula de garantista a alguien o algo (con el fin de descalificar o quitar fuerza a su opinión), no se hace más que negar todos los derechos que nos asistirían en caso de vernos sometidos a un proceso penal. Es decir, el garantismo lucha para que se cumplan, valga la redundancia, todas las garantías de un proceso y, luego de ello, de encontrarse culpable de un delito a una persona, se lo condene de forma justa y legal.

Pues, si impusiéramos condenas sin más, sin respetar las garantías, lejos de ser un país democrático, nos transformaríamos en un país autoritario, anárquico, inquisitivo e, incluso, reviviríamos una parte oscura de nuestra historia, la dictadura, dónde quien se arrogaba el poder imponía "conde-

(7) CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo", 1986, (Fallos: 308:1392) y "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080", 25/08/2009 (Fallos: 332:1963), entre muchos otros.

(8) CSJN, "Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas -causa n° 1669/1687", 08/06/2010 (Fallos: 333:866). Allí se advirtió la descodificación penal a la que llegamos en función de las innumerables leyes especiales que se legislaron.

(9) MARTÍN, ADRIÁN N. (dir.), *Reformas penales y proporcionalidad de las penas*, Bs. As., Ediar, 2013, pp. 19/42. Allí se trata el tema de la proporcionalidad y la codificación.

nas” —pena de muerte, sufrimientos, tormentos, desapariciones— por el simple hecho de detentar la autoridad, sin la necesidad de un juicio justo. Al respecto, Ferrajoli, antes de enunciar los diez axiomas penales y procesales del garantismo penal, es claro al referir que

... los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminada a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación a la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad [y que los] axiomas garantistas (...) no expresan proposiciones aseverativas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa.⁽¹⁰⁾

Por su parte, Gargarella, en una nota de opinión publicada unos meses atrás,⁽¹¹⁾ explica que el garantismo no intenta suprimir los derechos de las víctimas ni otorgar mayores derechos a los delincuentes, sino que, lejos de ello, únicamente busca que se respeten los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran a los autores de hechos ilícitos, como así también a quienes resultaron víctimas o damnificados de esos sucesos. Es decir, los derechos y garantías de unos no suprimen o cancelan los de otros, sino que cada uno debe ejercerlos plena y libremente.

En el sentido expuesto, rotular el Anteproyecto de reforma del Código Penal como “garantista” no hace más que enaltecer la obra y no, como se intenta, desprestigiarla. Es hora de obtener un Código Penal que cumpla con las garantías que derivan de la Constitución (incluidas aquellas que confieren los tratados internacionales), las que fueron expresamente consignadas en los primeros artículos del bosquejo.

(10) FERRAJOLI, *Derecho y razón*, P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés (trads.), Madrid, Trotta, 2009, pp. 34, 92 y 93.

(11) GARGARELLA, ROBERTO, “Las razones del garantismo”, en *La Nación*, 27/02/2014, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1667627-las-razones-del-garantismo>

Otra de las fuertes críticas que recibió es que el Anteproyecto beneficiaría a los autores de hechos delictivos.

Primero y principal, no podemos perder de vista que las críticas acerca de supuestos beneficios provienen de terceros observadores, ajenos al sistema penal. Sin embargo, las circunstancias de la vida cambian y todos somos pasibles de cometer algún ilícito y vernos involucrados en un proceso penal. Si sirve de ejemplo, piénsese que a diario realizamos conductas riesgosas —como manejar vehículos, por ejemplo— y de ellas puede resultar un hecho delictivo (causar la muerte de alguien —homicidio culposo— o ocasionarle lesiones leves, graves o gravísimas —lesiones culposas—).

Además, no debe entenderse el respeto a las garantías como un beneficio a los delincuentes, ya que son dos cosas totalmente distintas, como vimos en el punto anterior. No obstante, y aquí lo medular, el Anteproyecto de Código Penal es más conservador que la codificación vigente y, en términos netamente comparativos, si se quiere, más perjudicial para los delincuentes.

En el Anteproyecto, todas las penas que se impongan deben cumplirse en su totalidad, ya que se eliminó la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de las penas menores o iguales de tres años (como prevé el art. 26 CP y ss.). No obstante, esa ejecución condicional estará supeditada al cumplimiento de determinadas reglas de conducta por el plazo que fije el juez —entre dos y cuatro años (art. 27 bis CP)—. Sin embargo esas reglas son bastantes laxas y en la actualidad no encuentran debido control, lo que —a mí modo de ver— las torna ineficientes, aunque siempre son mejores que cumplir la pena en prisión, que es aún menos eficaz.

También se eliminó la posibilidad de acceder a una libertad anticipada a los dos tercios de la condena, debiendo cumplir determinadas reglas de conductas (de acuerdo a lo remarcado precedentemente) durante el tercio restante (libertad condicional, art. 13 CP).

En cambio, la comisión reformadora estableció, como adelanté, que todas las condenas deben cumplirse en su totalidad. Por tal motivo, clasificaron las penas según su gravedad (sanciones **leves**: menores a tres años; de **mediana gravedad**: entre 3 y 10 años; de **máxima gravedad**: entre 10 y 30 años) y, de acuerdo a esa gravedad, es el momento en que el cumplimiento de la pena podrá ser sustituido por diversos regímenes mucho más estrictos que las reglas de conductas previstas en la actualidad (a saber, las

sanciones leves se pueden reemplazar desde el comienzo; las medianas desde la mitad de la condena; y las graves después de cumplido dos terceras partes de la sanción).

A fin de dimensionar la severidad del cambio de modalidad de ejecución de la pena, enunciaré algunos de los mecanismos de reemplazo, no excluyentes uno de otros, es decir, se podrían aplicar varias reglas en una misma condena:

- a. detención domiciliaria,
- b. detención fin de semana,
- c. obligación de residir en un determinado lugar,
- d. prohibición de residir o transitar determinados lugares,
- e. trabajos comunitarios no remunerados,
- f. cumplimiento de instrucciones judiciales (abarca algunos de los supuestos enunciados y, además, prevé: mantener contacto con la parte ofendida en caso de resultar aconsejable y siempre que esta no se oponga; otorgarle trabajo o que realice trabajos de utilidad social; realizar actividades de capacitación; realizar algún tipo de tratamiento; prohibición de concurrencia a determinados lugares o de contacto con determinadas personas; y prohibición de abuso de alcohol o drogas. A su vez, deberá contar con un auxiliar que lo ayude), y
- g. multa reparatoria.

Asimismo, se prevé que ante la comisión de un nuevo delito con pena de prisión, el reemplazo dispuesto cesará y cumplirá el faltante de la condena en una prisión.

De lo expuesto se advierte que, lejos de ser un bosquejo que beneficia a los delincuentes, es más estricto y conservador que la codificación actual. Por tanto, no se logra comprender cuál es el motivo real que origina tanta resistencia a que se discuta a nivel legislativo la propuesta de cambio o al cambio en sí.

También se criticaron cuestiones netamente procesales, que si bien no hacen a la cuestión que nos convoca, deviene necesario dedicarle unas breves líneas a fin de clarificar algunos conceptos al lector.

En primer lugar, debo mencionar que en los únicos supuestos que se puede y debe mantener privada de su libertad a una persona —es decir, que se deniegue su excarcelación o se le imponga una prisión preventiva— es cuando se verifique objetivamente que haya peligro de fuga —o sea, que el imputado no se someterá al proceso y lo eludirá—, o cuando haya serios

riesgos de que entorpezca la investigación —dicho de otro modo y de manera coloquial, que pondrá palos en la rueda para que se dilate y frustre el proceso mediante, por ejemplo, la amenaza a testigos, o la destrucción o desaparición de pruebas de cargo—. Además, ello debe estar acompañado de la imposibilidad de neutralizar esos dos riesgos mencionados mediante la imposición de determinadas reglas como la de presentarse periódicamente ante alguna sede judicial, la imposición de una caución “fianza”, mediante la proscripción de concurrir a determinado lugar o contactarse con determinadas personas, o la prohibición de salir del país. Solo en esos casos procede una prisión preventiva. El discurso de que “entran por una puerta y salen por la otra”, adjudicado a la escala penal de los delitos, nada tienen que ver, pues, la escala penal, como vimos, no es —o no debería ser— determinante para conceder o denegar una excarcelación, sino que únicamente es un parámetro a tener en cuenta al momento de valorar la posibilidad de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. Ese es el criterio que sigue gran parte de la jurisprudencia local⁽¹²⁾ e internacional.⁽¹³⁾

No obstante ello, la cuestión inherente a las excarcelaciones nada tienen que ver con el Código Penal, sino que es una materia netamente procesal, cuya competencia legislativa fue reservada por las provincias y, por ende, es ante cada Cámara legislativa que se debe reclamar, de así considerarlo, modificaciones en materia de excarcelaciones.

A su vez, se criticó fervorosamente la supresión de la reincidencia del Código Penal. Brevemente, la reincidencia implica que un sujeto que es condenado a una pena de prisión de efectivo cumplimiento mediante sentencia firme irrecurrible, y que, a raíz de ese fallo, haya cumplido efectivamente como condenado en un centro de detención, y mientras se encuentre atravesado las fases de resocialización comete un nuevo delito, es declarado reincidente.

(12) El tema fue tratado por la CFED. CAS. PENAL, plenario 13, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, 30/10/2008 y por la CSJN, “Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p. s. a. estafa reiterada”, y “Merlini, Ariel Osvaldo” el 06/03/2014, entre muchos otros. Además, al respecto, se han expedidos en diversas oportunidades los restantes organismos jurisdiccionales que, por razones de brevedad, no citaré ya que excede el marco del presente trabajo.

(13) Sobre el tema se expidió la CORTE IDH “ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 21/11/2007, “Caso Bayarri vs. Argentina” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 30/10/2008, entre otros. Análogamente se expidió la CIDH, Informe 86/09, “Jorge, José y Dante Peirano Basso República Oriental del Uruguay”, 06/08/2009, entre otros.

En este punto, de manera preliminar, corresponde recordar qué se le cuestionaba desde un sector de la doctrina y la jurisprudencia al instituto de la reincidencia.

Uno de los argumentos, a mi modo de ver centrales, es que el instituto se contrapone al fin de la pena, la resocialización del individuo, conforme se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.⁽¹⁴⁾ También se infiere —aunque no lo diga expresamente— del art. 18 CN, que establece que las cárceles serán sanas y limpias para seguridad **y no para castigo**. A su vez, dicha finalidad fue receptada por la ley 24.660 (ley de ejecución penal) en su artículo primero.⁽¹⁵⁾

Retomando, la supresión de la resocialización, al declarar reincidente a una persona, se verifica al vedarle la posibilidad de acceder a la libertad condicional únicamente por dicha cualidad. Es decir, el legislador, desde el vamos, le impide obtener la libertad anticipada hasta, por lo menos, seis meses antes de agotar la totalidad de la condena. Ello, sin dudas, es un panorama desalentador para el delincuente, pues, sin importar la conducta y el concepto que merezca por las autoridades penitenciarias o qué actividades realice durante su detención, nunca va a obtener la libertad antes de la fecha señalada. Por tanto, esa situación se contrapone con el fin “resocializador” de la pena privativa de la libertad, ya que lejos de estimular el cambio y a adquirir nuevas herramientas para reinsertarse en la sociedad, lo desalienta a prosperar en su vida personal, pues no obtendrá recompensa por su esfuerzo por progresar.

Además, a lo mencionado, corresponde añadirle que la mala aplicación del instituto por parte de los jueces trae aparejada la violación al principio *ne bis in idem* —prohibición de doble juicio y condena por un mismo hecho—, pues en la práctica los operadores judiciales utilizan esa circunstancia —un hecho por el cual ya cumplió como condenado— como agravan-

(14) Ver al respecto: ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, regla 56 y ss., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3 y OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5°.6.

(15) BUIGO, MARCELO, “Derechos fundamentales y su relación con el instituto de la reincidencia regulado en el código penal argentino”, en *Urbe et ius*, primavera, 2015, pp. 18/28; y “La reincidencia y la imposibilidad de su vigencia en un estado constitucional de derecho”, en G. A. Bruzzone (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012, pp. 143/163. En un sentido similar, DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, “Reincidencia, libertad condicional, reiteración delictiva y Constitución”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año III, n° 3, Bs. As., La Ley, 2013, pp. 49/74.

te al momento de graduar la sanción a imponer y, además, el legislador prevé que por esa misma circunstancia no puede acceder a la libertad condicional, todo ello en franca violación al principio aludido.

Sin embargo y no obstante las críticas que se le efectúan al instituto de la reincidencia vigente en la codificación actual, corresponde precisar por qué deviene innecesario mantenerlo en el Anteproyecto cuestionado.

Como señalé con anterioridad, la libertad condicional —egreso anticipado cumplidos los 2/3 de la condena— no se encuentra prevista en el nuevo ordenamiento ya que fue sustituida por el cumplimiento total de la condena, más allá que en determinados casos pueda variar la modalidad de agotamiento. Por ende, no resultaría necesario mantener la reincidencia, pues su única consecuencia sería privar de ese beneficio, que ya no existe, al reincidente. Por ende, resulta superflua dicha discusión, ya que carecería de relevancia que esté o no en el bosquejo, dado que no modificaría en nada, a favor o en contra de los delincuentes, su inclusión o erradicación.

Sin perjuicio de ello, y si con esto se reconforta el lector, el Anteproyecto prevé una situación similar a la del reincidente —aunque distinta en la esencia, según la “Exposición de motivos”—, al momento de fijar en qué casos y bajo qué requisitos procede el reemplazo de la pena de prisión. El art. 31 del Anteproyecto prevé que:

2. [l]a pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración.
3. Se podrá reemplazar sólo después de cumplidos dos tercios de la pena [con relación al inciso anterior], si el agente hubiera sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho.

En este punto tampoco encuentro sustento para vedar la discusión del Anteproyecto en el recinto parlamentario.

Por último, dedicaré unas breves líneas al cuestionamiento de las escalas penales. Debo aclarar, en primer lugar, que no me detendré y profundizaré sobre el punto ya que ello implicaría un análisis pormenorizado, minucioso y comparativo del actual Código Penal y el propuesto.

No obstante, creo que el monto de las escalas penales no debe ser una discusión central, por varios aspectos. Entre ellos, porque de la discusión

parlamentaria, con facilidad, se pueden aumentar, o disminuir, los máximos, mínimos o ambos.

Además, la intención de la comisión fue dar un orden a las escalas penales de los delitos vigentes, es decir, por mandato constitucional las escalas penales deben ser proporcionales al bien jurídico que amparan, pues no es lógico ni coherente —como adelanté— que un delito contra la propiedad o la libertad tenga más pena (en su máximo, mínimo o en ambos) que el homicidio, donde se le quita la vida alguien que, consecuentemente, no puede gozar de la propiedad, la libertad ni otro bien jurídico que se desprenda de la Constitución Nacional o los tratados internacionales. Eso es lo que trató de hacer la Comisión Reformadora, por eso, en algunos casos, se elevaron los mínimos, en otros disminuyeron, y lo propio pasó con los máximos. En varios casos, incluso, se crearon tipos penales que en la actualidad no están tipificados.

Aun cuando se pretenda elevar las escalas penales, nunca se debe perder de vista que, para uno de los delitos más graves y aberrantes que se puede encontrar tipificado —el genocidio—, la pena que prevé el Estatuto de Roma es de treinta años. Por ende, sería descabellado pensar que otras figuras legales que, lejos de afectar la vida, lesionan la propiedad, la libertad o la seguridad pública puedan tener una escala penal apenas inferior a la prevista para aquel delito señalado.

A su vez, tampoco debemos olvidarnos que el aumento de las penas no soluciona los conflictos. El delincuente no deja de robar, sea con armas —de fuego o de juguete— o bajo cualquier otra modalidad, pese a que a diario se modifican las escalas penales. Lo propio sucede con el abuso sexual. Es claro que la pena no previene ni desalienta la comisión de delitos, solo en muy pocos casos se verifica ello. La prevención de la delincuencia va por un carril distinto al del derecho penal, aunque a veces los rieles se unen. Para neutralizar la comisión de delitos hacen falta políticas de Estado, no más pena.

Independientemente de lo señalado, considero que la esencia de la reforma no transita por las escalas penales que pueden ser fácilmente modificables en el recinto legislativo. Por ende, no resulta lógico evitar someter a discusión de los integrantes del Congreso toda una obra que abarca muchas otras cuestiones más importantes, por una tan banal. Corresponde aclarar, en este punto, que la banalidad no viene dada por la escala penal en sí, sino porque el monto de las escalas puede ser fácilmente mo-

dificable en el recinto legislativo, pues la Comisión Redactora solo realiza un aporte y sugerencias sobre cuáles deberían ser esas escalas, lo que no implica que no puedan ser modificadas.

3. Conclusión

A lo largo del trabajo intenté desmitificar aquellos cuestionamientos que se le hacen al Anteproyecto de reforma del Código Penal, tanto política como mediáticamente, cuyos discursos son repetidos por los integrantes de la sociedad sin oponer el menor análisis y que desprestigian una obra realizada con el mayor esfuerzo por parte de la comisión reformadora.

Ello no implica que comparta y concuerde en un todo con el Anteproyecto de reforma del Código Penal, de hecho discrepo con parte de su contenido, sino únicamente que dicho proyecto debe ser sometido a discusión parlamentaria.

Una vez en el recinto, debemos apelar a la honestidad y consciencia de los legisladores para que discutan arduamente lo sometido a debate y que realicen todas las mejoras que consideren oportunas.

Por último, dado que el bosquejo no es perfecto, mas si perfeccionable, considero oportuno que el Ministerio de Justicia y los integrantes de la Comisión Reformadora requieran la participación de diversos organismos (ONGs, Asociaciones, Universidades privadas y públicas, entre muchos otros) con la finalidad de recabar opiniones, críticas y sugerencias de expertos, como así también de diversos sectores de la sociedad, para obtener un Código Penal que se ajuste a la Constitución Nacional, a los tratados internacionales de derechos humanos y, sobre todo, que sea **democrático**.



PONENCIA

Un poco locos

La imputabilidad disminuida en el Anteproyecto de reforma del Código Penal

ARIEL HERNÁN SIMONE⁽¹⁾



1. Introducción

1.1. Propuesta

En este trabajo me propondré, preliminarmente, establecer un concepto básico de imputabilidad disminuida, analizar someramente cuáles fueron los antecedentes, la evolución doctrinaria y algunas aplicaciones jurisprudenciales del instituto, para luego referirme en forma concreta a las disposiciones proyectadas por la Comisión Reformadora en el Anteproyecto de Código Penal. La finalidad principal es destacar la importancia de su inclusión a la ley penal argentina, y problematizar sobre las posibles implicancias, dificultades y desafíos de su implementación; para así concluir con los interrogantes que se me plantean, con el deseo y la esperanza de poder completar este trabajo en una segunda etapa en la cual desarrollaré los análisis semántico, sintáctico, valorativo y consecuencial del texto en discusión.

(1) UNLP.

1.2. Las razones de elección del tema

No han sido pocos los problemas que estallaron a partir de la publicación y presentación oficial del Anteproyecto. Opiniones en uno y otro sentido se han emitido desde los enfoques sociales y políticos. Sin embargo, sospecho que la discusión no hizo mella en el debate jurídico como su importancia lo merecería. Entonces, como operadores y comunicadores del derecho penal, nos vemos en la obligación de abrir el debate en torno a las ventajas, inconvenientes y desafíos que puede arrastrar la sanción de un nuevo Código Penal y sus nuevas instituciones.

En esa línea, considero que el Anteproyecto, o más bien la decisión de la reforma, tiene a mi gusto muchas cuestiones para criticar, pero sin embargo también valoro la iniciativa de tratar de que, mediante una modificación legal, se eche luz sobre algunos problemas interpretativos que se arrastran de antaño, y que finalmente se incluyan institutos, como el que he elegido problematizar en esta ponencia, en pos de una mejor justicia penal.

2. Noción de imputabilidad disminuida

2.1. Concepto

Siguiendo un concepto edificado a partir de la letra del actual art. 34, inc. 1, CP, podríamos decir que estamos en presencia de la **imputabilidad disminuida** cuando **una persona que cometió un delito determinado, ha podido en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, pero por alguna deficiencia en su conciencia, en sus facultades o por alteraciones morbosas de las mismas, tiene aminorada esa capacidad.**⁽²⁾

Como sabemos, en sentido laxo, “imputar” implica la posibilidad de poner algo a cargo de un sujeto. Cuando nos aproximamos al contenido espe-

(2) De la misma manera que para caracterizar la imputabilidad, esta definición invierte el sentido negativo con que está formulada la inimputabilidad en el art. 34, inc. 1, CP. La construcción de un concepto de imputabilidad disminuida a partir de la letra de la ley, además de resultar similar a la finalmente proyectada en el art. 6 del Anteproyecto, tiene la intención deliberada de considerar la definición legal del instituto como un símbolo jurídico y aventar, a los fines de este trabajo, toda discusión doctrinaria al respecto. Además, permite definir, a priori, un instituto que luego, a partir de la fórmula que utiliza el Anteproyecto, será tratado por la doctrina y el derecho penal comparado. Entonces, a partir de este razonamiento, si bien la imputabilidad no se encuentra definida en forma directa en nuestro ordenamiento, puede ser caracterizada por especificación a partir de la disposición legal.

cífico de nuestra materia, la “imputabilidad” —aún en sentido amplio— consiste en la posibilidad de aplicar una pena.⁽³⁾ Pero más precisamente, en sentido técnico o restringido, y según la elaboración de la dogmática, la imputabilidad es la posibilidad, proveniente de una cierta capacidad psíquica del sujeto, de atribuirle un injusto penal (acción típica y antijurídica).

Ahora bien, entonces existe imputabilidad disminuida cuando esa capacidad persiste pero se encuentra atemperada por alguna razón.

Al solo efecto de considerar algunas definiciones dogmáticas, Creus sostiene que la imputabilidad disminuida “hace referencia a la situación de los autores cuya capacidad de culpabilidad está amenguada, pero sin que haya desaparecido del todo”.⁽⁴⁾ Zaffaroni, al establecer la relación íntima de la imputabilidad con la culpabilidad, expresa que estamos en presencia de ella cuando los Códigos contienen previsiones donde el reproche subjetivo no se excluye, aunque es sensiblemente menor, al igual que la autodeterminación del sujeto.⁽⁵⁾

Desde las ciencias auxiliares, y más específicamente desde la psiquiatría,⁽⁶⁾ fue Gasset, en su obra *Demis fous et demis responsables* (Traducción: “**Mitades locos y mitades responsables**”), quien, como lo enseña Cabello, en los inicios del siglo pasado, bajo el nombre de semi-alienados, cobijó a la cuarta parte de los trastornos psíquicos que transitaban por las más variados derroteros de la psiquiatría (en la “*Revue des Mondes*” —Traducción: “*Revisión de los Mundos*”—; París, 1906). Especificaba Gasset que hay sujetos lo suficientemente enfermos del psiquismo para no ser declarados normales y completamente responsables, pero que tampoco son suficientemente enfermos para ser declarados irresponsables, y a los que, por lo tanto, hay que declararlos semirresponsables —aunque cabe aclarar que Gasset confundía el concepto de responsabilidad con el de imputabilidad—.⁽⁷⁾

(3) Este es justamente el rótulo del Título V, Libro Primero, CP: “Imputabilidad”, pese a que en el encabezamiento se refiera a la punibilidad mediante la frase “no son punibles”.

(4) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, 3a ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 1992, p. 273.

(5) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 562.

(6) La consideración desde las ciencias auxiliares en temas como este es del todo relevante pues como afirma Cabello el planteo de la semi-imputabilidad es efectuado originariamente por la psiquiatría y es el Derecho quien lo recoge CABELLO, VICENTE, *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*, t. I, Bs. As., Hammurabi, 1981, p. 181.

(7) CABELLO, VICENTE, *Psiquiatría forense...*, op. cit.

2.2. La imputabilidad disminuida en el sistema penal

Teniendo en cuenta que el derecho penal es un sistema, y según los análisis que proponen las diversas teorías del delito, será necesario trazar un marco de relaciones entre este instituto y otros elementos.

Así, la imputabilidad disminuida tiene una íntima relación con la **culpabilidad**. Como ya adelanté, estos “en realidad son casos de menor culpabilidad, por menor reprochabilidad de la conducta”.⁽⁸⁾ Resulta indiferente que nos posicionemos en las teorías causalistas clásicas, en las neoclásicas o en las finalistas, pues ambas marcan esta íntima relación, ya sea, las primeras, calificando a la imputabilidad como un **presupuesto de la culpabilidad** (Von Lizst), o bien las segundas, calificándola como elemento del **juicio de reproche** (Mezger y Welzel).

Por ello es que se piensa que la imputabilidad disminuida no reduce la capacidad sino el **reproche** concreto que puede hacerse a una persona teniendo en cuenta su situación subjetiva al momento del hecho.

Asimismo, hay situaciones que pueden llegar a generar efectos similares pero según el análisis de las teorías del delito, quedarían por fuera del concepto de imputabilidad disminuida. Me refiero específicamente a los casos que contempla actualmente en forma muy genérica el art. 35 CP y que el correlato del Anteproyecto enumera con mayor precisión. Así, por ejemplo, aunque puede ser discutido, se sostiene que **el exceso en la legítima defensa** sería un caso de disminución de la antijuridicidad, pero no de reducción de la culpabilidad (Aquí Donna cita a Zaffaroni, Teoría del delito, p. 500).

Por otro lado, resulta oportuno aquí realizar una comparación entre la pretendida regulación a partir de una fórmula general, y la situación particular que plantean algunos delitos, tales como el homicidio bajo estado de emoción violenta. Zaffaroni sostiene que las **circunstancias extraordinarias de atenuación** (art. 80, *in fine*, CP) son un problema de culpabilidad y que la **emoción violenta** prevista en el actual art. 81, inc. 1.a, CP (replicado en el art. 78 Anteproyecto) es un supuesto de imputabilidad disminuida y debe ser aplicado a todos los delitos, no solo al homicidio sino también, y por remisión de los arts. 93 y 105 CP, a las lesiones y al abuso de armas respectivamente. La particularidad es que esta variante o ejemplo de imputabilidad disminuida está específicamente legislada para ciertos delitos y no como un dispositivo genérico.⁽⁹⁾

(8) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual...*, op. cit., 562.

(9) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, Bs. As., Ediar, 1999, p. 381.

La imputabilidad disminuida encuentra entonces íntima vinculación⁽¹⁰⁾ con varios institutos de la legislación que podrían proceder en forma subsidiaria o alternativa, según las características de los casos:

- a. la **eximente** del art. 34, inc. 1, CP;
- b. el **dolo** en el hecho, aunque no exista premeditación;⁽¹¹⁾
- c. la figura del **homicidio en emoción violenta** que prevé el art. 81, inc. 1.a, CP, entre otros.

2.3. Justificación filosófica

Sabido es que, más allá de la teoría que defendamos en cuanto a los fundamentos y fines de la pena, el derecho penal asigna sanciones a las personas que desarrollan conductas que políticamente son consideradas dignas de reproche por el Estado. Y para valorar esa reprochabilidad y la consecuencia penal a aplicar, la ley manda tener en cuenta el grado de disfuncionalidad que provoque ese hecho, en aras de que los dos platillos de la balanza con la que se grafica a la justicia se mantengan equilibrados. Constitucionalmente esto es una derivación de la aplicación de los principios de **igualdad** (igualdad en iguales circunstancias, art. 16 CN), **lesividad** (art. 19 CN), **razonabilidad** (art. 28 CN), **proporcionalidad** y **afianzamiento de la justicia** ("Preámbulo", CN). Rememoro que a la proporcionalidad

(10) Resultan íntimamente vinculados entre sí ya que en definitiva la consideración acerca de la figura aplicable y la participación del sujeto activo dependerá de la intensidad o del grado de esa emoción que pueda haber estado presente en el momento del hecho; ya sea porque la conducta se encuadre en la eximente del artículo 34, inc. 1, CP —esto es, la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad absoluta—; o bien porque esta capacidad se encuentre disminuida y por ello deba implicar una sanción más benigna en relación a la menor culpabilidad por el hecho. DONNA, EDGARDO, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Bs. As., Rubinzal - Culzoni Editores, 1999, p. 57.

(11) Que un homicidio no haya sido planeado con anterioridad (premeditación), no implica necesariamente que no haya existido **dolo** o **intención directa** en el sentido de "la finalidad de cometer un delito" según las palabras del art. 42 CP. Esta posibilidad es resaltada hoy en día por la mayoría de los autores cuando recurren a las etapas del delito (*iter criminis*) para explicar los alcances de la tentativa. Así, en la multiplicidad de casos que nos brinda la vida real, no siempre se divide el *iter criminis* de manera tan clara en las etapas conocidas como "idea", "acto preparatorio", "actos de ejecución" y "actos de consumación", sino que puede ocurrir que estos cuatro estadios se sucedan todos en un brevísimo espacio de tiempo. Esta interpretación encuentra apoyo en la propia diferenciación que hace el art. 80, inc. 6, CP, puesto que parece distinguir entre el dolo premeditado y el que no lo es, aunque en esa figura se trata únicamente de la participación de más de una persona en un homicidio. Entonces, lo cierto es que, incluso un plan que indique una intención dolosa directa, puede ser elaborado en un brevísimo tiempo y exteriorizarse o verificarse a causa de algún disparador o estímulo externo emocional.

entre los hechos y las consecuencias penales ya se refería Beccaria en *De los Delitos y de las Penas*, publicado en 1764.

Para efectivizar o reglamentar estas garantías, y sobre todo para limitar el poder represivo del Estado, el derecho penal se vale de criterios objetivos, como la asignación de diverso valor relativo a los bienes jurídicos que protege; de criterios subjetivos, como la punibilidad diferenciada en la tentativa o la discriminación de las formas de manifestación de la culpabilidad (dolos y culpas); y mixtos, como los criterios de mensuración de la pena; siempre con la finalidad de aplicar la condena justa para cada caso.

Ahora bien, la imputabilidad disminuida viene a ser un criterio subjetivo más de mensuración que coadyuvará en la deseada proporcionalidad del sistema, desde que tiene en cuenta las situaciones intermedias o “los grises” de quienes se encuentran en un estado de capacidad atenuada no obstante la presencia del elemento intencional.⁽¹²⁾ En este sentido, resulta acertado sostener que “la capacidad de culpabilidad disminuida o imputabilidad disminuida (art. 35, inc. “e” del proyecto 2006), con una escala penal menor, zanja la disfuncionalidad del sistema actual para numerosos casos en que, en particular, la persona dista de ser psíquicamente normal no obstante la cual no se puede afirmar que no ha tenido capacidad de culpabilidad”.⁽¹³⁾

Esta alternativa se basa entonces en la real existencia de diversas situaciones que se generan como consecuencia de distintos grados de reprochabilidad,⁽¹⁴⁾ puesto que como lo adelantamos, siempre habrá diversos grados de autodeterminación.⁽¹⁵⁾

(12) Dice Patricia Ziffer que “los diferentes niveles de culpabilidad están dados por la mayor o menor dificultad que tendría una persona de carácter normal para actuar conforme a la norma” (Ziffer:92).

(13) CAMADRO, JORGELINA, “Medidas de seguridad en el Anteproyecto de Código Penal y su vinculación con los principios de derecho penal de un Estado constitucional de Derecho”, en E. Domenech y E. La Salvia (coords.), *Temas de derecho penal. Libro homenaje a Guillermo J. Ouviaña*, LEP, 2010.

(14) Explica Zaffaroni que cuando el ámbito de autodeterminación esté por sobre ese umbral mínimo se pasará de la no exigibilidad de otra conducta a la culpabilidad; y que no obstante estar por sobre ese umbral mínimo “sigue habiendo ámbitos de autodeterminación de diferente magnitud y, por consiguiente, distintos grados de culpabilidad, que corresponden a distintas razones que estrechan o amplían la autodeterminación. De allí que la culpabilidad sea un concepto eminentemente graduable [y que] Reconociendo esos grados, queda claro que se debe aceptar que hay sujetos imputables, pero cuya imputabilidad está disminuida en relación a otros que hubiesen podido cometer el mismo injusto.” ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado...*, op. cit., p.178.

(15) *Ibid.*, p. 176.

Nos permitimos suponer entonces que la inclusión de esta atenuante genérica en nuestro sistema es y será bien recibida. Y por ello, mientras no esté prevista expresamente en la ley, se recurrirá, y de hecho se lo ha hecho, al art. 41 CP, como lo expondré más adelante.

Finalmente, en forma concreta, aludiré ahora a los fundamentos esbozados por las Comisiones redactoras de los últimos proyectos que incluyeron este instituto.

Entre las explicaciones del Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal de 2006 se dijo que:

Junto a las penas para autores culpables, se regula una vía de medidas de seguridad y mejoramiento para quienes han actuado sin capacidad de culpabilidad (art. 34 inc. h) o con capacidad de culpabilidad disminuida (art. 35 inc. e). Por último, en el inc. e), se ha regulado la capacidad de culpabilidad disminuida, o la llamada imputabilidad disminuida, que abarca los casos donde las causas del art. 34 inc. h) solamente han logrado disminuir la capacidad de comprensión de criminalidad o de dirección de los actos. En estos casos se aplicará la disminución de pena prevista para la tentativa.

A su vez, y en lo que aquí más nos interesa, la “Exposición de Motivos” del Anteproyecto de 2014 expresó, en relación a la inclusión de esta atenuante, que:

El inc. 3° (del art. 6°) regula la llamada imputabilidad disminuida, instituto que se halla previsto en casi todos los códigos modernos y que nuestra doctrina reclama desde muy antiguo, salvo las corrientes positivistas y peligrosistas, puesto que es de toda evidencia que en el plano de la realidad estos estados existen y provocan una considerable disminución de la autonomía de la determinación.⁽¹⁶⁾

Se materializan así, en la ley proyectada, todas las opiniones dogmáticas que vengo invocando. Asimismo, puede corroborarse esta intencionalidad legislativa a través de la enunciación de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, consagrados en el art. 1 del Anteproyecto.

(16) 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/images/libros/anteproyecto-codigopenal.pdf>

3. Antecedentes

La importancia de estudiar los antecedentes radica en la ventaja de establecer una justificación histórica a la iniciativa, y comprobar los bemoles de la experiencia jurisprudencial en casi un siglo de vigencia del Código y en ausencia de la regulación del instituto.

Es de destacar que el mismo decreto que constituyó la Comisión Reformadora (decreto 678/2012), remarcó entre sus considerandos la importancia de los antecedentes históricos.⁽¹⁷⁾

En nuestra República, se consignó expresamente la imputabilidad disminuida en diversos Códigos y/o Proyectos. De la mano del catálogo elaborado por Moretti y Domenech, podemos aludir a los siguientes antecedentes:

- d. En el **Código de Tejedor de 1877** se aludió a que por efecto de la falta de instrucción por una debilidad natural de la inteligencia, el culpable no comprendería toda la gravedad del peligro, ni la extensión de la prohibición o de la pena infligida a su acción (art. 188).
- e. El **Código de 1886** disponía la atenuación de la pena en caso de concurrencia de modo insuficiente de los requisitos necesarios para eximir totalmente la responsabilidad a una persona (art. 83).
- f. El **Proyecto de 1891** establecía una atenuación de pena en los casos en que exista una debilidad natural de la inteligencia, y el culpable no haya comprendido por ello toda la gravedad del peligro ni la extensión de la prohibición (art. 64).
- g. El **Proyecto de 1926** preveía la semi-imputabilidad: "El que no siendo alienado hubiera cometido un delito a causa de grave anomalía psíquica o en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o el uso de drogas estupefacientes, será internado en un establecimiento adecuado, por tiempo indeterminado con duración mínima" (art. 35, inc. b).
- h. El **Proyecto de 1937** no se refería expresamente a los semi-imputables pero preveía un régimen dual y sucesivo de medida de seguridad y pena, para los sujetos que sufrirían de anomalías psíquicas, siempre que sean graves y no importen alienación, y los que padecerían intoxicaciones crónicas de alcohol, drogas o estupefacientes (art. 64, inc. 1).
- i. El **Proyecto de 1951** tampoco se refería directamente a los semi-imputables pero preveía para los toxicómanos o bebedores habituales una medida de se-

(17) "Que los antecedentes históricos y las circunstancias de actualidad referidas, han llevado en los últimos años a la conformación de un criterio generalizado y prácticamente unánime, en orden a la necesidad de una reformulación integral y totalizadora de la legislación penal" (decreto 678/2012)

guridad curativa previa al cumplimiento de la pena (art. 73) y luego de cumplida la medida, la posibilidad de atenuarla (art. 74).

- j. El **Proyecto de Soler de 1960** establecía: “Si por efecto de alguna de las causas a que se refiere el artículo anterior (insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas de ellas o perturbación de la conciencia), se hallare gravemente afectada en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, la pena será atenuada ...” (art. 25).
- k. El **Proyecto de 1974-1975** establecía: “El que en los supuestos del art. 5° inc. 2° sufre una grave disminución de su capacidad para comprender la criminalidad del hecho o dirigir sus acciones, será punible conforme lo dispone el art. 8. El juez podrá aplicar junto con la pena, la medida que resultare más adecuada entre las previstas en el art. 40” (art. 6°).
- l. El **Proyecto de 1979** (art. 16).

Bajo el rótulo de “correlaciones”, al comentar cada una de las disposiciones, la misma Comisión Reformadora hace expresa referencia a los antecedentes: 1) Con respecto al art. 6°: art. 25 del Proyecto 1960; art. 25 del Proyecto 1973; art. 6° del Proyecto 1975; art. 6° Proyecto 1987; y al art. 35 Proyecto 2006. 2) Con respecto a la internación en Establecimiento psiquiátrico o adecuado, los antecedentes más destacados que cita la Exposición de Motivos son: art. 85 (tratamiento de semi-imputables no peligrosos), y 86 (internación de semi-imputables peligrosos) del Proyecto de 1960; art. 87 (tratamiento de semi-imputables peligrosos), y 88 (internación de semi-imputables peligrosos) del Proyecto de 1973; arts. 45 (internación en establecimiento de curación y cuidado), 46 y 47 (internación en establecimiento para alcohólicos y drogadictos, régimen de externación) del Proyecto de 1974; art. 28 (internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado), y 29 (internación en un establecimiento de deshabitación) del Proyecto de 2006, al que haré referencia más adelante.

Constituye otro antecedente especial el previsto por el art. 9° ley 20.771.⁽¹⁸⁾ Este artículo ha sido derogado por el art. 46 ley 23.737 de 1989, que de

(18) “Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación adecuado y los cuidados terapéuticos que requiera su rehabilitación. Se aplicará por tiempo indeterminado, que no podrá exceder el término de la pena, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen. La medida de seguridad se cumplirá en establecimientos adecuados que el juez determine. En estos casos se ejecutará previamente la medida de seguridad curativa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena”(art. 9°, ley 20.771, BO 09/10/1974)

alguna manera replica aquellas intenciones en sus arts. 16 a 22. Como notas distintivas a la hora de comparar los antecedentes nacionales con el texto del Anteproyecto, se puede advertir que su redacción sigue los lineamientos marcados por el art. 25 del Anteproyecto de Soler de 1960.

Por lo demás, aquellos generalmente utilizaban, más allá de expresiones derivadas del positivismo criminológico, fórmulas en las que destacaban la excepcionalidad de su procedencia al requerir una cierta gravedad en las patologías que motivaran la disminución de la escala penal. En cambio, la situación es muy diferente en el texto proyectado. Incluso partiendo de una interpretación armónica del Anteproyecto, podríamos concluir, que ante la duda, se aplicaría la opción más beneficiosa para el justiciable. Así parecería surgir, además, de la consagración de los principios de legalidad estricta, responsabilidad, culpabilidad, ofensividad, humanidad y personalidad, reconocidos en el ya citado art. 1.

4. La situación en el Código Penal

En el ordenamiento vigente no se encuentra prevista la imputabilidad disminuida.⁽¹⁹⁾ Sin embargo, la doctrina y alguna jurisprudencia han entendido que puede llegarse a ella por vía de la aplicación del art. 41 CP, especialmente en cuanto alude a “los demás antecedentes y condiciones personales, (...) la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”.⁽²⁰⁾

Pero esta pretendida solución, no obstante sus loables intenciones, deja subsistente como problema la imposibilidad de perforar el mínimo de

(19) En cambio sí la prevén otros códigos penales en el derecho comparado, para lo cual puede verse el Anexo II. En nuestro país, la legislación civil recepta cierta incapacidad relativa a partir de la regulación que surge del art. 152 bis CC, en comparación con la incapacidad absoluta del art. 141 CC.

(20) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 274. Así parecería sostenerlo cuando afirma que 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 mediando esa disminución de la capacidad de culpabilidad conforme a las pautas generales de individualización del art. 41 CP)”. En la misma línea, se entiende que todas las circunstancias que en más o en menos califican al hecho abstracto previsto en la ley como figura delictiva con una escala penal determinada, permiten valoraciones para graduar la pena a través de los criterios que enuncia el art. 41 CP. Y ello incluye a las circunstancias que tengan relación con los elementos del tipo, y especialmente para atenuar, a las circunstancias que tengan similitud con la estructura de las causas de justificación, de disculpa, o de menor incidencia de la culpabilidad. ZIFFER, PATRICIA S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996, p. 89.

la escala penal, salvo que se interprete que los mínimos son indicativos, como lo sugiere ahora el Anteproyecto en el art. 19 y en cuyo comentario la Comisión expresó:

Cabe observar que 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 sólo 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).⁽²¹⁾

Otras objeciones, como la que se formula en relación a la “peligrosidad”,⁽²²⁾ carecen de peso por cuanto se originan en una imprecisión o ambigüedad semántica o contradicción axiológica difícil de dilucidar (CARRIO, GENARO, “verdades o fundamentos aparentes”).

Justamente, con la redacción de las disposiciones que contiene el Anteproyecto, se darían por desterrados estos problemas anunciados.

Por otro lado, en la legislación aún vigente, tal como lo adelanté, las siguientes figuras pueden considerarse casos legalmente reconocidos de imputabilidad disminuida por sus circunstancias especiales.⁽²³⁾

- Los menores de más de dieciséis y menos de dieciocho años (art. 4º, párr. 2, ley 22.278 según ley 22.803).
- Quienes actuasen en estado de emoción violenta (arts. 81, inc. 1.a, CP; y por remisión los arts. 93 y 105, CP).
- Las circunstancias extraordinarias de atenuación del último párrafo del actual art. 80 CP.

Destaco que las últimas dos figuras subsistirían con similar redacción en caso de reforma del Código en los arts. 78 y 77, inc. 4, respectivamente.

(21) COMISIÓN..., *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/images/libros/anteproyecto-codigopenal.pdf>

(22) Frías Cavallero enuncia este problema que se presenta cuando nos valemos del art. 41 CP porque se desembocaría en una paradoja o contradicción, ya que la alusión a la peligrosidad generalmente agrava la pena mientras que si se la invoca para fundamentar una supuesta imputabilidad disminuida funcionaría como “atenuante”, de modo que quien goza de mayor peligrosidad —por ejemplo, un disminuido mental— vería reducida su pena.

(23) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 274.

También hay una remisión para el caso de lesiones a partir del art. 94. Además se tipificaría en el art. 80 nuevamente el infanticidio, homicidio atenuado que también participaría de estas características.⁽²⁴⁾

Para finalizar, acompaño, en Anexo I, un cuadro comparativo del texto vigente con su antecedente más próximo (2006) y con la previsión del nuevo Anteproyecto en discusión.

5. Derecho comparado

La Comisión tuvo en cuenta la legislación de otros países al invocar la necesidad de incluir la regulación de la imputabilidad disminuida porque se trata de un "instituto que se halla previsto en casi todos los códigos modernos...".

Al solo efecto de limitar el estudio comparativo, propongo analizar la situación actual en el ámbito de los códigos penales de países integrantes del Mercosur (ver Anexo II).

6. El texto del Anteproyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal

Siguiendo la técnica legislativa tradicional en este aspecto, el Anteproyecto recepta un **sistema dual** al prever, primero, el motivo o la condición de procedibilidad del instituto (hecho consecuente),

"Según las circunstancias del caso, el juez podrá disminuir la pena conforme a la escala señalada en el inciso anterior (pena reducida entre la mitad del mínimo y del máximo previsto) 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" (art. 6º, inc. 3)

para luego establecer sus efectos jurídicos (consecuencia penal),

"Internación en establecimiento psiquiátrico u otro adecuado: 1. Quien cometiere un hecho (...) por el que se le hubiere impuesto una pena atenuada en razón del inc. 3º del art. 6º, será sometido por el juez a un examen de peritos que verificarán si su padecimiento determina agresividad contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual. En ese caso, el juez dispondrá

(24) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado...*, op cit., p. 381

su control o internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención y contención. 2. Lo mismo se dispondrá cuando las circunstancias previstas en el inciso anterior sobrevinieren durante el cumplimiento de la pena de prisión. 3. El control o la internación cesarán cuando se verifique la desaparición del riesgo creado por la agresividad, o cuando: (...) b) En el caso del inc. 3° del art. 6°, si agotare el tiempo de la pena de prisión que se le hubiese impuesto. 4. En los supuestos de los apartados b) y c) del inciso anterior, si desapareciere el padecimiento antes del agotamiento de la pena impuesta, el condenado cumplirá en establecimiento ordinario la pena remanente o le será reemplazada si fuere el caso” (art. 39)

7. Diversos casos de imputabilidad disminuida

Ante todo es de destacar la multiplicidad de casos posibles —con infinidad de causales— que podrían llegar a cobijarse bajo las aguas de la semi-imputabilidad toda vez que, más allá de las características personales de quien comete el delito, lo relevante es determinar la situación en la que se encuentra esa persona **en el momento del hecho**.

En la casuística encontramos innumerables casos en donde se podría aplicar la fórmula proyectada e incluso viabilizar la imputabilidad disminuida por obra del art. 41 CP. Desde los supuestos caracterizados por la ingesta de bebidas alcohólicas o el consumo de estupefacientes que no llegasen a provocar estados de inconciencia,⁽²⁵⁾ pasando por los débiles mentales y llegando hasta las situaciones de ira o provocaciones desmedidas que pueden generar excesos.

Siguiendo la estructura de la exposición de los contenidos relevantes para la psiquiatría forense en el derecho penal que realiza Vicente Cabello, tenemos que las posibilidades pueden ser muchas y por muy variadas causas, pues más allá de cierta asociación de una patología a la inimputabilidad, lo relevante será siempre determinar el grado de capacidad en el caso concreto: alteración morbosa de las facultades, enfermedades mentales, peligrosidad criminal, impulsividad criminal, las impulsiones psicomotrices, personalidades psicopáticas, graves alteraciones de la con-

(25) CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., SALA IV, “B., C. s/ procesamiento” (causa 43.809/2013), 27/02/2014. En este fallo la Sala, luego de efectuar precisos conceptos sobre el tema de la inimputabilidad y la inimputabilidad disminuida, confirmó el procesamiento del imputado.

ciencia (pero no los estados de inconciencia ya sean absolutos o relativos), alcoholismo, farmacología, sobre todo cuando el alcoholismo es agudo y produce ebriedad, alcoholismo crónico, psicosis alcohólica, epilepsia temporal y psicomotora, psicomotividad epiléptica consciente en focos temporales.⁽²⁶⁾ Luego el mismo autor también alude a la emoción, a la pasión, a la emoción violenta patológica, a la constitución hiperemotiva, a las reacciones diferidas, al trastorno mental transitorio, al sueño y los trastornos oníricos, al hipnotismo, a la histeria, a la insuficiencia de las facultades (relativas), a las oligofrenias. Y finalmente, cuando cita a Gasset, dice que podrían correr la misma suerte quienes padecen de ciertas neurosis, personalidades psicopáticas, alcoholismo crónico, debilidad mental, deterioros seniles y preseniles, defectos esquizofrénicos (esquizofrenias residuales), posconmociones de cráneo, posecefalitis, epilepsias, toxicomanías, encefalopatías o afasias, entre otras.

Es de destacar que, cuando hacemos referencia a este fenómeno, no deberíamos limitarnos a considerar los “estados” o “situaciones personales” de las personas involucradas, sino también tener en cuenta los casos en los que una persona reconocida como “normal”,⁽²⁷⁾ puede, en un momento determinado, estallar a causa de situaciones pasajeras⁽²⁸⁾ mediante violen-

(26) Con respecto a la psicomotividad epiléptica conciente en focos temporales existe, tal como lo recalca Cabello, un impedimento de orden legal para poder configurarla como inimputabilidad en virtud de que el art. 34 CP solamente se refiere como causas transitorias nada más que al estado de inconciencia, de manera que “los trastornos volitivos quedarían sin base de sustentación biológica dentro del juicio de inimputabilidad jurídico, a menos que se le conceda al término inconciencia, una significación tan extensa que englobe también los impulsos voluntarios, hecho que no concuerda con la realidad clínica, sino con el alcance literal del término” (CABELLO, VICENTE, *Psiquiatría forense...*, op. cit., t. II-A, p. 377).

(27) Cabello también analiza cada una de estas impulsiones según en qué clase de personas se presenten. Así dice que en **personas normales**, “... las impulsiones psicomotrices pueden desencadenarse respondiendo a exaltaciones afectivas provocadas por sentimientos de odio, venganza, cólera, indignación, angustia, temor, etc. Entran en la inmensa mayoría de los delitos pasionales, emoción violenta, etc.” (CABELLO, VICENTE, *Psiquiatría forense...*, op. cit., t. I, pp. 226/227).

(28) Cabello describe la situación que se presenta cuando existen **impulsiones psicomotrices** que no llegan a afectar en forma absoluta la conciencia. En la misma línea que vengo proponiendo se tome en cuenta, desde el punto de vista psiquiátrico forense esta posibilidad implicaría aceptar una forma de **impulsión psicomotriz** que no es consecuencia de un estado de inconsciencia sino de otro factores como el odio y la ira. Este autor explica que las impulsiones psicomotrices “se diferencian de las precedentes (impulsiones motrices puras, actos reflejos, etc...) en que responden a un circuito menos simple, menos directo, interesando vías más largas y acompañadas de un proceso ideo-afectivo en el que participan la exposición de motivos, la deliberación y la decisión, así como también la noción de las consecuencias del acto y la capacidad de preverlas. El efecto reside en el escaso poder de

cia súbita,⁽²⁹⁾ por algún estímulo exterior, o por situaciones de sufrimientos tales como el estrés,⁽³⁰⁾ y por ello resultar comprendida dentro del supuesto. Cabe recordar que tanto la fórmula de la inimputabilidad como la de la inimputabilidad disminuida establecen la importancia del **momento del hecho** (art. 6°, inc. 3, Anteproyecto). Por ello también es importante, en este aspecto, discriminar la violencia premeditada de la violencia impulsiva⁽³¹⁾ que roza con la emoción violenta. Mas, con la reforma, la emoción violenta podría llegar a ser aplicada a figuras no especialmente previstas como hoy lo está para el homicidio, las lesiones y el abuso de armas.⁽³²⁾

inhibición, en la pérdida del control a que puede llegarse después de un ensayo de lucha o mediante una especie de consentimiento volitivo después del cual el acto es fatalmente aceptado y ejecutado”.

(29) Zaffaroni entiende que “... por plan concreto del autor no debe entenderse una programación altamente elaborada o premeditada, sino simplemente el cómo de la realización típica, que también puede ser decidido en forma bastante súbita, por lo que este requisito no excluye las conductas que son decididas en estados emocionales que atenúan la culpabilidad” (ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; y SLOKAR, A., *Derecho penal...*, op. cit., p. 827). En un episodio emocional de estas características, predominaría lo afectivo con declinación de la razón y la voluntad (CABELLO, VICENTE, *Psiquiatría forense...*, op. cit., t. II-B, p. 71), puesto que la disminución de la aptitud psicológica del sujeto sería la razón de la menor escala penal prevista en la figura específica.

(30) Así, en la casuística, encontramos casos en donde se ha aludido a los padecimientos previos caracterizados por el miedo, el cólera, la ira, o el stress, como causales de amenazas suficientes de provocar un estado emocional intenso. En estos casos, generalmente a partir de un determinado disparador o situación concreta vivida (existencia de elementos circunstanciales específicos que sirven de potenciadores para el estallido emocional) se pueden producir reacciones psicomotoras y psicológicas que a su vez generen una perturbación grave de la conciencia y hasta un estado amnesia temporal; que si no se pudiera cobijar bajo la eximente de la inimputabilidad, bien podría, según el caso, ampararse en la inimputabilidad disminuida.

(31) Fuera de lo estrictamente jurídico y de la esfera forense, pero no por ello menos relevante desde el enfoque interdisciplinario que se pregona en esta temática, desde la psicología, cuando se distingue la violencia impulsiva de la violencia premeditada, se está sosteniendo que “... la propensión a la agresividad impulsiva parece estar asociada con una falta de autocontrol sobre ciertas respuestas emocionales negativas y una incapacidad para comprender las consecuencias negativas de este comportamiento. La violencia premeditada, por otra parte, representa un comportamiento planificado que no se asocia típicamente con la frustración ni es una respuesta a la amenaza inmediata. En cambio, la agresividad impulsiva es espontánea, no planificada, representa una respuesta a un estrés percibido y es asociada con emociones negativas como la ira y el miedo” (MANES, FACUNDO y NIRO, MATEO, *Usar el Cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor*, Bs. As., Planeta, 2014, pp. 229/230).

(32) Cabe aclarar que si en la reforma se mantuviera el homicidio, las lesiones y el abuso de armas en emoción violenta, como pareciese ser la tendencia a partir de la recepción de estas figuras en los arts. 78, 77 inc. 4, 94, y 80 del Anteproyecto (arts. 81, inc. 1.a, CP; y por remisión los arts. 93 y 105, CP), estas normas serían especiales respecto de las genéricas, por lo que entiendo que deberían aplicarse estas por sobre las del art. 6, sin perjuicio de aplicar vía analógica las medidas alternativas del art. 39 del Anteproyecto.

Por otro lado, algunos supuestos incluso pueden escapar a los aspectos psicológicos y psiquiátricos y al rol de los profesionales de esas ciencias forenses. Se abre paso en la casuística a una discusión acerca de las cuestiones sociales y antropológicas, donde se puede llegar a considerar que, pericia etnográfica mediante, el sujeto activo tuvo dificultades para comprender completamente la criminalidad de un acto por razones culturales o de pertenencia a un grupo étnico determinado (por ejemplo un abuso sexual o estupro a una niña de determinada edad que es visto como normal para la comunidad a la que pertenece). Es de destacar que en otras legislaciones (Colombia y Ecuador, por ejemplo) los grupos indígenas tienen muchas veces un régimen penal específico debido a la pertenencia cultural. En el Anteproyecto, aunque con otros fines, se visualiza la idea de esta particularidad cultural en la regulación de la reducción y exención de la pena, al establecer que "...el juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta 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" (art. 19, inc. c).

Finalmente, las cuestiones sociales pueden ser el disparador de algo más. Ciertos criminólogos, especialmente los partícipes de la criminología crítica, entienden que incluso existe una faceta de la imputabilidad que se encuentra disminuida por la influencia de los factores sociales, económicos y culturales. Así es que un capítulo especial de la imputabilidad disminuida se podría relacionar íntimamente con las consideraciones actuales sobre la estigmatización,⁽³³⁾ la vulnerabilidad, la peligrosidad, la criminalización primaria y el derecho penal del enemigo.

Domínguez Lostaló, al hacer referencia a la vulnerabilidad como factor para mensurar la imputabilidad, dice que, generalmente, la atención se centra en la **imputabilidad mental**, pero que "no nos fijamos, por lo general, en la imputabilidad social; es decir, en determinar qué beneficios sociales recibió ese chico para poder tener otro desarrollo".⁽³⁴⁾ En esa línea es que, de la

(33) Resulta evidente que, en la Argentina, padecemos hoy un proceso de sobrecriminalización en donde "el exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social" (ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado...*, op cit., p. 9) y de estigmatización (ver NINO, CARLOS S., *Los límites de la Responsabilidad Penal*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 260).

(34) DOMÍNGUEZ LOSTALÓ, JUAN CARLOS, "Vulnerabilidad. Aportes para la discusión de un concepto que rompe un paradigma" [en línea]: http://inclusionmental.com.ar/contents/biblioteca/1329796562_vulnerabilidad.pdf (consultado el 18/05/2014).

misma manera que hablamos de una **in-imputabilidad social**, podríamos aceptar la procedencia de una posible **imputabilidad socialmente disminuida** que, hoy en día, aunque con las limitaciones ya formuladas por no poder perforar el mínimo, encontraría algún grado de reconocimiento a través de la fórmula del art. 41 CP que alude a “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”, y que se replica como atenuante con similar redacción en el art. 18, inc. c, Anteproyecto: “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”.

El conocido e histórico caso del “petiso orejudo” podría ser analizado desde esta óptica. Sin perjuicio de la impronta positivista que caracteriza su estudio, lo cierto es que, en su tiempo, los médicos describieron a Cayetano Santos Godino como un notorio débil mental, un “imbécil incurable”, y aludieron a su aspecto siniestro y sus rasgos perversos. (*Revista “Todo es Historia”, N° 312, Julio de 1993. En Manual de Criminalística de Carlos Alberto Elbert*). Lo que interesa destacar, y la razón de por qué invoque este caso, radica en el derrotero forense que sufrió su expediente a partir de las conclusiones de los informes médicos antagónicos: En una primera instancia, Santos Godino fue declarado irresponsable y se lo recluyó en el Hospicio de las Mercedes, en el pabellón de alienados delincuentes; y en segunda instancia se revocó la declaración de inimputabilidad, se lo declaró penalmente responsable, y finalmente fue trasladado, en 1923, al penal de Ushuaia.

Ahora bien, más allá de la legislación vigente en esa época, podríamos preguntarnos si el caso podría haber transitado por las vías de la imputabilidad disminuida, si al “petiso orejudo” podría habersele aplicado una medida de seguridad intermedia,⁽³⁵⁾ y finalmente, qué ocurriría si hoy se nos presentase un caso semejante.

(35) También y por otro lado, el caso resulta relevante para evaluar la aludida “imputabilidad social” pues es conocido que además de la impronta positivista, los vericuetos médico-legales y psiquiátricos y las características “macabras” de los homicidios, el “petiso orejudo” se encontraba rodeado de ciertos rasgos y condicionantes sociales que resultan a lo menos llamativos: su familia provenía de la inmigración campesina pobre y se tuvieron que alojar en un conventillo de Buenos Aires; el padre era alcohólico y golpeador; él tenía 27 cicatrices en la cabeza a causa de los golpes de su padre; padecía de un retraso madurativo a causa de

8. Los problemas y desafíos que se plantean

Como antesala para la formulación de conclusiones e interrogantes, creo necesario aludir a ciertos aspectos que deben tenerse en cuenta en todo proceso de reforma y especialmente a raíz de la inclusión de una nueva institución.

Desde la perspectiva **político-criminal**, la sanción de un nuevo cuerpo unificado puede estar justificada en innumerables razones, pero la fundamentación teórica resultará insuficiente si no se advierten otras vicisitudes que el legislador debería tener en cuenta:

Por un lado, una buena **técnica legislativa** debería correlacionar los institutos, cuidar de no recaer nuevamente en inconsistencias valorativas, y contrastarlos con las disposiciones constitucionales y convencionales.⁽³⁶⁾

Por otro lado, una **política pública** eficaz debería incluir el plan de implementación de las nuevas instituciones (reglamentaciones, presupuesto, infraestructura, recursos materiales y humanos, etc.).

Deberá tenerse en cuenta la **situación carcelaria** y la cantidad de establecimientos neuropsiquiátricos que se encuentran habilitados para alojar a personas disminuidas mentalmente en centros especializados.⁽³⁷⁾ A modo de ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, habría que decidir si se procederá a la internación de los beneficiados en instituciones psiquiátricas hospitalarias o en Unidades Penitenciarias como la UP 10 o UP 34 Melchor Romero, de La Plata, que en la actualidad alojan a personas que, si bien han cometido un delito, han sido declaradas inimputables, aunque no separados de los reos comunes como exige la normativa internacional.

Como punto de contacto con la **materia procesal**, deberá precaverse la posible multiplicidad de presentaciones de acciones de revisión (art. 467 y ss. CPPBA) para, eventualmente, adecuar las situaciones particulares de las personas condenadas según el principio de mayor benignidad de la ley penal (art. 2° CP y art. 3° Anteproyecto).

una infección intestinal; fue internado a pedido de sus padres a los 12 años porque ellos no podían hacer frente a sus comportamientos; etc.

(36) Al respecto resultan de utilidad las *check listen* de Leiva Fernández, o las normas IRAM sobre técnica legislativa; o los criterios tratados por ATIENZA, MANUEL, *Tras la Justicia*, Barcelona, Ariel, 2003, cuando clasifica los niveles de racionalidad en el dictado de una ley.

(37) En España hay centros u hospitales especializados en trastorno límite de la responsabilidad.

En cuanto a la **interdisciplinariedad** del tema, y considerando el vínculo con la psiquiatría, desde luego que, aun manteniendo el criterio mixto en esta temática (biológico/psicológico/normativo), la relación de este grado de imputabilidad con las ciencias auxiliares adquiere un plus de relevancia.⁽³⁸⁾ Se impondrá entonces una proyección de mayor tinte interdisciplinario. Así, en todo caso, relacionado con la constatación de algún motivo o causa de semi-imputabilidad, resultará relevante determinar los criterios jurídicos que estrictamente se encuentran ligados a la psiquiatría y al modelo médico, tales como el diagnóstico, las características personales, los mecanismos de defensa, los síntomas externos visibles y los ocultos, entre otros. Por ejemplo, más allá de la diferencia entre quienes padecen **neurosis** —que parecerían merecedores de la aplicación de este instituto—, y los **psicópatas**, generalmente inimputables,⁽³⁹⁾ adquirirá importancia el análisis de caso en particular. También la psiquiatría puede contribuir a deslindar las situaciones particularísimas en las que se encuentran los innumerables y muy diversos supuestos de *borderline* (trastorno límite de la personalidad),⁽⁴⁰⁾ y en la clasificación de las enfermedades mentales en base al catálogo que periódicamente actualiza el Comité elaborador de las asociaciones médicas implicadas (los manuales DSM).

No obstante, la prevalencia de las **ciencias psi** no implica que la constatación de la causa que motive la procedencia de la semi-imputabilidad sea

(38) Como subtítulo cuando trata la imputabilidad disminuida, Cabello aclara entre paréntesis que es un "Problema exclusivamente jurídico pero de neta raigambre psiquiátrica". CABELLO, VICENTE, "Apéndice", en *Psiquiatría forense...*, t. I, *op. cit.*

(39) DONNA, EDGARDO, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 239. "Así como en la esfera intelectual se distingue el idiota profundo y al débil mental superficial, en el plano afectivo se distingue al psicópata —con su tremenda atrofia afectiva— del neurótico, que percibe el valor sintomático de su conducta, por más que visto desde fuera puedan presentar algunos rasgos psicopáticos. Teniendo esto en cuenta, no es posible afirmar la imputabilidad de un sujeto atendiendo a su esfera intelectual. Una cosa es que haya sujetos con una personalidad que presente rasgos psicopatas y otra completamente distinta es un psicópata. En el psicópata no hay angustia, no hay culpa, no hay temor a la muerte, no hay afectividad, no como característica de alguna conducta condicionante a otras, sino que no existen en su personalidad disminuida".

(40) Así lo pone de relieve el psiquiatra Luigi Cancrini a través de una metáfora que utiliza para graficar esa multiplicidad y diversidad de los trastornos límite de la personalidad. En el comentario del libro se explica que: "... la palabra *borderline* tiene un uso cada vez más amplio, entre los profesionales de la salud y en el habla cotidiana. Según Cancrini ello se debe a que el espacio que ocupan las situaciones asociadas a un funcionamiento mental *borderline* es mucha más vasto (el océano) que el que ocupan las neurosis y las psicosis (los continentes separados por el océano). *Océano Borderline* trata de los diversos significados que el término *borderline* ha ido adquiriendo a lo largo del tiempo...". CANCRINI, LUIGI, *Océano Borderline. Viajes por una patología inexplorada*, Barcelona, Paidós, 2006. Libro sugerido por Roberto Manuel Carlés, a quien agradezco.

delegada sin más trámite a los profesionales psiquiatras o psicólogos; no solo porque, como vimos, hay otros aspectos que escapan a esas consideraciones forenses; sino también porque, en todo caso, los dictámenes periciales se encuentran condicionados a la verificación de las circunstancias al “momento del hecho”. Por lo demás, los informes periciales no pueden resultar nunca vinculantes para los jueces, quienes deben analizar los hechos mediante el uso de la libertad en la tramitación de la valoración probatoria (arts. 209 y 210 CPPBA). En definitiva, más allá de la relevancia indiscutida de los dictámenes periciales, en ciertos casos adquirirán mayor importancia los actos por los cuales se exteriorizan los pensamientos y las intenciones, los cuales contribuirán a constatar la presencia de la capacidad para delinquir, del dolo y/o de la culpa en el momento del hecho.

También es importante destacar la interrelación que existe entre la imputabilidad disminuida y las **medidas de seguridad**, puesto que “las posibles respuestas a estos interrogantes ponen en juego mucho más que un mero interés especulativo o científico, pues se vinculan con la ‘justificación de un acto de poder’ jurisdiccional: encierro punitivo vs. encierro con efectos terapéuticos presuntos”.⁽⁴¹⁾ La cuestión de las medidas de seguridad constituye un aspecto de singular relevancia y en derredor suyo se han discutido muchas cuestiones, como aquellas que surgen de las medidas del actual art. 52 CP, que motivaron la declaración de inconstitucionalidad en el fallo “Gramajo” de la CSJN, o de las del art. 34 CP, todas las cuales podrían reeditarse en el marco de la semi-imputabilidad. Una especial consideración merece la discusión acerca de la indeterminación temporal y la **duración de las medidas de seguridad**, ante lo cual el art. 39 Anteproyecto marca un límite.⁽⁴²⁾ Deberán, entonces, compatibilizarse en la práctica, más allá de la unificación y las derogaciones resultantes, las medidas de seguridad que hoy están previstas en el CP y en las leyes complementarias (arts. 25 y 34, inc. 1, CP; arts. 1° a 4° ley 22.278, arts. 2° y 4° de la ley; arts. 16 a 22 ley 23.737).

(41) DOMENECH, ERNESTO E., “La Peligrosidad: Enigma o Acertijo”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, La Plata, 1996.

(42) Más allá del límite temporal previsto en el art. 39 Anteproyecto, la Sala I del Tribunal de Casación Penal dispuso hacer lugar a un recurso de la defensa y casar una resolución de la Cámara de Apelación y Garantías que había revocado la resolución de primera instancia dictada por el juez de ejecución penal a cargo del Juzgado N° 2 de La Plata, Dr. José Nicolás Villafañe, la que ordena mantener en todos sus términos. De esta manera se dispone el cese de la medida de seguridad que pesaba sobre el tutelado por entender que ella no puede prolongarse más allá de límite temporal dado por el máximo de la pena por el delito. TRIB. CASAC. PENAL, SALA 1, BUENOS AIRES,

En la “Exposición de Motivos” del Anteproyecto, al comentar el art. 39, se procura justificar en forma detallada las relaciones entre la imputabilidad disminuida y la psiquiatría y las medidas de seguridad.

9. Conclusiones y algunos interrogantes

A modo de conclusión, valoro la recepción expresa de la imputabilidad disminuida en nuestro sistema porque vendría a generar un importante avance a los fines de fortalecer la justicia penal, y para, según los deseos de Ulpiano, “dar a cada uno lo suyo”.

Sin embargo, hay ciertos problemas que pueden generarse a partir de la letra de la ley y su posible contexto de desarrollo. Resulta necesario tenerlos en cuenta a la hora de la entrada en vigencia y posterior o simultánea aplicación de nuevo Código Penal.

En ese sentido es que concluyo formulando ciertos interrogantes en el ánimo de que sean sometidos a discusión y posterior tratamiento:

- Desde un punto de vista estrictamente jurídico: ¿Qué figura debería aplicar el operador jurídico cuando estemos en presencia de un hecho especialmente receptado como atenuado por su comisión en emoción violenta bajo los efectos de alguna causal de imputabilidad disminuida? ¿Correspondería la aplicación de la norma más benigna en aplicación de los principios de *in dubio pro reo* y *pro homine* o bien la regla de los concursos ideales del art. 11 Anteproyecto (art. 54 CP)?
- ¿Dónde serán alojadas las personas que se encuentren condenadas bajo esta modalidad y, en su caso, cómo se adecuarán los establecimientos penitenciarios y hospitalarios para albergarlas? ¿Se alojarán en forma diferenciada, cumpliendo con los estándares internacionales?
- ¿Qué tratamientos recibirán las personas condenadas? ¿Se fortalecerá el tratamiento según la patología o problema psíquico o emocional padecido? ¿Cómo se compatibilizará ello con el principio de resocialización o reeducación como teorías sobre el fundamento y fin de la pena?
- La reforma de la ley penal en este aspecto, ¿implica una modificación más benigna para las personas condenadas? En su caso, y no tratándose de una cuestión de puro derecho, ¿debería revisarse y reevaluarse la situación de cada penado?
- ¿Cuál es el presupuesto destinado a afrontar el cambio estructural necesario para implementar la nueva institución? ¿Cuáles son los recursos humanos y materiales que se destinarán?
- Teniendo en cuenta el actual déficit en el control de las medidas de seguridad, ¿cómo se llevará a cabo el seguimiento de la evolución de las personas semi-responsables?

- ¿Se les otorgará un papel más protagónico a los psicólogos y psiquiatras? Y en su caso, tanto en la producción de medios de prueba en la investigación como en la información y tratamientos en la etapa de ejecución de las penas y medidas, ¿cuál será el nuevo rol que detentarán?
- Teniendo en cuenta la natural vaguedad de las expresiones del art. 6°, inc. 3, Anteproyecto y lo dicho sobre las motivaciones mentales, psicológicas, sociales y culturales, ¿cuál es el alcance de esa fórmula legal? ¿Solamente se refiere a las causales mentales o también podría llegar a cobijar los supuestos de “imputabilidad socialmente disminuida”?

ANEXO I. CUADRO COMPARATIVO.
CÓDIGO PENAL, ANTEPROYECTO 2006 Y ANTEPROYECTO 2014

Tratamiento en el Código Penal	Tratamiento en el Anteproyecto 2006	Tratamiento en el Anteproyecto 2014
No lo prevé	Sí lo prevé	Sí lo prevé
Art. 34 CP	Art. 35. Disminución de la pena. Se disminuirá la pena: (...)	Art. 6°. Pena por culpa. Disminución de la pena. (...)
(Inimputabilidad e imputabilidad)	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 inciso h) del art. 34. La pena será la prevista para la tentativa.	3. Según las circunstancias del caso, el juez podrá disminuir la pena conforme a la escala señalada en el inciso anterior (pena reducida entre la mitad del mínimo y del máximo previsto) 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.
Algunos autores y jurisprudencia incluyen la posibilidad de aplicar la imputabilidad disminuida a partir de las consideraciones del art. 41 inc. 2°:	Art. 28. De las medidas de orientación y seguridad. Internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado. Cuando una persona cometiere un hecho ilícito en estado de incapacidad de culpabilidad previsto en el artículo 34 inciso h), el tribunal podrá ordenar, previo dictamen de peritos, su internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado, si como consecuencia de su estado, fuese de esperar la comisión de relevantes hechos ilícitos. .	Art. 39. Internación en establecimiento psiquiátrico u otro adecuado.
“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”.		

Tratamiento en el Código Penal	Tratamiento en el Anteproyecto 2006	Tratamiento en el Anteproyecto 2014
	<p>Del mismo modo se procederá en el supuesto previsto en el artículo 35 inciso e), cuando alguien cometiere un hecho ilícito en estado de capacidad de culpabilidad disminuida</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Quien cometiere un hecho (...) por el que se le hubiere impuesto una pena atenuada en razón del inciso 3° del artículo 6°, será sometido por el juez a un examen de peritos que verificarán si su padecimiento determina agresividad contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual. En ese caso, el juez dispondrá su control o internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención y contención. 2. Lo mismo se dispondrá cuando las circunstancias previstas en el inciso anterior sobrevinieren durante el cumplimiento de la pena de prisión. 3. El control o la internación cesarán cuando se verificare la desaparición del riesgo creado por la agresividad, o cuando: (...) <ol style="list-style-type: none"> b) En el caso del inciso 3° del art. 6°, si agotare el tiempo de la pena de prisión que se le hubiese impuesto. 4. En los supuestos de los aparts. b) y c) del inciso anterior, si desapareciere el padecimiento antes del agotamiento de la pena impuesta, el condenado cumplirá en establecimiento ordinario la pena remanente o le será reemplazada si fuere el caso

ANEXO II. COMPARACIÓN CÓDIGOS PENALES DEL MERCOSUR

CP Uruguay	CP Paraguay	CP Brasil
No lo prevé directamente.	Sí lo prevé:	Sí lo prevé:
Trata en el Capítulo II las causas de inimputabilidad		
Art. 30. Locura.	Utiliza terminología de la teoría del delito.	Título III da imputabilidade penal
Art. 31. Embriaguez.	Artículo 23.- Trastorno mental	Inimputáveis
No es imputable el		
Art. 32. Ebriedad		Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimemto 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 7209, de 11/7/1984)
Art. 33. Intoxicación.	1° No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento.	
Art. 34. Minoría de edad.		
Art. 35. Sordomudo (locura)		
Título III		
de las circunstancias que alteran el grado de la pena		
Capítulo I		
De las circunstancias atenuantes	2° Cuando por las razones señaladas en el inciso anterior el autor haya obrado con una considerable disminución de su capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a este conocimiento, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67.	Redução de pena
Art. 46.- Atenúan el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes:	Artículo 67.- Marcos penales en caso de circunstancias atenuantes especiales	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 7209, de 11/7/1984)
4°. La embriaguez voluntaria y la culpable. La embriaguez voluntaria que no fuere premeditada para cometer el delito, y la culpable plenas, y la producida por fuerza mayor o caso fortuito, semiplena.		

CP Uruguay	CP Paraguay	CP Brasil
<p>5°. Minoría de edad. La edad, cuando el agente fuere menor de veintiún años y mayor de dieciocho.</p>	<p>1° Cuando por remisión expresa a este artículo la ley ordene o permita atenuar la pena, se aplicarán las siguientes reglas: 1. la condena a una pena principal no podrá exceder las tres cuartas partes de su límite legal máximo;</p> <p>2. el mínimo de una pena privativa de libertad se reducirá:</p>	
<p>6°. Sordomudez. La sordomudez, cuando el autor tuviera más de dieciocho años y fuera declarado responsable.</p>	<p>a) a dos años en caso de ser de cinco o diez años;</p> <p>b) a un año, en caso de ser de dos o tres años; y</p> <p>c) al límite legal mínimo, en los demás casos.</p>	
	<p>2° Cuando por remisión a este artículo la ley permita atenuar la pena según el prudente criterio del juez, éste podrá hacerlo hasta su límite legal mínimo o sustituirla por una pena de multa.</p>	
	<p>Artículo 68. Concurrencia de atenuantes</p> <p>Cuando el marco penal del tipo legal sea de carácter atenuado, en la medición de la pena no se aplicarán las reglas del artículo anterior.</p>	

La teoría de los concursos en el Anteproyecto del Código Penal

NICOLÁS D. RAMÍREZ⁽¹⁾



1. Introducción

En el presente trabajo, se analizará la teoría de los concursos establecida por el Anteproyecto del Código Penal, y las diferencias que presenta con el régimen vigente.

Como se verá a continuación, el régimen propuesto —que, ya adelanto, considero más preciso que el actual—, tiene diferencias no solo en torno a los concursos ya legislados, ideal y real, sino que también incorpora el concurso aparente.

Asimismo, el Anteproyecto, al cambiar la ubicación sistemática de los concursos, también busca darle una mayor claridad a estos institutos, haciéndolos más coherentes con respecto a la teoría del delito.

2. Análisis sistemático

El primer punto a tener en cuenta al momento de analizar la teoría de los concursos establecida por el Anteproyecto es la ubicación sistemática que se le da. Mientras que en el Código vigente se encuentra en el Título IX de manera independiente, en este caso los redactores la ubican dentro del Título II denominado “Hecho punible”.

(1) Abogado. Magíster en Derecho Penal. Profesor en grado y posgrado, U. Austral.

Esta ubicación sistemática debe considerarse un acierto ya que no lleva a la confusión, muchas veces realizada por la jurisprudencia, de relacionar los concursos con una mera aplicación de penas.

Por el contrario, y aquí reside el acierto del Anteproyecto, el primer análisis debe partir del hecho punible, determinando así si nos encontramos ante un supuesto de unidad o pluralidad de conductas. Este análisis, si bien se realiza desde otro enfoque, no resulta distinto al que se efectúa al momento de analizar la participación criminal o la tentativa. Luego, la aplicación de la pena o la unificación de la misma resulta una consecuencia de dicho análisis, pero nunca una causa del mismo.

La segunda diferencia que trae el Anteproyecto se da respecto de la delimitación de los conceptos y los institutos. Si bien, como analizaremos en los siguientes puntos, sigue —en líneas generales— al sistema actualmente vigente, al definir los conceptos de concurso ideal y real, y agregar el aparente —como así también al legislar la figura del delito continuado—, no solo se logra una mayor claridad conceptual, sino que también, en el caso del delito continuado, se realiza una protección más acabada del principio de legalidad.

Por ello se puede afirmar que, desde un punto de vista sistemático y metodológico, el Anteproyecto resulta un avance respecto de la legislación vigente, al otorgar mayor claridad a una temática que, como se sabe, ya de por sí resulta intrincada.

3. Concurso ideal

El Anteproyecto, al regular el concurso ideal, establece que “Cuando una conducta cayere, total o parcialmente, bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena más grave” (art. 11).

Así, podemos ver que se ha mantenido una definición similar a la vigente, cambiando el concepto “hecho” por “conducta”. Esta modificación, si bien en la práctica no tiene consecuencias importantes en el desarrollo de la teoría del delito, resulta ser más acorde a la terminología empleada por la doctrina.

Ahora bien, como afirmé a priori, la teoría de los concursos se fundamenta en la conducta analizada, cuyo primer criterio debe ser determinar si nos encontramos ante un supuesto de unidad de acción, el cual nos llevaría a la aplicación del concurso ideal, o de pluralidad de conductas, debiendo aplicarse el concurso real.

Así, la definición del concurso ideal resulta esencial en el ordenamiento para dejar establecido cuál es el concepto que toma el legislador para definir la unidad de acción. El concepto de unidad de acción es un concepto sumamente difícil de determinar de manera científica, razón por la cual el ordenamiento debe adoptar un criterio objetivo y de fácil determinación.

Se han propuesto distintos criterios para precisar la unidad de acción. En primer lugar, autores alemanes como Schmidhäuser establecieron el criterio de concepción natural de la vida, según el cual, para que exista unidad de acción, debe existir unidad de propósito y conexión espacio-temporal, según los usos normales de la sociedad.⁽²⁾

Esta postura clásica fue la seguida por el Tribunal Supremo Alemán al entender que existió unidad natural de acción cuando

... el sujeto actuante realiza su voluntad unitaria, dirigida a una meta en el mundo exterior, por medio de una pluralidad de actos de la misma clase y, además, estos actos particulares de realización puedan ser objetivamente reconocidos como pertenecientes a un mismo conjunto, debido a su conexión espacial y temporal, de manera tal que, según esta concepción de la vida, ellos forman una acción (ver RG, 44, 223, 226 y 227 y 58, 113, 116; BGH 10, 230, 231).⁽³⁾

Esta opinión, conformada por un aspecto objetivo, que sería la conexión espacio-temporal y otro subjetivo, la voluntad dirigida de manera unitaria, tiene serias dificultades al momento de analizar conductas que afecten múltiples bienes jurídicos.

La principal crítica que ha tenido esta postura es que

... cuándo y por qué lo decisivo es, en un caso, la resolución unitaria de la voluntad, en otro, la misma clase de la voluntad de acción, o en un tercero, la persecución de un objetivo unitario, es algo que queda tan poco claro como la utilización y la comprensión del también recurrido criterio de la conexión temporal y espacial inmediata".⁽⁴⁾

(2) MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, 7° ed., Bs. As., B de F, 2005, p. 633.

(3) CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, *El delito continuado*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 111.

(4) CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, op. cit., p. 115, con cita de Maurach, R., Gossel, K. H. y Zipf, H., *Derecho Penal. Parte General 2*.

Así, sería difícil, por ejemplo, aplicar un concurso real al caso de la persona que, disparando en un mismo acto una ráfaga de tiros, mata a varias personas. Por estos motivos, este criterio no da una solución integral al problema, sino que solamente serviría para resolver aquellos casos que no presentan mayores inconvenientes.

De tal modo, este criterio debe ser completado por el criterio jurídico según el cual varios actos pueden ser unificados según el sentido del tipo penal. Y es en este punto donde se encuentra el acierto del Anteproyecto, el cual menciona en su texto los dos conceptos necesarios, "conducta" y "sanción", para determinar de la unidad de acción.

A cada tipo penal realizado le corresponde una determinada acción típica, debiendo analizarse, en primer lugar, la conducta en cuestión bajo la luz del precepto penal. Es decir que, cuando solo se produce una realización típica, sin importar los actos realizados por el sujeto, nos encontramos ante una unidad de acción. Este análisis es el que Welzel llama factor normativo, el cual es "el enjuiciamiento jurídico-social a través de los tipos".⁽⁵⁾

Esta postura puede ser utilizada, por un lado, cuando el tipo penal requiere la comisión de más de un comportamiento, como sucede con el tipo penal del art. 302, inc. 3, CP, según el cual el autor debe, en primer lugar, librar un cheque y, en segundo, dar la orden de no pago, abusando así de las causales previstas por la ley de cheques.

Por su parte, también existen conductas que requieren pluralidad de actos para su configuración, generándose así la unidad de acción a través de la multiplicidad de actos. Este es el caso del delito de robo que requiere, por un lado, violencia física o fuerza en las cosas y, por el otro, un desapoderamiento ilegítimo.⁽⁶⁾

Ahora, también debe incluirse dentro de la teoría de la unidad de hecho los casos de realización repetida del tipo y los de realización progresiva del tipo. En el primero de ellos, el autor realiza varias conductas para completar el tipo, como sucede, por ejemplo, el caso de una persona que realiza varios viajes sucesivos entre la camioneta donde carga las cosas sustraídas, estacionada en la puerta de la vivienda, y el interior de la casa

(5) *Ibid.*, p. 119.

(6) RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal Parte General*, Bs. As., LexisNexis, 2007, pp. 440/1.

robada. Respecto de los delitos de realización progresiva del tipo, éstos se dan, por ejemplo, cuando recién con el tercer golpe se logra matar a la persona.

En estos casos, al igual que en los dos analizados anteriormente, la multiplicidad de conductas no varía la situación motivacional del autor, generándose una única afectación al bien jurídico.⁽⁷⁾

Zaffaroni, si bien comparte esencialmente este criterio, establece como límite el factor final del autor al momento de realizar la conducta ya que

... si no existiese el factor final no habría posibilidad de desvalorarlo como una única conducta y, en caso de no haber pluralidad de movimientos voluntarios, tampoco habrá posibilidad de desvalorarlos como una pluralidad de conductas. Son, justamente, los límites ónticos que debe respetar la construcción jurídica de la unidad de conducta.⁽⁸⁾

En conclusión, si bien en su explicación de motivos los autores del Anteproyecto analizan principalmente al problema de las escalas penales aplicables, permanentemente se hace referencia a las conductas realizadas y la vulneración de los tipos penales. Esto, a mi modo de entender, deja traslucir que se busca seguir una concepción que analice la conducta cometida pero siempre teniendo en cuenta la naturaleza de los tipos penales.

4. Concurso real

El art. 12 del Anteproyecto establece que:

1. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con prisión, la pena aplicable tendrá como mínimo, el mínimo mayor, y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos.
2. Esta suma no podrá exceder del doble del máximo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes, y en ningún caso será superior al máximo legal de treinta años.
3. Respecto de las demás penas, se aplicarán reglas similares.

(7) MIR PUIG, *Derecho Penal*, op. cit., p. 635.

(8) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2003, p. 858.

Este artículo, si bien mantiene, como en el caso del concurso ideal, el sistema del Código vigente, precisa algunas cuestiones que en la actualidad se encuentran debatidas.

Como adelantara, la definición del concurso ideal resulta fundamental para determinar el concurso real, ya que en aquellos casos donde se entienda que exista pluralidad de conductas, es cuando se aplicaría la concurrencia de hechos. Por ello, la cuestión de mayor relevancia al momento de analizar el concurso real es la calificación legal aplicable.

La primera modificación introducida por el Anteproyecto, en mi opinión acertada, es la diferenciación entre el concurso de delitos con pena privativas de libertad y aquellos con otra especie de pena. De este modo, se mantiene el criterio lógico de establecer el mínimo mayor y la suma de los máximos.

Respecto del mínimo mayor, es indudable que pretender tener un mínimo menor que el establecido por alguno de los tipos penales intervinientes, llevaría a la hipótesis de beneficiar a aquella persona que vulnera dos tipos penales, en comparación con aquel que lo hace solamente con uno.

Por su parte, respecto de los máximos deben analizarse dos cuestiones. En primer lugar, si se realiza una suma aritmética, y luego, si se limita esa suma.

El Anteproyecto mantiene así el sistema actualmente vigente de suma aritmética, pero estableciendo que esta no podrá exceder "doble del máximo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes", sin poder superar nunca 30 años, lo que parecería ser un lapso razonable teniendo en cuenta, como afirman los redactores, "la necesidad de evitar el absurdo impone que en la pena para el concurso real, que tiene lugar cuando se condena a una persona por varios delitos independientes, si bien corresponden tantas penas como delitos (conductas típicas), no es admisible la suma aritmética de todas ellas hasta el límite de superar cualquier posibilidad de cumplimiento o incluso de vida".

Si bien podría ser discutible si el límite puede ser de 25, 30 o 37 años y medio como algunos sostenían con anterioridad a la sanción de la ley 25.928, el límite máximo actual de 50 años resulta inaceptable.

En este sentido Zaffaroni al explicar el concepto de unidad de la reacción penal, limita este límite máximo, ya que las penas al deber ser ejecutadas en tiempo existencial y racional, impiden una acumulación irracional de las mismas.

Por ello, este límite máximo, mucho más razonable que el vigente, es uno de los grandes aciertos del Anteproyecto en materia de concurso.

Por otro lado, el Anteproyecto limita el máximo de la suma en el doble del máximo mayor de las conductas desplegadas. En este sentido en la "Exposición de motivos" se refiere que

El problema que plantea la fórmula vigente es que viola el principio de legalidad de la pena, pues da lugar a una pena indeterminada en el caso de una pluralidad de delitos de poca gravedad, como puede ser un concurso real de varios hurtos, que tendría una pena mínima de un mes y una máxima que hoy no se sabe cuántos años son, pero que pueden ser treinta o cincuenta años. Es claro que la punición de una cadena de hurtos simples con una pena de treinta o más años no es, claramente, lo indicado políticamente ni resulta respetuoso de los principios generales, en particular el de proporcionalidad.

Es cierto que numerosos hurtos, bajo ningún punto de vista, pueden tener el mismo máximo que un homicidio, pero también es cierto que numerosos hurtos tampoco pueden tener la misma escala penal que dos hechos. Por ello, entiendo que en este caso este nuevo límite establecido por el legislador no resulta acertado, ya que no solo vulneraría la sistematización del Código sino que violaría el principio de proporcionalidad.

En este caso, opino que establecer criterios generales termina desnaturalizando el sistema de penas del, razón por la cual el límite de 30 años debería ser suficiente. Después, debe ser el juez, al momento del hecho, quien determine la pena aplicable, siguiendo una escala penal razonable pero también sistemática.

Resulta acertada la crítica de los redactores respecto a que nos encontraríamos en escalas penales muy amplias, pero debería ser función del juez, en el caso concreto, respetando la sistematicidad del Código y, fundamentalmente, el principio de proporcionalidad quien aplique la pena correspondiente.

Por último, y siguiendo el argumento que utilizamos respecto del límite del doble de la pena mayor de que en algunos casos las reglas generales son contraproducentes, el Anteproyecto, a diferencia del Código actual, diferencia los casos en los cuales los tipos penales concurrentes no tengan pena de prisión. Así, si bien, establece que deberían seguirse estas reglas, deja al arbitrio del juzgador la solución del caso concreto, evitando de ese modo un casuismo innecesario.

5. Concurso aparente

Nuestro Código vigente, al igual que la gran mayoría de los códigos modernos, no se refiere al concurso aparente. A diferencia de los concursos ideal y real, que son considerados como concurrencia de hechos, el concurso aparente es una simple concurrencia de leyes, ya que, según lo entendido por el legislador al tipificar ciertos delitos, nos encontramos en presencia de una sola conducta.

El art. 14 del Anteproyecto, a diferencia del régimen actual, prevé expresamente el concurso aparente. Esta incorporación refleja la voluntad de los redactores de incluir también ciertos institutos o conceptos que, si bien desde un análisis riguroso no sería necesaria su legislación, sí lo serían con el fin de dar más herramientas para una correcta interpretación.

En dicho artículo del Anteproyecto se enumeran así los 3 principios esenciales del también llamado concurso de leyes: especialidad, subsidiariedad y consunción. Asimismo, de manera correcta, no se tuvo en cuenta lo que algunos autores identificaron como un cuarto principio, el de alternativa, contenido, por ejemplo, en el art. 8º Código Penal Español, que dice que “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

Este pretendido principio busca regular aquellos supuestos en los que dos tipos se mantienen paralelos y excluyentes como resultado de un error legislativo. Como bien explica Zaffaroni, más allá de que un principio no puede tener como punto de partida el defecto de una ley, la alternativa, en todo caso, sería parte del principio de especialidad.⁽⁹⁾

A mi entender, si bien la incorporación que ha realizado el Anteproyecto de ciertos institutos tiene un fin netamente clarificador, no existe tal necesidad en este supuesto. Más allá de que en sus motivos, y no sin razón, funda la inclusión del concurso aparente para evitar soluciones ridículas, como “la condena por homicidio y daño, porque le bala perforó el traje o porque el veneno arruinó el vino de la botella de la que bebió la víctima; u otra por homicidio consumado y tentativa porque el primer balazo no lo mató, sino el segundo”, estas soluciones jurisprudenciales no responden a una deficiente técnica legislativa sino a una grosera interpretación de la ley. Al desarrollar de manera tan general los principios nucleares del con-

(9) ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 86/88.

curso aparente, sin que dicha referencia permita determinar el alcance de los mismos, una sola mención del concurso de leyes para diferenciarlo del concurso de hechos, tendría el mismo efecto interpretador.

Por otra parte, en mi opinión, el Anteproyecto ha omitido, al momento de legislar el concurso aparente, el denominado principio de combinación. El principio de combinación establece que existen ciertos supuestos en los cuales la norma desplazada en el concurso aparente mantiene cierta influencia al momento de aplicar la ley.⁽¹⁰⁾

Según Jakobs este principio se aplica cuando “la especialización se requiere por un efecto cualificante, y la ley desplazada permite una consecuencia jurídica más grave que la ley a aplicar (pena mínima más elevada, pena accesoria, etc.), hay que completar el marco de la ley a aplicar con la agravación (uno de los efectos cierre de la ley más leve)”.⁽¹¹⁾

Esta ha sido la solución tomada, de manera excepcional por nuestra jurisprudencia al entender que

... las figuras de los arts. 89 y 104 del CP prevén una pena máxima —un año y tres años respectivamente— inferior a la mínima del art. 189 bis, inc. 2º, cuarto párrafo, ibíd. —reclusión o prisión de tres años y seis meses—, lo que indica que si los únicos tipos penales que subsisten son los primeros, el autor merecería una sanción menor a la que le correspondería según el delito dejado de lado; es decir, la conducta que se presenta más grave por haber creado un riesgo a la integridad física de las víctimas estaría reprobada en menor medida que la simple amenaza genérica derivada de la posesión de armas de fuego sin autorización legal”.⁽¹²⁾

Es decir que, en este caso, la norma desplazada (art. 189 bis CP) mantiene un efecto de bloqueo respecto de su mínimo, y este no puede ser menor que el que establece la norma dejada de lado.

Este efecto, llamado efecto de bloqueo, si bien es más severo que el establecido en la norma particular, tiene su fundamento en delito desplazado, en el cual el legislador ya estableció la pena que merece la infracción de

(10) JESCHECK, HANS y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, Comares, 1996, p. 794.

(11) JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 1068.

(12) TRIB. ORAL CRIM. N° 17, CAPITAL FEDERAL, “Sammy Junior Vargas Soler”, 13/11/2010.

dicha norma. Así para mantener la coherencia de nuestro sistema, si el legislador entiende que para tal afectación a un bien jurídico se merece cierta pena, el hecho de que exista un concurso aparente no puede contradecir lo establecido en la norma desplazada.⁽¹³⁾

Entonces, si bien coincido con el Anteproyecto acerca de la necesidad de incorporar al Código ciertos institutos con un fin más interpretador que de aplicación estricta, la sola enumeración del concurso aparente (con el agregado del principio de absorción como consecuencia del concurso real), sin mencionar de manera un poco difusa los principios que la integran, sería menos controversial que la redacción propuesta.

6. Conclusión

En conclusión, el nuevo sistema propuesto por el Anteproyecto debe tener acogida favorable ya que no solo no se aparta del régimen vigente, aceptado de manera general por la doctrina y la jurisprudencia, sino que establece ciertos límites y precisiones que mejoran la legislación aplicable.

Si bien se han formulado algunas críticas a esta propuesta, tanto la limitación impuesta al máximo general de la pena en el concurso real, como la incorporación del concurso aparente, son claramente adelantos en materia de concurrencia de delitos y conductas que traen una mayor claridad a un tema que, como ha dicho alguna vez Enrique Gimbernat, junto con el concepto de omisión, el de unidad de acción es el más oscuro de toda la doctrina penal.



(13) No debe confundirse el supuesto de desplazamiento por especialidad por los atenuantes que puede tener un tipo penal.

Condenación condicional y suspensión del juicio a prueba ¿nuevas dificultades?

MARÍA NAZARENA CASTELLUCCIO



1. Introducción

Mediante el presente desarrollo se intentará poner de manifiesto cómo los institutos de la condenación condicional y la suspensión del juicio a prueba,⁽¹⁾ provenientes de divergentes sistemas y autónomos en sí mismos, se han ido ensamblando de forma tal que la interpretación de uno se hizo dependiente en su contenido del otro, culminando la jurisprudencia por zanjar los límites de aplicación de la suspensión del proceso a prueba por insuficiencia de estricta legalidad por parte del legislador. Se analizará qué de todo ello es tomado por el Anteproyecto y qué nuevos interrogantes nos plantea, teniendo presente que, para su interpretación, no basta con reducirse al artículo que lo describe sino a las diversas disposiciones que lo moldean.

(1) La suspensión de la ejecución de la pena por libertad condicional o por diversas reglas de conducta está legislada en los códigos penales alemán (§ 56 a 56 g); de Paraguay (arts. 44 a 49); portugués (arts. 50 a 56) y español (arts. 80 a 89). La suspensión condicional de la ejecución de la pena con única condición de no cometer nuevo delito está legislada en los códigos penales de Guatemala (arts. 72 a 77) y francés (arts. 132-029 a 132-39).

2. Orígenes de cada instituto

En primer lugar, tenemos que asomarnos, en sustancia y someramente, a los orígenes divergentes de ambos institutos, para delimitar cuál se entromete primero en la órbita del otro. De este modo, vemos que el primero en ingresar al Código es el de la condenación condicional, por el Proyecto de Reforma de 1917, sancionado en 1921 y promulgado como ley 11.179 en 1922. Se siguió, de esta forma, el modelo continental europeo o franco-belga, y con igual alcance que el mismo se dejaba en suspenso la condena al cumplimiento de una única condición: no cometer un nuevo delito. Cumplida dicha condición, en el plazo de cuatro años —en el presente— se tendría a la condena o a la pena impuesta como no pronunciada. Pero en 1994, mediante ley 24.316, se relaciona la condenación condicional con la suspensión del juicio a prueba, de raigambre anglo-americana. Allí se introducen un conglomerado de reglas de conductas receptadas mediante la aparición del art. 27 bis CP, que fundiría a ambos institutos de una vez y para siempre.⁽²⁾ Pero el hilo invisible que los une no se reduce al hecho de compartir las reglas de conductas contempladas por el art. 27 bis CP.

3. Situación en el Código Penal (Condenación condicional, arts. 26 a 28 y suspensión del juicio a prueba, arts. 76 bis a 76 quáter). Interpretaciones

Actualmente, en el Código Penal podemos distinguir a ambos institutos de la siguiente manera:

Si bien el efecto de mayor entidad en ambos es que no se cumple pena, en el supuesto de la condenación condicional media sentencia firme condenatoria, se suspende la aplicación de la pena emanada de dicha sentencia y con ella la prescripción de la pena. En caso de cumplirse las reglas de conducta impuestas durante un plazo de entre dos (2) y cuatro (4) años, según la gravedad del delito, y no cometerse un nuevo delito dentro del término de cuatro (4) años se extingue la pena y la condenación se tiene como no pronunciada. Si no se cumple con las reglas de conducta puede no computarse como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido y, si el incumplimiento es persistente o reiterado, se

(2) Sobre el origen de cada instituto, NÚÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. II, Córdoba, Lerner, 1988; pp. 519/521. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000; pp. 921 y 922. SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. II; actualizado por Fierro Guillermo J.; Bs. As., 1999, pp. 497 y 498.

podrá revocar la condicionalidad de la condena —se deberá de cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la condena—. A su vez, si se comete un nuevo delito se sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que correspondiera por el segundo delito —acumulación de penas—.

En el supuesto de la suspensión del juicio a prueba, por su parte, lo que se suspende es la realización del juicio y con ello la prescripción de la acción penal. En caso de cumplirse las reglas de conducta impuestas, repararse los daños en la medida ofrecida, y no cometerse un nuevo delito durante un plazo de entre uno (1) y tres (3) años según la gravedad del hecho, se extingue la acción penal. En caso contrario se lleva a cabo el juicio y no será admitida una nueva suspensión. Si la realización del juicio es determinada por la comisión de un nuevo delito la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso —no procederá la condenación condicional—.

Sendos institutos prevén la posibilidad de acceder nuevamente a ellos luego del transcurso de determinado periodo temporal. Así, la condenación condicional puede ser acordada por segunda vez si el nuevo delito es cometido luego de transcurridos ocho (8) años a partir de la fecha de la primera condena firme —en caso de que ambos delitos fueran culposos o uno doloso y el otro culposo—. Si ambos delitos son dolosos deberán transcurrir diez (10) años. La suspensión del juicio a prueba puede ser concedida por segunda vez si el nuevo delito es cometido después que hayan transcurrido ocho (8) años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

Ahora bien, si nos preguntamos acerca de los requisitos de procedencia de ambos institutos, podríamos comenzar indicando que la condenación condicional procede tanto para delitos de acción pública como de acción privada; que debe tratarse de una primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años —pena en concreto— y demostrarse la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad, de conformidad con la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho, y toda otra circunstancia pertinente.

Esto ha traído varios cuestionamientos. Así, respecto a la referencia de primera condena, si se aplicó una condenación condicional con anterioridad, ¿cuenta como condena en caso de haberse cumplido con sus condiciones?, y cumplidas las mismas ¿se tiene como no pronunciada la pena o la conde-

na? ¿El instituto me permite que pueda aplicarse nuevamente una condena condicional transcurrido determinado tiempo, por considerar que cumplidas las condiciones impuestas la condena se tiene como no pronunciada o porque, pese a no ser primera condena, se lo cree desde una visión político-criminal apropiada? Por su parte, el hecho de tener que fundar la decisión en la personalidad moral del imputado nos lleva a la siguiente pregunta, ¿el Estado debe imponer una moral a las personas o debe respetar el ámbito de libertad y moral de sus integrantes? Y negar la procedencia del instituto en base a la personalidad moral de la persona, ¿no es aplicar valoraciones propias de derecho penal de autor *in malam partem*? Asimismo, la consideración acerca actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir o la naturaleza del hecho nos lleva a cuestionarnos si en caso de negarse la aplicación del instituto fundado en ello no estaríamos haciendo una doble desvalorización de lo mismo, puesto que fueron elementos empleados para individualizar la pena en tres años o menos.

Empero, si intentamos lo mismo respecto de la suspensión del juicio a prueba, veremos que el panorama es más engorroso aun, en base a la insuficiencia de estricta legalidad por parte del legislador, que dejó a la tarea de los jueces especificar los supuestos de procedencia del mismo. Y es en este punto donde encontramos la inescindible unión entre ambos institutos.

Como se sabe, hay quienes interpretan que el instituto solo procede en los casos de pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda los tres (3) años —pena en abstracto—, se cumplan los requisitos de procedencia para la condena condicional, y que hubiese consentimiento del fiscal; de modo que el art. 76 bis, párrs. 1, 2 y 4, CP engloban en su conjunto un único supuesto de procedencia. Por otra parte, se niega la aplicación del mismo en caso de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, sea de forma única, conjunta o alternativa. Esta es la tesis conocida como restrictiva.⁽³⁾

La segunda interpretación, respecto a lo mismo, y respondiendo a algunos interrogantes tales como ¿sería razonable que mediante el primer párrafo se restrinja la procedencia del instituto a los delitos de acción pública

(3) CFED. CAS. PENAL, Plenario 5, "Kosuta, Teresa R. s/ Recurso de Casación", 17/08/1999; por mayoría se adopta la tesis restrictiva. CSJN "Gregorchuk, Ricardo s/ Recurso de Casación", 03/12/2002; por mayoría se resuelve la imposibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba para aquellos delitos cuya pena prevea la de inhabilitación.

y a su vez se exija para su aplicación la posibilidad de procedencia de la condenación condicional que abre el abanico a los delitos de acción privada?, si el párr. 4 compone un requisito de procedencia del instituto, ¿cómo entendemos que en el párr. 1 se aluda tanto a la prisión como a la reclusión, mientras que en el párr. 4, por aplicación del reenvío al art. 26, se exija pena de prisión?, al emplear la figura del juez en el párr. 3 y la del tribunal en el párr. 4, ¿no se advierte que hay una diferencia en cuanto a la gravedad de los hechos en uno y otro? Se ha estructurado en la procedencia del instituto en dos casos bien diferenciados. Por un lado, en el art. 76 bis, párrs. 1 y 2, CP: pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda los tres (3) años —pena en abstracto—. Por el otro, en el art. 76 bis, párr. 4, que fuera procedente la condenación condicional —cumplimiento de todos sus requisitos, pena en concreto de tres años o menos— y, necesariamente, el consentimiento del fiscal.

Por su parte, en lo que hace a la procedencia o no del instituto en los casos de pena de inhabilitación, también se han presentado diversos interrogantes: ¿es igual la situación de una persona condenada por sentencia firme a pena de inhabilitación y la de aquella aún sometida a proceso?, ¿acaso no rige sobre ella el principio de inocencia?, ¿es razonable que se permita la aplicación del instituto para delitos reprimidos con penas privativas de la libertad donde la mayoría son supuestos de delitos dolosos —injustos más graves—y no para los reprimidos con inhabilitación que, en la mayoría de los supuestos, derivará de delitos culposos, menos relevantes considerados desde la reacción punitiva?, ¿no sería razonable aplicar el instituto en esos casos bajo la condición de imponer, como regla de conducta para el imputado, el cese de la actividad por la que habría sido inhabilitado en caso de recaer condena, además la capacitación necesaria para evitar conductas análogas a las que se investigan?. Como respuesta a estas cuestiones, la presente vertiente interpretativa ha llegado a aceptar la procedencia del instituto aun para los casos en que la pena de inhabilitación estuviese contemplada de forma principal. Esta es la tesis conocida como amplia.⁽⁴⁾

(4) CSJN "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 — causa N° 28/05", 23/04/2008. Remitiendo a este y tratando la procedencia del instituto en relación a la pena de inhabilitación, CSJN, "Norverto, Jorge Braulio s/ Infracción al art. 302 CP", 23/04/2008. "El instituto de la suspensión de juicio a prueba, es aplicable en todos los casos en que pudiere corresponder una condena de ejecución condicional; la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, es procedente en los casos de delitos que tienen prevista pena de inhabilitación ya sea principal, conjunta o alternativa;

Es en base a esa interpretación amplia, al parecer, que se sigue la nueva redacción contemplada en el Anteproyecto sobre el instituto de la suspensión del proceso a prueba. Es decir, que podríamos evidenciar que no es del todo cierto aquello que han sostenido algunos al considerar que el instituto se halla planteado de una forma más amplia, con posibilidades de aplicarse a un mayor número de casos ¿Por qué uno podría decir que ello no es del todo cierto? Porque si nos acercamos a la literalidad del artículo sobre la suspensión del proceso a prueba veremos que el mismo nos trae una mayor claridad interpretativa, que sigue los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de extensiva aplicación en la actualidad, por lo cual no habría ampliación del mismo; empero, si tentamos hacernos de diversas disposiciones del mismo Anteproyecto, que le dan su contenido, veríamos que sí se amplía su procedencia.

3. Institutos según Anteproyecto de Reforma 2014. Nuevos interrogantes

Para evidenciar lo dicho tenemos que hacernos del texto del actual Anteproyecto, dado que el mismo nos trae, en su art. 45, la suspensión de proceso a prueba, a saber:

“1. El imputado de uno o más delitos, a quien en el caso concreto no se le hubiere de imponer una pena de prisión superior a tres años, que no hubiere sido condenado a pena de prisión o que la hubiere sufrido como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho, ni hubiere gozado de una suspensión en igual término, podrá solicitar hasta la citación a juicio la suspensión del proceso a prueba.

2. Del pedido, previa vista a la persona directamente ofendida, deberá requerirse la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal.

3. El imputado deberá ofrecer la reparación de los daños en la mayor medida de sus posibilidades, sin que esto importe confesión o reconocimiento de responsabilidad civil. El juez oír a la persona directamente ofendida y decidirá en resolución fundada, acerca de la razonabilidad del ofrecimiento.

la anuencia del fiscal es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del artículo 76 bis del Código Penal”. TRIB. CASAC. PENAL, BUENOS AIRES, Plenario, “B. L. E. y otros/ Recurso de Queja (Art. 433 CPP)” y su acumulada, 09/09/2013.

Si el trámite del proceso se suspendiere, la persona directamente ofendida tendrá habilitada la acción civil por lo que restare de la reparación plena, sin resultar aplicables las reglas de prejudicialidad del Código Civil.

4. El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que hubiere correspondido decomisar en caso de condena.

5. No procederá la suspensión del proceso a prueba, para el funcionario público que en ejercicio o con motivo de sus funciones hubiere participado en el delito.

6. El juez dispondrá la suspensión del proceso a prueba por un plazo entre uno y tres años, según la gravedad y circunstancias del hecho, bajo reglas de conducta análogas en lo pertinente a las previstas en el art. 28°. También podrá disponer la prestación de trabajos para la comunidad análogamente a lo previsto en el art. 27°. Las disposiciones del juez no obstarán a las sanciones administrativas y disciplinarias que pudieren corresponder.

7. Cuando se atribuyere un hecho que pueda o deba ser reprimido con pena de inhabilitación, se procurará en calidad de regla de conducta, la realización de actividades dirigidas a solucionar la presunta incompetencia o inidoneidad del imputado.

8. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

9. Si el imputado no fuese condenado por ningún delito cometido durante el plazo de suspensión, reparase los daños conforme a lo ofrecido y cumplierse regularmente las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal.

10. Si fuere condenado por un delito cometido durante el período de prueba, no cumplierse con la reparación a pesar de poder hacerlo, o incumpliere injustificada y reiteradamente las reglas de conducta, se dejará sin efecto la suspensión y continuará el trámite del proceso. Si en este proceso resultare absuelto, se le reintegrarán los bienes entregados al Estado, aunque no podrá pretender el reintegro de las reparaciones ya cumplidas.

11. Siendo procedente la suspensión del proceso a prueba y tratándose de un extranjero sobre el que pesare una orden administrativa de expulsión firme, se dispondrá el extrañamiento del imputado. El extrañamiento interrumpirá la prescripción de la acción penal y ésta se extinguirá si en los cinco años posteriores a su salida la persona no reingresare al país”.

En primer lugar, vemos que se indica la procedencia para “el imputado de uno o más delitos” sin discriminarse si debe tratarse de un delito de acción pública o privada, por lo cual quedarían comprendidos ambos. Lo mismo podría considerarse ya abarcado por el art. 76 bis, párr. 4, CP. Pero inmediatamente, al representarnos los delitos de acción privada y con ellos la querella, debemos preguntarnos, ¿de qué manera jugaría el requerimiento de opinión del representante del Ministerio Público Fiscal, si en estos casos es de esencia que el actor penal privado excluye la actividad del mismo? Y en tal sentido, no deberíamos limitar dicho interrogante a los delitos de acción privada taxativamente enunciados en el art. 44 del Anteproyecto, sino extenderlo a los delitos de acción pública por los cuales, fundadamente, el Ministerio Público Fiscal no promoviera la acción o desistiera de la promovida, y la persona directamente ofendida interponga querella convirtiendo la acción en privada (art. 42, incs. 3 a 5, Anteproyecto). Pero, en tales circunstancias, ¿no convendría al imputado solicitar la suspensión del juicio a prueba a que el Ministerio Público Fiscal no promueva la acción penal o desistiera de la promovida, y ello por cuanto, de lo contrario, se correría el riesgo de la continuidad de un proceso y aplicación de una pena? Dado que si hay posibilidades de no promover acción o desistir de la promovida, mucho más habrá posibilidades de aplicar una suspensión del proceso a prueba, y los infortunios de la vida, por más probabilidad que haya, nunca nos darán certezas. Y, en estos supuestos de acción privada, ¿de qué forma influirá la opinión del ofendido?

Por su parte, el Anteproyecto no señala de qué forma influirá la opinión del Ministerio Público Fiscal que debe requerirse ¿Será vinculante? ¿Lo será sólo si fuese negativa como lo planteaba el Anteproyecto 2006? ¿Lo será si fuera favorable?

Uno puede intentar delimitar dicho alcance. Así, el Anteproyecto del 2006 indicaba, en su art. 52, párr. 1, que del pedido que hiciera el imputado debía requerirse opinión fundada al representante del Ministerio Público Fiscal, la cual sería vinculante si resultara negativa. Por el con-

trario, si fuese favorable y el juez o tribunal no estuvieren de acuerdo en otorgarla, deberían requerir dictamen al fiscal de grado superior, el cual se convertiría en vinculante, a lo que se podría objetar que el órgano tercero imparcial no lo parece tanto y se tambalea el principio acusatorio, pues no es razonable que, para ejercitar un derecho —así se lo reconoce en caso “Acosta”—,⁽⁵⁾ cuando la parte acusatoria no tiene objeción sino un panorama favorable, se tenga que volver a pedir al mismo órgano, aunque de grado superior, una opinión en desmedro de la parte más lábil del proceso.

Por su parte, el texto legal vigente indica que, para la procedencia del instituto, debe haber consentimiento del fiscal. Ergo, si hay consentimiento puede proceder. Pero también se deja abierta la posibilidad de que, pese a concurrir dicho consentimiento, el órgano judicial decida no aplicar el instituto. A su vez, con una mayor claridad resolutive, el art. 404 CPPBA indica que el acuerdo entre fiscal y defensor será vinculante para el juez o tribunal. A todas luces, ese acuerdo lo será en tanto procedencia del instituto. Si el fiscal no acuerda en ello, no presta su consentimiento, por aplicación del 76 bis, párr. 4, CP no sería aplicable el instituto.

Al parecer, lo que se elimina es el requisito de que el fiscal preste su consentimiento para que el instituto sea aplicable, no más que ello, por cuanto ese es el requisito que se derogaría del Código. Y debe entenderse la no finalidad de considerar al consentimiento del Ministerio Público Fiscal —en caso de que este concurra— como vinculante. El Dr. Federico Pinedo propone respecto a ello que se redacte una disidencia del siguiente modo: “Si el ofrecimiento de reparación de daños fuere razonable y hubiese consentimiento del Ministerio Público Fiscal, el juez dispondrá la suspensión del proceso a prueba”. Dicha regulación, concreta y clara, hubiese sido de gran ayuda y concertado al respeto de la legalidad y seguridad jurídica, enaltecendo el reconocimiento del instituto como un derecho para la persona sometida a proceso y no como un mero beneficio. Mediante la misma, se entiende que solo es vinculante para el juez el acuerdo del Ministerio Público Fiscal para otorgarla, ello en salvaguarda del principio acusatorio, pero en el supuesto de que el Ministerio no esté de acuerdo con que el instituto proceda ello no será vinculante para el juez que debe resolver en el caso concreto.

(5) CSJN “Acosta, Alejandro Esteban...” fallo cit.

Hay que tener presente que la jurisprudencia también se ha expresado indicando que la anuencia del fiscal es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del art. 76 bis CP —es decir, sin hacer la distinción esbozada por la tesis amplia entre los casos contemplados en los párrafos 1 y 4—,⁽⁶⁾ pero claro que es interpretación valorable en cuanto al texto vigente.

Es importante que se determine de qué forma influirá la opinión del mismo y no que se deje la tarea a la valoración judicial, para cumplimentar con los requisitos de legalidad estricta cuantificada en la máxima taxatividad legal y así con la seguridad jurídica de quienes se hayan reglados por la normativa en análisis.

Continúa la disposición, “A quien en el caso concreto no se le hubiere de imponer una pena de prisión superior a los tres años” —recordar que el Anteproyecto de Reforma deroga la pena de reclusión—. ⁽⁷⁾ Como ya se viene interpretando por aplicación de la tesis amplia, aquí se hace referencia a la pena en concreto, hacer un juicio de probabilidad con los elementos probatorios recopilados hasta el momento. Podríamos hacer un llamado de atención al hecho de que esta fórmula genérica, en cierta medida, nos podría poner frente a una previsión del futuro *in malam partem* en aquellos casos en que se predijese que la pena en concreto se cuantificaría en más de tres años, por lo cual se podría considerar más acertada la abstracción que contenía el Anteproyecto 2006 mediante la mención, en su art. 52, “Reprimidos con pena de prisión que no exceda de tres años en su mínimo”. Dicha fórmula sustraería la necesidad de realizar proyecciones no certeras, solo se requeriría un mínimo no superior a los tres años y sin límite en los máximos.

Pero este requisito de pena en concreto no superior a los tres años, ¿evidencia la mayor restrictividad contenida en la literalidad del Anteproyecto 2014 en contraposición al Anteproyecto 2006? Y es para dar respuesta a ella que no podemos desconocer la composición de Anteproyecto como un conjunto entramado de normas correlacionadas entre sí, que hace que

(6) TRIB. CASAC. PENAL, BUENOS AIRES, Plenario, “B. L. E. y otros...”, fallo cit.

(7) CSJN, “Méndez, Nancy Noemí s/homicidio atenuado”, 22/02/2005 (Fallos: 328:137) y “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel s/causa N° 6284”, 11/09/2007. Aquí la CSJN determina a la reclusión como virtualmente derogada mediante la Ley 24.660 de Ejecución Penal dado que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, y de este modo, aunque la pena sea impuesta con el nombre de reclusión debe considerársela como prisión.

la aplicación del instituto no tenga límite de procedencia para ningún presunto hecho delictivo a priori. Así, con el actual texto del Código Penal, uno sabe que ni por la tesis amplia ni por la tesis restrictiva podría proceder el instituto en caso de, v. gr., homicidio simple. Empero, ¿qué ocurriría si al análisis de ese delito, por ejemplo, le procedería el de una *poena naturalis*⁽⁸⁾ sobre el presunto autor? Claramente ocurriría que, si bien el juez no podría eximir de pena a quien sufrió esa *poena naturalis* —porque sería por un hecho doloso, art. 19, inc. 3º, apart. b, Anteproyecto—, sí podría reducir el mínimo de la escala penal que operaría como meramente indicativo. De este modo, ya no se presenta como relevante que el mínimo de la escala penal no supere los tres años, eso no podría determinarse legislativamente sin ver el caso en concreto, lo cual no se había tenido en cuenta al redactar el instituto en el Anteproyecto 2006 que, al igual que el actual, prevé la reducción de los mínimos en su art. 9º. Habría que determinar en cada caso si procede algún supuesto de exención o reducción de pena conforme al art. 19 del Anteproyecto, supuestos en los cuales se reconoce el carácter a los mínimos de las escalas penales de ser meramente indicativos para graduar la pena en concreto, y esto por cuanto la pena debe tener un límite en la culpabilidad, esa culpabilidad es eminentemente graduable, la culpabilidad normativa, distinta en cada caso, por ser distinto cada hecho y cada persona en respeto a la dignidad humana —art. 1º DUDH—. Esto es porque habrá diversos casos en que los mínimos establecidos para ciertos delitos no se considera que guarden una proporción correcta entre la culpabilidad del autor y la consecuencia punitiva aplicable al mismo,⁽⁹⁾ lo cual devendría, si procede su aplicación,

(8) “Casos en que el hecho mismo acarrea al autor graves consecuencias que podrían ser descontadas de la pena a imponer”; ZIFFER, PATRICIA S., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 141. “Mal grave que se autoinflinge el autor con motivo del delito, o que fuera impuesto por terceros por la misma razón”; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 743. Aquellos supuestos en que la persona ha sufrido sobre sí misma consecuencias de su injusto penal que dañan sus bienes jurídicos —derecho humano fundamental— y debe ello considerarse para reducir la culpabilidad y en consecuencia la respuesta punitiva. Sea que esa aflicción fuera sufrida física, patrimonial o psíquica-espiritualmente. “No hay razón para limitar los perjuicios del autor a los de naturaleza física o corporal, pudiendo abarcar los de naturaleza económica o de otro tipo con tal que lo sea con motivo del delito”; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 743 y 953.

(9) “El establecimiento de los mínimos y máximos de las penas, en principio, resultan vinculantes para el juez, salvo que se encuentre comprometida su constitucionalidad. Esto podría ocurrir en los casos que fueran claramente desproporcionados”; ZIFFER, P. S., op. cit., p. 40.

en una pena cruel, inhumana y degradante que desconoce el valor de la libertad y el respeto al ser humano. La misma salvedad debe indicarse respecto de aquellos tipos penales que, en el presente, habilitan la imposición de una pena indivisible, absoluta, no graduable conforme a los principios de culpabilidad, humanidad e igualdad, es decir, las penas privativas de la libertad perpetuas, por cuanto estas desaparecen en el texto del Anteproyecto.⁽¹⁰⁾ En consecuencia, ya no habría límite a priori para que proceda el instituto a los casos que hoy tiene prevista un pena privativa de la libertad perpetua.

El texto en análisis introduce un límite temporal de 5 años entre una condena a pena de prisión anterior, o al cumplimiento de una condena anterior en carácter de condenado y no de procesado —cumplimiento efectivo de prisión, no si solo sufrió prisión preventiva—;⁽¹¹⁾ y la comisión del hecho por el cual se analiza la suspensión del proceso a prueba en el presente. Es decir, puede proceder aunque se tenga una condena anterior a pena de prisión siempre y cuando desde su cumplimiento hubiesen transcurrido, como mínimo, cinco años hasta la comisión del nuevo hecho. Recordar el requisito para la condenación condicional que nos pide para su procedencia que se trate de primera condena, más allá de que en el presente jamás será primera, segunda o cualquier condena porque justamente no se llegará a ella al suspenderse el proceso antes del debate. Lo primero que uno podría indicar es que se trata de un requisito de procedencia que actualmente no impone el Código; empero, si los requisitos actuales del art. 76 bis. párr. 4, exigen la posibilidad de procedencia de la condenación condicional, no podríamos argüir tal aseveración.

(10) La Corte IDH; ha indicado en *Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros vs. Trinidad y Tobago*; Sentencia de 21 de junio de 2002; consids.: 88,-90, 103, no obstante en el mismo tratarse de la pena de muerte, en cuanto a la concepción genérica de pena indivisible y absoluta es de aplicación la obligación de tomar en cuenta las circunstancias atenuantes o agravante que concurren en el caso y los diversos grados de culpabilidad, determinándose la obligación de los tribunales de dictar sentencias individualizadas, pues de lo contrario se atenta contra la dignidad inherente al ser humano y el derecho a un trato humano. Las leyes que impidan al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, por limitarse a imponer de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, constituyen una arbitrariedad.

(11) No se considera como cumplimiento de pena en los términos establecidos por el art. 45 del Anteproyecto el tiempo sufrido en prisión preventiva y computado para la condena de conformidad con el art. 24 del CP / art. 21, inc. 2° del Anteproyecto, máxime cuando lo contrario implicaría emplear un instituto elaborado a favor del imputado, como lo es el método compensatorio, en su contra.

La cita textual de la parte pertinente indica: “que no hubiere sido condenado a pena de prisión o que la hubiere sufrido como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho, ni hubiere gozado de una suspensión en igual término”. La expresión antes reseñada se presenta un tanto confusa. Uno tiene que recurrir a la exposición de motivos para determinar que debe darse una separación de 5 años entre el cumplimiento de la condena y la comisión del nuevo hecho, puesto que si una persona sufrió pena privativa de la libertad 2 años antes de cometer el nuevo hecho también encuadra en la expresión “que la hubiera sufrido como condenado en los cinco años anteriores”, pues la sufrió dentro de los 5 años anteriores. Para no generar interpretaciones contrapuestas lo correcto sería que se indicara ... o que **no** la hubiere sufrido como condenado en los cinco años anteriores, ... o que la hubiere sufrido como condenado con antelación a los cinco años anteriores, ... o que desde que hubiese sufrido pena de prisión como condena hubiera transcurrido un término de cinco años anteriores a la comisión del hecho.

Ni hubiere gozado de una suspensión en igual término (tiempo) —es decir dentro de los 5 años anteriores a la comisión del hecho presente—; por lo cual, si desde que culminó su suspensión del proceso anterior pasaron 5 años hasta cometer el nuevo delito por el cual se analiza en el presente la nueva suspensión, esta podría proceder. Recordar que el texto vigente da la posibilidad de ejercer el derecho a peticionar la aplicación del instituto por segunda vez si el nuevo delito es cometido después de haber transcurrido 8 años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

Los actuales párrs. 3º, 5º, 6º y 7º del art. 76 bis; y párrs. 1º, 2º y 4º del 76 ter y 76 quáter se mantiene, en líneas generales, con mismos alcances.

Vale una especial mención a la aplicación de las reglas de conducta contempladas en el art. 28 Anteproyecto y la prestación de trabajos para la comunidad conforme a la previsión del art. 27 del mismo cuerpo normativo. Como enunciamos precedentemente, haría de análogo a lo dispuesto por el texto vigente del Código en su art. 76 ter, párr. 1º, por remisión al art. 27 bis, toda vez que dichas disposiciones conforman penas alternativas. Es decir que, si bien no se estaría procediendo con la realización del proceso y la aplicación de una pena mediante sentencia firme, se estaría aplicando una pena alternativa sin que medie dicha sentencia, lo cual no sortearía con éxitos las exigencias de un debido proceso legal-constitucional previo a la imposición

de una pena. Este tema debería de replantearse por cuanto, si bien las previsiones que se impondrían mediante la normativa del Anteproyecto serían similares a las contempladas actualmente por el texto vigente, más allá de que uno considere particularmente que esas previsiones son sometimiento coercitivo por parte del Estado, ejercicio punitivo mediante el cual la persona se halla legítimamente sometida al control estatal,⁽¹²⁾ es el Anteproyecto quien declara la calidad de penas de dichas restricciones a la libertad de las personas que somete de forma legítima. La mínima consecuencia lógica de ello es que, en caso de que la persona sometida a proceso fuera condenada por un delito cometido durante el período de prueba o no cumpliera con la reparación a pesar de poder hacerlo, si estuvo cumplimentando lo normado por los arts. 27 y/o 28 ello tendrá que compensarse como cumplimiento, ya sea parcial, de pena.

Con respecto a la procedencia del instituto en los casos de pena de inhabilitación se sigue la tesis amplia ya indicada.

Por último, podríamos plantearnos qué efectos tendría cumplir con los requisitos de procedencia del instituto, es decir si cumplidos los mismos el juez podría decidir no aplicarlo. Ello no pareciera correcto si afirmamos el carácter de derecho y no de beneficio que implica el mismo para la persona sometida al proceso, y ese carácter fue establecido en el Acosta como ya lo hemos reseñado.

Por su parte, el instituto de la condenación condicional es derogado en el Anteproyecto, haciendo de este modo de obligatoria ejecución a toda sentencia condenatoria.⁽¹³⁾ Podemos ver que ello se basa en una economización por **compresión** de requisitos propios de la misma en la literalidad

(12) Respecto a las reglas contempladas en los incs. 3º, 4º, 5º, 6º y 8º del art. 27 bis CP se ha indicado: "revelan un contenido penoso en su naturaleza, por comprometer seriamente la libertad y otros derechos de la persona. La necesaria exigencia de la fundamentación para su establecimiento, como también la impronta internacional (Reglas de Tokyo) en orden al respeto de la dignidad de los sujetos sometidos a estos dispositivos, parecen indicar que constituyen ... lisa y llanamente penas privativas de derechos distintas de las originarias ... penas que son aceptadas y cumplidas por el interesado, sin que medie sentencia condenatoria". ZAFFARONI, E. R., ALIAGA, A., SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal*, op. cit., p. 726.

(13) Ya lo decía Beccaria: "Uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consecuencia, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable, que para ser virtud útil debe ir acompañada de una suave legislación. La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad..."; BECCARIA, CESARE, *De los Delitos y de las Penas; Certeza e Infalibilidad de las Penas*. Indultos, Bs. As., Ediciones Libertador; 2005; p. 76.

de la suspensión del proceso a prueba, por cuanto para qué se va a realizar toda una dispensa judicial con lo que implica llevar a cabo la realización de un proceso si al mismo se lo puede suspender, máxime cuando mediante este instituto puede salvaguardarse a la persona de la posible aplicación de la prisión preventiva. Todos los casos en que entraría en juego la condenación condicional deberían ser absorbidos por la suspensión del proceso a prueba; y, aquellos casos en que faltase algún requisito para que proceda dicho instituto, porque el mismo fue otorgado por un hecho anterior al juzgado en el presente sin que hubiese transcurrido el término de 5 años, darán lugar a la posible aplicación de una pena alternativa⁽¹⁴⁾ conforme lo dispuesto en los arts. 30 y 31 del Anteproyecto. Dado que el mismo da la posibilidad en caso de una pena en concreto no superior a los 3 años de su reemplazo total o parcial por alguna de las penas alternativas descriptas en el art. 22 y desarrolladas en los arts. 23 a 29. Por su parte, se indica que el reemplazo se cancelará y se cumplirá el resto de la pena en prisión. Desde ya el nuevo delito debe estar determinado por sentencia condenatoria firme que lo constituya como tal. En caso que el condenado desobedeciese las penas alternativas, o cometiese un nuevo delito no conminado con prisión, podrá disponerse un nuevo reemplazo o cumplirse el resto de la pena que hubiere sido reemplazada en prisión. De todos modos, en caso de que deba cumplirse prisión por desobediencia de las penas sustitutas, habrá que establecer cuánto tiempo de las misma se ha cumplido para determinar cuánto tiempo le resta cumplir, dado que, aunque sustituta, es una pena mediante la cual la persona está legítimamente sometida al control estatal. En caso de que deba cumplirse prisión por la comisión de un nuevo delito probado por sentencia firme, se deberán aplicar las reglas de la unificación de penas para determinar la que en el caso corresponda.

El Anteproyecto 2006 determinaba la posibilidad de volver a aplicar el instituto mediante la disposición de un nuevo reemplazo si la evolución

(14) Las penas alternativas no son alternativas a la pena —como podrían serlo la condenación condicional, la eximición de pena en caso de delito imposible según la peligrosidad demostrada por el autor o la medida curativa contemplada en los arts. 17 y 19 de la ley 23.737—, ni alternativas a una posible pena como podría serlo la suspensión del proceso a prueba, o la medida curativa contemplada en los arts. 18 y 19 de la ley 23.737, si no penas alternativas a la pena de prisión; es decir, que se establece una pena por sentencia condenatoria firme, de cumplimiento efectivo, de naturaleza distinta a la multa e inhabilitación y, lo más importante, como alternativa distinta y menos aflictiva para los derechos de las personas que la de prisión.

posterior del penado fuera favorable y revelase predisposición para el acatamiento de los sustitutos, sobre lo mismo no hace referencia alguna el Anteproyecto 2014.

En definitiva, siempre se trata de evitar la aplicación de una pena privativa de la libertad, con preeminencia cuando la misma lo fuera de corta duración. Esto por cuanto se reconoce el efecto deteriorante, tanto físico como psíquico, que implica la privación de la libertad.

Es imposible cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación en sistemas penitenciarios en los que existen patrones sistemáticos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes contra los reclusos por parte de las propias autoridades; en los que se reportan altos índices de violencia carcelaria; en los que existen cárceles en las que el control efectivo de la seguridad interna es ejercido por los propios presos, y no por las autoridades competentes; o en los que el Estado no provee condiciones mínimas de espacio, alimentación, higiene y atención médica.⁽¹⁵⁾

4. Conclusiones

Al acercamos al instituto de la suspensión del proceso a prueba en el Anteproyecto de Reforma al Código Penal denotamos que el mismo tiene una historia compuesta tanto por antecedentes legislativos, en parte doctrinarios, y sustancialmente jurisprudenciales que no pueden desconocerse.

Caímos en la cuenta de que una de las grandes causas por las cuales la jurisprudencia fue moldeando la interpretación de dicho instituto fue por la poca claridad con que el mismo estaba contemplado legislativamente, lo cual afecta no solo la estricta legalidad requerida sino también la seguridad jurídica de aquellos sometidos a juzgamiento.

Pero hay algo extraño, no se entiende por qué se intenta reformar un instituto para darle ante todo estructura aplicativa clara, pero no se toma partido por respuestas concretas en temas centrales referentes al mismo. Es como decir: vamos a tener esto y aquello pero aún no sabemos muy bien cómo lo vamos a aplicar. Ello me recuerda un poco a ciertas nor-

(15) CIDH-OEA, *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 31/12/2011, apart. 611, p. 230.

mas contenidas en los tratados internacionales que se redactan de una forma extremadamente amplia para que la mayor cantidad de Estados adhieran y luego, en el camino, se va viendo desde donde y hasta donde interpretamos.

Por su parte, evidenciamos que no podemos analizar un instituto limitándonos al artículo que expresamente lo dispone sin conocer las demás disposiciones que lo moldean o que serán su objeto de procedencia o condición para ello, pues de otro modo correremos el riesgo de darnos una respuesta equívoca. Y esto, por cuanto el Código es un conjunto entramado de normas dependientes entre sí.⁽¹⁶⁾



(16) DOMENECH, ERNESTO E., *La palabra Derecho Penal*, Derecho Penal 1, cátedra II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, UNLP, 2000.

La regulación del concurso material o real en el Anteproyecto de Código Penal argentino

CHRISTIAN JAVIER RAJUAN⁽¹⁾



1. Introducción

El objeto de la presente ponencia es indagar en torno a la propuesta de regulación del denominado concurso real o material en el Anteproyecto de Código Penal argentino redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación creada por decreto del PEN 678/2012.

En tal empresa, pasaré primeramente breve revista a la regulación vigente de ese instituto de la parte general del derecho penal, intentado brindar no solo una explicación desde el punto de vista exclusivamente normativo, sino más bien contextualizada, aunque fuera escuetamente, en el marco social que determinó el origen del referenciado instituto en la forma y con el alcance con que actualmente lo concebimos.

(1) Auxiliar adscripto a la docencia del departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

Seguidamente, se puntualizarán aspectos de la actual regulación legal que presentan instancias de conflictividad con otros espacios del ordenamiento jurídico argentino.

Finalmente, se realizará un análisis de la formulación legal sugerida con sentido crítico, tanto a los efectos de destacar los aspectos estimados como favorables, como así también con el objetivo de subrayar aquellos extremos que puedan estimarse como desaciertos.

2. La regulación normativa del concurso material en el Código Penal argentino: el texto vigente y el contexto de su dictado

El 10 de junio de 2004 se publicó en el Boletín Oficial una nueva modificación introducida al Código Penal argentino mediante la ley 25.928.

Dicha norma hubo de alterar la redacción clásica del art. 55 CP⁽²⁾ elevando la posibilidad de aspersion⁽³⁾ en la conformación de la escala penal del concurso material, hasta los 50 años de prisión o reclusión en su máximo.

Previamente a su entrada en vigor y sobre la base de la referencia a la imposibilidad de exceder el *máximum* legal de la especie de pena de que se trate, a la que hacia expresa referencia la norma, en forma general y consensuada,⁽⁴⁾ se interpretaba que dicha escala compuesta no podía superar los 25 años de prisión o reclusión, toda vez que esta resultaba la máxima expresión sancionatoria que, para las penas privativas de libertad divisibles, contemplaba en la parte especial el Código Penal.⁽⁵⁾

Un dispositivo penal de la naturaleza del estudiado no merece, a mi entender, un análisis descomprometido del contexto social en el cual se verificó su dictado, por lo cual, como cuestión prioritaria, habré de realizar algunas lacónicas referencias y reflexiones sobre ese trascendental aspecto.

En ese sentido, debo indicar primeramente que la ley 25.928 no ha sido un producto jurídico aislado sino que, por el contrario, su entrada en vigor

(2) "Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión".

(3) Para ampliar este aspecto, ZAFFARONI E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 666.

(4) SOLER SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Tea, 1992, p. 365.

(5) V. gr. en el delito de homicidio simple del art. 79 CP.

se vinculó a una concatenación de transformaciones jurídico penales al catálogo punitivo argentino que, en su totalidad, se hallaban orientadas al endurecimiento de ese instrumento represivo estatal.⁽⁶⁾

(6) Solo a modo de guisa, se debe mencionar la ley 25.742 (BO 20/06/2003), que incorporó para el delito de secuestro extorsivo todo un plexo de supuestos a los cuales les asignó una escala penal agravada de 10 a 25 años de prisión o reclusión (si la víctima fuere mujer embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años, ascendiente, hermano, cónyuge o conviviente u otro individuo a quien se deba respeto particular, persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma; si el agente fuera funcionario o empleado público, pertenezca o hubiera pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado; si el delito fuera cometido por tres o más personas o se causar en lesiones graves o gravísimas a la víctima —incs. 1° a 6° del art. 170—); asimismo, se previó prisión o reclusión perpetua para el supuesto en que se causare intencionalmente la muerte del ofendido; la ley 25.767 (BO 01/09/2003), que incorporó como agravante genérico en el art. 41 quater el supuesto de concurrencia de personas mayores de edad en comunidad delictiva con menores, previendo el incremento de la escala penal del delito de que se trate, respecto del adulto, en un tercio tanto en su mínimo y máximo; la ley 25.816 (BO 09/12/2003), que impuso penalidad perpetua para los homicidios por la condición funcional del victimario de miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria cuando el hecho resultare cometido en uso abusivo de tal función o cargo (arts. 80 incs. 9°); la misma norma, incorporó un agravante genérico para la totalidad de los tipos penales previstos en el capítulo II —robo—, previendo un aumento en un tercio del mínimo y máximo de las respectivas escalas penales, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario —art. 167 bis—; la ley 25.882 (BO 26/04/2004), que agravó la pena en el delito de robo con armas (art. 166, inc. 2°), previéndose para el supuesto de empleo de arma de fuego la elevación de la escala punitiva en un tercio del mínimo y máximo respecto del tipo básico; la ley 25.886 (BO 05/05/2004) que, entre otras cuestiones, agravó la pena del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil de 6 meses a 3 años, a 1 a 4 años de prisión, incorporando para los supuestos de portación ilegal de arma de fuego de cualquier calibre, un agravante genérico para el caso que el autor registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior, supuestos en los que la escala punitiva se eleva de 4 a 10 años de prisión; la ley 25.890 (BO 21/05/2004), que modificó el art. 163 e incorporó un capítulo especial sobre el abigeato (arts. 167 ter y quáter), en función del cual, el hurto de una o mas cabezas de ganado mayor o menor que originariamente se hallaba conminado penalmente con 1 a 6 años de prisión, pasó a encontrarse amenazado con prisión de 2 a 6 años, estableciendo a la par 6 distintas circunstancias que agravan el tipo básico y que elevan la escala penal a 4 a 10 años de prisión o reclusión (el apoderamiento se realizare en las condiciones previstas por el art. 164, se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal, se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal o documentación equivalente falsos, participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o productos o subproductos de origen animal, participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión o participaren en el hecho tres o más personas); la ley 25.892 (BO 26/05/04), que modificó los arts. 13 a 15 agravando el régimen del instituto de la libertad condicional, elevando de 20 a 35 años el quantum de pena cumplida exigido como requisito temporal para acceder a su aplicación, incorporando la condición de que el privado de libertad cuente con un informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social y anexando nuevas condiciones a la cuales puede quedar supeditada la libertad vigilada, la de sometimiento a tratamiento médi-

Difícilmente un análisis concienzudo de la cuestión a abordar pueda ser llevado a cabo escindiendo el inusitado impulso transformador de la legislación penal de fondo que tuvo lugar entre los años 2003 y 2004, y de ciertas manifestaciones de tipo social masificado que se fueron verificando en forma concomitante y que, sin lugar a dudas, tuvieron un impacto en las agencias gubernamentales intervinientes, de tipo receptivo y propiciante de propuestas de esta índole.

Vinculado con este punto, no habrá que perder de vista que muchas de las ideas que alcanzaron rango legal y que redundaron en el envilecimiento de la *lex punitiva* por vía de las reformas a las que se hiciera referencia se corresponden con las introducidas en el denominado “petitorio de Juan Carlos Blumberg”,⁽⁷⁾ dirigido a las autoridades legislativas como modo de exigencia directa para la inmediata adecuación hacia una legislación penal que atendiera a los ribetes que presentaba, al menos desde la percepción del colectivo reclamante, el fenómeno de la criminalidad en general y en particular el problema securitario.

En lo que aquí interesa, el texto de aquel petitorio proponía “... **Modificar la pena en condena por dos o más hechos. Las penas deben sumarse sin límites máximos (...)** Que la pena perpetua sea perpetua. No más 25 años de máximo...”⁽⁸⁾

Quizás, quien mejor ha sabido describir y expresar este particular viraje asumido como creciente transformación en el modo de adopción de las políticas penales contemporáneas, con especial valor explicativo en lo concerniente a la cuestión relativa a la modificación de las leyes penales, ha sido —a mi entender— Diez Ripolles, al explicar cómo la ciudadanía,

co, psiquiátrico o psicológico que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos y cualquiera de las contempladas en el art. 27 bis que el juez estimare aplicables al caso (art. 13). Esta misma norma, adunó al caso de la reincidencia los supuestos de los arts. 80 inc. 7º, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo, como presupuestos delictivos en los cuales tampoco es factible acceder a la libertad condicional (art. 14); y la ley 25.893 (BO 26/05/2004), que agravó las penas de los delitos contra la integridad sexual, modificando la escala punitiva para los supuestos de abuso sexual seguido de muerte de los quince a veinticinco años de prisión o reclusión, a prisión o reclusión perpetua —art. 124—.

(7) Empresario textil argentino cuyo hijo, Axel Blumberg, fue secuestrado el 17/03/2004 y posteriormente asesinado por sus captores, hecho que lo convirtió en un referente mediático para la convocatoria de marchas multitudinarias de reclamos de índole securitarios. El destacado me pertenece.

(8) “El texto completo del petitorio de Blumberg”, en *La Nación*, 01/04/2004.

o amplias capas de ella, que regularmente expresaban el malestar social en forma indefinida e incluso con una limitada operatividad, se ha visto oscurecida por la aparición de un grupo social capaz de formular programas de acción sin necesidad de esperar ulteriores etapas del proceso legislativo.

De esta forma, haciendo alusión a los grupos de víctimas o afectados, acrecidos en su composición y consolidados en sus posibilidades de éxito por la solidaridad que generan en círculos sociales cercanos y mayores numéricamente, realizan una anticipación y sustitución respecto de la opinión de los expertos e incluso de la opinión pública, entendida esta como **mediadora experta de las preocupaciones sociales**.

El resultado de esta modificación y consecuente protagonismo de dichos actores sociales deriva en la acentuación de algunos que ya presentaba la opinión pública como agente activador de respuestas legislativas penales, esto es, **una aproximación simplista a la realidad y la pérdida de oportunidades de reelaboración reflexiva y compartida de los análisis, enmarcada en el bloqueo emocional incapacitante para aceptar un discurso racional pleno.**⁽⁹⁾

La pérdida de instancias de reflexión, de debate legislativo y democrático respecto del mérito o conveniencia y, en definitiva, de la necesidad de trastocar aspectos neurálgicos que perjudican la sistematicidad de un cuerpo jurídico orgánico como el código penal ha sido la nota hilvanadora del colectivo de reformas legales del que formara parte la modificación al concurso real, en la medida en que los actores gubernamentales encargados de mediar el reclamo popular por el control del delito y la seguridad limitaron su actividad a endosar sus pretensiones.⁽¹⁰⁾

(9) DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 36/37.

(10) Para ampliar estos aspectos, BOMBINI, GABRIEL A., "Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia", en *Violencia y sistema penal*; Bs. As., Editores del Puerto, 2008; CELS, "La responsabilidad política de responder al reclamo social por la inseguridad", [en línea] www.cels.org.ar; CESANO, JOSÉ D., "El expansionismo penal como nota distintiva de la política criminal reciente", en *Reformas al Código Penal*, Bs. As., BdeF, 2005, pp. 1/32; "La política criminal y la emergencia (entre el simbolismo y el recrudescimiento punitivo)", Córdoba, Mediterránea, 2004; DIEZ RIPOLLES, JOSÉ L., *La política criminal en la encrucijada*, Bs. As., Euros, 2007; ERBETTA, DANIEL, "Seguridad y reformas penales ¿Hacia dónde vamos?", en *Reformas Penales II*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2006 y FAVAROTO, RICARDO y LAINO, NICOLÁS, "La recodificación penal y el principio de reserva de código", [en línea] www.pensamientopenal.com.ar

3. Inconvenientes derivados de la colisión del precepto con el fin constitucional de la pena privativa de libertad

En un marco de discusión de tipo confusional y exacerbado como aquel relacionado a la cuestión criminal, los problemas en materia de seguridad ciudadana y las respuestas de índole punitivas extendidamente recetadas en términos de políticas públicas estatales para hacerles frente, indicar la vigencia de lo obvio puede resultar en oportunidades, si no indispensable, al menos necesario.

En este sentido, sin pretender realizar un examen pormenorizado y detallado como el que merece la cuestión en vista al acotado espacio de desarrollo que habilita la presente labor monográfica, no pueden dejar de mencionarse tres parámetros legales concretos y directos que rellenan de contenido, al menos en términos meramente propositivos y en el plano del deber ser, a la dada en llamar pena privativa de libertad en nuestro contexto.

El primero, es la referencia que emerge de la cláusula constitucional del art. 18 de nuestra Carta Magna cuando indica, en su parte pertinente, que "... Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice...".

El segundo viene dado por el art. 1º, párr. 1, ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad en el ámbito nacional, el que dispone "... La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad...".

El tercer y último parámetro enlaza, con especial implicancia para los bonaerenses, con el art. 4º ley 12.256 de ejecución penal, en cuanto indica que "... El fin último de la presente Ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control...".

Vale decir que, desde el punto de vista legal y constitucional, no parece discutible una adhesión del Estado argentino a una visión de la pena privativa de la libertad enrolada en un preventivismo especial positivo,⁽¹¹⁾

(11) Este y los restantes fundamentos de legitimación del castigo estatal clásicamente esbozados pueden consultarse en una versión sintética en BOMBINI, GABRIEL A., *Fundamentos de*

extremo que se desprende con absoluta claridad de la específica mención constitucional negatoria de cualquier carácter retributivo, como así también de las ideas consignadas, ya en el plano legal, de “inserción” (ley 12.256) y “reinserción” (ley 24.660).

Pero más allá del punto de vista del derecho interno legal y constitucional, tampoco puede soslayarse que en el plano del derecho convencional de los derechos humanos —con especial incidencia en el caso argentino en función de lo establecido en el art. 75, inc. 22, CN—, el fin preventivo de la pena también reconoce origen en lo establecido en el art. 5.6 CADH y en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En forma complementaria, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o degradantes (art. 16.1), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5°), el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7°) y la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 37.a y 37.c), vedan taxativamente la imposición de cualquier penalidad que importe un trato aflictivo o trasunte en un acto inhumano.

En esta senda interpretativa puede afirmarse sin lugar a mayores hesitaciones que el único motivo fundante del encierro penal en el contexto local se vincula con la posibilidad de devolver al medio social al individuo infractor, en condiciones de que este pueda insertarse adecuadamente.

Esta idea final tratamental —por cierto antigua y aún discutible desde diversos prismas, en particular aquellos vinculados con la instrumentalización del ser humano y con la pretensión de enseñar a vivir en libertad desde contextos de encierro—,⁽¹²⁾ se ve seriamente contraindicada con un dispositivo legal que habilita la imposición de condenas privativas de libertad de hasta 50 años, teniendo incluso en vista para ello datos extra legales como lo es el de la esperanza de vida al nacer para nuestro país, señalada en el informe “Salud en las Américas 2012 de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)/Organización Mundial de la Salud (OMS)”,⁽¹³⁾ lo que hace pausable merecedora a aquella cláusula de idénticos cuestiona-

la Pena Estatal, Mar del Plata, Facultad de Derecho, UNMDP/Ediciones Suárez, 2005.

(12) BERGALLI, ROBERTO, “¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?”, en Publicaciones del instituto de criminología de la Universidad de Madrid, Madrid, 1976.

(13) [En línea] <http://www.prensa.argentina.ar/2012/09/19/34250-en-argentina-aumento-la-esperanza-de-vida-y-disminuyo-la-mortalidad-infantil-informo-la-ops.php>

mientos a los tradicionalmente desarrollados respecto de las denominadas penalidades perpetuas y con absoluta vigencia en nuestros días.⁽¹⁴⁾

En este sentido, un reciente e interesante pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa del enjuiciado revocando la sentencia de grado en la que se le impusiera la pena de 50 años de prisión por un concurso material de graves delitos que se le atribuyeran.

Entre los fundamentos que inspiraran tal decisión se tuvo en consideración que la aplicación de un test de constitucionalidad y convencionalidad al determinar la pena a imponer, exige un análisis que no solamente esté relacionado con la culpabilidad del autor en atención a los hechos atribuidos, sino que debe atender a la proporcionalidad de la pena en función de los principios de humanidad y de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes consagrados en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (arts. 18 y 75, inc. 22, CN) y al fin resocializador y de prevención general que persigue toda sanción penal, destacando que

... En lo que hace a la determinación de la pena a imponer en el caso, el análisis deberá no solamente ajustarse a las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del código sustantivo, sino también guardar respeto de las particulares circunstancias procesales que reviste la situación del condenado, en tanto ha sido declarado reincidente, lo que importa la restricción a la posibilidad de acceder a institutos liberatorios, todo ello frente al elevado maximum de la escala penal en abstracto que resulta de aplicación...

Como se ve, el tribunal, en faz de la determinación judicial de la pena, ha puesto en valor el principio del fin preventivo de la pena con especial referencia al aspecto de la readaptación del condenado, directriz que debería guiar otras instancias de la intervención del sistema penal bien previas, en particular y en lo que aquí interesa, la de la criminalización primaria, la cual, con la instalación de dispositivos legales como el comentado, pareciera reorientar la cuestión hacia ideas de tipo inocuantes o neutralizadoras.⁽¹⁵⁾

(14) ZAFFARONI E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A., *Manual...*, op. cit., pp. 708/710.

(15) ERBETTA, DANIEL, "La reforma al sistema de punición del concurso material de delitos", en *Reformas Penales*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 113/147.

4. El Anteproyecto de reforma al Código Penal Argentino

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, confeccionado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación,⁽¹⁶⁾ vino a tomar debida nota del enorme desacierto constituido por el texto del actual art. 55 CP, manteniendo en lo medular la redacción vigente, pero incorporando un significativo ajuste que dota a la norma de la racionalidad y coordinación con el resto del ordenamiento jurídico, que fueran abandonadas con la puesta en vigor de la ley 25.928.

El texto completo de la norma propuesta —art. 12 Anteproyecto— dispone bajo la nomenclatura de “Concurso real”:

1. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con prisión, la pena aplicable tendrá como mínimo, el mínimo mayor, y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos.
2. Esta suma no podrá exceder del doble del máximo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes, y en ningún caso será superior al máximo legal de treinta años.
3. Respecto de las demás penas, se aplicarán reglas similares.

Como fácilmente puede observarse, en la estructura global del artículo en cuestión, el punto 1 se corresponde, sin que se identifiquen matices, con la primera parte del actual art. 55 CP.

Ahora bien, la norma en análisis viene, por un lado, a establecer un primer límite a la posibilidad de adición aritmética de los máximos que componen las escalas de los tipos penales en particular para la conformación de la escala compuesta del concurso, esto es, que en ningún supuesto aquella sumatoria de penas pueda exceder del doble del máximo más alto de la constelación de máximos que convergen en la relación concursal de que se trate.

Verbigracia, si se tratase de un concurso material entre un delito de hurto, robo y estafa (1 mes a 1 año de prisión, 1 mes a 6 años de prisión y 1 mes a 6

(16) Creada por decreto PEN 678/2012 e integrada como presidente por Eugenio Raúl Zaffaroni, miembros León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, secretario Julián Álvarez y coordinador Roberto Manuel Carlés.

años de prisión —arts. 162, 164 y 172 CP respectivamente—), la escala compuesta derivada de la aplicación del principio de aspersion del concurso real quedaría conforma en su mínimo por 1 mes de prisión —los mínimos son iguales para los tres delitos— y en su máximo por 12 años de prisión, teniendo para ello en vista que la suma aritmética de las tres penalidades máximas de las figuras en danza arrojaría 14 años de prisión, pero aplicando el ajuste relativo a la imposibilidad de superar **el doble del máximo más alto** —en la especie lo constituye 12 años de prisión, que se corresponde con el doble de 6 años, cúspide de las respectivas escalas tanto para el robo como para la estafa—.

Valga reseñar aquí que los mínimos y máximos contemplados en el ejemplo son conforme el texto vigente del articulado del Código Penal, extremo este que se ve puntualmente corregido en el Anteproyecto, que prevé como expresión mínima sancionatoria privativa de la libertad locomotiva seis meses de prisión.⁽¹⁷⁾

Distinto sería el supuesto si la relación concursal material se hubiera verificado entre un homicidio simple y un robo agravado por el empleo de arma de fuego (8 a 25 de prisión o reclusión y 6 años y 8 meses a 20 años de prisión o reclusión, ver arts. 79 y 166, inc. 2º, CP).

En este caso, la escala derivada del concurso se compondría en su mínimo con el mínimo mayor de 8 años de prisión o reclusión previsto para la figura del homicidio y en su máximo por 30 años de prisión o reclusión, descartando consecuentemente los 45 años que arrojaría la mera adición de los máximos en juego, por aplicación directa de la cláusula de recorte prevista en el punto 2 del art. 12 Anteproyecto.⁽¹⁸⁾

En buena forma, el Anteproyecto ha venido a corregir la terrible distorsión inaugurada por la ley 25.928 en la medida que, al instaurar un sistema de doble tope, otorga un mayor grado de racionalidad al monto final del marco del concurso material o real.

(17) En el ejemplo, y trasladado a las previsiones del Anteproyecto, serían 6 meses de penalidad mínima para el hurto, robo y estafa conforme lo establecen los arts. 140, 141 y 143, respectivamente.

(18) El delito de homicidio simple se encuentra previsto con idéntica sanción a la vigente en el 76 del Anteproyecto, y con la única supresión de la especie de pena reclusión actualmente contemplada. El delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego se encuentra previsto en el art. 141, inc. 2.a, Anteproyecto, modificándose la escala de 3 a 12 años de prisión y suprimiendo la posibilidad de reclusión como pena alternativa.

Por otro lado, la referencia establecida en el art. 12 Anteproyecto vinculada a la imposibilidad, en todos los casos, de que la escala penal compuesta supere los 30 años de prisión, informa sobre la coherencia intrasistémica del pretense cuerpo normativo, habida cuenta que muestra coordinación con la previsión del art. 2,1 inc. 1, que indica "... La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años...".

No obstante lo expuesto, no huelga señalar que el Anteproyecto, si bien incorpora como aspecto novedoso lo atinente a la imposibilidad de que el máximo de la escala compuesta supere el doble del monto máximo de la figura más severamente penada consignada en el marco penal individual, no ha logrado devolver la situación al *statu quo* anterior a la ley distorsiva, el que ofrecía como solución la imposibilidad de exceso del monto final para la escala concursal, del *máximum puniendi* del decálogo penal argentino, que para las penas temporales divisibles privativas de libertad resultaba el de la figura del homicidio simple de 25 años de prisión o reclusión, como ya se señalara previamente.

Ahora bien, hecha esa salvedad, tampoco puede ser objeto de soslayo en aras de medir adecuadamente el valor intrínseco del Anteproyecto en este particular que aquella situación previa a la reforma de la ley 25.928, derivaba de una de varias interpretaciones posibles.

En efecto, no habrá de obviarse que alguna postura —si bien minoritaria—, avalaba la posibilidad de superar los 25 años de prisión o reclusión a los que remitía la expresión "maximum legal de la pena de que se trate" del antiguo art. 55 CP, apoyando tal tesis en la armonización de la previsión del art. 235 CP —"... Aumentase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad"—, con la del segundo párrafo del art. 226 CP, que criminalizaba conductas puntuales con la pena de 8 a 25 años de prisión, lo que derivaba en la posibilidad de ascenso de la escala hasta los 50 años de prisión o reclusión, o bien hasta 37 años y 6 meses de idénticas especies de pena si la remisión al segundo párrafo del art. 226 CP se efectuaba desde la cláusula del art. 227 ter CP: "... El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio,

cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la constitución nacional...".⁽¹⁹⁾

Tal indeseable panorama interpretativo tuvo lugar con motivo de la sanción, el 9 de agosto de 1984, de la ley 23.077, que hubo de reemplazar el Capítulo I del Título X del Libro Segundo de nuestro digesto material penal, nombrándolo en lo sucesivo como "Atentados al orden constitucional y la vida democrática".

Criterios de esta índole, lejos de quedar relegados en ámbitos de mera discusión teórica, fueron incluso receptados jurisprudencialmente, tal y como ocurrió en el paradigmático caso "Fulquín", fallado el 15 de mayo de 1996 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 de la Capital Federal, en el que se llegó a realizar una estimación sancionatoria de 30 años de prisión.⁽²⁰⁾

De lo expuesto se deduce que, si bien el art. 12 Anteproyecto habilitaría la posibilidad de conformación de la escala concursal en 5 años más que el estado de cosas reinantes en forma previa a la reforma introducida por la ley 25.928, ha venido a sellar y clausurar cualquier disquisición que por vía de la interpretación pretenda superar el monto final de 30 años de prisión.⁽²¹⁾

Este aspecto debe vincularse con otro bien concreto de proyección estadística respecto del universo de casos justiciables constituidos por infracciones leves que verán solucionado, en términos de proporcionalidad, el desquicio punitivo derivado de la mera suma aritmética que ofrece actualmente el art. 55 CP.

(19) Para ampliar este aspecto ver ZAFFARONI, E. R., "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente", en *La ley*, 10/01/2010.

(20) CESANO, JOSÉ DANIEL, "La modificación al sistema de punición del concurso real a través de la ley 25.928", en *Reformas al Código Penal*, Bs. As., BdeF, 2005; pp. 335/354.

(21) En los fundamentos que acompañan el Anteproyecto, se explicita con absoluta claridad el origen del tope legal de 30 años, al indicarse que "... bien puede entenderse que en el presente se han recuperado esos límites por vía de una ley más benigna, que es la de implementación del Estatuto de Roma (ley 26.200, promulgada el 05 de enero de 2007), posterior a la reforma del art. 55 del CP y a los otros de la parte especial, que en alguna interpretación judicial —aprovechando la ligereza del legislador— había dado lugar a otros cálculos de máximo...", destacándose incluso que "... Si bien la CSJN ha considerado por mayoría que la indefinición del máximo de la pena privativa de la libertad no plantea una cuestión constitucional, cabe entender que la citada ley 26.200, al prever como pena del genocidio la de prisión de treinta años, ha impuesto un nuevo máximo, dado que es imposible imaginar un crimen de mayor contenido ilícito que éste...".

En estos términos, 4 hurtos consumados no alcanzarán ya, por sumatoria de máximos legales (2 años de prisión —ver art. 162 CP o 140 Anteproyecto—), la penalidad mínima prevista para un homicidio (8 años de prisión o reclusión —ver art. 79 CP— u 8 años de prisión según el art. 76 Anteproyecto), sino que serán juzgados a la luz de una escala compuesta de 6 meses a 4 años de prisión en función de lo previsto en el punto 2 del art. 12 Anteproyecto en cuanto a la imposibilidad de exceder del doble del máximo del delito concurrente más severamente penado.⁽²²⁾

Finalmente, el punto 3 del art. 12 del Anteproyecto explicita que “Respecto de las demás penas, se aplicarán reglas similares”. La redacción del Anteproyecto en este aspecto, verdaderamente, no resulta satisfactoria.

Es que en un campo como el del derecho penal, donde rigen principios como el de la legalidad estricta, la utilización de fórmulas comprensivas de adjetivos de la talla de “similar” desemboca en forma lineal en ámbitos interpretativos poco convenientes, cuando justamente de lo que se trata es de la restricción de derechos subjetivos.

Y aunque la alocución “reglas similares” deba verse en todos los casos ajustada y adecuada por los principios *favor rei* y de analogía *in bonam partem*, lo cierto es que la prevalencia por la taxatividad y precisión en esta materia es claramente preferible.⁽²³⁾

En este sentido, no logra percibirse la razón por la cual no se ha volcado, por vía de puntual remisión, la solución que se pretende para el caso de penas restrictivas de derechos diversos a la libertad, tal y como es señalado en los fundamentos adunados al Anteproyecto en los siguientes términos

... en este párrafo se opta por proponer que se apliquen en lo pertinente las mismas reglas, pero adecuándolas en cada caso con observancia de los principios señalados en el artículo 1º del proyecto. El riesgo de que algún juez pueda utilizar este dispositivo para imponer penas de multa o de inhabilitación superiores a los máximos establecidos en este mismo ante-

(22) Conforme se explicita en los fundamentos que acompañan el Anteproyecto, esta fórmula proviene del Código de Modderman, inspirador indirecto junto a Zanardelli, del legislador de 1921.

(23) Un esclarecedor trabajo sobre estos aspectos puede verse en MANUEL ATIENZA, “Contribución a una teoría de la legislación”; Madrid, Civitas, 1997, pp. 28/32.

proyecto, queda neutralizado en función de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 21°...^{(24) (25)}

Por todo lo expuesto, no obstante la salvedad indicada en párrafos precedentes relacionada a la circunstancia que la posibilidad de conformación de la escala final del concurso real conforme se prevé en el Anteproyecto superaría el panorama punitivo anterior a la reforma incorporada por ley 25.928, en la medida que ascendería a treinta en lugar de veinticinco años de privación de libertad, e incluso aquella vinculada a la redacción del punto tercero del art. 12, la que por su amplitud y ambigüedad contraría los requerimientos del art. 1°, inc. a, del propio cuerpo legislativo en discusión, el instituto del concurso real o material en los términos en que es propuesto solo puede merecer una visión positiva, habida cuenta que plantea un panorama futuro ampliamente superador del actual y, por cierto, más respetuoso no solo de la finalidad legal y constitucionalmente declarada para la pena privativa de libertad estatal, sino mucho más conciliador con principios basales que rigen la ley punitiva, para el caso, el principio de proporcionalidad de las penas.



(24) Art. 1° Anteproyecto: “Principios. 1. *Principios constitucionales y de derecho internacional.* Las disposiciones del presente Código se interpretarán de conformidad con los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía. 2. Se aplicarán con rigurosa observancia los siguientes principios, sin perjuicio de otros derivados de las normas supremas señaladas: a) *Legalidad estricta y responsabilidad.* Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia. No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa. b) *Culpabilidad.* No habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida. para la determinación del delito y de la pena no se tomarán en cuenta el reproche de personalidad, juicios de peligrosidad ni otras circunstancias incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona. c) *Ofensividad.* No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico. d) *Humanidad, personalidad y proporcionalidad.* Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, trascendiere gravemente a terceros inocentes o fuere notoriamente desproporcionada con la lesión y la culpabilidad por el hecho”.

(25) Art. 21, inc. 2°, Anteproyecto: “El tiempo que una persona hubiere cumplido en detención o prisión preventiva, aunque fuere en otro proceso simultáneo, será computado en la condena que le sea impuesta a razón de un día de prisión o dos de multa o dos de inhabilitación, por uno de detención o prisión preventiva”.

Límites constitucionales y pautas de interpretación en la aplicación de la ley penal argentina

Su tratamiento en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina⁽¹⁾

MANUELA DE AGOSTINO⁽²⁾



1. Introducción⁽³⁾

El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido del primer artículo del Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina y promover la discusión de la reforma a partir de las notas más salientes del mismo.

(1) Realizado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/12). Presidente: E. R. Zaffaroni. Miembros: León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo.

(2) Abogada (UNMDP).

(3) El texto se corresponde con la disertación efectuada en el marco del 1° Encuentro de Jóvenes Penalistas, cuyo tema fue "Discutiendo la Reforma Penal", organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, llevado a cabo en la ciudad de Mar del Plata, los días 8 y 9 de mayo de 2014.

El Libro Primero del Anteproyecto de Código Penal de la Nación argentina, relativo a la Parte General, comienza con el Título I, Principios y Aplicación de la Ley Penal.

Así, el art. 1º consagra en el texto de la ley principios que brindan pautas de interpretación y de aplicación de la ley penal argentina, lo cual constituye la prueba más fehaciente de que el texto del Anteproyecto está impregnado de un profundo espíritu y sentido garantista.

De este modo, es dable afirmar que la reforma se inspira en la reafirmación de los fundamentos racionales del derecho penal, cual sistema de normas que tiene por finalidad tutelar bienes y derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto ante las ofensas que se provocan mediante la comisión de los delitos, como también ante los excesos y abusos de las penas.

En este orden de ideas, se advierte que el Anteproyecto se enmarca, además, en la definición que brinda la dogmática acerca del derecho penal, que lo entiende como "... la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho".⁽⁴⁾

En tal sentido, explican Raúl E. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar que el poder del que disponen los jueces es de contención y, a veces, de reducción: "La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma".⁽⁵⁾

Al igual que en su antecedente más próximo —*Anteproyecto de Reforma del Código Penal*, del año 2006—,⁽⁶⁾ los principales objetivos tenidos en

(4) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 5.

(5) *Ibid.*

(6) Se trata del esbozo legislativo elaborado por la "Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal" (creada por resoluciones 303/2004 y 136/2005 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) coordinada por el entonces Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Alejandro Walter Slokar e integrada por especialistas en la materia: David Baigún, Guillermo Jorge Jacobucci, Edmundo S. Hendler, Carlos Alberto Chiara Díaz, Alejandro Tizón, Gustavo Raúl Ferreyra, Gabriel Di Matteo, Javier Augusto De Luca y Daniel Aníbal Erbeta (los dos

miras por los anteproyectistas han sido, por un lado, la reestructuración sistemática y racional del sistema de los delitos y de las penas en el afán de superar inequidades absurdas del Código vigente —que, producto de constantes reformas coyunturales, han acabado resintiendo la armonía del Código de fondo—;⁽⁷⁾ y por el otro, la concreción de un máximo acercamiento posible del Proyecto a los principios constitucionales y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, se ha pretendido crear un único cuerpo de leyes en materia penal (Código) que, como técnica legislativa impuesta constitucionalmente en función del mandato de certeza jurídica (arts. 18 y 75, inc. 12, CN), reúna los diferentes contenidos jurídico-penales hoy dispersos en leyes especiales, y recupere la claridad, precisión y sistematicidad actualmente perdidas, desde un paradigma respetuoso de los derechos humanos.

Sentados los lineamientos que han guiado la labor de los anteproyectistas, intentaremos en lo sucesivo, efectuar unos muy breves aportes al debate vigente que, por su trascendencia debe necesariamente ser profundo y técnico y desarrollarse no solo en los espacios académicos, sino también, en el ámbito de discusión por excelencia, el congreso.

Para concretar la tarea propuesta, desarrollaremos brevemente el contenido de los principios enunciados: a) legalidad; b) culpabilidad; c) ofensividad; d) humanidad, personalidad y proporcionalidad de las penas.

A su vez, señalaremos cuatro aspectos salientes que se desprenden de ellos y que hemos identificado para promover la discusión de la integralidad de la reforma:

- a. Necesidad o no de incluir en el texto del Código Penal principios de índole constitucional y de dogmática penal.
- b. Necesidad o no de eliminar el concepto de dolo eventual, así como también desentrañar si esa problemática se satisface adecuadamente con la incorporación de la imprudencia temeraria.
- c. Necesidad de eliminar y/o limitar la existencia de delitos de comisión por omisión.
- d. Existencia de delitos de peligro abstracto, así como de delitos agravados por el resultado en franca violación al principio de culpabilidad.

últimos mencionados reemplazaron a los salientes Eduardo Enrique García Vitor y Edgardo Alberto Donna, respectivamente).

(7) En total, a la fecha, y según se indica en la exposición de motivos, el Código Penal de 1921 sufrió unas 900 reformas parciales.

2. Sentido y origen de las garantías fundamentales

Con carácter previo al tratamiento de cada uno de los principios enunciados, es preciso señalar que estas garantías —que revisten la significación de principios constitucionales fundamentales— se han erigido en tales a partir del surgimiento del constitucionalismo moderno y de la creación del Estado de derecho. De allí, que su génesis tenga estricta relación con la expropiación y monopolización por parte del Estado del poder de persecución penal.⁽⁸⁾

Las garantías constitucionales que hoy conocemos fueron originariamente enunciadas por Cesare Beccaria (1794) en su obra *De los delitos y de las penas*.⁽⁹⁾ Allí, se enunciaron por primera vez la mayoría de los principios limitadores del poder punitivo que conocemos hoy, tales como:

- a. Que solo la ley y no la voluntad del juez puede establecer las penas.
- b. Que las leyes deben estar fijadas de manera minuciosa y comprensible, pues cualquier persona debe poder saber de antemano si sus actos constituyen o no delito, y cuáles son exactamente las consecuencias de los mismos.
- c. Que las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible mientras sirvan su propósito, que no es causar daño, sino prevenir que el delincuente cometa nuevos delitos.
- d. Que la tortura aplicada al reo para que confiese debe abolirse, porque beneficia al culpable fuerte y perjudica al inocente débil.
- e. Que las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos.

Asimismo, resulta pertinente traer a colación las palabras del jurista Julio B. Maier, quien indica:

... con la creación del Estado de Derecho, se declaran una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización

(8) BOMBINI, G.; DE AGOSTINO, M., "Código Procesal Penal de Entre Ríos. Normas Fundamentales", en Carlos A. Chiara Diaz - Mario Juliano (dirs.), Rubén A. Chaia (coord.) *Instituciones del Derecho Procesal Penal Acusatorio*, Entre Ríos, Delta, 2012, p. 15 y ss..

(9) La importancia histórica del libro *De los Delitos y de las penas* radica en gran parte en la conciencia jurídica, que se afirma, contraponiendo el estado de arbitrariedad a la exigencia firme del estado de derecho, igual para todos los ciudadanos e igualmente por encima de todos. De ahí el principio de legalidad, de repudio a la atrocidad de las penas, y de la separación de poderes; en el desarrollo y aplicación de tales principios está el mérito de su obra (SÁEZ CAPEL, JOSÉ, "Estudio preliminar", en Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas* [1794], Bs. As., Editorial Proa XXI, 2004, p.12).

arbitraria del poder penal del Estado; ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal, sean ellas generales o a un caso concreto.⁽¹⁰⁾

Así es que, desde el punto de vista de la porción del orden jurídico que abarca el derecho penal, las garantías se constituyen en limitaciones objetivas a ese *ius puniendi* estatal. Y por ello adquieren relevancia frente al Estado toda vez que establecen instrumentos o procedimientos que otorgan una protección especial a ciertos derechos que la Constitución reconoce y que resultan esencialmente operativos. En este sentido, el constitucionalista Bidart Campos explica que "... hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja".⁽¹¹⁾

Sin embargo, dice Maier que: "... estas seguridades individuales tienen asimismo una función legitimante de la concentración de poder político o, si se quiere, de la organización social estatal (...) si bien pretenden poner límites precisos a ese poder, también lo legitiman, en tanto lo reconocen como presupuesto de ellas, como sustrato al cual esas garantías van referidas".⁽¹²⁾

Existen numerosas clasificaciones en relación a los principios fundamentales del derecho penal. A modo de ejemplo, reseñaremos tres de ellas.

Eugenio Zaffaroni, junto a Alejandro Alagia y Alejandro Slokar en su *Tratado de Derecho Penal* establecen límites derivados de la función política y los dividen en tres grandes categorías que a su vez, comprenden diversos principios: a) principio de legalidad;⁽¹³⁾ b) principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos

(10) MAIER, JULIO B., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Bs. As., Editores del Puerto, p. 473.

(11) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Tomo I, Bs. As., Ediar, 2000, p. 622.

(12) MAIER, J. B., *op. cit.*, p. 475.

(13) Incluyen dentro del principio de legalidad: principio de legalidad formal; principio de máxima taxatividad legal e interpretativa; principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido; la irretroactividad de la ley penal como principio derivado de la legalidad y del Estado de derecho.

humanos;⁽¹⁴⁾ y c) principios limitadores de la criminalización que emergen directamente del Estado de derecho.⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

Por su parte, Alberto Binder realiza una enunciación y descripción de lo que denomina: a) principios que limitan la construcción de la ilicitud penal;⁽¹⁷⁾ b) principios que excluyen la ilicitud penal;⁽¹⁸⁾ c) principios que limitan o excluyen la responsabilidad penal;⁽¹⁹⁾ d) principios que limitan o excluyen la aplicación de la pena.⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

También Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo* (1989) *penal* establece diversos principios: a) principio de la retribución penal; b) principio de legalidad penal; c) principios de necesidad y de humanidad de las penas, d) principios de la pena mínima necesaria y de respeto a la persona; e) principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas; f) principios de necesidad y lesividad; principio de materialidad de la acción; g) principio de culpabilidad.

Como se advierte, prestigiosos juristas se han ocupado de abordar minuciosamente la temática de los principios que limitan la aplicación de la ley penal, por lo que cabe preguntarse si es necesaria la descripción de los mismos en un Código Penal.

3. Carácter de la norma: novedosa e ¿innecesaria?

Como primer punto, cabe resaltar el carácter novedoso de la introducción de esta norma en el texto del Anteproyecto de Código Penal, en

(14) Principio de lesividad; principio de proporcionalidad mínima; principio de intrascendencia (trascendencia mínima); principio de humanidad; principio de la prohibición de la doble punición; principio de buena fe y *pro homine*.

(15) Principios de superioridad ética del Estado; principio de saneamiento genealógico; principio de culpabilidad (de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado y de exigibilidad).

(16) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 107/142.

(17) Incluye: a) principio de exterioridad; b) principio de legalidad; c) principio de lesividad y relevancia social de la acción y omisión; d) principio de ilicitud personal.

(18) Incluye: a) principio de proporcionalidad y la relevancia de la ilicitud; b) principio de autotutela; c) principio de coherencia del sistema normativo.

(19) Incluye: a) principio de culpabilidad; b) principio de atribución personal; c) principio de advertencia suficiente; d) principio de corresponsabilidad social.

(20) Incluye: a) principio de legalidad de las penas; b) principio de proporcionalidad y las penas prohibidas; c) principio de utilidad del castigo.

(21) BINDER, A., *Introducción al Derecho Penal*, Bs. As., Ad hoc, 2004.

relación con el Código Penal vigente, ya que en este último no existe una de similar tenor.

En comparación con el Anteproyecto de Reforma de Código Penal elaborado en el año 2006, es dable mencionar que este último preveía la enunciación de la totalidad de los principios, a excepción del principio de personalidad de la pena. Sin embargo, la diferencia sustancial entre ambos radica en que en el Proyecto que aquí se analiza se le da contenido a los mismos.

Ahora bien, cabe preguntarse si resulta necesario introducir, en el Código Penal, principios de índole constitucional y de dogmática penal, teniendo en consideración, por un lado, que una norma de similar tenor se encuentra vigente en el texto constitucional y contempla la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31 CN) y, por otra parte, que los restantes principios se encuentran consagrados en los tratados que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) o como garantías implícitas (art. 33 CN).

En la exposición de motivos se indica que el inc. 1° podrá ser objetado por considerarlo innecesario. Vale decir que, en la propia fundamentación “se abre el paraguas”, anticipándose a posibles críticas. Así, en particular y en relación al inc. 1° del art. 1°, se expresa que “fuertes razones históricas indican la necesidad de consagrarlo”.⁽²²⁾

Con ello, se alude a los resabios —que aún persisten tanto en la jurisprudencia como en la doctrina— de aquel traspaso de la teoría del Estado legal a la del Estado constitucional.

En ese sentido, se reseña que “se considera indispensable remarcar para la jurisprudencia la necesidad de mantener la plena vigencia de los principios constitucionales”,⁽²³⁾ reafirmando así, el rechazo a cualquier infiltración de derecho penal autoritario.

Más allá de ello, lo cierto es que, de alguna manera, se reedita y reafirma el contenido del art. 31 de la Carta Magna. La supremacía de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de igual jerarquía es ratificada desde el comienzo del Anteproyecto de Reforma del Código Penal y de ahí que el artículo en estudio pueda ser objetado de superfluo.

(22) *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014, pp. 55/56.

(23) *Ibid.*

De este modo, se deja asentado que ninguna de las normas que integrarían el Código Penal puede contrariar —en su contenido y en su forma— el texto constitucional y que, además, ante un conflicto de interpretación debe primar aquella que sea conteste con las normas de mayor jerarquía.

Y, por otra parte, en el momento de aplicar las restantes normas, los jueces deberán verificar su ajuste a las de jerarquía constitucional mediante el control de constitucionalidad, ya que sino sería una simple declaración.

Consideramos que la consagración expresa de los principios fundamentales en el texto del Anteproyecto es sumamente relevante en la medida que, desde el inicio, se determina con qué alcance debe ser aplicada e interpretada la ley penal argentina. De este modo, se brindan pautas que deberán ser tenidas en consideración por los operadores jurídicos como integrantes de las agencias de la criminalización secundaria en la aplicación de la ley penal.

En función de ello, creemos que la incorporación de esta norma al Código de fondo, lejos de resultar superflua, adquiere suma trascendencia por las consecuencias que de ella se desprenden y también en la medida en que se constituye como un recordatorio para los magistrados en relación a la vigencia de estas garantías, quienes deberán corroborar que ninguna de las normas que integren el Código Penal contrarie —en su contenido y en su forma— el texto constitucional, haciendo primar ante un conflicto de interpretación, aquella que sea conteste con las normas de mayor jerarquía.

4. De los principios

En concreto, la norma en cuestión enumera una serie de principios fundamentales que se erigen como pautas rectoras en la labor de interpretación y aplicación de las normas del Código Penal, en la actividad persecutoria penal que lleva adelante el Estado a través de los órganos judiciales.

Así, se establece la legalidad tanto de los delitos como de las penas, la lesividad y culpabilidad de los delitos, por un lado, y la proporcionalidad, personalidad y humanidad de las penas, por el otro.

4.1. Legalidad estricta y responsabilidad

Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, reali-

zadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia.

No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa.⁽²⁴⁾

De este modo, en primer lugar se establece el **principio de estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales**. Ello implica la prohibición de penar a alguien sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Desde el punto de vista formal, el principio de legalidad requiere que la única fuente de la cual puede emanar la ley penal sean los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal sea la ley formal que de ellos emana, conforme el procedimiento que establece la Constitución Nacional.

A partir de este principio se construye el tipo normativo de la ley penal constitucional que sirve para eliminar las leyes penales implícitas. Se encuentra asimismo consagrado en los arts. 18 y 19 CN, así como también en los pactos internacionales que revisten jerarquía constitucional a la luz de lo normado en el art. 75, inc. 22 CN. (v. gr. art. 9° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 11, inc. 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 15, inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El origen de este principio se remonta a los albores del constitucionalismo mismo, y fue precisado en el ámbito penal por Feuerbach a través de las expresiones: *nullum crimen sine lege* (no hay delito sin ley previa), *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley previa).

Asimismo, el principio de legalidad conlleva otras consecuencias, cuales son: *nemo iudex sine praevia lege* (solo pueden entender los jueces designados por una ley previa); *nemo damnetur nisi per legale iudicium* (nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal) y *nullum crimen sine typicitat* (no hay delito sin tipicidad).

La legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva (art.19 CN, *in fine*). Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (art. 1 CN).

(24) Anteproyecto de Código Penal, Libro Primero, Título I, artículo 1°, inc. 2a.

Toda ley que imponga pena sin presuponer delito es inconstitucional, pues le falta el hecho del proceso.

No basta con que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal. Se trata de un principio elemental para la seguridad, aunque no importa una legitimación del poder punitivo que con el tipo se habilita, pues la arbitrariedad puede producirse en la misma determinación legal. Cuando los límites legales no se establecen de esta forma, cuando el legislador prescinde del verbo típico, cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: 1) declarar la inconstitucionalidad; 2) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa. El primero opera cuando el segundo resulta demasiado artificioso.

El principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*.

La analogía importa completar el texto legal en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad.

Sentadas estas generalidades acerca del principio de legalidad y enfocándonos nuevamente en el texto del Anteproyecto, cabe destacar que en orden al sistema de hecho punible se ha establecido expresamente, de manera precisa y compatible con el principio de legalidad y su derivado de culpabilidad, que solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descritas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas.

De ello se derivan dos consecuencias:

- a. No existe equivalencia entre acción y omisión. Por ello, en orden a los delitos omisivos, en especial a los llamados delitos impropios de omisión, solo su tipificación en la parte especial habilita la punición con fundamento en el principio de legalidad que exige la máxima taxatividad.

Ello se desprende no solo implícitamente del artículo inicial, sino también de la exposición de motivos efectuada en relación al art. 98 del Anteproyecto relativo al delito de abandono de personas. Allí, se deja asentado que "el texto proyectado no contiene en su parte general ninguna disposición que

permita construir analógicamente tipos omisivos, tal cual lo hace la mayoría de los códigos contemporáneos (...) Por consiguiente, en nuestro sistema, los tipos de delitos impropios de omisión deben legislarse”.

Al respecto, consideramos que la sistemática que adopta el Anteproyecto no resulta conveniente desde el punto de vista de política criminal pues la ausencia de inclusión de una cláusula general de equivalencia entre los delitos de acción y omisión —similar a la que sí incorpora el Código Penal español—,⁽²⁵⁾ exige la tipificación de cada uno de los ilícitos.⁽²⁶⁾

Y, de esta manera, la técnica escogida demanda una casuística que no ha sido prevista en su totalidad pues se advierten tipos penales de relevancia que han sido omitidos, generando así espacios de impunidad. Ello, se observa en relación a los funcionarios públicos en relación a los delitos de secuestro de personas (art. 107 inc. 3° apart. c), privación ilegal de la libertad (art. 109 inc. h), trata de personas (art. 111), por citar algunos ejemplos.

Por otro lado, y en relación a los tipos penales que han sido previstos se verifica una notable reducción punitiva para ciertos supuestos de delitos de comisión por omisión,⁽²⁷⁾ no habiéndose señalado, en la exposición de motivos, razones que justifiquen semejante desproporción punitiva —que llega, en algunos casos, hasta diez años de prisión—, máxime tratándose de obligados especiales.

Se advierte que la atribución de la autoría se vincula a las teorías del dominio del hecho, rechazándose la atribución de autoría por infracción de deber.

La autoría en el Anteproyecto se concibe fenomenológicamente, y a partir de la teoría del dominio del hecho, pero en la sociedad existen también formas de imputación normativa. En la exposición de motivos se indica

(25) Artículo 11 del Código Penal español: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

(26) La ausencia de incorporación de una cláusula general obedecería a que si se estableciera sería el juez quien estaría realizando tareas legislativas.

(27) Véase: la pena disminuida prevista para la desaparición forzada de personas y aun seguida de muerte por funcionario público (art. 65) y para el funcionario que omitiere impedir o interrumpir la comisión de tortura (art. 89).

que “se excluyen los delitos de mera infracción al deber”, por ser característicos de la doctrina totalitaria del siglo XX. Sin embargo, con ese fundamento, resultaría excluido de punición el obrar de ciertos sujetos especiales que tienen una estrecha relación con el bien jurídico por poseer una obligación de custodia para con este, debiendo impedir su lesión.⁽²⁸⁾

En razón de ello, y si bien se comparte la regulación del principio de legalidad estricta, se considera insuficiente la atribución de autoría a través de los delitos de omisión propia, resultando necesario incorporar una cláusula general de equiparación para los delitos de comisión por omisión, a fin de garantizar la equivalencia entre el desvalor de injusto entre la acción y la omisión y evitar infundadas asimetrías punitivas que redundarían en violaciones al principio de legalidad y de igualdad.

- b. No existe hecho punible salvo que medie dolo o culpa. De este modo, se pretende excluir de la legislación también la responsabilidad objetiva, que viola el principio de culpabilidad al pretender imputar y responsabilizar penalmente por hechos con los cuales la persona no tiene relación subjetiva alguna.

En estrecha relación con lo expuesto, la disposición establece una restricción importante al definir el delito, refiriendo que se trata de “... acciones y omisiones (...) realizadas con voluntad directa...”, lo cual conllevaría la eliminación de la construcción doctrinaria relativa al dolo eventual. De tal manera, la tipicidad subjetiva se ceñiría —en principio— a la configuración del dolo directo, salvo que se prevea pena en relación a acciones u omisiones cometidas por imprudencia o negligencia.

En el texto del Anteproyecto se adopta un concepto de dolo vinculado a las teorías volitivas: voluntad directa, es decir el agente debe querer realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Por su parte, en su disidencia, el Dr. Pinedo propugna una concepción mixta, entendiendo al dolo como el conocimiento o representación más la voluntad realizadora del tipo objetivo.

En cuanto a los tipos culposos se propone distinguir entre la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y otra temeraria, con una penalidad mayor para esta última, como puede verificarse en la parte especial (véase: arts. 83, inc. 2º, y 95, inc. 3º).

(28) Esta temática —por su complejidad— requeriría ser abordada en un trabajo específico. Aquí, simplemente se brindan lineamientos a partir de los cuales promover la discusión de la reforma.

4.2. Culpabilidad

No habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida. Para la determinación del delito y de la pena no se tomarán en cuenta el reproche de personalidad, juicios de peligrosidad ni otras circunstancias incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona.⁽²⁹⁾

El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona.

Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena solo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante.

A nadie puede imputársele acciones prohibidas si no ha tenido la posibilidad —cuanto menos— de prever el resultado de su conducta, pero tampoco cuando no le haya sido posible conocer la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta. Presenta un intolerable grado de irracionalidad pretender penar por un resultado querido o previsto, cuando su agente no pudo conocer la prohibición o no pudo evitar la conducta. El principio de culpabilidad abarca, pues, los dos niveles: el de exclusión de cualquier imputación de un resultado accidental no previsible (caso fortuito) y el de exclusión de punibilidad por no haber podido conocer la conminación o adecuar su conducta a derecho.

La violación más grosera al principio en su formulación primaria se expresa en la máxima *versanti in re illicita atiam casus imputatur* (quien quiso la causa quiso el efecto). En función de este se conceptúa al autor como el que haciendo algo no permitido, por puro accidente causa un resultado antijurídico y este resultado no puede considerarse causado culposamente conforme al derecho actual. El *versari in re illicita* es la manifestación en sede jurídico penal de la responsabilidad objetiva, la que debe ser absolutamente rechazada en el derecho penal.

En cuanto al segundo nivel de la culpabilidad, demanda que el agente haya podido conocer la prohibición y adecuar su conducta a derecho y se expresa en la máxima no hay pena sin exigibilidad. Presupone un ente

(29) Anteproyecto de Código Penal, Libro Primero, Título I, artículo 1º, inc. 2b..

capaz de decidir conforme a valores y pautas, un ser autodeterminable, o lo que es igual: una persona.

En suma, la culpabilidad es un juicio de exigibilidad que se formula al autor de un ilícito penal cuando este ha tenido la posibilidad concreta de contramotivarse en la ley penal anterior (en el precepto o en la sanción) y cuando la cantidad y cualidad de los condicionamientos a su libertad le hubieran permitido obrar con autodeterminación, es decir, le hubieran posibilitado escoger entre la conducta realizada u otra diferente.⁽³⁰⁾

Es por este principio que deberían eliminarse los delitos agravados por el resultado.

Se reafirman los principios de dignidad de la persona humana y su autonomía. Se rechazan así las nociones de reproche por la personalidad o peligrosidad y las otras circunstancias análogamente incompatibles con la dignidad y autonomía de la persona, siendo relevante a los efectos de la formulación de una imputación penal, la conducta realizada.

Se expresa que se apela a un enunciado general, pues resultan inimaginables las especulaciones intelectuales a las que se podría acudir en el futuro para pervertir la culpabilidad, fundado en razón de Estado, necesidades políticas coyunturales o en defensa social.

4.3. Ofensividad

No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico.⁽³¹⁾

Según el principio de ofensividad, también llamado de lesividad, ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la concreta lesión o puesta en peligro (afectación) de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.

Se genera un problema: suele equipararse el bien jurídico lesionado o afectado, con el bien jurídico tutelado, aunque en realidad son conceptos distintos. Nada prueba que la ley penal tutela un bien jurídico, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone

(30) VITALE, G., "Culpabilidad como límite a la pena", en *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Defensoría General de la Nación, 2009, p. 229.

(31) Anteproyecto de Código Penal, Libro Primero, Título I, artículo 1°, inc. 2c.

en peligro. La tutela la verifica (como verdadera o falsa) la sociología, no el derecho penal. Asimismo, no se tutela el bien lesionado; así —cuanto menos—, la tesis tutelista debiera admitir que no se trata de la tutela de determinado bien —por ejemplo, la vida en concreto—, sino de una idea abstracta de ese bien.⁽³²⁾

La idea de bien jurídico tutelado deglute y neutraliza el efecto limitante de la de bien jurídico afectado o lesionado: el principio de que todo delito presupone la lesión a un bien jurídico, por efecto de esta alquimia discursiva, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas. Como la ofensividad pasa a segundo plano, opacada por la pretendida tutela, y como la tutela no se verifica (sino que solo se afirma deductivamente), se acaba debilitando la idea misma de bien jurídico, para caer en la minimización del concepto y terminar afirmando que la función del derecho penal se reduce a garantizar la validez de las expectativas normativas.

La consagración normativa del principio de ofensividad en el texto del Anteproyecto, con los alcances que han sido precisados, conllevaría la exclusión de dos categorías de ilícitos que merecieran numerosas objeciones por parte de la doctrina. Así, por un lado se eliminan los delitos de mera infracción de deber y, por el otro, los delitos de peligro abstracto. En virtud de ello, se exige que el peligro sea efectivo, anulándose las presunciones de peligro, y la posibilidad de legislar y sancionar delitos que puedan entenderse como de peligro abstracto.

Por su parte, el Dr. Pinedo ha disentido en relación a este punto, considerando que el principio de ofensividad incluye el peligro estadístico o abstracto. En esa línea de pensamiento, el integrante de la comisión refiere que en el contexto de la sociedad de riesgos es necesario incluir legislación que cautele esos riesgos con la mayor amplitud posible, especialmente en relación a las “modernas actividades peligrosas”.

Ahora bien, más allá de que en la parte general se indica que no habrá delito sin lesión o peligro efectivo, lo cierto es que una rápida lectura de la parte especial del Anteproyecto evidencia que se han incluido tipos penales que, por su redacción, resultan de peligro abstracto.

(32) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*

Ello surge prístinamente, y a modo de ejemplo, en el art. 186, relativo a la tenencia y portación ilegal de armas de fuego, y en el art. 212, en relación a la asociación ilícita —figuras cuya constitucionalidad ha sido largamente discutida—.

De esta manera, se evidencia una disociación entre la Parte General y la Parte Especial y de allí surge un interesante debate acerca de la necesidad de preveer o no delitos de peligro abstracto. En tal sentido, la introducción de ciertos tipos penales obedece a la necesidad de no dejar ámbitos que requieren cierta protección penal impunes. Sin embargo, ello puede dar lugar a interpretaciones extensivas, siendo fundamental que —en caso de considerar que no puede prescindirse de la inclusión de tipos penales de peligro abstracto— sean los jueces quienes le confieran contenido material.⁽³³⁾

4.4. Humanidad, personalidad y proporcionalidad

Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, trascendiere gravemente a terceros inocentes o fuere notoriamente desproporcionada con la lesión y la culpabilidad por el hecho.⁽³⁴⁾

El principio de racionalidad republicana se vincula con el de humanidad o de proscripción de la crueldad (CN, 18 y 22). Se trata del principio más ignorado por el poder criminalizante ya que en las cárceles argentinas el fin resocializador de las penas que se establece constitucionalmente, y se ratifica en las leyes de ejecución penal (ley 12.256 y 24.660), no se cumple en modo alguno.

Las organizaciones de derechos humanos, principalmente el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, dan cuenta anualmente de las violaciones

(33) Tal y como lo ha efectuado la CSJN en el caso “Arriola” en la sentencia del 25/08/2009 en relación al delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14, segunda parte de la ley 23.737). Así, la totalidad de los magistrados afirmó que “... se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del art. 19 CN. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna...” (consid. n° 31 del voto común). Esta afirmación implica que deban analizarse las circunstancias del caso concreto a fin de determinar si resultan aplicables los lineamientos sentados por el máximo Tribunal Federal en el fallo Arriola.

(34) Anteproyecto de Código Penal, Libro Primero, Título I, artículo 1°, inc. 2d.

a los derechos humanos que tienen lugar frecuentemente en los establecimientos carcelarios.

En función de este principio, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, marcación cutánea, amputación, etc.). Pero no solo las abolidas en la Asamblea del año 1813 resultan penas crueles, sino que una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Ejemplo de ello: cuando la persona sufre un castigo natural, o cuando la perspectiva de vida se acorta por haber contraído una enfermedad o porque las posibilidades de supervivencia se reducen por la prisionización misma.

Como se indica en la exposición de motivos, es imposible prever todos los supuestos en que, en el caso y por circunstancias imponderables ex ante y en abstracto, las penas puedan resultar crueles.

Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, nunca debe ser perpetua en el sentido propio de la expresión, ya que implicaría admitir la existencia de una persona descartable. En concordancia con ello, el art. 21 del texto del Anteproyecto establece una duración máxima para la pena de privación de libertad ambulatoria de 30 años.

Este principio se vincula además con el principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión y con el principio de personalidad de la pena o de intrascendencia de la pena.

La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de los derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado.

Por otro lado, también se reivindica que en el estado de derecho la pena debe ser personal y no trascender a la persona del delincuente.

Sin embargo esta trascendencia es inevitable, ya que la comunicación, el conocimiento, el efecto estigmatizante, la pérdida de nivel de ingresos,

etc., son todos efectos que trascienden a la familia y a otras personas cercanas o dependientes, no ya del condenado, sino incluso del mero imputado.

Para los casos en que se vulneren alguno de estos principios, se establece la posibilidad de evitar la aplicación de pena o atenuar la legislativamente prevista. De tal modo, se confiere a los jueces la posibilidad de apreciar estas circunstancias excepcionales en los casos concretos, toda vez que los principios enunciados no son legales sino constitucionales y, por ello, deben primar por sobre las disposiciones del Código Penal.

Esta solución resulta conteste con la tendencia jurisprudencial tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como del Máximo Tribunal Nacional, órganos jurisdiccionales que han tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la vigencia de estos principios.

Así, a modo de ejemplo, la Corte IDH, en el "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica" específicamente sostuvo que la "punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) expresó:

De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 CN), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional.⁽³⁵⁾

(35) CSJN, "Pupelis", Fallos: 314:424.

En este orden, la Corte sostuvo que, al momento de individualizar la pena aplicable, el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido y que aquel principio impide que se aplique una pena mayor a la culpabilidad del imputado.⁽³⁶⁾

Al respecto, Zaffaroni, Alagia y Slokar explicitan que

... la necesidad de considerar en cualquier caso de menor culpabilidad, cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal deba apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho.⁽³⁷⁾

Ahora bien, considero que a la luz del texto propuesto por los anteproyectistas no será necesaria la declaración de inconstitucionalidad del mínimo, pues los mínimos resultan indicativos y referenciales,⁽³⁸⁾ y la exención y/o reducción devendría en facultad de los magistrados de acuerdo a la propia previsión legal.⁽³⁹⁾

5. Conclusiones

Consideramos que la reforma del Código Penal resulta necesaria pues la legislación penal inflacionaria a la que hemos asistido durante los últimos años ha deformado la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, vulnerando los principios constitucionales del derecho penal.

En función de ello, se impone un debate profundo acerca del Anteproyecto de Código Penal que debe estar guiado por los fundamentos racionales del derecho penal, los cuales se expresan en estos principios que hemos abordado.

En tal sentido, resulta sumamente relevante la incorporación de los mismos en el propio texto del Anteproyecto pues, como hemos visto, son

(36) Fallos: 314:441; 318:207 y 329: 3680.

(37) ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Bs. As., Ediar, 2002, p. 955.

(38) BOMBINI, G., "Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal", en ALAGIA, A., DE LUCA, JAVIER; SLOKAR, A., (dirs.) *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6: Determinación Judicial de la Pena. Ejecución de la Pena, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.

(39) Véase art. 19 y su exposición de motivos. El tratamiento conferido a este tópico requeriría un estudio que excede el objeto de este trabajo.

ordenadores de una política constitucional de reducción y contención del poder punitivo. Sin embargo, será ineludible, además, que el análisis de los delitos tipificados en la Parte Especial, esté guiado por los principios rectores expresamente contemplados en el artículo 1° de la Parte General y con el alcance allí establecido.

De todos modos, debe tenerse presente que ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta y que, en todo caso, serán los magistrados quienes deberán en los procesos de criminalización secundaria, y de acuerdo a las particularidades de cada caso en concreto, sometido a juzgamiento, brindarle contenido material a los principios.



Mínimos de escalas penales indicativos

DANIELA R. PART



1. Introducción

Sin lugar a mucho debate la doctrina ha asumido que la pena a imponer no podrá exceder la culpabilidad del autor. Es decir, para la graduación de la pena resulta relevante la gravedad del injusto, como así también la culpabilidad individual del autor.

El Código Penal vigente ha establecido para cada uno de los delitos una escala penal que establece, no solo un máximo, sino también mínimos. No hay ninguna duda de que por muchos motivos es indispensable que se cuente con un tope máximo para la posible sanción a imponer a una persona por la comisión de determinado delito, básicamente en función del principio de legalidad.

Sin embargo, no se advierte que ningún principio constitucional justifique la previsión de mínimos en las escalas penales. Pues, si bien el máximo es indispensable para limitar la coerción estatal, ello no se explica la utilidad de los mínimos penales.

Ahora bien, más allá de la necesidad o no, de la previsión de mínimos de las escalas penales, aquellos no resultan conflictivos en los casos es que la pena a imponer de acuerdo a la culpabilidad del agente sea superior a aquella. Así, el conflicto aparece cuando —en función de la gravedad del injusto o de la culpabilidad— la pena justa es inferior al mínimo previsto por el legislador para el delito del que se trate.

Frente a dichos casos conflictivos se generó el debate sobre la constitucionalidad de los mínimos penales establecidos para los delitos por el legislador o la posibilidad de interpretar aquellos como indicativos para el juzgador o si este último se encuentra obligado a imponer dicha pena mínima aun en el caso de que supere la culpabilidad del agente. Este conflicto ha sido tomado por el anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación en el artículo nro. 19 y será el objeto de estudio del presente trabajo.

2. El tema en la doctrina y la jurisprudencia actuales

Ya desde hace mucho tiempo hay acuerdo en la doctrina, la pena a imponer dependerá tanto de la gravedad del injusto cometido por el imputado como por el grado de culpabilidad. Esto no es más que la expresión de los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad, culpabilidad y prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes.

El principio de lesividad surge del art. 19 CN. De él se deriva que el Estado no puede imponer una moral, por lo que no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos total o parcialmente ajenos.⁽¹⁾

A su vez, del principio de lesividad se deriva el de proporcionalidad, el cual establece que la sanción debe guardar una proporción mínima con la afectación al bien jurídico. Este principio obliga a jerarquizar las lesiones y establecer un grado mínimo de coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado.⁽²⁾

El principio de culpabilidad tiene dos aspectos. Por un lado, la exclusión de cualquier imputación de un resultado por la mera causación sino que se exige al menos dolo o culpa. Por otra parte, abarca la prohibición del ejercicio del poder punitivo cuando el sujeto no pudo conocer la conminación de pena o no haya podido adecuar su conducta a derecho, es decir, se relaciona con la autodeterminación del sujeto. Este último aspecto del principio es el que se relaciona con el tema analizado en el presente trabajo, pues es el que se expresa en el nivel de la culpabilidad dentro de

(1) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002, pp. 127/128.

(2) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *ibid.*, pp. 130/131.

la teoría del delito, el cual resulta graduable e incidirá directamente en la determinación de la pena.⁽³⁾

Finalmente, resta mencionar el principio de humanidad, el cual impone la exclusión de toda crueldad. Esta garantía se deriva del art. 18 CN en cuanto prohíbe la imposición de azotes y tormentos, como así también del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto se prohíbe la tortura y la imposición de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos).⁽⁴⁾

Ahora bien, estas garantías a lo largo de la historia han tenido distinto nivel de reconocimiento y diferentes estándares de realización. Así ocurre que cuestiones históricamente no cuestionadas, como la obligatoriedad del respeto por parte de los jueces del mínimo punitivo previsto para un delito, hoy pueden ser debatidas.

En efecto, uno de los primeros ejemplos de los debates del alcance de estas garantías en torno a la graduación de las penas ha sido el análisis de la constitucionalidad del antiguo art. 38 del decreto-ley 6582/1958. Este artículo establecía una pena de 9 a 20 años de prisión para el delito de robo de automotor con armas. El debate de esta cuestión ha llegado incluso a la Corte Suprema de Justicia, que primeramente se ha expedido en el precedente “Martínez”⁽⁵⁾ en 1989, estableciendo —en su voto mayoritario— que resultaba inconstitucional dicha norma por considerarla violatoria de la igualdad ante la ley en tanto arbitrariamente se otorgaba una protección especial a los automotores, excluyendo irrazonablemente de la figura agravada a otros objetos de igual o mayor valor económico y en función de la desproporcionada conminación penal de aquella norma, resultando muy marcada aquella si se tiene en cuenta que el mínimo era superior al del homicidio simple.

Sin embargo, dos años después, la Corte Suprema, con una diferente composición que modificó la mayoría, revirtió su opinión en el precedente “Paupelis”⁽⁶⁾ en el que se declaró la constitucionalidad de dicha norma,

(3) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *ibid.*, pp. 139/142.

(4) *Ibid.*, pp. 132/133.

(5) CSJN, “Martínez, José A.”, 06/06/1989, Fallos: 312:826.

(6) CSJN, “Paupelis, María Cristina y otros”, 14/05/1991, Fallos 314:424.

afirmando para ello que era potestad del Poder Legislativo seleccionar las conductas que serán criminalizadas y la pena que les corresponderían de acuerdo a razones de política criminal y que no le corresponde al juzgador determinar el acierto o no de la decisión, sino solamente verificar la constitucionalidad de la norma. Sin embargo, en el caso concreto, la mayoría consideró que el art. 38 del decreto-ley 6582/1958 no era violatorio del principio de igualdad ante la ley ya que no se trataba de situaciones idénticas a las previstas en el art. 166, inc. 2º, CP y que no se podía analizar la proporcionalidad en función de otras normas de igual jerarquía como era el tipo del homicidio simple, porque en ese caso nunca se podría definir cuál de las dos era desproporcionada —ya sea por demasiado gravosa o demasiado leve— pues frente a normas de igual jerarquía el juzgador no podía arrogarse funciones legislativas al excluir a una de ellas. Entonces la Corte, en este caso, estableció que el cotejo de proporcionalidad debía efectuarse de acuerdo a los preceptos constitucionales en función de la afectación al bien jurídico en el caso concreto.

Independientemente de que en la actualidad quizás la solución al conflicto planteado en dichos casos podría haber sido diferente, dichos precedentes han implicado un avance muy fuerte, abrir el debate sobre la posibilidad de la revisión judicial respecto de la conminación penal impuesta por el legislador para los tipos penales.

En cuanto a la posibilidad de imponer una pena por debajo del mínimo previsto en la escala penal no hubo muchos precedentes jurisprudenciales que trataran la cuestión, sin embargo la doctrina ha ahondado un poco más en el tema.

Zaffaroni, Alagia y Slokar han afirmado que el problema que plantean los mínimos penales es su valor vinculante para los jueces, considerando que en realidad los tribunales no deberán respetarlos cuando fuentes de mayor jerarquía —como los principios constitucionales antes enunciados— señalen que esos mínimos resultan irracionales en el caso concreto. De tal manera, estos autores le asignan un valor indicativo a los mínimos punitivos previstos para los delitos por el legislador y dan como ejemplos de supuestos de inconstitucionalidad de los mínimos aquellos casos en los que hubiesen operado sobre el sujeto penas naturales y en los que se hubiese ejecutado sobre ellos penas ilícitas,⁽⁷⁾ supuestos que han sido

(7) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, pp. 995/996.

recogidos por el Anteproyecto de Reforma del Código Penal en el artículo aquí analizado.

Sin embargo, esos no han sido los únicos supuestos contemplados por dichos autores. En efecto, partiendo de la lógica de que la emoción violenta es un supuesto de culpabilidad disminuida, consideran que aquella podría ocurrir no solo en los casos de los delitos de homicidio y lesiones —únicos supuestos previstos para dicho instituto en el actual Código Penal de la Nación en los arts. 81, inc. 1º, y 93— y que sería absurdo que el legislador privilegie solo a los injustos más graves con dicha reducción punitiva. De ello, deducen la necesidad de considerar que en cualquier caso de culpabilidad disminuida, cuando el mínimo de la escala penal del delito del que se trate resultare desproporcionado con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal deberá apartarse de ese mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad por el hecho.⁽⁸⁾

Estos autores también previeron la posibilidad de que por el propio injusto el mínimo de la escala punitiva resultara desproporcionado, tal como sería el supuesto una afectación poco significativa al bien jurídico.⁽⁹⁾ Este supuesto también es recogido por el Anteproyecto aquí analizado.

Asimismo dichos autores afirmaron que, en casos de pueblos originarios que impusieran sanciones dentro de su propia comunidad, aquella debería descontarse de la pena estatal aunque ello importe una sanción por debajo del mínimo previsto para el delito del que se trate,⁽¹⁰⁾ situación que también fue receptada en el anteproyecto.

También Ferrajoli trató la cuestión, afirmando que los límites de la pena deben variar en función del daño como en relación a la culpa, pero que el problema giraba en torno a la entidad que debe darse a cada uno de esos dos aspectos, pues hasta el momento han fallado todos los intentos de obtener técnicas heterogéneas para medir la gravedad del daño y de la culpabilidad. Expresamente este autor consideró que especialmente en las penas privativas de la libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal, pues habría que confiar en el poder equitativo del juez, poniéndole únicamente un tope máximo.⁽¹¹⁾

(8) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *ibid.*, pp. 999/1000.

(9) *Ibid.*, pp. 999/1000.

(10) *Ibid.*, p. 1000.

(11) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 399/400.

A una conclusión similar se arriba analizando las categóricas afirmaciones de Roxin en cuanto a que nadie puede ser castigado más duramente que lo que se merece; y “merecida” es solo una pena acorde con la culpabilidad.⁽¹²⁾

Rusconi también ha afirmado que el grado de culpabilidad del sujeto activo, por propio imperio constitucional, debe cumplir un rol relevante al momento de graduarse la pena, circunstancia que solo puede ser conocida ex post, por lo que de ello concluye que el valor de escala punitiva de los mínimos esté establecido de modo referencial y nunca vinculante. Así afirma que nada obsta a que el juez, por razones individuales del caso que juzga, imponga una pena menor que la indicada como mínimo.⁽¹³⁾

Por otra parte, Ziffer ha sostenido que el establecimiento de mínimos y máximos de las penas en principio resultan vinculantes para el juez salvo que se encontrara comprometida su constitucionalidad, lo cual podría ocurrir en el caso de que resultaran desproporcionados.⁽¹⁴⁾

Asimismo, Juliano⁽¹⁵⁾ ha ahondado en el tema objeto del presente basándose para ello en dos precedentes jurisprudenciales —en los que había intervenido como magistrado— en los que se había impuesto una pena por debajo del mínimo. Así, tomando la doctrina precedentemente reseñada, sostuvo que de los mínimos penales inflexibles pueden derivar en penas crueles e inhumanas que en el caso de que no resulten proporcionadas con el reproche del cual es merecedor el imputado, lo cual llevaría a una violación del principio de culpabilidad por el acto. En ese sentido destacó que, si bien resulta lógico que existan máximos punitivos en la conminación penal, pues resultan indispensables para poner un tope temporal a la amenaza punitiva y, además, porque funcionan como una advertencia para la población, los mínimos no tienen valor jurídico alguno ni para la sociedad ni para el individuo sometido a proceso.

Incluso el citado autor afirmó que los mínimos podrían representar una injerencia de los poderes ejecutivo y legislativo sobre la función judicial, en

(12) ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, 2ª ed. corregida, Madrid, Thomson Civitas, 1997, pp. 99/103.

(13) RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 513.

(14) ZIFFER, PATRICIA S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 2ª ed., 2005, p. 40.

(15) JULIANO, MARIO A., “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en *Pensamiento Penal del Sur 1*, Zaffaroni, Niño, Martínez y Vitale (coords.), Editor Di Plácido.

tanto este último poder tiene la facultad exclusiva de determinar el nivel de culpabilidad del sujeto por el hecho delictivo que se le atribuye e imponerle una sanción, lo cual no puede ser establecido en forma anticipada por el legislador.

Por ello, Juliano propició la eliminación de los topes mínimos en las escalas de los catálogos punitivos, ya que la culpabilidad por el acto debe ser medida en el caso en concreto sin poder ser limitado el juzgador por mínimos fijos establecidos discrecionalmente por el legislador, los cuales pueden no ajustarse, en el caso concreto, a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido recordó que la culpabilidad por el acto constituye el límite de la sanción imponible y que, en función del principio de lesividad, solo se admite la posibilidad de la intervención estatal para el caso de la afectación a un bien jurídico, derivándose de ello que, en función del principio de proporcionalidad, la pena debe corresponderse con la lesión infringida al bien jurídico. Por otra parte, el mencionado autor señaló que, según el principio de humanidad, las penas no pueden ser crueles, lo cual ocurriría en el caso de una sanción que superara los límites de la culpabilidad y de la lesión producida al bien jurídico. Y, finalmente, expresó que, por aplicación del principio de buena fe y *pro homine*, no puede existir una interpretación y aplicación de cláusulas legales que contradigan los estándares mínimos fijados supralegalmente por pactos, tratados y convenciones internacionales, incorporados a la Constitución Nacional.

Por último, Juliano resaltó una cuestión que, si bien no forma parte de la norma aquí analizada, también fue tomada por el Anteproyecto. Esto es que la violación a las garantías constitucionales, antes mencionada, se vuelve mucho más grave en los supuestos de prisión perpetua como pena fija, pues no permiten que se diferencie la responsabilidad penal de cada autor. Justamente en el Anteproyecto analizado se eliminan este tipo de penas fijas y perpetuas.

En el mismo sentido se expidieron Devoto y García Fagés,⁽¹⁶⁾ afirmando que los mínimos penales fijos resultan contradictorios con los principios constitucionales de culpabilidad, lesividad, proporcionalidad y humanidad

(16) DEVOTO, ELEONORA; GARCÍA FAGÉS, MERCEDES, "De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas. Un camino con un retorno posible", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. 11/2007, Andrés J. D'Alessio y Pedro J. Bertolino (dirs.), Bs. As., LexisNexis, 2007, pp. 2172/2179.

de las penas y de la división de poderes derivada del sistema republicano de gobierno, como así también resultan contrarios a los fines de la pena —que, para nuestra Constitución Nacional, sería la reinserción social—. Destacaron que las agencias políticas ceden frente a los reclamos sociales de incrementos de las penas y que ello lleva a supuestos que, incluso en abstracto, resultan violatorios al principio de culpabilidad. Por ello, concluyeron que los legisladores solo deberían establecer topes máximos, pero no mínimos, y en el sistema actual aquellos deben interpretarse como indicativos.

Recientemente, Pablo Tello⁽¹⁷⁾ ha sostenido que los mínimos fijados en las escalas penales son creaciones legislativas y que, en principio, no corresponde al juez apartarse de los aquellos marcos legales pues señaló que su existencia no resulta *per se* violatoria de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, en el caso que dichas garantías se vean afectadas, el juzgador puede —y debe— salirse de la escala penal en beneficio del imputado.

También algunos tribunales se han hecho eco de la cuestión problemática que plantean los mínimos de las escalas punitivas. Tal es el caso de la Cámara Nacional de Casación Penal en los fallos “Tinganelli”⁽¹⁸⁾ y “Ríos”⁽¹⁹⁾.

En el primero de los fallos mencionados —dictado en 2006— nuestro Máximo Tribunal en materia penal se expidió a favor de la constitucionalidad del mínimo de la escala penal prevista para el delito de robo con armas en un caso en el que la afectación al bien jurídico (propiedad) había sido mínima por considerar que la pena impuesta no resultaba desproporcionada, irrazonable ni cruel e inhumana, pues no se advertía lesión alguna a los principios de lesividad y culpabilidad, tal como lo alegaba la defensa.

Sin embargo Ledesma, en un voto disidente, consideró que la pena mínima prevista para el delito en cuestión excedía la medida de la culpabilidad atribuida en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben a imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes.

(17) TELLO, PABLO L., “Determinación judicial de la pena: ¿Es posible apartarse de los mínimos penales?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, 2014.

(18) CFED. CAS. PENAL, sala III, “Tinganelli, Martín Daniel”, 17/04/2006, causa 6501.

(19) CFED. CAS. PENAL, sala II, “Ríos, Mauricio David.”, 16/04/2013, causa 16.261.

Más recientemente, la Sala II de la misma Cámara se expidió sobre el mismo tema en el fallo “Ríos”, en esta oportunidad a favor de la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal prevista para el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización que se le endilgaba al imputado.

En este caso, de conformidad con lo propiciado por el Fiscal General Javier De Luca se analizó que, de acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Pupelis”, la proporcionalidad de la pena no puede resolverse por fórmulas matemáticas, sino que solo se exige un mínimo de razonabilidad y que el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido. Así, se sostuvo que ese principio debe ser el que guíe la graduación de la pena a imponer porque resultarán penas crueles aquellas que no tengan correspondencia con la intensidad de afectación al bien jurídico. Concluyó entonces que los tribunales deben apartarse de los mínimos de la escala punitiva prevista por el legislador si resultare desproporcionada con la culpabilidad del agente, lo cual consideró que ocurría en el caso.

Así, la Cámara Nacional de Casación Penal —en coincidencia con el Fiscal General— consideró que, en función de la escasa afectación al bien jurídico, el tope mínimo excede el principio de culpabilidad, por lo que resultaría violatorio de los principios de proporcionalidad y humanidad. Se destacó además que la pulsión que ejercen las agencias políticas lleva a que se eleven los mínimos penales a niveles que suelen resultar en muchos casos irracional, por lo que se impone la revisión de acuerdo al caso concreto pues la pena siempre debe ser proporcionada con la gravedad del hecho y la reprochabilidad del autor.

También la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario ha tratado el tema en el caso en el que se debatía la posibilidad de un error vencible en un caso en el que se investigaba el delito de facilitación de la prostitución. Así el juez Ríos consideró que, en el caso, la imputada había incurrido en un error de prohibición vencible por lo que opinó que el mínimo de la escala penal resultaba excesivo en el caso en concreto. Luego de un importante análisis doctrinario concluyó que no había abuso de poder por parte de los jueces al imponer una pena por debajo del mínimo previsto por el legislador y, tras interpretar que los mínimos de las escalas penales resultaban indicativos, propició una pena inferior a aquel en el caso en concreto. Sin embargo los demás jueces no se adentraron

en el tratamiento de la cuestión pues consideraron que el error resultaba invencible y que por ello, se encontraba exento de pena.⁽²⁰⁾

Si bien hay algunos otros precedentes que pueden resultar relevantes en cuanto a la cuestión tratada en el presente —en particular respecto de la posibilidad de considerar la pena natural—, básicamente hasta la actualidad este es el tratamiento doctrinario y jurisprudencial que ha recibido la cuestión incorporada en el art. 19 del anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación.

3. Supuestos desarrollados por el Anteproyecto

El Anteproyecto, en su art. 19, establece distintos supuestos que deberán o podrán estar exentos de pena o a los que se los podrá sancionar una pena inferior a los mínimos previstos en la escala del delito de que se trate.

Sin embargo, en la fundamentación que se hace en el propio Anteproyecto se establece que, por imperio de los principios fundamentales, los mínimos de las escalas penales siempre deben interpretarse como indicativos y ser respetados en tanto se correspondan con el contenido ilícito del hecho (grado de lesión o peligro para el bien jurídico) y con el de reprochabilidad (culpabilidad). Empero, se establece que se detallan diversos supuestos especialmente como pasibles de exención de pena o de una sanción inferior a la prevista para el delito por resultar los más frecuentes.

Así las cosas, los casos mencionados en el Anteproyecto, que no resultan una enumeración taxativa, tienen diferentes fundamentaciones, por lo que se agruparan para el análisis.

3.1. *Insignificancia o poca intensidad de la lesión o el peligro de lesión al bien jurídico*

En primer término, corresponde mencionar que toda lesión o peligro a un bien jurídico debe ser significativa para ser captada por el sistema penal. Es por ello que en el Anteproyecto se excluye la posibilidad de pena para supuestos en que la lesión o el peligro de lesión resultara insignificante y se establece la posibilidad de una pena por debajo del mínimo punitivo o la exclusión para los casos en que aquella resulte poco significativa. En ese sentido cabe mencionar, que por imperio del principio de lesividad, la solución prevista en este caso en el Anteproyecto resulta adecuada.

(20) CAPEL. PENAL ROSARIO, sala II, "A., S. D.", 18/04/2008.

Si bien algunos autores aceptaban la atipicidad de la conducta en caso de que la afectación al bien jurídico resultara insignificante, dicha solución no ha tenido gran recepción en la doctrina, y menos aún en la jurisprudencia. Si ya aquello resultaba conflictivo, aun menos se ha aceptado la posibilidad de imposición de una sanción por debajo del mínimo punitivo para el caso de que la afectación al bien jurídico fuera poco significativa. Por ello, la introducción de estos supuestos en el anteproyecto ha venido a incorporar a nivel legal el respeto del principio de lesividad, de forma tal que haya proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del injusto.

3.2. *Pena natural*

El Anteproyecto establece que, en caso de que el sujeto activo sufriera alguna clase de pena natural, podrá imponérsele una pena estatal por debajo del mínimo previsto para el delito de que se tratare, lo cual se admite tanto para delitos culposos como dolosos; y en el caso de los primeros, también se acepta la posibilidad de exención de pena. Asimismo, para el supuesto de que se trate de delitos dolosos, se exige además para la posibilidad de imposición de una pena inferior al mínimo previsto que haya una desproporción entre las lesiones sufridas por el agente y la causada al bien jurídico.

En este caso, no se trata de la menor gravedad del injusto o de la culpabilidad, sino que se debe tener en cuenta la pena natural sufrida por el agente como parte de la sanción que le correspondería por el delito cometido. Es que debe interpretarse que la pena no es solo la sanción estatal que se le imponga al sujeto, sino también puede suceder que de la propia comisión del hecho se derive una pena natural, la cual debe ser tenida en cuenta como parte de la pena a imponer.

Así, puede ocurrir que esa pena natural resulte sanción suficiente en función de los principios rectores de la graduación de la pena —gravedad del injusto y culpabilidad—, por lo cual en el Anteproyecto se establece la posibilidad de exención de pena —aunque solo para el caso de delitos culposos—.

También puede ocurrir que la pena natural sufrida por el agente no sea suficiente en función de aquellos principios para excluir la posibilidad de una pena estatal, sin embargo ello no excluye la obligación del juzgador de tenerla en cuenta al momento de imponer la pena. Es que si no se tuviera en cuenta la pena natural, la respuesta punitiva podría alcanzar un *quantum* que podría exceder la medida señalada por el principio de

proporcionalidad entre delito y pena y también podría verse afectado el principio de humanidad.⁽²¹⁾ Por ello, en el caso de que, valorando aquella pena natural la sanción que corresponda para alcanzar la que sea justa en función de la gravedad del injusto y de la culpabilidad sea inferior al mínimo previsto por el legislador en esta norma del Anteproyecto se autoriza a imponer una sanción por debajo de aquel mínimo.

Mucha mayor amplitud de posibilidades de reducción —e incluso de exclusión— de la pena se ha dado en el Anteproyecto para los delitos culposos que para los dolosos. En efecto, solo para los culposos se admite la posibilidad de exclusión de la sanción estatal y, si bien para los dolosos admite la reducción de la pena incluso por debajo del mínimo para ello exige, además, que haya una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por este al bien jurídico. En la propia exposición de motivos del Anteproyecto se fundamenta esta decisión en que la mayor gravedad del delito doloso obedece a que por lo general una conducta planificada con el fin de obtener el resultado siempre es más riesgosa que una conducta negligente, por lo cual le imponen al juez un mayor deber de prudencia en la reducción punitiva en función de la pena natural sufrida por el agente. Sin embargo, en los Fundamentos del Proyecto se deja a salvo la posibilidad exclusión de pena o reducción por debajo del mínimo en tipos dolosos aun sin esos requisitos en el caso de que la pena resulte absolutamente inútil desde todos los puntos de vista, lo cual sería un supuesto excepcional en el que la pena resultaría evidentemente cruel.

3.3. Pueblos originarios: sanción dentro del propio pueblo

Este supuesto resulta similar al de la pena natural, en tanto la posibilidad de una pena inferior a la prevista en la norma —o su exclusión— no se asocia a la menor gravedad del injusto o de la culpabilidad, sino a una pena que sufrió el agente por la comisión de ese delito más allá de la que imponga el Estado.

Por respeto al principio de prohibición de doble punición, al momento de imponérsele una sanción estatal, el juzgador deberá tener en cuenta si el imputado ya ha sufrido una sanción dentro de su comunidad en tanto aquel pertenezca a un pueblo originario. Es que el art. 75, inc. 17, CN reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios. En

(21) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 996.

función de ello, es lógico que el Anteproyecto reconozca las sanciones que se impongan dentro del ámbito de la propia comunidad por los delitos cometidos por sus miembros. Las personas que pertenecen a culturas de los pueblos originarios tienen sus propios sistemas de sanciones y de solución de conflictos, los cuales deben ser tenidos en cuenta en caso de que el Estado imponga una sanción penal; pues, en caso contrario, además de la posible violación de la prohibición de persecución penal múltiple, la sanción penal resultaría desproporcionada en relación con la lesión al bien jurídico.

3.4. Pueblos originarios: hechos cometidos conforme a la cultura originaria

Este punto se relaciona con el principio de culpabilidad, el cual exige que le sea exigible al autor realizar una conducta distinta. Para ello resulta indispensable que el agente pudiera internalizar la norma prohibitiva, por lo cual los errores de prohibición, en caso de resultar invencibles, excluirán la culpabilidad —por lo que la conducta no constituirá un delito y por ello no merecerá sanción— y, en caso de resultar vencible, reducirán la culpabilidad.

Así las cosas, con el sistema vigente, en el caso de que un sujeto por su condicionamiento cultural por su pertenencia a un pueblo originario no pudiera internalizar la norma, se trataría de un puro error de comprensión, lo cual excluiría la culpabilidad y por ello, no merecería ninguna sanción penal.

Ahora bien, el caso conflictivo en el sistema actual —el cual viene a solucionar el Anteproyecto en el art. 19— es aquel en el que dicho error de comprensión resultara vencible y por ello, no excluye la culpabilidad sino que la disminuye. El caso no resulta problemático si la reducción lleva a una pena que resulte justa dentro del marco punitivo establecido por el legislador. Sin embargo, el problema se presenta en el caso de que la pena acorde a esa reducción de la culpabilidad sea inferior al mínimo previsto, en cuyo caso el juzgador debería efectivamente imponer una pena menor a aquel, por imperio del principio constitucional de legalidad, circunstancia que el anteproyecto autoriza expresamente en esta norma.

Sin embargo, en el Anteproyecto se excluye la aplicación de la reducción para supuestos de delitos contra la vida o la integridad física o sexual en la medida en que importen una lesión grave a la dignidad humana.

3.5. Penas o lesiones ilícitas sufridas por parte de funcionarios estatales

Este caso resulta similar al de los previstos en relación a las penas naturales y a las sanciones impuestas dentro los pueblos originarios. Es que nuevamente, no se modifica la sanción a imponer por el Estado por resultar el injusto o la culpabilidad menos graves o intensos, sino porque el sujeto ya ha tenido otra pena que debe computarse. En este caso no se trata de una pena sufrida como consecuencia de su accionar delictivo ni por una sanción impuesta dentro de su pueblo originario, sino de una pena ilícita sufrida por el sujeto por parte de funcionarios estatales.

No resulta poco frecuente que funcionarios estatales pertenecientes a las fuerzas de seguridad, por ejemplo, lesionen a los detenidos; y —más allá de la penalización de la conducta de aquellos— es adecuado que se compute dicha pena al momento de graduar la sanción que lícitamente impondrá el Estado como sanción por el delito cometido; pues, en caso contrario, la sumatoria de ambas sanciones resultaría desproporcionada.

Es que las penas ilícitas no dejan de ser penas, pues la Constitución Nacional y las normas del derecho internacional establecen que están prohibidas la tortura y todas las penas que resulten crueles, inhumanas o degradantes, lo cual implica que está prohibido imponerlas, pero no por ello pierden el carácter de pena. Ello por cuanto la definición de pena es toda inflexión de dolor o privación de derechos impuesta como castigo a una persona como agente de un delito.⁽²²⁾

Por ello, en este supuesto el Anteproyecto prevé la posibilidad de la imposición de una sanción por debajo del mínimo de la escala penal prevista para el delito del que se trate, para el caso de que la sanción a imponer que resulte proporcionada a la lesión al bien jurídico —teniendo en cuenta la pena ilícita ya impuesta por los funcionarios estatales— sea inferior a ese mínimo.

Se destaca que no se puede excluir este razonamiento por la dificultad que implique graduar la intensidad de la pena ilícita que haya sufrido el imputado ni por la posibilidad de que este denunciara falsamente torturas, pues el juzgador deberá resolver en el caso concreto estas cuestiones, pues nunca la dificultad de establecer la medida de un derecho o su veracidad puede resolverse mediante la negación de este.

(22) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 997.

4. Conclusiones

Del análisis efectuado en los párrafos precedentes cabe concluir que lo que debe guiar al juzgador para graduar la pena son básicamente dos cuestiones: la gravedad del injusto y la culpabilidad del agente por el acto. El primer aspecto es más bien objetivo y está relacionado con el grado de afectación al bien jurídico, y el segundo se basa en cuán reprochable es para el autor dicho injusto, lo cual se relaciona con la autodeterminación individual del sujeto. Si no se respetan estos principios, la pena impuesta va a resultar desproporcionada y por ello se la consideraría una pena cruel, inhumana y degradante.

No hay dudas que el establecimiento de penas máximas es una garantía para el imputado frente a la coerción estatal, lo cual resulta indispensable en todo estado de derecho.

Sin embargo no solo no se advierte ninguna utilidad de la imposición de mínimos punitivos sino que también aquellos si se interpretaran en forma rígida en muchos casos contrariarían los principios constitucionales antes mencionados que deben guiar al juzgador sobre la graduación de la pena a imponer. Si bien hay quien podría argumentar la utilidad de los mínimos penales como garantía para el imputado en tanto el juzgador debería justificar los motivos por los cuales se aparta de aquel al momento de imponer una pena; sin embargo el art. 20 del Anteproyecto establece en forma detallada todas las condiciones que deberían ser valoradas para la graduación de la pena a imponer.

Además la imposición de una pena mínima rígida por parte del legislador sin ninguna duda implica una intromisión del Poder Legislativo en la función exclusiva de los jueces de valorar en el caso concreto la pena a imponer en función de la gravedad del injusto y la culpabilidad por el acto, lo cual implicaría una franca violación a la división de poderes propia del sistema republicano de gobierno.

Así las cosas, el art. 19 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal implica un gran avance en pos de elevar el estándar de realización de las garantías constitucionales antes mencionadas al momento de la graduación de la pena, pues le da sustento legal a la posibilidad de imponer una pena por debajo del mínimo previsto por el legislador. Es que, si bien ello resulta una deducción lógica de la aplicación al caso concreto de las garantías constitucionales antes mencionadas, tal como se ha analizado, esa

conclusión se ha aplicado en muy pocos precedentes jurisprudenciales y no muchos autores la han apoyado.

Sin embargo, creo que si bien la norma ha hecho una enumeración de los casos más frecuentes en los que resultaría posible que la pena mínima prevista por el legislador resultara desproporcionada, lo cierto es que podrían surgir otros casos. Cabe mencionar que otros supuestos que se han considerados pasibles de una sanción por debajo del mínimo legal resultan los supuestos de imputabilidad disminuida y errores de prohibición vencibles, los cuales han sido expresamente previstos con una escala penal reducida en el artículo 6 del anteproyecto, pero también podría ocurrir incluso que el mínimo de aquella también resultare excesivo en función de los principios constitucionales rectores de la graduación de la pena.

Si bien es cierto que en la exposición de motivos se señala que en todos esos casos por aplicación de los principios constitucionales antes mencionados se debían interpretar todos los mínimos penales como indicativos, lo cierto es que no lo estableció dentro de la norma y la ley no es lo que el legislador quiso decir sino lo que efectivamente dijo en la norma.

En ese sentido creo conveniente señalar que, si los redactores del anteproyecto confiaran en la aplicación lisa y llana de los principios constitucionales por todos los jueces de forma tal de considerar a los mínimos penales previstos en las distintas normas como indicativos, no hubieran realizado la enumeración del art. 19. Por ello, a mi entender, hubiera resultado de utilidad que incorporara al Anteproyecto una norma que en forma genérica estableciera el carácter indicativo de los mínimos de las escalas punitivas.



Las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal

¿Responsabilidad penal?⁽¹⁾

FLORENCIA P. NOCEREZ



1. Introducción

El objeto de este trabajo será estudiar el abordaje dado en el Anteproyecto de Código Penal al controvertido tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre el que existen posiciones antagónicas en la doctrina, y que presenta numerosas aristas interesantes para ser analizadas.

Sin embargo, entiendo que el debate central que debe darse en este marco (discusión de un proyecto de reforma del Código Penal de la nación), debe estar guiado por los siguientes interrogantes. En primer lugar, la posibilidad de asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas, ¿es un tema de raigambre constitucional o meramente legal, y por lo tanto, dependiente de la voluntad del legislador?

Luego, una vez sentado ello, y en caso de considerar que los entes colectivos pueden recibir sanciones penales, ¿son útiles las teorías que en la

(1) Esta ponencia, presentada en 2013, es anterior a la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

actualidad se utilizan para habilitar, o no, la aplicación de poder punitivo a los individuos, o será necesario el desarrollo de un andamiaje nuevo y específico para las personas jurídicas?⁽²⁾

A continuación, se efectuará una breve reseña de las distintas posturas sostenidas por la doctrina, luego se analizará cómo se reguló el tema en el Anteproyecto, y cómo se articula con la doctrina de la Corte Suprema sobre la materia.

2. El debate en la doctrina: la postura tradicional versus las nuevas corrientes

2.1. La postura tradicional: no cabe imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas

Históricamente el principio del derecho romano *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*) es el que ha regido en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se sostenía que los entes ideales, en tanto tales, no podían ser sujetos de responsabilidad criminal, campo que quedaba solo reservado a las personas físicas.

Esa concepción retomaba la discusión que en el derecho civil se daba acerca de la naturaleza jurídica de los entes colectivos: partidarios de las llamadas “teorías de la ficción”, se oponían a quienes postulaban la “teoría de la realidad”.

Dentro del primer grupo, se sostenía que las personas jurídicas no eran más que una invención humana a la que el propio Estado dotaba de derechos y obligaciones, pero detrás de la cual existía un grupo de individuos, los únicos respecto de los cuales podía predicarse una existencia real. En efecto, las sociedades eran entendidas como “... un recurso técnico tendiente a la realización del tráfico comercial y patrimonial, siendo una abstracción que designa individuos —personas físicas— agrupados detrás de ella”.⁽³⁾

Fue este pensamiento el que quedó plasmado en la redacción original del art. 43 del Código Civil,⁽⁴⁾ y en su respectiva nota al pie, en la cual quedaba

(2) Un planteo a partir de interrogantes similares, puede verse en SCHÜNEMAN, BREND, “La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva europea”, en E. Donna, *Colección de Autores de Derecho Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 117.

(3) ILHARRESCONDO, JORGE M., *Delitos Societarios*, Bs. As., La Ley, 2008, p. 211.

(4) Art. 43 CC, en su redacción original rezaba: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros

muy claramente marcada cuál era su posición en la materia. En efecto, allí con cita de Savigny, puede leerse:

El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de ese carácter, no siendo sino un ser abstracto, **al cual no puede alcanzar el derecho criminal**. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el Derecho Civil pero jamás en el criminal (...) Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito (...) **Castigar a la persona jurídica, como culpable de un delito sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado.**⁽⁵⁾

Dentro de la dogmática penal específicamente, quienes se ubican dentro de este grupo que niega la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas,⁽⁶⁾ han desarrollado vastos argumentos tendientes a justificar su postura. Para una mejor exposición, entiendo que los principales pueden dividirse en tres grandes ejes. El primero de ellos, se finca en la teoría del delito,⁽⁷⁾ y sostiene la imposibilidad de la persona jurídica de realizar acciones (entendidas en términos jurídico penales) por sí misma. Por el contrario, aquellas siempre son efectuadas a través de sus miembros.

en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas". Esta norma fue posteriormente modificada por la ley 17.711: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: 'De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos'".

(5) Nota al pie, art. 43 CC. El destacado me pertenece.

(6) Dentro de este grupo se encuentran, a modo de ejemplo: ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Madrid, Civitas, 2000, p. 258; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. Y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2003, p. 426. Para una selección y descripción pormenorizada, ver ILHARRESCONDO, JORGE M., *Delitos...*, op. cit., p. 211.

(7) Ciertamente es que, según el autor que se estudie, la teoría del delito podrá variar en mayor o menor medida. En este caso se hace referencia a aquella en tanto categoría de análisis, sin hacer alusión a ninguna en particular.

El segundo radica en la violación al principio de culpabilidad que implicaría imputar responsabilidad penal a una persona jurídica. Aquel establece que para que sea posible la aplicación de responsabilidad penal a un sujeto, deberá existir algún tipo de vínculo subjetivo entre el autor y el hecho en cuestión. Así, en el plano de la tipicidad será necesario que el sujeto haya podido, al menos, prever el resultado lesivo (es decir, se excluye todo tipo de responsabilidad objetiva: no puede atribuirse aquello que fue fortuito, debió existir por lo menos **culpa** en el sujeto activo); mientras que en el plano de la culpabilidad (entendida como categoría de la teoría del delito) requerirá que el autor haya podido comprender la criminalidad de su acción, y, de ser ello así, que haya podido adecuar su conducta a derecho, o lo que es lo mismo, que la acción le sea reprochable.

En tercer término se alega que, al asignar responsabilidad penal a la persona jurídica, se estaría violando la garantía de la personalidad de las penas pues, con la sanción impuesta al ente, podría verse afectado por hechos cometidos por ejemplo por el gerente, un accionista inocente.⁽⁸⁾

Asimismo, se han levantado voces que agregan a las razones arriba enumeradas la existencia de dificultades de tipo procesal: no existe en nuestra legislación previsión alguna acerca de la forma en que debería llevarse adelante un proceso penal contra una persona jurídica, lo que conllevaría a una conculcación del derecho de defensa y del debido proceso.⁽⁹⁾

2.2. Las nuevas corrientes: sí a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

A la postura explicada anteriormente se oponen aquellos autores que sí consideran que puede predicarse responsabilidad penal respecto de las personas jurídicas. Entienden que debe reconocerse que la forma de

(8) Al respecto, ver ILLARRESCONDO, JORGE M., *Delitos...*, *op. cit.*, p. 217.

(9) En ese sentido se pronunció el juez Zaffaroni en su voto en disidencia en el precedente de la CSJN "Fly Machine SRL", Fallos: 329:1974, ocasión en que la mayoría no se expidió sobre el fondo de la cuestión por haber considerado que faltaba fundamentación al recurso intentado. Esa postura fue contraria a otro precedente del máximo Tribunal del año 1917, "Fisco Nacional contra Pablo Lestard y otros", Fallos: 126:163, en el que la Corte confirmó una decisión de la Cámara Federal de Paraná que había resuelto que el hecho de que el representante legal de la empresa imputada no haya prestado declaración indagatoria no era causal de nulidad, pues se trataba de un acto personalísimo que no podía ser llevado a cabo por un representante legal. Al respecto, ver el excelente trabajo de María Inés Reston en M. Divito y S. Vismara (dirs.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Penal. Parte General*, t. II, Bs. As., La Ley, 2013, p. 864.

relacionarse del hombre ha mutado, por lo que en la actualidad son muy comunes las asociaciones de individuos, las cuales cumplen un papel fundamental en el desarrollo de la vida diaria, incluso en la comisión de delitos, razón por la cual no pueden quedar afuera de la regulación criminal.

Díez Ripollés asegura que aquellos que se enrolan en este grupo esgrimen principalmente razones pragmáticas. En efecto, sostiene que: “Una primera línea de argumentación justifica esa responsabilidad societaria en las dificultades prácticas para exigir responsabilidad penal a las personas físicas insertas en una persona jurídica...”.⁽¹⁰⁾ Asimismo, argumenta que entra en juego la pena, y la función que se le asigna, dado que consideran que a partir de ella se logrará pregonar una mejor organización interna de los entes ideales que apunte a la prevención de ilícitos.⁽¹¹⁾

Por otro lado, este grupo de autores se diferencian entre los que consideran que para atribuir responsabilidad penal a los entes colectivos bastan los modelos existentes para sancionar individuos, que deberán, en todo caso, sufrir alguna modificación para los supuestos en que se juzgue la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y aquellos que observan la necesidad de crear un sistema propio y exclusivo de atribución de responsabilidad para los entes colectivos. Así, puede leerse en Baigún:

... la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema. No se requiere mayor esfuerzo para colegir que el punto de arranque de esta construcción se asienta en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica que, por razones de claridad en la nomenclatura, denominamos institucional.⁽¹²⁾

(10) DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, [en línea] www.indret.com, Barcelona, 2012, p. 3.

(11) Excede el propósito de este trabajo una enumeración detallada de los autores que se pronuncian a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, valga por ello la remisión al estudio al respecto efectuado por ILHARRESCONDO, JORGE M., *Delitos...*, op. cit., pp. 217/225.

(12) BAIGÚN, DAVID, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bs. As., Depalma, 2000, p. 28 (el destacado me pertenece).

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en el Anteproyecto

Uno de los cambios más notorios introducidos por el Anteproyecto fue la regulación de un sistema de responsabilidad (ya se verá de qué tipo) de personas jurídicas en la parte general del Código Penal, posibilidad que la norma actual no contempla, a pesar de que ciertas leyes especiales (el Código Aduanero, la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, la ley 19.359 Régimen Penal Cambiario, entre otras) habilitan responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Ahora bien, la Comisión redactora al haber incorporado este tema, parece haber considerado que la posibilidad de sancionar penalmente a los entes ideales constituye una cuestión de decisión legislativa, que no se encuentra vedada por la Constitución Nacional.

Sin embargo, basta leer la “Exposición de motivos” para darse cuenta que esto no fue así. En efecto, los autores decidieron dejar de lado las discusiones doctrinarias que existen al respecto, y que se suscitaban entre ellos mismos, y adoptaron una posición que podría denominarse más “realista” de la situación. Afirmaron haber coincidido en que:

1) Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto. 2) No es menester pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de las sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas [y, en el mismo sentido] ... se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo con competencia del juez penal.⁽¹³⁾

Por lo tanto, la Comisión decidió recoger los datos de la realidad que marcaban, por un lado, que ya existían normas que autorizaban la imposición de sanciones a las personas jurídicas; y, por otro, que en la sociedad impera la idea de que la conminación penal es más fuerte que el ámbito

(13) 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/images/libros/anteproyecto-codigopenal.pdf>, p. 151.

sancionador administrativo (aunque en rigor este no se vea limitado por las garantías del sistema penal) por lo que se proponen cambios estructurales de aquellas para lograr una mayor eficacia sancionatoria. Todo ello, llevó a sus miembros a concluir que se trataba de un tema que no podía obviarse, aunque decidieron que la discusión doctrinaria de fondo quedara en manos de los poderes políticos. Dicho de otro modo: se dejó abierta la posibilidad a los intérpretes y operadores del sistema, de considerar que se trata de coacción directa administrativa del Estado, y no de sanciones de carácter penal.

3.1. Ubicación sistemática y las condiciones para su aplicación

El tema en estudio fue regulado en el Anteproyecto desde el art. 59 hasta el 62, bajo el Título IX de la parte general del Código Penal denominado "Sanciones a las personas jurídicas". Nótese que se hace mención a las sanciones para los entes colectivos, mas no así a la naturaleza jurídica de aquellas.

En el art. 59⁽¹⁴⁾ Anteproyecto se establecieron las condiciones necesarias para que pueda surgir este tipo de responsabilidad. En primer lugar, deberá tratarse de **personas jurídicas privadas**. Sin embargo, no se formuló un concepto jurídico penal de aquellas, por lo que habrá que acudir al que existe en otra parte del ordenamiento jurídico: el art. 33 CC.⁽¹⁵⁾

(14) Art. 59 Anteproyecto CP: "1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no genere provecho alguno para ella. 2. Aun cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, ésta será igualmente responsable si hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. 3. Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, ésta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. 4. El juez podrá imponer sanciones a las personas jurídicas, aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado. 5. Para sancionar a una persona jurídica será necesario que ésta haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa. 6. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladará su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderará la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella. 7. No extingue la responsabilidad la disolución aparente de la persona jurídica, la que se presume cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados. 8. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años".

(15) Al respecto, el art. 33 CC establece que: "Las Personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1°. El Estado Nacional, las Provincias y los

En segundo término, se dispuso un sistema *numerus clausus*.⁽¹⁶⁾ En efecto, la norma en estudio estipuló que los entes colectivos solo serán responsables “en los casos que la ley expresamente prevea”. Por lo tanto, no parece ilógico suponer que se intentó que los supuestos en los que fuera posible sancionar a las personas jurídicas fueran escasos. No obstante, en la parte especial del Código Penal puede encontrarse un elevado número de delitos que la prevén, con una gran diversidad de bienes jurídicos en juego. Así, podrán ser sancionadas por cualquiera de los delitos receptados bajo el Título I “Delitos contra la humanidad” (arts. 64 a 73), por el delito de reducción a la servidumbre (art. 105), trata de personas (art. 111), contrataciones y condiciones laborales ilegales (art. 124), por la totalidad de los delitos previstos en los Títulos VII y VIII “Delitos contra el patrimonio” y “Delitos contra el orden financiero”, respectivamente (arts. 140 a 163, y arts. 164 a 179). También por las figuras penales previstas en el Título IX “Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social” (arts. 180 a 183), por el delito de estrago e inutilización de defensas (art. 184), por los regulados en el artículo 185 relacionados con explosivos y elementos de destrucción masiva, por la fabricación y tráfico de armas (art. 187), naufragio y desastres (art. 188), envenenamiento, adulteración y riesgo colectivo (art. 194), comercialización irregular de medicamentos (art. 195), violación de normas sanitarias (art. 196), tráfico de órganos (art. 198), contaminación (art. 204), sustracción a deberes en caso de conflicto armado y entorpecimiento a la defensa nacional (arts. 224 y 225). Del Título XV “Delitos contra la administración pública” se incluyó la totalidad del capítulo V “cohecho y tráfico de influencias” (arts. 261 a 265). En el artículo 270 donde se regula el delito de negociaciones incompatibles, y en el 273 que sanciona el incremento patrimonial no justificado.

Tercero, se estableció que únicamente serán responsables las personas jurídicas cuando sus órganos o representantes hayan actuado en beneficio de aquellas. Y aún más, incluso en los casos en los que el hecho delictivo no implicare tal beneficio o interés, las personas jurídicas podrán ser igual-

Municipios. 2°. Las entidades autárquicas. 3°. La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1°. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2°. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.”

(16) Una regulación similar existe en el art. 31 bis, inc. 1 Código Penal español.

mente responsabilizadas si el delito fue facilitado “por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión”.

De lo anterior, se deduce que se optó por uno de los dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que identifica la doctrina: el modelo “de atribución”,⁽¹⁷⁾ según el cual se imputan al ente colectivo los hechos cometidos por sus miembros. Incluso cuando no hubiera existido beneficio para la persona ideal, y el delito haya sido cometido como consecuencia de una culpa *in eligendo* e *in vigilando* del ente (conforme surge de la exposición de motivos), será un supuesto de responsabilidad atribuida. Ello pues la única diferencia es que el beneficio propio desaparece como requisito, y es reemplazado por la hipótesis de que la sociedad haya tenido organización y control defectuosos, pero siempre se trata de un ilícito cometido por un tercero miembro de aquélla.

Esta forma de atribución de responsabilidad ha recibido críticas desde la doctrina. En efecto, se argumenta que implica una atribución de responsabilidad objetiva dado que no existe vínculo alguno entre el hecho delictivo y la persona jurídica. Se trata de una atribución de responsabilidad por un hecho ajeno: se elimina la necesidad de reproche.

Este artículo, en sus incs. 6 y 7,⁽¹⁸⁾ apunta a evitar que las personas jurídicas logren impunidad a partir de mecanismos propios del mundo societario tales como la transformación, fusión, absorción, o escisión. Nuevamente aquí será necesaria una remisión a otra parte del ordenamiento jurídico que arroje luz sobre esos conceptos: la herramienta más útil será la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales.

En el mismo sentido, se estableció una presunción de disolución aparente⁽¹⁹⁾ de la persona jurídica en los casos en que otra continúe con la misma

(17) Se le opone el modelo de “responsabilidad propia u originaria” por el cual se le reprochan los sucesos protagonizados por la propia sociedad como consecuencia de la infracción de deberes propios de organización, se alude a una “organización defectuosa de la empresa”. La denominación de dichos modelos varía entre cada autor. Aquí, se siguió la utilizada ROBLES PLANAS, RICARDO, “¿Delitos de personas jurídicas?”, [en línea] www.indret.com Barcelona, 2006, pp. 5/6. Para una detallada exposición de los modelos existentes y de las críticas que se le formulan, ver DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 5/10.

(18) Ver nota 14 de este trabajo.

(19) Interesa llamar la atención aquí que la Comisión pretende incorporar dentro de un Código de fondo una regulación procesal, situación discutida en doctrina pero que supera los límites de la ponencia.

actividad económica y, mayoritariamente, los mismos clientes, proveedores y empleados. Si bien no se aclara si se trata de una presunción que podría admitir prueba en contrario, una interpretación respetuosa del principio de división de poderes derivado de una forma republicana de gobierno y acorde a una interpretación favorable al imputado pareciera indicar que se trata de una presunción *juris tantum*, aunque *a priori* parece difícil poder imaginar un supuesto en que se den todos los requisitos necesarios enumerados en la norma, y aun así no se haya tratado de una disolución aparente de la persona jurídica en cuestión.

Por último, la razón del plazo de prescripción de la acción de 6 años reside, una vez más, en intentar lograr efectividad en el proceso, dado que una duración más larga, entienden los redactores, importaría con bastante seguridad la extinción del ente colectivo, y la imposibilidad por parte del juez de evaluar su patrimonio para poder graduar la pena que le correspondería.

3.2. Las sanciones previstas y su modo de aplicación (arts. 60 y 61 Anteproyecto CP)⁽²⁰⁾

Mientras que en el art. 60 se enumeraron las sanciones que podrán imponerse a una persona jurídica, en la norma siguiente se establecieron ciertos límites para esa aplicación, al tiempo que se habilitó que la imposición sea de forma alternativa o conjunta.

(20) Art. 60 Anteproyecto CP: "1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes: a) Multa. b) Cancelación de la personería jurídica. c) Suspensión total o parcial de actividades. d) Clausura total o parcial del establecimiento. e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa. f) Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido. g) Suspensión del uso de patentes y marcas. h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales. i) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales. j) Suspensión en los registros estatales. 2. Son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código". Art. 61 Anteproyecto CP: "1. Las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta. 2. La multa se impondrá conforme al sistema de días de multa, salvo disposición legal en contrario, y para ello serán aplicables los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 34º. 3. El importe de cada día de multa no será inferior al monto del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de cinco salarios de esa categoría. 4. El monto total de la multa no excederá de la tercera parte del patrimonio neto de la entidad al momento del hecho, establecido de conformidad con las normas de contabilidad aplicables. 5. La cancelación de la personería jurídica solo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal la comisión de delitos. 6. La suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento tendrán un máximo de un año y sólo podrán imponerse cuando se empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos. 7. La suspensión y la clausura parcial tendrán un máximo de seis meses. La suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios

Así, con relación a la pena de multa se remitió al art. 34, oportunidad en que se la reguló para sancionar a los individuos excepto en lo que tiene que ver con la determinación del importe, respecto del cual se creó un sistema específico en los incs. 3 y 4. Se dispuso, además, que el monto total no podrá superar un tercio del patrimonio de la sociedad, con la finalidad de evitar que recaigan penas tan gravosas que resulten confiscatorias. Límite que también tendrá que ser respetado en los casos en los que la pena de multa se imponga conjuntamente con la de efectuar prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido (art. 60, inc. f).

La pena de cancelación de personería tiene un límite infranqueable, solo podrá aplicarse cuando la persona jurídica estuviese destinada principalmente a la comisión de ilícitos. A diferencia de la suspensión total de actividades y clausura total del establecimiento, que procederá cuando ese ya no sea el único objeto del ente colectivo, pero sí su actividad más habitual. Además, este supuesto posee un límite máximo temporal de un año, pues si ello no existiera, materialmente esta pena tendría iguales efectos que la cancelación de la personería.

En el inc. 7 se fijó un tope de 6 meses para la suspensión y clausura parcial. Asimismo, fijó un máximo de 3 años para la suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales.

Resulta interesante destacar que si bien en el art. 61 se fijan topos máximos para la imposición de las penas previstas, no sucede lo propio con los mínimos; es decir, que no se ha atado al juez a un mínimo obligatorio sino que ello dependerá de la valoración que haga en cada caso concreto.

Por otro lado, en el art. 60, inc. 2, se obvió el criterio rector en la materia que tomó la Comisión (de generar un sistema de regulación propio para las personas jurídicas), y se determinó que a estos entes les será aplicable el mismo régimen de decomiso y reparación del daño causado regulado para las personas físicas.

estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales, tendrán un máximo de tres años. 8. Las prestaciones del apartado f) del inciso 1° del artículo 60°, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inciso 4°."

3.3. Criterios para la determinación de la pena (art. 62 Anteproyecto CP)⁽²¹⁾

Aquí se fijaron las pautas que deberán guiar a los magistrados al momento de determinar el *quantum* de las sanciones. Una vez más, se decidió elaborar un sistema propio para las personas jurídicas en el entendimiento de que no es posible aquí hablar de culpabilidad penal tal y como se la entiende para las personas físicas.

A partir del estudio de la “Exposición de motivos” para este artículo, puede advertirse que la principal preocupación de los integrantes de la Comisión redactora fue la de encontrar criterios que ayudaran a los jueces a contrarrestar los efectos que las sanciones sobre una persona jurídica pudieran generar sobre la sociedad en su conjunto, sobre terceros ajenos al ente colectivo, o incluso sobre terceros relacionados con aquél pero que no estuvieran relacionados con los hechos delictivos.

Un especial interés despierta el inc. 6 de la norma en cuestión, cuando dispone que “El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos”, pues pareciera que si existe la posibilidad de que tanto el juez penal como la administración impongan penas con iguales fundamentos, entonces la naturaleza jurídica de la sanción recibida por el ente en sede penal también sería administrativa. Situación que genera el interrogante acerca del respeto a la garantía de *ne bis in idem*: si se trata de la misma sociedad,

(21) Art. 62 Anteproyecto CP: “1. Las sanciones se determinarán teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito. También se tendrá en cuenta la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto. 2. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo. 3. Si la persona jurídica fuere una pequeña o mediana empresa y hubiere sido penado el interviniente, el juez podrá prescindir de las sanciones a la entidad en caso de menor gravedad. 4. La cantidad de días de multa y el importe de cada uno de éstos, serán fijados por el juez atendiendo a la naturaleza y magnitud del daño o peligro causado, al beneficio recibido o esperado del delito, al patrimonio y naturaleza de la entidad y a su capacidad de pago. 5. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general. 6. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia”.

del mismo hecho, y los mismos fundamentos, ¿no estarían dadas las tres identidades necesarias que vedan la imposición de otra pena? Sin embargo, la norma sostiene que la administración o el juez penal podrán fijar su sanción, pero teniendo en cuenta la ya existente.

4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Corte Suprema

Reston⁽²²⁾ explica que desde los primeros precedentes acerca del tema en estudio, la doctrina de la Corte Suprema establecía que las personas jurídicas no podían ser perseguidas penalmente, pues ello estaba prohibido por el art. 43 CC.⁽²³⁾

Este principio general reconoció una excepción en materia aduanera: los arts. 1027 y 1028 de las ordenanzas de Aduana establecían la responsabilidad de aquellas en los supuestos de fraude aduanero y fiscal. Como esta normativa había sido sancionada con posterioridad al Código Civil, y eran legislación especial, el máximo Tribunal entendió que en esos casos sí podía perseguirse penalmente a los entes ideales. A su vez, dicha excepción fue matizada en el año 1944,⁽²⁴⁾ pues resolvió que al tratarse de una excepción al principio general, debía ser interpretada restrictivamente: solo podían ser sancionadas las personas jurídicas privadas de existencia voluntaria, y que hubieran sido creadas con fines económicos; quedaban fuera de la excepción (y por tanto alcanzadas por el principio general de irresponsabilidad) las personas jurídicas de existencia necesaria y creadas con fines políticos (el Estado, las provincias, municipios y los restantes órganos de la administración pública).

El art. 59 Anteproyecto parece compatibilizar con esta doctrina, toda vez que establece que únicamente podrán ser sancionadas las personas jurídicas privadas, por lo que los entes colectivos públicos no podrán serlo en sede penal.

Sin embargo, allí se les habilita responsabilidad para un catálogo de delitos que excede las infracciones aduaneras, tributarias o contra el régimen

(22) Para una completa y detallada evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en este punto, acudir al trabajo de María Inés Reston, n M. Divito y S. Vismara (dirs.), *Corte Suprema...*, op. cit., pp. 857/871.

(23) Ver nota 4 del presente trabajo.

(24) CSJN, Fallos: 200:419.

penal cambiario, que en la actualidad están previstas en leyes especiales, por lo que se abre el interrogante acerca de cuál será la postura que adoptará la CSJN si tuviera que pronunciarse en un caso con el esquema previsto por el Anteproyecto, y con relación a un delito que no sea ninguno de los anteriores.

No puede evitarse en este acápite, hacer referencia al voto en disidencia de Zaffaroni en el fallo “Fly Machine”,⁽²⁵⁾ oportunidad en la que expuso categóricamente su opinión acerca de la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas. Sostuvo que esa prohibición provenía directamente del propio texto de la Constitución Nacional (arts. 18 y 19), y de alguno de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.⁽²⁶⁾ Consideró que de dichas normas se desprende el principio *nulla injuria sine actione*, el que necesariamente implica que el concepto jurídico penal de acción impone como límite al legislador que los delitos sólo pueden provenir de conductas humanas. Concretamente dijo: “... la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles en tanto tales por la ley penal”.⁽²⁷⁾

Al argumento de la incapacidad de acción, agregó la imposibilidad de predicar respecto de la persona jurídica el principio de culpabilidad, y la ausencia de regulación procesal para el juzgamiento de aquellas, lo que conculcaría su derecho de defensa y el debido proceso.

Por último, dejó aclarado que su opinión negativa era únicamente respecto de una pretendida responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cuales sí podrían ser sometidas al sistema reparador —propio del ámbito civil—, y a la coacción administrativa directa.

Ahora bien, entre la emisión de dicho voto y la redacción del Anteproyecto, ¿existió un cambio de postura de Zaffaroni? Entiendo que, por ahora, la respuesta debe ser negativa. Como ya se expusiera, la Comisión decidió no pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de las penas previstas

(25) Ver nota 9 de este trabajo.

(26) Art. 11, párr. 2, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 15, párr. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 40, párr 2.a, Convención sobre los Derechos del Niño.

(27) CSJN, Fallos 329:1974, considerando 7º del voto en disidencia de Zaffaroni.

para los entes ideales, y se limitó a estructurar un sistema para sancionar a las personas jurídicas con competencia del juez penal, el cual podría considerarse ejercicio de coacción administrativa directa, hipótesis que sí considera viable Zaffaroni.

5. Algunas conclusiones

Al comienzo de este trabajo se plantearon dos interrogantes que trataré ahora de responder. El primero de ellos acerca de si la posibilidad de asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas es un tema que reconoce algún impedimento constitucional, o si corresponde al nivel legal. La "postura realista" tomada por la Comisión no sirve para encontrar una respuesta, pues abiertamente implicó evadir la cuestión. Se optó por elaborar un sistema de sanciones de naturaleza discutida, con competencia del juez penal, por lo que se impondrían con todas las garantías y presupuestos necesarios para la determinación de una responsabilidad penal.

Considero que se trata de un punto cuyo análisis no deberían eludir los poderes políticos. Si bien resulta loable el objetivo de la Comisión de lograr la sistematización de la imposición de penas a las personas jurídicas, hasta ahora desordenada e inconexa, entiendo que ese orden debe ir acompañado por una toma de posición sobre la naturaleza penal o no de las sanciones. Y para ello se debe estudiar si la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional lo impiden.

En principio, pareciera que la interpretación de las normas constitucionales efectuada por Zaffaroni en su voto en disidencia del fallo "Fly Machine" resulta demasiado categórica. En todo caso, deberá darse un amplio debate acerca del contenido del principio *nullum crimen sine conducta*, para estudiar si admite una mirada distinta a la allí volcada, o si por el contrario, aquella es la más acertada.

En torno a la segunda de las cuestiones, la necesidad o no de una teoría del delito propia de los entes colectivos, estimo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es muy distinta a la que se predica de los individuos, por lo que no es posible trasladar, sin más, los conceptos y postulados que se aplican respecto de aquellos. Por lo tanto, la creación de una estructura nueva deviene imperiosa, así como la sanción de normas procesales que acompañen la presencia de los entes colectivos como sujetos pasibles de sanciones.

Como colofón, la regulación del Anteproyecto sobre la materia en cuestión debe ser el puntapié inicial para una discusión seria al respecto que nos permita tener una regulación expresa lo más clara y respetuosa de los mandatos constitucionales posible.



Parte Especial



Trata de personas

CONSTANZA LUCÍA LARCHER



La trata de personas como delito específico y autónomo fue introducida en nuestro ordenamiento legal mediante la ley 26.364, publicada el 30 de abril de 2008 y titulada “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas”, que posteriormente fue modificada por la ley 26.842.

El término “trata de personas” es el concepto oficial que debe adoptarse ya que es el empleado por las Naciones Unidas. En el art. 3. a) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo) que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, instrumentos que fueron firmados por nuestro país en el año 2002, es definido como:

...la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En lo que aquí interesa, en el año 2008 fueron incorporadas dos nuevas figuras al Código Penal; de un lado, la trata de mayores, receptada en el

art. 145 bis y del otro, la trata de menores regulada en el art. 145 ter, al tiempo que se derogaron los tipos penales contemplados en los arts. 127 bis y 127 ter.

Así, el art. 145 bis (según ley 26.364) refería que:

El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión cuando:

1. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
2. El hecho fuere cometido por tres (3) o más personas en forma organizada;
3. Las víctimas fueren tres (3) o más.

Por otro lado, el art. 145 ter (según ley 26.364) establecía que:

El que ofreciere, capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de dieciocho (18) años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años. La pena será de seis (6) a quince (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima;

2. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
3. El hecho fuere cometido por tres (3) o más personas en forma organizada;
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.

En cuanto a las características típicas del delito, es dable referir que tiene tres componentes fundamentales: el primero es la actividad que consiste en el reclutamiento, captación, traslado, acogida; por otro lado, en el caso de la trata de personas mayores edad nos encontramos con los medios comisivos, que pueden consistir en un mecanismo forzado, engañoso —parcial o total—, fraudulento, coactivo o a través de un rapto violento.

Finalmente, en cuanto a la tipicidad subjetiva, el tipo penal requiere un elemento distinto del dolo que consiste en las denominadas ultra finalidades, esto es someter a la víctima a la esclavitud, servidumbre o condición análoga, u obligarla a realizar trabajos o servicios forzados, o a iniciarla o aprovecharla en el comercio sexual, o bien, para practicarle la extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

Al respecto, se sostuvo que:

Se trata de un delito doloso, de dolo directo, subjetivamente configurado, de tendencia y de resultado cortado. El tipo requiere un elemento subjetivo específico adicional distinto del dolo, de tendencia interna trascendente, esto es, que el sujeto activo actúe “con fines de explotación”, vale decir, con las finalidades establecidas en el art. 4° de la ley 26.364, en donde se enmarca el concepto de “explotación”, esto es, con fines de reducir o mantener a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o de someterla a prácticas análogas, de obligarla a realizar trabajos o servicios forzados, de promover, facilitar, desarrollar u obtener algún provecho de cualquier forma de comercio sexual, o de practicar la extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.⁽¹⁾

(1) BUOMPADRE, JORGE E., *Trata de Personas migración ilegal y derecho penal*, Córdoba, Alveroni, 2009, p. 76.

En otra dirección, se sostuvo que:

Con frecuencia se dice que, por contar con una exigencia subjetiva adicional, sólo resulta compatible el dolo directo. Sin embargo (...) ello no es razón para excluir las otras especies de dolo, ya que, a diferencia de lo ocurrido con otras figuras, en este caso el elemento subjetivo va dirigido a otra finalidad —por eso la característica de ultraintención—, a las distintas prácticas que constituyen explotación, pero no necesariamente a reforzar la trata en sí misma. Esa nota característica del delito, una ultraintención, un elemento subjetivo distinto del dolo, es la diferencia esencial con las demás conductas típicas contra la libertad (...). Esta exigencia del tipo impedirá su aplicación a algunas personas que forman parte de organizaciones que se dedican al tráfico de personas, y que desconocen el objetivo final del tráfico. Se trata de agrupaciones que operan de manera celular o sin que todos y cada uno de sus miembros conozcan el todo de la operación de la que constituyen un pequeño engranaje. En cualquier caso, sus conductas encuadrarán en otras figuras legales. La exigencia del conocimiento no es menor, porque de otro modo se habilitaría el castigo indiscriminado de cualquier transportista de personas, autorizado o no.⁽²⁾

También se ha dicho que la finalidad prevista en el tipo determina la imposibilidad de que el delito pueda cometerse con dolo eventual.⁽³⁾ Es que, las finalidades representan en la estructura del delito un elemento subjetivo del tipo de carácter volitivo, por lo que únicamente podrá ser cometido con dolo directo.⁽⁴⁾

Cabe recordar que, “los casos de dolo eventual están caracterizados, primeramente, de modo negativo, mediante la circunstancia de que la realización del tipo no está en la línea de la meta perseguida por el autor, sino que se halla con ella sólo en una relación posible”.⁽⁵⁾

(2) DE LUCA, JAVIER y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, *Delitos contra la integridad sexual*, Bs. As., Hammurabi, 2009, pp. 373/374.

(3) BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 77.

(4) Ver TAZZA, ALEJANDRO O. y CARRERAS, EDUARDO R., *El delito de trata de personas*, en LL 2008-C, p. 1053.

(5) STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal. Parte General I*, Bs. As., Hammurabi, 2005, p. 192.

Así como en los casos de dolo eventual al autor se le aparece como posible el resultado, en el delito de trata de personas no parece admisible esa forma de dolo, toda vez que el aspecto subjetivo de este delito se encuentra compuesto no solo por el dolo sino también por las ultrafinalidades. Por consiguiente, el sujeto activo que a través de alguna de las acciones típicas introduce a la víctima en una red de trata, debe hacerlo con la voluntad de someterla a alguna de las formas de explotación reconocidas; extremo que habilita a sostener que se requiere el dolo directo. La ley tipifica este delito como doloso y no está prevista la modalidad culposa.

En cuanto a las ultrafinalidades pueden mencionarse las siguientes:

a. Fin de reducción a la servidumbre o condición análoga

Liminarmente, puede decirse que se trata de “un supuesto en el que se somete al sujeto pasivo a una situación no elegida por éste, quien queda a disposición del libre arbitrio del sujeto activo. En consecuencia, se considera que la víctima pasa a ser tratada como una cosa, perdiendo su calidad de individuo”.⁽⁶⁾ El art. 1° de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 de la ONU define la esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. Así, por trata de esclavos comprende “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”. A su vez, el art. 15 CN establece “En la Nación Argentina no hay esclavos. Los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”. Conforme lo establece el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, la esclavitud es “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de dichos atributos en el tráfico de personas, en particular, mujeres y niños”.

(6) D’ALESSIO, ANDRÉS J. (Dir.), DIMITO, MAURO A. (Coord.), *Código Penal de la Nación Comentado*, Bs. As., La Ley, 2009, t. II, p. 466.

La esclavitud y los trabajos forzados, como se dijo, se encuentran proscriptos constitucionalmente (art. 15 de la Carta Magna y arts. 7° CADH, 8° PIDP y 6° PIDESC); y también por convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país, como por ejemplo: los arts. 11 y 16 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, ratificada por la ley 26.202. En definitiva, “la servidumbre es una situación de hecho que representa un estado de sometimiento o sujeción de una persona al poder, dominio o voluntad de otra, que puede o no implicar la privación de la libertad ambulatoria de la víctima”.⁽⁷⁾

Por servidumbre debe entenderse “la sujeción de una persona bajo la autoridad de otra subordinada a la voluntad del autor mediando violencia física o moral, sometiéndola a su dominio (...) Significa la pérdida del libre albedrío, en un proceso gradual de despersonalización que implica la captación de la voluntad; en otras palabras, en la colocación de una persona bajo el dominio y propiedad de otra, en una situación de objeto”.⁽⁸⁾

Finalmente, el art. 140 CP establece: “Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonial servil”.

b. Fin de explotación laboral

El Convenio sobre Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo, en su art. 2°, inc. 1°, define al trabajo forzoso u obligatorio como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. En su inc. 2° excluye las tareas prestadas en el marco del servicio militar, de obligaciones cívicas o como parte de una condena judicial, así como las que se prestasen como consecuencia de una catástrofe, estrago o amenaza a la vida y existencia de la sociedad.

(7) BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 78.

(8) FLORES, ERCILIA R. E. y ROMERO DÍAZ, MARÍA D., *Trata de personas con fines de explotación*, Córdoba, Lerner, 2009, p. 95.

c. Fin de explotación sexual

El concepto de explotación aludido en el epígrafe implica que la trata de personas se encamina a la concreción de otras actividades, generalmente vinculadas con el ejercicio de la prostitución por parte de la víctima, pero no acotadas a ello. Así, según los casos quedarán comprendidas (ver la ley 26.842) las conductas típicas regladas por los arts. 125 bis —promoción y facilitación de la prostitución de una persona—, 126 —agravantes del artículo anterior—, 126 —explotación económica de la prostitución— conforme la ley 26.842 e incluso aquellas previstas por el art. 128, Cód. Penal, relacionadas con la pornografía infantil, y por el art. 17, ley 12.331 —regenteo de casas de tolerancia—.

Esta finalidad existe cuando se promueve, facilita, desarrolla o se obtiene provecho de la víctima por medio de cualquiera de las formas previstas para la explotación sexual.

La prostitución consiste en la entrega habitual, por precio y a personas indeterminadas, desarrollada por personas mayores de dieciocho años de edad. Debe recordarse que el ejercicio personal de la prostitución en el caso de mayores no configura delito penal alguno. El Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena en el marco de la ONU, de 1949, establece “Las partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”.

En el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en el ámbito de la ONU, de 2000, se define como prostitución infantil la participación de un niño en “actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Así, puede puntualizarse “El concepto de explotación sexual es más amplio que el de prostitución y, por tanto, no incluye sólo prestaciones sexuales a cambio de precio, sino otras actividades de naturaleza sexual o encuadrables en el más amplio mercado del sexo”.⁽⁹⁾

(9) GARCÍA ARÁN, MERCEDES (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, Comares, 2006, pp. 230-231.

Al respecto, debe convenirse en

el concepto de "explotación sexual" es más amplio que el de 'comercio sexual', por lo que resulta comprensivo no sólo de la prostitución como una modalidad de prestación sexual a cambio de precio sino de otras actividades sexuales, por ejemplo aquellas relacionadas con la pornografía, los matrimonios forzados, la oferta de niños para producción pornográfica, la participación en espectáculos de contenido sexual, las agencias matrimoniales, los pisos de contacto, los clubes o discotecas del sexo, las casas o clubes de plaza, los anuncios de sexo por Internet o por otros medios de comunicación, los anuncios por televisión de líneas eróticas, los mensajes de texto a teléfonos móviles, etc.⁽¹⁰⁾

d. Fin de extracción de órganos

Habrá explotación cuando se practicare la extracción de órganos o de tejidos humanos. Dicha finalidad hace alusión a las conductas tipificadas por los arts. 28 a 30 de la Ley 24.193 de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos (actualizada por la ley 26.066). Cabe referir que se trata de una de las modalidades de trata de personas menos frecuente.

Según el art. 28:

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cinco (5) años e inhabilitación especial de dos (2) a diez (10) años si el autor fuere un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar:

- a. El que directa o indirectamente diere u ofreciere beneficios de contenido patrimonial o no, a un posible dador o a un tercero, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos;
- b. El que por sí o por interpósita persona recibiera o exigiera para sí o para terceros cualquier beneficio de contenido patrimonial o no, o aceptare una promesa directa o indirecta para sí o para terceros, para lograr la obtención de órganos o materiales anatómicos, sean o no propios;
- c. El que con propósito de lucro intermediara en la obtención de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas o de cadáveres.

Con arreglo al art. 29: "Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación especial de dos (2) a diez (10) años si el autor fuere

(10) BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 80.

un profesional del arte de curar o una persona que ejerza actividades de colaboración del arte de curar quien extrajera indebidamente órganos o materiales anatómicos de cadáveres”.

A su vez, el art. 30 prevé: “Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro (4) años a perpetua el que extrajere órganos o materiales anatómicos de humanos vivos, sin dar cumplimiento a los requisitos y formalidades exigidos en el art. 15, con excepción de la obligación prevista en el tercer párrafo de dicho artículo que será sancionada con la pena establecida en el artículo siguiente”.

La ley 26.066 modificó la Ley de Transplantes, estableciendo en su art. 1° lo siguiente: “Sustitúyese en todo el texto de la ley 24.193 la expresión ‘material anatómico’ por el término ‘tejidos’, entendiéndose por tejidos al grupo de células destinadas a cumplir con una misma función biológica”.

El 27 de diciembre de 2012, se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la ley 26.842 sobre Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas que fue sancionada el 19 de diciembre de 2012 y promulgada el 26 del mismo mes y año, que modificó la ley 26.364. En lo que aquí interesa se sustituyó el art. 2° de la ley 26.364 por el siguiente:

Artículo 2°.- Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.

A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

- a. Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;
- b. Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c. Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;
- d. Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculos con dicho contenido;
- e. Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;
- f. Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o investigadores.

Asimismo, la ley modificó los tipos penales analizados en el presente trabajo, los que quedaron redactados de la siguiente manera:

Artículo 145 *bis*: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare consentimiento de la víctima.

Artículo 145 *ter*: En los supuestos del art. 145 *bis* la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre a víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

A partir de la última reforma se observa un cambio en la estructura de los tipos penales, pues el art. 145 *bis* ahora pasa a ser el tipo básico de la trata

de personas, dejándose de lado la distinción entre la trata de personas mayores de edad y la de menores de edad, mientras que el art. 145 *ter* contempla actualmente las agravantes, entre las cuales se encuentra una derivada de la minoridad de la víctima, aunque no se incluye la calificante para el caso en que la víctima fuese menor de trece años, que contemplaba la anterior legislación.

En la figura básica vigente (art. 145 *bis*) se mantienen, en el plano de la tipicidad objetiva, los lineamientos de la anterior, aunque se ha agregado la acción típica de “ofrecer” que con anterioridad únicamente estaba prevista para la trata de menores de edad. Y principalmente, no puede soslayarse que el articulado legal establece que habrá trata de personas aún cuando mediere el consentimiento de la víctima, aclaración que no se hallaba en el texto anterior, lo que daba lugar a problemas interpretativos.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, nuevamente se hace alusión a la locución “con fines de explotación”, siendo necesario recurrir al art. 2° de la ley 26.842. De dicho artículo se observan los supuestos para tener por configurada la explotación en los casos de trata de personas. En torno a ello, se ha sostenido:

el ofrecimiento, la captación, traslado o recepción de personas mayores de edad es delictiva en los términos del art. 145 *bis* del CP cuando tenga por finalidad someter a la víctima a la esclavitud o servidumbre, o el propósito de obligarla a realizar trabajos o servicios forzados, a contraer matrimonio servil, o a iniciarla o aprovecharla en el comercio sexual, o comercializar la pornografía infantil o, finalmente para comercializar con la extracción ilícita de órganos, fluidos o tejidos humanos. Esta finalidad representa en la estructura del delito un elemento subjetivo del tipo de carácter volitivo, por lo que el mismo solamente podrá ser cometido con el denominado dolo directo. No será necesario que la finalidad o propósito del autor se haya logrado. Basta, para su consumación delictiva, que se haya realizado alguna de las acciones típicas con alguna de aquellas finalidades, independientemente de su efectivo logro.⁽¹¹⁾

(11) TAZZA, ALEJANDRO O., *La trata de personas. Su influencia en los delitos sexuales, la Ley de Migraciones y la Ley de Profilaxis Antivenérea*, Bs. As., Hammurabi, 2014, pp. 71/72.

Respecto de las agravantes, se agregaron otras como el caso de que la víctima estuviese embarazada, fuese mayor de 70 años, discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. Una novedad importante es que se agrava la conducta en el caso de que se logre consumir la explotación de la víctima, extremo no previsto con anterioridad, de modo que cuando se lograba la explotación debían aplicarse las reglas del concurso de delitos.

Ahora bien, el Anteproyecto del Código Penal de la Nación elaborado 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), tipifica en un solo artículo el delito de trata de personas. A saber, en su art. 111 establece:

1. Será penado con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años, el que capture, transportare o recibiere a una persona para someterla a extracción forzada de órganos o tejidos, o a cualquier forma de explotación sexual o laboral, o el que con el mismo fin promoviere o facilitare su entrada o salida del país, aunque mediare el consentimiento de la víctima.
2. La pena será de CUATRO (4) a DIEZ (10) años:
 - a. Cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tuviere autoridad sobre la víctima.
 - b. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
 - c. Si el autor fuere funcionario público y cometiere el hecho favorecido por el ejercicio de sus funciones.
 - d. Si el hecho fuere cometido por tres o más personas en forma premeditada.
 - e. Si las víctimas fueren tres o más.
 - f. Si la víctima fuere una persona con discapacidad, embarazada o mayor de setenta años.
3. Será penado con prisión de CUATRO (4) a QUINCE (15) años, el que capture, transportare o recibiere a un menor para someterlo a extracción forzada de órganos o tejidos, o a cualquier forma de explotación sexual o laboral, o el que con el mismo

fin promoviere o facilitare su entrada o salida del país, aunque mediare consentimiento de la víctima. Si la víctima fuere menor de trece años, el mínimo de la pena será de OCHO (8) años.

4. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por el delito previsto en este artículo, en los términos del presente Código.

De su lectura, se observa —ante todo— que en el inc. 1° se tipifica la figura básica de la trata de personas para la que se establece un mínimo de tres años de prisión —cuando en la actualidad el mínimo es de cuatro años, que impide en el caso de recaer sanción condenatoria, que sea dejada en suspenso de conformidad con el actual art. 26—. Cabe recordar que en este proyecto se plantea que “El juez podrá reemplazar parcial o totalmente cualquier pena de prisión que no exceda de tres años”, disposición que sería aplicable si se impusiera el mínimo. Por lo demás, en tanto el máximo no supera los diez años, también podría reemplazar la pena después del cumplimiento de la mitad de su duración (ver art. 31, incs. 1° y 2°).

En cuanto a la estructura típica, al igual que en la actualidad, el delito se configura aún cuando mediare el consentimiento de la víctima. En ese sentido, se ha sostenido que la ley “... ha ido más allá de lo estipulado por el art. 3°, inc. d) del Protocolo de Palermo, en tanto la norma actual cancela el consenso para todos los supuestos, inclusive el prestado con intención, discernimiento y libertad por mayores de edad, mientras que el documento internacional sólo excluye el consentimiento que se encuentra viciado por algún medio o mecanismo que lo invalida”.⁽¹²⁾

También es importante señalar que se deja de lado la locución genérica “con fines de explotación” y se establecen en el mismo tipo penal que las ultrafinalidades son la extracción forzada de órganos o tejidos, o cualquier forma de explotación sexual o laboral, de modo que los alcances del tipo ya no deberían ser completados mediante otras disposiciones, como ocurre actualmente con el art. 2° de la ley 26.842.

Esto, como surge de las explicaciones brindadas por los integrantes de la Comisión, se debe a que el término “explotación” a secas, puede ser equívoco, pues “no se conoce hasta el momento otra forma de explotación en este sentido, que la sexual y la laboral. Tampoco esa voz abarca

(12) TAZZA, ALEJANDRO O., *La trata de personas. Su influencia en los delitos sexuales, la Ley de Migraciones y la Ley de Profilaxis Antivenérea*, Bs. As., Hammurabi, 2014, p. 73.

la posibilidad de extraerle órganos o tejidos, por lo cual en todo caso se hace necesaria su mención específica”.⁽¹³⁾

Sobre el particular, cumple mencionar que la normativa legal propuesta acertadamente, ya no contempla agravar la pena en los casos en que se hubiese concretado la finalidad de la explotación, como lo hizo la legislación vigente, situación que da lugar a problemas interpretativos en materia de concursos.

En el inc. 2° del art. 111 se encuentran, en distintos apartados, las agravantes del tipo básico de la trata de personas, agregándose la premeditación en los casos en que el hecho fuese cometido por tres o más personas (ver inc. 2° apart. d). En el inc. 3° se tipifica la trata de personas de menores de dieciocho años, y a su vez en la última parte de dicho inciso se establece la calificante de la víctima menor de trece años —desechada en la última reforma incorporada—.

La incorporación, nuevamente, de esta agravante resulta adecuada, puesto que, en estos casos, la edad es un indicador de vulnerabilidad y, por consiguiente, los menores de trece años se encuentran en una situación de indefensión mayor que los demás, máxime si se tiene en cuenta que los niños de corta edad son los más requeridos para fines de explotación tanto sexual como laboral.

A mayor abundamiento, es importante resaltar que Unicef calculó que alrededor de 180.000.000 de niños de 5 a 17 años (1 de cada 8 en todo el mundo) están empleados en las peores formas de trabajo infantil y más de 1.000.000 son víctimas de la trata.⁽¹⁴⁾

Finalmente, y solamente a modo enunciativo a los fines de este trabajo se destaca el inc. 4° en cuanto consagra “Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por el delito previsto en este artículo, en los términos del presente Código”, situación que constituye una significativa novedad, en tanto consagra la responsabilidad penal de los entes ideales, tradicionalmente rechazada conforme a la máxima *societas delinquere non potest*. Al respecto, cabe señalar que, en la parte general del Anteproyecto, los arts. 59, 60, 61 y 62 regulan bajo qué supuestos y con qué penalidades se hará efectiva esta singular propuesta.

(13) Explicaciones brindadas por la Comisión sobre el art. 111 plasmadas en la p. 212 del Anteproyecto del Código Penal.

(14) Comercio y Justicia, *Duro informe de la Unicef sobre la niñez. Los más golpeados*, 24/12/2002, p. 12.

El delito de contrabando en el Anteproyecto de reforma del Código Penal

La equiparación de la pena del delito tentado con el delito consumado

AUGUSTO NICOLÁS GARRIDO⁽¹⁾



Una de las principales y saludables novedades del Anteproyecto de reforma del Código Penal es la inclusión en el texto legal de muchos tipos penales que hasta el momento se encuentran dispersos desordenadamente en diversas leyes penales especiales.

Uno de los casos es el contrabando, que ha sido tipificado en el art. 169 y ss. bajo el título "Delitos contra el orden económico y financiero".

Más allá de que la redacción legal proyectada presenta mayor taxatividad que la ley vigente, lo cual de por sí ya es positivo, el proyecto legisla al contrabando como un delito común y elimina ciertas características especiales previstas actualmente en el Código Aduanero, entre ellas la cuestionada equiparación de la pena del delito consumado y el delito tentado, establecida en el art. 872 ley 22.415.

(1) Universidad Austral.

En mi opinión, la previsión de distinto tipo de respuesta punitiva para el contrabando tentado y consumado de acuerdo a la regla general de la tentativa⁽²⁾ es acertada, desde dos puntos de vista autónomos: la dudosa constitucionalidad de aplicar la misma sanción para ambos supuestos, y la ausencia de fundamentos dogmáticos que avalen una solución normativa de esta naturaleza.

1. La constitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, ley 22.415

Si bien la Corte Suprema de Justicia se pronunció hace muchos años (1987) sobre el arreglo constitucional del art. 872 del Código Aduanero,⁽³⁾ se han sucedido últimamente algunos precedentes que han puesto nuevamente en tela de juicio la cuestión.

En particular, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal ha emitido varios fallos en este sentido.⁽⁴⁾

(2) El art. 38 del anteproyecto reproduce la regla del art. 44 del Código Penal actualmente vigente.

(3) CSJN, Fallos 310:495. Dicho criterio es seguido, excepto la Sala II, por las otras Salas del Tribunal de Casación y los tribunales inferiores. Ver CFED. CAS. PENAL, SALA III, "Springer, Javier Darío s/recurso de inconstitucionalidad", 04/06/2013; CNAC. PENAL EC., SALA B, "Suit, Elida Haydee s/ contrabando de estupefacientes —inc. de excarcelación—" 2, 05/04/1999. La doctrina mayoritaria tampoco considera que el art. 872 Código Aduanero lesione derechos constitucionales. Ver EDWARDS, CARLOS E., *Régimen Penal y procesal penal aduanero*, Bs. As., Astrea, 1995, p. 60; y SCELZI, GOTTIFREDI y ALAIS, *Delitos Aduaneros. Ley 22.415*, Bs. As., Lerner, 1983, p. 251.

(4) El *leading case* es la causa 14.288, Reg. 19.556, 18/05/2012 "Ortuño Savedra, Fabiana Fair s/ recurso de casación" En tal precedente, el Tribunal destacó que "La Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados esa norma, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido, de modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo (ver Fallos 329:3680). En el consid. 8 del voto del juez Zaffaroni claramente se señala que "(...) cabe principiar el estudio del caso relevando el contenido del límite impuesto al ejercicio del poder punitivo por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, en cuanto cristaliza el conocido principio de lesividad o de necesaria afectación del bien jurídico (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), según el cual las leyes penales se encuentran condicionadas por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos. Por lo tanto, a partir de esta opción constitucional, no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto caracterizado esencialmente por la significativa afectación —ya sea por lesión o por peligro concreto— de un bien jurídico". Aparece aquí, entonces, el primero de los principios que deben guiar el desarrollo de la temática cuya finalidad determina la limitación al poder punitivo de imponer una sanción en supuestos en los que el bien jurídico no fue dañado o no se lo puso en jaque. Esto es, una vez que hemos determinado que efectivamente existió

El fundamento central de esos precedentes se relaciona con la afectación al principio constitucional de lesividad (art. 19 CN) que comporta sancionar con la misma escala penal el delito consumado y el tentado, pues en este último caso la acción no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que aquel que logró la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero.

No se puede desconocer —dicen los magistrados— que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de la consumación y esto no debería generar la misma respuesta punitiva (voto de la Dra. Angela Ledesma en el caso “Ortuño Savedra”, citado).

Esta idea ya había sido expresada por uno de los integrantes de la comisión que redactó el Anteproyecto, el profesor Zaffaroni, en los prece-

peligro, aquel poder se encuentra autorizado para actuar. Sin embargo, resulta necesario hacer una distinción. El Estado no busca solo castigar resultados sino también acciones u omisiones que si bien no causan daño, generan una situación de alta probabilidad en la producción de ese resultado (riesgo). “Esta primera separación, entre delitos consumados que producen resultados (daños) y delitos tentados que producen riesgos, es importante dado que la acción que será castigada debe ser valorada exclusivamente en el marco del hecho seleccionado, no será lo mismo un riesgo que un resultado (...) y por tal razón el castigo de la tentativa deberá ser siempre menor (proporcionalidad) (...). La tentativa deberá ser siempre una forma menor de punición” (BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho penal*, Bs. As., Ad-hoc, 2004, pp. 155 y 156). Esto importa indefectiblemente que se deberá tener en cuenta, para fijar el castigo, el grado de afectación del bien jurídico. Esa debió ser la idea del legislador al establecer, como principio general en los arts. 42 y 44 CP, una pena menor para aquel autor que no logra consumar el suceso por cuestiones ajenas a su voluntad. Es así que el principio de proporcionalidad servirá concretamente para graduar la pena en el suceso concreto. Pero este precepto necesariamente deberá ir acompañado de un tercero: el de culpabilidad. Este, “... en su función limitadora sólo tiene efectos favorables para el delincuente (...). Exactamente debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales (...) la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste (...) sobre todo en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena y los abusos de este tipo (en los que la pena no guarda relación con la culpabilidad del delincuente) se pueden reconocer rápidamente” (ROXIN, CLAUDIUS, “Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad”, F. Muñoz Conde trad., en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, pp. 48 y 52). El armónico juego de ellos, preceptos propios de un Estado democrático de derecho, no permite otra salida que establecer una diferencia entre la acción de contrabando consumada de la que queda en grado de conato. En este último caso, claramente la acción no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que aquel que logró la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero. Es que, no se puede desconocer que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación y esto no puede generar la misma respuesta punitiva” (ver voto de la Dra. Ángela Ledesma). Del mismo se pronunció más recientemente en el precedente “Frampton, Paul Howard s/ recurso de casación”, 07/03/2014.

dentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Branchessi, Lidia Susana”⁽⁵⁾ y “Krawczyc, Tasiana”.⁽⁶⁾ Señaló en oportunidad que

... la afectación de un interés tutelado por el derecho mediante la exteriorización de una voluntad admite o reconoce grados en cuanto a su intensidad, en la medida que la creación de un riesgo de lesión menos grave que la causación de la lesión misma, configurando el desvalor de resultado un principio garantizador pues que sin él, como señala Bustos Ramirez, no se logra una debida graduación de lo injusto [y añadió que] La acción de contrabando que sólo queda en grado de tentativa no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que el producido por el que sí ha alcanzado la consumación mediante la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero, y tal diferencia debe necesariamente expresarse en la conminación del mismo modo en que se expresa en cualquier delito tipificado en el Código Penal o en las leyes penales especiales, sin que pueda justificarse el apartamiento de esta regla en virtud de las aludidas razones de orden práctico.

En mi opinión, la excepción a la regla general del código en materia de respuesta punitiva para la tentativa que establece actualmente el art. 872 Código Aduanero también afecta el principio de razonabilidad y proporcionalidad de las penas, de rango constitucional (arts. 28 y 33 CN).

La idea de proporcionalidad se remonta a un criterio tradicional del derecho penal: la exigencia, por un lado, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; por el otro, de que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido.⁽⁷⁾

Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho sancionatorio conocido como la “prohibición de exceso”, que se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Prusia (1875-1941).⁽⁸⁾

(5) B. 984. XLIII, 06/03/2010. La mayoría aplicó el art. 280 CPCCN.

(6) “Krawczyc, Tasiana y otros s/ causa n° 9457”. La mayoría aplicó el art. 280 CPCCN.

(7) Ver JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988, pp. 16/17.

(8) Ver HANS H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4 ed., José L. Manzanares Samaniego (trad.), Granada, Comares, 1993, p. 22.

La proporcionalidad, así, puede ser definida como el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, "necesaria" o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio menos lesivo y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y "proporcional" en sentido estricto, es decir, "ponderada" o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.⁽⁹⁾

El principio en el derecho argentino surge de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional.

Estas prescripciones consagran la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. Si bien una ley no puede alterar un derecho en su esencia, puede delimitarlo o regular su contenido, o su ejercicio razonable.⁽¹⁰⁾

Sobre la base de lo expuesto, según pienso, la norma del art. 872 Código Aduanero no guarda proporcionalidad ni razonabilidad. No existe necesidad en términos constitucionales en que la ley sancione de igual modo el delito tentado que el consumado.

No existe ningún fundamento basado en fines de prevención especial ni general de la pena. Antes bien, constituye una sobre punición de una conducta que no revela mayor gravedad óptica que otros delitos que expresan mayor lesividad para bienes jurídicos de mayor jerarquía (ver arts. 79, 80, 81, 118/133, 209/213 bis CP, entre otros).

Máxime cuando los delitos aduaneros se vinculan con un bien jurídico supra individual o difuso, que tutela funciones estatales, como lo es el debido control de las funciones propias de la Aduana. No se trata de un bien jurídico que merezca mayor protección que otros bienes jurídicos de la misma especie.

Frente a ello, según pienso, no guarda ninguna razonabilidad ni proporcionalidad que la ley contemple la equiparación de la sanción para el caso de la tentativa y el hecho consumado de contrabando, y no lo haga en casos

(9) SAPAG, MARIANO, *op. cit.*, p. 171.

(10) SAPAG, MARIANO, *op. cit.*, p. 178.

que evidencian mucha mayor lesividad respecto bienes jurídicos individuales de mayor jerarquía institucional como el secuestro extorsivo, el homicidio por precio o remuneración, el abuso sexual de menores, la trata de personas agravada, los delitos contra el orden económico y financiero; etc.

Tampoco puede sostenerse que el autor del delito de tentativa de contrabando requiera un tratamiento penitenciario más acentuado que quien consuma cualquier otro delito previsto en la ley penal. La equiparación no puede en consecuencia justificarse en fines preventivo especiales de la pena.

La inconstitucionalidad de las leyes penales cuando expresen criterios lesivos de los principios de razonabilidad y proporcionalidad ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo el Tribunal que es obligación del Poder Judicial "... ponderar la arbitrariedad y la irrazonabilidad de las decisiones de quienes ejercen el Poder Legislativo a efectos de impugnarlas como inconstitucionales" (Fallos 112:63; 118:278; 150:89; 181:264; 257:127; 261:409; 264:416). Y que, establecida la irrazonabilidad o iniquidad manifiesta de aquellas, corresponde declarar su inconstitucionalidad (Fallos: 150:89; 171:348; 199:483; 200:450; 247:121; 249:252; 250:418; 256:241; 263:460; 302:456).

2. La ausencia de fundamentos dogmáticos

Al margen de la cuestión constitucional, la norma que ahora se elimina del sistema jurídico tampoco encuentra justificación desde la dogmática penal.

Ya en los albores del derecho penal moderno, Beccaria sostenía que "aunque las leyes no castigan la intención, no se sigue de ello que un delito que comience con algunas acciones que manifiesten la voluntad de ejecutarlo, no merezcan una pena..." para luego aclarar que "... bien que menor que la merecida por la ejecución misma del delito".⁽¹¹⁾

No obstante se sostiene, quizás con razón, que después de doscientos años de discusión no existe en realidad acuerdo sobre el fundamento de la punición de la tentativa.⁽¹²⁾

(11) BECCARIA, lug. cit., § XIV. *Attentati, complici, impunità* (p. 238 y ss.); en la ed. esp. cit., p. 108 y ss.

(12) MIGUEL ANGEL NUÑEZ PAZ, *El delito intentado, Presentación de Claus Roxin*, Colex, p. 23.

Pese a ello, salvo las teorías subjetivistas extremas, que no reconocen distinciones ópticas entre un hecho intentado con uno consumado, cualquiera de las teorías clásicas o modernas coinciden de un modo u otro en que la tentativa presenta diferencias conceptuales y cualitativas significativas con el delito consumado.

Así, para las diversas teorías objetivas, si la base del delito radica en la lesión de un bien jurídico, la tentativa —ejecución interrumpida del delito— es un hecho menos grave que la consumación y debe castigarse con menor pena.⁽¹³⁾

La misma diferencia surge de las modernas corrientes funcionalistas, para quienes en el caso de la tentativa no se produce la misma defraudación de las expectativas normativas que en el caso del delito consumado.⁽¹⁴⁾

No existe en consecuencia —amén de la cuestión constitucional— ninguna justificación de índole dogmática para igualar la pena en el caso del contrabando tentado con el consumado.

Por ello, la eliminación del sistema jurídico de la norma que establecía la misma escala penal para ambos supuestos es acertada, en términos constitucionales y jurídicos.



(13) NUÑEZ PAZ, *op. cit.*, p. 24.

(14) JAKOBS, G., *Derecho Penal*, Madrid, 1995, p. 861.

El delito de tortura en el Anteproyecto de Código Penal Argentino (art. 88)

EDUARDO JAVIER DI IORIO⁽¹⁾



1. Introducción

El presente trabajo intentará delinear una aproximación a los parámetros conceptuales básicos dimanantes de la regulación doméstica del delito de tortura, a la luz del tratado propuesto por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.⁽²⁾

Así, mediante el uso de la técnica del careo de los puntos salientes del tipo penal hoy vigente⁽³⁾ y de aquel que fuera sometido a consideración de

(1) Abogado (UNMDP).

(2) La creación se concretó por vía del decreto 678/2012 del Poder Ejecutivo Nacional. Tuvo, además, como secretario a Julián Álvarez, como coordinador a Roberto Manuel Carlés, e integrantes a León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

(3) ARTÍCULO 144 ter CP: 1) Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que este tenga sobre aquella poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos. 2) Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las

la Sra. Presidenta de la Nación para su reemplazo,⁽⁴⁾ se tratará de poner en perspectiva la aplicación eventual de este tramo del Anteproyecto de Código Penal Argentino (en adelante, ACPA) a modo de intentar anticiparse a los posibles conflictos, y a la par, traspolando algunas de las discusiones actuales de los expertos.

Iniciaré la tarea desmenuzando uno a uno los cambios emergentes de la comparación de los textos involucrados, arribando a algunas conclusiones provisorias, para finalmente, como cierre, permitirme emitir una opinión valorativa sobre el postulado que ha sido sugerido a efectos de estimar sus bondades y/o puntos frágiles; aunque reconociendo desde ya la trayectoria del grupo redactor y el elevado rigor científico que luce la obra que ha elaborado.

Del confronte seleccionado como estrategia expositiva, según se verá a continuación, las variaciones que se anotan son abordadas desde dos grandes enfoques:

- a. las penalidades y la organización sistemática dada en cada estructura normativa (puntos 1, 2 y 3); y
- b. los elementos normativos que componen la figura penal básica (puntos 4, 5, 6 y 7).

2. Confronte analítico de los arts. 88 ACPA y 144 ter CP

2.1.

En un primer aspecto del análisis, del cotejo de normas se observa una diversa **penalidad** con la que se quiere reprimir el execrable delito, lo que se plasma tanto en lo atinente a su fase cuantitativa como cualitativa.

2.1.1.

Así, en principio, se ha estipulado una escala punitiva que oscila entre los ocho (8) a los veinte (20) años de prisión. De tal modo, no resulta dificultoso advertir que se mantiene el mínimo previsto en el artículo en

lesiones previstas en el art. 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años. 3) Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente.

(4) El art. 88 ACPA dice: "Tortura. Será reprimido con prisión de ocho (8) a veinte (20) años, el funcionario público o quien actuare con su aquiescencia, que infligiere a una persona legítima o ilegítimamente privada de libertad, tormento físico o grave sufrimiento psíquico".

vigencia, y se ha disminuido su máximo en cinco (5) años. Si bien en fundamento a la decisión adoptada sobre el particular nada se ha hecho constar, la reducción del monto del encierro encontraría coherencia desde la tesitura general de los autores que circunda en lograr, estimando como valor supremo a la vida,⁽⁵⁾ la tan ansiada proporcionalidad y razonabilidad sancionatoria perseguida.⁽⁶⁾

En este terreno, como muestra patente puede repararse en la figura del homicidio, cuya pena tradicional para el tipo básico se conserva, y para las agravadas alcanza el tope superior permitido en el Anteproyecto (vale decir, treinta años, ver arts. 17, 21, 76 y 77 ACPA), siendo que, como contraste, en la actual redacción los límites punitivos de los arts. 79 y 144 ter CP son equivalentes.

Debe recordarse que desde el primer momento en que se estableció el *quantum* actual (144 ter CP, según ley 23.097) existieron voces que advertían de su extremada severidad;⁽⁷⁾ pero, además, que avanzados los años y con la experiencia arrojada por su empleo, se ha opinado sobre la existencia de un fenómeno inverso como consecuencia de las penas draconianas fijadas, lo que genera en muchos tribunales penales la búsqueda de subterfugios para acomodar el supuesto de hecho en convenciones jurídico-penales más beneficiosas para el autor.⁽⁸⁾

(5) Se alude en la preclusión efectuada a la Presidenta de la Nación por los redactores: "Dado que toda escala penal proyecta negativamente el valor jurídico positivo lesionado, es ineludible tomar como parámetro general y orientador para el resto, el de la vida humana. La desarmonía que implica desconocer que este valor se halla en la cúspide del orden jurídico argentino, repudia a la Constitución Nacional, pues importa la adhesión a un orden jurídico extraño al nuestro, que reemplazaría —en el punto más alto de su objetivo— a la persona por otro ente extra o ultrapersonal, lo que resultaría claramente incompatible con la axiología constitucional, histórica y culturalmente consagrada".

(6) Los argumentos centrales justificantes de la reforma encarada confluyen —en resumidas cuentas— en torno a la necesidad de que la ley penal recupere: claridad, precisión y organicidad. En este sentido, se destaca la demanda de certeza como requisito de toda materia jurídica, distinción que alcanza su más alto grado en el marco de la legislación penal de todo Estado de derecho; pero que por mandato constitucional (inc. 12 del art. 75, antiguo inc. 11 del art. 67) solo puede consolidarse mediante la codificación (ver Exposición de motivos pertinente); solo de este modo la medida del poder punitivo con que reacciona el Estado frente a los delitos podrá ser racional, justa y coherente.

(7) En este sentido, entre otros, ver REINALDI, VÍCTOR F., *El delito de Tortura*, De Palma, Bs. As., 1986, pp. 129/130. Se ha dicho en esta línea: "La severidad de las nuevas escalas responde a una política criminal acorde con el espíritu que inspiró a las autoridades constitucionales electas en 1983...", en SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Bs. As., TEA, 1987, p. 57).

(8) RAFECAS, DANIEL E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Bs. As., Del Puerto, 2010, p. 150 y ss.; con referencias estadísticas y mención de la opinión del Comité contra la Tortura, volcada en el informe anual 2004 relativa a esa práctica judicial.

2.1.2.

La clase de penalidad, además, ha variado, aunque esto obedece propiamente a cambios estructurales en el régimen de penas que se explica en la parte general del Anteproyecto (Libro I, Título III).

En consecuencia, sin ánimo de agotar el tema, debe subrayarse que ya no se atiende a la opción que brinda el actual artículo entre prisión y reclusión, lo que logra su génesis en la decisión manifiesta de erradicar toda diferencia entre las modalidades de penas privativas de libertad.⁽⁹⁾

Asimismo, se ha decidido prescindir de la sanción de inhabilitación (“absoluta y perpetua”), hoy prevista expresamente como accesorio a la principal mencionada en el párrafo anterior. La supresión encuentra raíz en el novedoso sistema adoptado para este instituto, en tanto se renuncia a la distinción entre inhabilitación absoluta y especial, y se limitan sus efectos y la extensión temporal genéricamente, sin perjuicio de lo que se regule en la parte especial para cada tipo penal.⁽¹⁰⁾

No obstante, exclusivamente para cuando el condenado por el delito sea un funcionario público, la aplicabilidad de las reglas generales podrá igualmente importar la adición de esta variedad de pena. En este sentido, estos casos encajarían en uno de los supuestos específicos en los que se faculta al juez para imponerla aunque la inhabilitación no estuviere expresamente prevista, particularmente en el inc. 4 del art. 36 ACPA.

Pero esto solo podrá ocurrir cuando se constate un contexto determinado ligado a su actividad exigido por la norma (esto es, delito cometido “en ejercicio de sus funciones o aprovechando o abusando de su ocasión”),⁽¹¹⁾ a diferencia de lo previsto para el Título I donde se ha preparado un capítulo destinado en común para todos los delitos que lo componen, estipulando aquella penalidad añadida con un mero criterio objetivo (la sola calidad de funcionario público, ver Capítulo III, art. 73.1 ACPA).

(9) Ver arts. 17 y 21 ACPA, y su comentario pertinente en la Exposición de Motivos.

(10) Art. 36, inc. 1, ACPA: “La inhabilitación producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre el que recayere y el impedimento para obtener otro del mismo género. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años”.

(11) Se prevén supuestos en los que se faculta al juez a imponerla aunque la inhabilitación no estuviere expresamente prevista (incs. 2, 3 y 4 del art. 36). En el tema que nos ocupa, el art. 36, inc. 4 ACPA expresa: “Todo funcionario o empleado público que fuere condenado a pena de prisión, por un delito cometido en ejercicio de sus funciones o aprovechando o abusando de su ocasión, sufrirá pena de inhabilitación por el doble del tiempo de la condena, salvo disposición expresa de este Código. Esta pena no excederá el máximo señalado por el inc. 1º”.

Atendiendo a la extrema amplitud de la expresión utilizada, pareciera difícil imaginar en la praxis un complejo fáctico de tortura en el que aquel condicionamiento no coincida en lo medular con las exigencias relativas a la conexión entre la acción y proceder funcional que son señaladas para válidamente poder calificar como sujeto activo.⁽¹²⁾

Por los motivos considerados precedentemente, se la descarta para aquellos particulares que intervengan en la acción delictiva.

2.2.

En segundo lugar, se eliminó el agravante previsto para los casos de muerte o de lesiones gravísimas del ofendido (arts. 79 y 91 CP actuales), prescripto en el inc. 2 del 144 ter CP, para cuando esas consecuencias resultaren “con motivo u ocasión de la tortura”. Tráigase a la memoria que las penalidades —respectivamente— para cada uno de los casos son: reclusión o prisión perpetua, y reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

La solución que correspondería dar frente a tales hipótesis parecería haber sido verda de manera expresa al volcarse los fundamentos, al decir:

La muerte de la persona torturada concurrirá idealmente con este tipo, de modo que si cabe la imputación dolosa se tratará seguramente de un homicidio calificado por ensañamiento o bien por alevosía, y lo mismo cabe decir de las lesiones graves o gravísimas. En cada caso, igualmente, se aplicará la pena más grave, según lo previsto en la parte general. De ser la muerte o las lesiones un resultado preterintencional, el máximo de la pena prevista es suficientemente amplio como para adecuarlo a esta circunstancia.

Presuponiendo que se tratará de situaciones en donde las secuelas concurren idealmente con esta figura,⁽¹³⁾ los antecodificadores estructuran la respuesta bifurcando la salida según la intencionalidad evidenciada por el agente en relación a aquel resultado causado (vale decir: dolo/dolo-culpa — preterintención—). Como se nota patente de lo transcrito, adicionan

(12) La cuestión además involucra un punto sobre el que existen discrepancias en la ciencia penal argentina, cuál es la necesidad de que el funcionario detente facultades de detención para poder integrar el elenco de autores, o bien baste con esa mera calidad independientemente de la competencia que le sea inherente. Ver infra puntos II, 4 y 5.

(13) Lógicamente, tratándose de casos donde medie un concurso real entre las figuras involucradas, la penalidad aplicable se conformará según las reglas del principio de “aspersión” (art. 11 ACPA).

en el razonamiento las lesiones graves (art. 90 CP actual), que no eran incluidas en el agravamiento legal original.

El esquema propuesto podría resumirse de la siguiente forma:

- a. la primera situación se configura cuando los efectos (muerte, lesiones —graves o gravísimas—) se corresponden con una imputación dolosa, indicando que se tratará “seguramente” de un homicidio calificado o lesiones calificadas (por ensañamiento o alevosía),⁽¹⁴⁾ y se aplicará la pena más grave;
- b. el segundo supuesto, en cambio, se trata de un producto preterintencional, y envía a adecuar la pena en función del amplio margen que brinda la escala legalmente prevista.

Veamos, entonces, las consecuencias de la sugerencia planteada en números concretos de pena (prisión) cuando se verifica una intimación a título doloso (ítem “a”):

- i. tortura (8 a 20 años) + homicidio (8 a 25 años) = se aplica la escala prevista para la figura de homicidio calificado (15 a 30 años);
- ii. tortura (8 a 20 años) + lesiones gravísimas (3 a 12 años) = se utiliza la primera calificación, en tanto el agravamiento de la segunda la lleva a una escala que va de 4 a 18 años;
- iii. tortura (8 a 20 años) + lesiones graves (1 a 6 años) = se impone la primera, en tanto para las lesiones graves calificadas se estipula una pena que se eleva desde los 3 a los 10 años.

En definitiva, se eliminan los agravamientos por el resultado, despejando forzosamente las dudas que se plantean entre los expertos sobre los supuestos abarcados,⁽¹⁵⁾ y se remite a las reglas anunciadas en la parte general de consumo con los arts. 10, 76, 77, 88, 92, 93 y 94 ACPA, resolviendo llanamente dar operatividad al principio de “absorción” que prima en materia de concursos ideales.

Asimismo, partiendo de aquellos datos numéricos, las escalas conformadas según las pautas orientativas dimanantes de la opinión volcada en los fundamentos, y que vienen a suplir a las agravadas expresamente previs-

(14) El art. 94 ACPA reza: “Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 77, la pena de prisión será: en el caso del art. 91, de seis (6) meses a tres (3) años; en el caso del art. 92, de tres (3) a diez (10) años; y en el caso del art. 93, de cuatro (4) a dieciocho (18) años”. Debe completarse el cuadro diciendo que aquellas circunstancias del art. 77 son las que se corresponden con las del homicidio agravado, y que las lesiones de los arts. 91, 92 y 93 son respectivamente: leves, graves y gravísimas.

(15) Las opiniones varían entre los que consideran incluidos los resultados preterintencionales, y quienes solo limitan el agravante a aquellos queridos por el autor (dolosos).

tas en el inc. 2 del art. 144 ter CP, guardando la lógica de los redactores basada en la búsqueda de proporcionalidad, también arrojan resultados que evidencian penalidades más reducidas.⁽¹⁶⁾

Ello en cuanto solo se experimentará un aumento de la sanción máxima esperable para el tipo “torturas” cuando concurra con un homicidio doloso, por remisión a otra figura distinta y específica (art. 77 ACPA: “Homicidio calificado”), elevando el límite mayor hasta los treinta años de prisión.⁽¹⁷⁾

Además, la coexistencia de la tortura con cualquier tipo de lesión, sean estas causadas a título doloso o como resultado preterintencional, siempre determinará la procedencia de la escala del art. 88 ACPA, por lo que esta las absorbe y remite a su graduación en función de los criterios del art. 18 del Anteproyecto.⁽¹⁸⁾ Como fruto más palpable, se observan aquellas lesiones contenidas en el calificante que sería eliminado —gravísimas— en las que se proyecta una reducción de la pena de dos años en el mínimo y de cinco años en el máximo.

2.3.

Además, el tipo penal que castiga la tortura ha sufrido importantes cambios a **nivel sistemático**. Vale señalar que el artículo en el que se contiene ha sido mudado al Título II del Libro II, cuya denominación resulta ser

(16) Prescindiendo aquí de involucrar toda cuestión relativa a su “suficiencia” o “insuficiencia” y a sus pretendidos fines, se aclara que el trabajo solo exhibe las cifras punitivas marginando cualquier opinión sobre aquel tema que llevaría obligadamente a exceder el objeto planteado.

(17) Si bien es la cifra más alta que admite el Anteproyecto, obviamente resulta inferior a los efectos de la mal llamada “pena perpetua”, extinguida en el marco del nuevo tratado (ver art. 21 del Anteproyecto y su Exposición de Motivos). Como parámetro de cotejo abstracto puede tomarse en cuenta que la mayor escala penal del tratado es de 20 a 30 años de prisión, prevista para delitos contra la humanidad (arts. 64, 66, 67 ACPA).

(18) El artículo regula las pautas para la determinación judicial de la pena. Además de criterios genéricos (inc. 1), se prevén circunstancias que por regla son atenuantes y de mayor gravedad (incs. 2 y 3). Dentro de estas últimas, vale destacar por ser potencialmente aplicables a estos casos: la pluralidad de agentes, la indefensión de la persona o del bien jurídico afectados, el valerse de la condición de autoridad pública o de una relación de superioridad o confianza, haber actuado por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias, o con crueldad o inferir grave dolor físico o moral a la víctima. Asimismo, estipula que serán circunstancias de máxima gravedad (inc. 4): 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, 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. Sin perjuicio de lo dicho, no puede dejar de indicarse que el inc. 5 establece que no se considerarán circunstancias agravantes las constitutivas de la descripción legal del hecho.

“Delitos contra las personas”, dejando atrás su ubicación tradicional en el ámbito “de los delitos contra la libertad” (actual Título V).⁽¹⁹⁾

Debe recordarse que se ha creado un título inexistente en el Código hoy usado, que se ha dado en llamar “Delitos contra la humanidad”, ocupando el lugar privilegiado en la Parte Especial, ingresando —entre otras— las figuras de genocidio, desaparición forzada de personas, distintas modalidades de crímenes de guerra y de violaciones al derecho humanitario (arts. 64 a 75 ACPA).

A modo más gráfico, en cuanto al tramo que nos compete, ha quedado estructurado de la siguiente forma:

Título I: Delitos contra la humanidad

Título II: Delitos contra las personas

Título III: Delitos contra el honor

Título IV: Delitos contra la libertad

Título V: Delitos contra la integridad y la libertad sexual

Título VI: Delitos contra las relaciones de familia y el estado civil.

Esta cuestión ha sido especialmente objeto de mención en la exposición de motivos. Reconociendo la calidad de delito pluriofensivo y las consiguientes discusiones sobre el punto, se justificó el canje de ubicación del delito de tortura bajo la invocación de la circunstancia de que normalmente esta tiene consecuencias físicas y altas probabilidades de producir la muerte de la víctima.

Tomando en cuenta las razones plasmadas en el documento respectivo, parece que la comisión encargada de dar forma al Anteproyecto ha dado un viro, en términos de estimación de la preponderancia de los bienes involucrados, acentuando el rumbo seguido por los legisladores del 58⁽²⁰⁾

(19) Este último resulta preferido en la enumeración orgánica del ACPA por sobre los “delitos contra la integridad y la libertad sexual” como así también “contra las relaciones de familia y el estado civil” (que ahora son los títulos V y VI, respectivamente).

(20) Ley 14.616, sancionada el 30/09/1958, estipulaba: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento”. Asimismo, se elevaba el máximo hasta los quince años si la víctima fuese un perseguido político o si resultare la muerte de la persona torturada.

y 84;⁽²¹⁾ a partir de su colocación entre aquellas infracciones penales que se orientan a la tutela de la vida y de la salud,⁽²²⁾ prefiriéndolo por sobre aquellas que resguardan la libertad —en sentido amplio—, tal como lo han hecho los anteriores.

De tal manera, la conformación redistributiva explicada ha concretado una decidida preeminencia en función de la extrema gravedad de estos hechos, estrategia que se forja al compás del avance de un concepto que pugna por su absoluta prohibición en el ámbito internacional de los derechos humanos,⁽²³⁾ y correlativamente, es continuadora de la idea inspirada en un espíritu parlamentario impermeable y sancionatorio de tales atrocidades estimulado con el retorno de la vida democrática.⁽²⁴⁾

Para ser más precisos, y como muestra patente de ello, el Capítulo II, Tortura, ahora se sitúa a continuación de la regulación penal de los delitos de lesa humanidad y “contra la vida” (homicidios y abortos).

2.4.

Ahora bien, teniendo principalmente en cuenta consideraciones generales en torno a la función del tipo con relación al **bien jurídico**,⁽²⁵⁾ y además,

(21) Ley 23.097, sancionada el 28/09/1984, y publicada en BO 29/10/1984.

(22) Pues las acciones reprimidas ponen directamente causas tendientes a destruir o perjudicarlos, según SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*, t. III, *op. cit.*, p. 9. Ello, partiendo de la premisa de que nuestra ley emplea el concepto de “persona” en el sentido más limitado y restringido de persona física.

(23) Debe traerse a colación que la prohibición absoluta de la tortura pertenece hoy en día al dominio del *jus cogens* internacional, es “inalienable” y constituye una norma imperativa del derecho internacional consuetudinario, postulándose que tal obligación no debe suspenderse siquiera en las circunstancias más difíciles que puede atravesar un estado (art. 2, párr. 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura; art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

(24) Se dice “estimulado” y no iniciado, pues en nuestro país la prohibición de estos tratos logró ser receptada en el plano formal ya en el mismo texto original de la Constitución Nacional de 1853. Así, embebida en las ideas liberales contemporáneas de la época (representadas por figuras de la talla de Cesare Beccaria, Pietro Verri o Jeremy Bentham), se incorpora expresamente en su art. 18 la cláusula de abolición “de toda especie de tormento y los azotes”. No obstante, con anterioridad, fruto de las ideas independentistas, la Asamblea del año 1813 había erradicado formalmente la esclavitud, prohibido la tortura en el proceso penal y mandado a inutilizar sus instrumentos. Un pormenorizado desarrollo sobre los antecedentes históricos y las circunstancias anteriores a la ley 23.097 y a la trágica etapa del “proceso”, puede verse en SALINAS, PABLO G., *La aplicación de la tortura en la República Argentina*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2010.

(25) Cabe tener presente que el tipo penal no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que este viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos en que

que se ha vinculado este extremo con el concepto de “libertad”,⁽²⁶⁾ podría válidamente inquirirse si pudo haber tenido alguna influencia el traslado en ciernes sobre el interés que pretende resguardar el mandato prohibitivo.⁽²⁷⁾

En una primera aproximación, me permito responder que, partiendo de aquella acertada cualificación como ilícito de múltiple afectación y de la escala penal prevista para su comisión en función de las restantes, el cambio pareciera emerger como inocuo cuando es observado desde un prisma práctico y que repare solo en la variada fenomenología de las conductas, máxime cuando se admite que la tortura conlleva siempre ínsita algún grado de sujeción del sujeto pasivo —por las modalidades y mecánica propias que la denotan y la intensidad del despliegue violento que en sí misma importa—.

Ante este cuadro de cosas, puede hacerse la misma interrogación pero con la discusión ceñida a un corte netamente teórico. En este orden de ideas, la posibilidad de eventuales repercusiones en los pilares en que se asienta el interés tutelado, en razón del cambio de ubicación aludido, podría encontrarse directamente atada al desarrollo y tratamiento de la cuestión a nivel internacional.⁽²⁸⁾

Es así que a pesar de todo cabe asumir que lo que desea preservar continúa siendo la “dignidad humana”, entendida como unidad suprema vinculada a la misma condición de persona y los atributos que le pertenecen como tal.⁽²⁹⁾

estos se agrupan, y que también muchas veces la determinación debe ser efectuada por el intérprete mediante la conjugación de las expresiones literales contenidas en aquellas denominaciones que forman la Parte Especial, con el “sentido” de la acción descripta en un determinado tipo (Ver CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, 3° ed., Bs. As., Astrea, pp. 198/199).

(26) Ver, por ejemplo, RAFFECAS, DANIEL E., *op. cit.*; y REINALDI, VÍCTOR F., *op. cit.* Ambos autores, en líneas generales, asocian el concepto de “libertad” como presupuesto de dignidad humana.

(27) Se sigue un concepto de “bien jurídico” que lo caracteriza como una “relación de disponibilidad” de un sujeto con un objeto, poniendo especialmente el acento en su función limitante del poder punitivo (Zaffaroni).

(28) Ver detalladamente este aspecto en BARBERO, NATALIA, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura*, Bs. As., Rubinzal - Culzoni Editores, 2011.

(29) Así, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, 09/12/1975; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (OEA). En este sentido, el Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles,

En esta dirección, en la especie, se subraya que no se halla ligado al lugar que ocupe el ilícito en la legislación de cada Estado, sino que su elementalidad viene determinada por valores supralegales propios de la esencia del hombre y receptados en los instrumentos que rigen el tópicico a nivel internacional, a su vez corporizados en sus compromisos asumidos ante la comunidad internacional y susceptibles de generarles responsabilidad en ese ámbito.

De allí que cada ordenamiento jurídico pueda darle un sitio distinto a este delito sin alterar la sustancia de la materia bajo reguardo, siendo que se la ha reprimido de diversas maneras: ya como delito contra la Administración pública, también contra la vida e integridad corporal, bien entre aquellos que menoscaban la libertad individual, los derechos garantidos por la Constitución, o entre las ilicitudes que directamente la violan.⁽³⁰⁾

2.4.1.

Ingresando a lo que tiene que ver con el aspecto objetivo del tipo, con especial referencia al **sujeto pasivo** en la flamante organización de la norma, toca señalar que la letra del art. 88 ha dejado subsistir la expresión que pone de resalto la circunstancia coercitiva del destinatario de los padecimientos, al decir que deberá tratarse de una “persona legítima o ilegítimamente privada de libertad”.

En directa concordancia, paralelamente se ha eliminado la aclaración normativa sobre la relación (de mínima) que debe mediar entre víctima y victimario regulada en el segundo párrafo del inc. 1 del tipo básico (144 ter CP), en cuanto menciona que basta que este tenga sobre aquella “poder de hecho”.

Podría apreciarse que esta decisión es una muestra más del objetivo facilitador de la comprensión de la ley penal encarada en la obra con aspira-

inhumanos o degradantes, adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, menciona que la tortura destruye deliberadamente no solo el bienestar físico y emocional de la persona, sino también, en ciertos casos, la dignidad y la voluntad de comunidades enteras, atacando la misma base de nuestra existencia y de nuestras esperanzas de un futuro mejor. Refiere Edgardo Donna que la tortura “es el desconocimiento de la otra persona como tal”, verificándose una situación extrema en donde el dilema es seguir o no siendo un ser humano (en *Derecho Penal Parte Especial*, t. II-A, Bs. As., Rubinzal - Culzoni Editores, 2001, p. 185).

(30) Ver detalladamente en REINALDI, VICTOR F., *op. cit.*, p. 89 y ss.

ciones de código,⁽³¹⁾ en tanto en última instancia se configuraría un nexo de especie a género entre la terminología suprimida y el sometimiento privativo (legal o ilegal) que sigue siendo requerido, y que incluiría, además, a la variedad “**poder de derecho**” (jurídicamente a su cargo). Sobre este plafón, es de recordar que toda tortura importa *per se* algún grado de sometimiento o sujeción de la víctima, más o menos intensivo según sus circunstancias, por lo que la reformulación carecería de injerencias prácticas,⁽³²⁾ y a todo evento, se reconduce el tema a una cuestión de prueba en el caso concreto.

Lo que sucede es que, partiendo de la letra del art. 144 ter del fonal, la doctrina ha estimado necesaria la verificación de aquel contexto situacional para colmar de tipicidad la conducta y como característica que define al sujeto pasivo; e, incluso, se ha planteado como discusión, además, la admisión de la exigencia de que la restricción libertaria tenga su origen en la actuación del funcionario estatal, dividiéndose las aguas entre aquellos que asienten tal requerimiento a condición de descartar la aplicación del tipo penal⁽³³⁾ y otros que propugnan su innecesariedad a tales fines.⁽³⁴⁾

Pero esta última disquisición frente a los nuevos términos del texto ofertado permanece latente, en tanto el APCA no la ha zanjado de manera expresa, y a pesar de que a lo largo de la expresión de fundamentos toma en consideración el concepto proveniente del derecho internacional, aunque sin emitir opiniones ampliatorias del tema.⁽³⁵⁾

(31) Así, aclaran los creadores del tratado sobre este segmento en la Exposición de Motivos respectiva: “En lo sustancial se mantiene el texto vigente, mejorando la técnica del actual art. 144 ter. Se omiten previsiones casuísticas del texto vigente, que confunden la interpretación”. Asimismo, ver lo dicho en la nota 3.

(32) En este sentido, Jorge Buompadre precisa que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, esté o no privada de su libertad, partiendo de la interpretación del texto de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas crueles, Inhumanos y Degradantes; pero aclara que se trata de una modificación solo en apariencia pues la mecánica de la tortura impone necesariamente la privación de la libertad de la persona (en *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Bs. As., Mave, 2000, p. 551). Ver infra.

(33) RAFECAS, DANIEL E., *op. cit.*, p. 109; y CREUS, CARLOS, *op. cit.*, p. 308.

(34) REINALDI, VÍCTOR F., *op. cit.*, p. 103; ESTRELLA, OSCAR A. y GODOY LEMOS, ROBERTO, *Código Penal. Parte Especial*, 2º ed., Hammurabi, p. 12; y BARBERO, NATALIA, *op. cit.*, p. 264.

(35) Claro está que quienes optan por una postura afirmativa sobre el requisito ya no podrán invocar las razones de tipo sistemáticas, ni los factores que atienden a la estructura del artículo (refiere Creus: “la integración del párrafo al mismo inciso y con expresa remisión al párr. 1º, ata la punibilidad del particular a todas las características que el delito asume en dicho párrafo”), pero desde luego podrán alegar que “legitimidad” o “ilegitimidad” de la privación libertaria solo puede reputarse respecto de los funcionarios, y —con vital preponderancia—

Frente a este panorama, vale recordar que los instrumentos internacionales que de manera específica tratan la materia, tanto a nivel americano como en el seno de la ONU, no hacen referencia alguna a esa restricción libertaria de fondo. En consecuencia, podría alegarse que a la luz de aquellas cartas el mantenimiento de la fórmula mencionada en el primer párrafo de este ítem podría ser redundante, y peor aún, que así se estaría incorporando un plus no requerido contrariando la manda del art. 1º, segunda parte, CCT.

Sin embargo, tampoco se puede perder de vista que existen razones tanto históricas como prácticas que nutren su conservación, y que la referencia coadyuva a comprender la real esencia del delito. En relación a lo primero, basta mencionar que hasta la sanción de la ley 23.097, el texto del 58 contenía un concepto más restrictivo del sujeto pasivo, en tanto refería a la aplicación de “tormentos” y solo castigaba al funcionario público que los impusiere a los “presos que guarde”. El Congreso Nacional, en funciones asumidas tras el ocaso de la última dictadura cívico-militar que dio forma a la aludida legislación, extendió aquellos límites no reparando en el carácter legítimo o ilegítimo de la privación de la libertad de la persona ni en la necesidad de que el autor tuviere a su cargo a la víctima.

2.4.2.

Desde otro prisma, seguramente también enrolado en el perfeccionamiento de la técnica de la letra actual, se advierte una modificación prácticamente intangible en los términos con los que se sindicó al torturado. Así, se dice que se castiga la aflicción a “una persona”, descartando su indicación en plural (art. 144 ter CP = “personas”), y haciendo eco de un reclamo que algunos especialistas en el tema advertían.⁽³⁶⁾

En este tren argumental, estimo que el dato aparece asociado a la previsión de aquellos casos en los que, en el marco de un mismo contexto fáctico, la tortura se concreta respecto de dos o más individuos.

No caben dudas que no hay un delito único, por lo que la responsabilidad penal de los autores deberá abarcar la dual/múltiple afectación del mismo bien jurídico protegido, y en consecuencia, ese proceder deberá

los fundamentos históricos, los que hacen a la esencia del delito, conjugados con la letra de los instrumentos internacionales.

(36) REINALDI, VICTOR F., *op. cit.*, p. 121 (y nota 340).

ser imputado conformando un concurso real; solo de este modo se podrá medir adecuadamente el grado de disvalor de injusto.

2.4.3.

Como miramiento final de este tópico, habiendo dado abordaje a lo que tiene que ver con el individuo que sufre las consecuencias del delito, no puede dejar de hacerse mención a la tortura como pauta judicialmente considerable a la hora de mensurar la sanción que le pueda corresponder a este en caso de ser condenado. La novedad se ha introducido en el art. 19 ACPA, puntualmente en su inc. 3, apart. c, el que, con una clara impronta propia del presidente de la comisión redactora, refiere a las “penas o lesiones ilícitas” infligidas por funcionarios.

Para ello, se faculta al juez a la disminución de la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en dos casos:

- a. cuando una persona hubiere sido objeto de tortura,⁽³⁷⁾ sea por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte; o
- b. cuando hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte.

Consiste en una disminución que asume el carácter de compensación de la pena legal al momento de imponerla, restándole la pena ilegal realmente sufrida, con un evidente fundamento en el art. 18 de la Carta Magna, y que gira en la idea de capitalizar a cuenta del Estado el desborde de poder punitivo que han protagonizado sus agentes.⁽³⁸⁾

2.5.

Por otra parte, la sustitución del verbo “imponer” por su par “infligir” tampoco importa cambios significativos en el ámbito de aplicación del delito, ello en cuanto es válido sostener que resultarían indistintos a la hora de caracterizar a la acción de emplear la tortura.

(37) Con una desafortunada redacción menciona literalmente: “... tortura, tormento o vejaciones”, toda vez que la alternativa entre las dos primeras alocuciones obligaría a intentar establecer algún tipo de diferenciación; siendo que en la actualidad han sido asociadas con similar efecto, poniéndose hincapié en la separación de los otros malos tratos. O bien, fuerza a entender que cuando dijo “tormento” aludía a los apremios ilegales, siguiendo una escala regresiva en la gravedad de las figuras, lo cual, entonces, tornaría confuso el concepto de “tortura” del art. 88 y sus fundamentos. Véase *infra* punto 7.

(38) De la exposición de fundamentos al art. 19.3 ACPA.

No obstante, si los efectos para lograr la tipicidad son idénticos, desde la óptica de la semántica pueden existir algunas diferencias aunque no dejan de ser menores en nuestro campo académico. La referencia tiene motivación toda vez que el término propuesto ya en sí mismo denota un carácter dañino o afectivo,⁽³⁹⁾ contenido del que carece la neutra alocución actual.

La utilización de esa expresión para describir la maniobra resulta novedosa en nuestro derecho interno,⁽⁴⁰⁾ mas no en el ámbito internacional de los DDHH, donde tanto la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, como su par adoptada en Naciones Unidas, la prevén.⁽⁴¹⁾

2.6.

2.6.1.

Debe decirse que en su plausible postura simplificadora, el Anteproyecto prescinde de mencionar expresamente el término "tortura" y suprime el inciso final del art. 144 ter CP dedicado a precisar ese concepto. Así, en el devenir de su único párrafo, alude a "tormento físico o grave sufrimiento psíquico", voces que fueron preferidas a la presente definición que señala: "Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente".

Sin dejar de desconocer el avance que importó la remodelación normativa introducida por los gestores de la ley 23.097, no puede soslayarse que la fórmula conceptual que rige en nuestro ordenamiento luce a las claras sus deficiencias técnicas redactivas; y también es cierto que el ACPA la ha mejorado con la corrección implantada.

Pero hubiera resultado apropiada la oportunidad para incorporar directamente los enunciados provenientes de los instrumentos internacionales que regulan la temática, puntualmente el postulado de la Convención contra la Tortura de la ONU con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75,

(39) *Diccionario de la lengua española (DRAE)*, 22ª ed.: "infligir (Del lat. *infligere*, herir, golpear): 1. Causar daño. 2. Imponer un castigo."

(40) Tanto los antecedentes legislativos o proyectivos anteriores al año 1958, como las reformas de las leyes 14.616 y 23.097 emplean las conjugaciones de las acciones "imponer" o "aplicar", con la excepción del Proyecto del año 1979 (ver pormenorizadamente el recorrido histórico en REINALDI, VÍCTOR F., *op. cit.*, p. 64 y ss.).

(41) También lo hace la Declaración adoptada mediante resolución 3452 (XXX), del 09/12/1975, predecesora de la segunda de las cartas citadas.

inc. 22 CN), directriz que sienta sus bases sencillamente aludiendo a un sufrimiento o dolor grave (sea mental o físico) padecido por la víctima del acto.⁽⁴²⁾

De esta forma, hubiera sido apropiado erradicar el anticuado concepto de “tormento”, asociado etimológica e históricamente a las prácticas aberrantes al cobijo legal y como vital herramienta de coacción procesal de otras épocas (la llamada “tortura judicial”),⁽⁴³⁾ y *aggiornarse* a los parámetros recibidos de las cartas *iushumanistas*.

En suma, se podría haber contribuido a dotar de mayor taxatividad legal al texto sugerido, agotando los recursos técnicos para definir claramente la conducta delictiva,⁽⁴⁴⁾ recurriendo a las convenciones para puntualizar los contornos típicos externos, aunque desentendiéndose de la enumeración de los distintos propósitos que pueden perseguir los autores.⁽⁴⁵⁾

(42) Ver art. 1.1 CCT: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.”. Asimismo, para mayor exactitud, se podría haber complementado con la referencia contenida en la CIPST, art. 2º, primer párr. *in fine*: “Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

(43) Señala Rafecas que las nociones de “tortura” y “tormentos”, otrora sinónimos, se han ido separando conceptualmente desde comienzos del siglo XX, abandonando el primero su antiguo alcance limitado a la obtención de la confesión en el marco de un proceso judicial (*op. cit.*, pp. 86, 106, y 120). No obstante, en la actualidad ambas son usadas como sinónimos de padecimiento, suplicio o inflicción de dolores (DONNA, EDGARDO, *op. cit.*, p. 192), admitiéndose sin cortapisas el criterio que toma en cuenta su **intensidad o gravedad** para diferenciarlos de los otros tratos prohibidos menos graves —severidades, vejaciones, apremios ilegales— (ver BUENO GONZALO, “El concepto de Tortura y de otros Tratos crueles, inhumanos o Degradantes en el derecho internacional de los Derechos Humanos”, en NDP, 2003/B, p. 603 y ss.). Una pormenorizada descripción dogmática y jurisprudencial del alcance de los conceptos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en el ámbito del art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos se puede ver en MAHIQUES, CARLOS, *La noción jurídica de tortura*, Bs. As., Educa, 2003.

(44) De la Exposición de Motivos al art. 1º, inc. 2, punto a): “Legalidad estricta y responsabilidad”.

(45) Debe destacarse que si bien los conceptos internacionales sobre tortura presentan una enumeración de los móviles que pueden influir al autor de la tortura a ejecutarla, este listado no es taxativo. En este sentido, presentan al cierre de su derrotero las expresiones “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación” y “con cualquier otro fin”,

Un estilo similar se exhibe en el Anteproyecto del año 2006, aunque sí enunciando los fines que pudiere tener en miras el agente.⁽⁴⁶⁾

Al margen de lo indicado, y a favor de los redactores de la Comisión, cabe traer a colación la autolimitación dimanante de una postura centrada en mantener el formato original en lo sustancial como así también la remisión a los tratados desde la exposición de motivos, al advertir de antemano que han sido tenidos en cuenta para la confección de todo el Capítulo.

Con ello y todo, en definitiva, las críticas ensayadas resultarían meramente cosméticas; lo que tampoco solucionaría el que, a mi modo de ver, reviste el mayor inconveniente derivado de la noción, esto es, aquel enrolado en la difícil tarea de discernir *a priori* pautas fiables para demarcar el delicado límite entre este delito y otras figuras penales cercanas menos severamente penadas.

2.6.2.

Huelga señalar que en modo alguno puede aceptarse que el empleo de esta terminología condicione el **aspecto subjetivo** de la tipicidad. Es que la aplicación de los actos que funden la tortura deberá ser intencional,⁽⁴⁷⁾ pero se encuentra totalmente alejada de las finalidades o motivaciones que persiguió el agente (v. gr., obtener una confesión, castigar, humillar, denigrar, etc.). Entonces, son ajenos al tipo los especiales elementos subjetivos distintos del dolo.

respectivamente, la CCT de la ONU y OEA. A ello se adiciona lo dispuesto en el art. 2° del primer instrumento nombrado, en tanto reza: "El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

(46) En su art. 97 prevé: "Será reprimido con prisión de ocho (8) a veinte (20) años, e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena, el funcionario público que infrinja a otros dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidarla o de coaccionarla. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos".

(47) Para Donna y Buompadre solo es posible admitir el dolo directo en el agente, partiendo de considerar las finalidades mencionadas por la CCT de la ONU (art. 1°) y la expresión "intencionalmente" en su texto. En contra, admitiendo dolo eventual, BARBERO, NATALIA y RAFECAS, DANIEL E., obras citadas. No obstante, en el contexto del ACPA las discusiones quedarían obsoletas al exigirse voluntad directa de realización de la acción u omisión delictiva (ver art. 1°, inc. 2° "a", con su pertinente exposición de motivos).

En efecto, siguiendo la línea precedente, se aclara entre las motivaciones desplegadas por el grupo de trabajo designado por decreto PEN 678/12 que: “Al igual que en la ley vigente, no se requiere ningún elemento subjetivo ultraintencional”.

2.7.

2.7.1.

Cambiando la perspectiva de análisis, donde se observan los mayores cambios de los anteproyectistas es en torno al **sujeto activo** de la infracción. En consecuencia, se ha eliminado el párrafo que tantas dudas y/o críticas generó,⁽⁴⁸⁾ al ser incorporado como corolario del inc. 1 del art. 144 ter CP por la reforma que llevó el número de ley 23.097, y que anuncia: “Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos”.

Se han reformulado sus expresiones y, en su lugar, se afirma expresamente que el autor podrá ser no solo un funcionario público, sino también todo aquel particular que actúe con su aquiescencia. Por supuesto, seguimos ante un delito especial propio, en la medida en que para ser autor se requiere en el agente una cualidad específica, ello a pesar de la posibilidad de que —bajo ciertas condiciones— quien no la detenta pueda igualmente serlo.

El concepto de “funcionario público” sigue revestido del mismo perfil que en el art. 77 CP, solo que ahora es previsto en el nuevo art. 63 ACPA; esto es, caracterizado por la función pública que se desempeña, sea accidental o permanente, por elección popular o designación de autoridad competente.

Además, ha sido complementado con lo que se deberá entender por “funcionario público de otro Estado” o “de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina”,⁽⁴⁹⁾ aunque cabe destacar que —por

(48) Se puso en general énfasis crítico en la afectación del principio de legalidad (*lex certa*). Aunque en otra opinión, se ha remarcado que el problema más que en la letra de la ley radicaba en la interpretación que juristas y magistrados hacen de esta (*lex stricta*). Ver KIERSZENBAUM, MARIANO, *La autoría y la participación en un delito especial*, Bs. As., Ad-Hoc, 2011.

(49) El artículo trae un listado (inc. 4) que ha actualizado y ampliado los conceptos existentes en los arts. 77 y 78 del Código vigente, según las necesidades de precisar vocablos empleados en el Libro Segundo, las dificultades puestas de manifiesto con términos empleados en la ley y las incorporaciones que se imponen en virtud de disposiciones de derecho internacional, v. gr. “arma”, “sistema informático”, “fauna silvestre”, entre otros. Art. 63 ACPA: “Definiciones:

imposición del axioma constitucional que exige certeza legal (arts. 18 y 19 CN)— estos sujetos no postularan válidamente para ser autores esenciales y solo se los podrá considerar “particulares” a los efectos de la norma.

2.7.2.

Tratándose del particular que aplica el grave sufrimiento, como anticipara, la obra que pretende estatus de ley indica que se castigará a todo aquel que, sin ser funcionario público pero actuando con su aquiescencia, los infligiere. Se desprende de esta forma que, como en la norma actual, solo ese accionar le será reprochable a tenor de este artículo, descartando la realización de otros despliegues diferentes, sin perjuicio de que ello no logre eludir la eventual responsabilidad penal correspondiente según su grado de intervención.

En tal contexto, creo que cabe sostener esta idea aun cuando en la exposición de motivos parecieran ampliarse los supuestos, al mencionar: “Se trata claramente de un delito cometido por un funcionario **o por quien lo asista** o actúe con su aquiescencia, fuera de lo cual no puede ser cometido por particulares”.⁽⁵⁰⁾

En mi opinión, no puede tomarse aquella expresión relativa a la “asistencia” para ensanchar las hipótesis típicas en las que el particular puede ser autor del delito, pues la letra es clara en solo reservarlo cuando media aquiescencia funcional, de lo contrario se haría una interpretación *contra lege*, extensa en perjuicio del reo, y afectándose el principio de culpabilidad al castigar como autor una mera colaboración.

En vínculo con esto último tampoco podría explicarse el verbo “asistir”, entendido como una variante incluida en la aquiescencia, pues la separación de las alternativas en el marco de los fundamentos exhibidos y la definición misma de este término obstruye tal exégesis.⁽⁵¹⁾

A pesar de lo anterior, no caben dudas de que se pretende despejar toda interpretación extensiva dirigida a dotar de capacidad autoral autónoma

(...) c) Con ‘funcionario público’ y ‘empleado público’ se abarca a todo el que participa en forma accidental o permanente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Se entenderá por ‘funcionario público de otro Estado’ o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquier de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde el Estado ejerza una influencia directa o indirecta”.

(50) El resaltado me pertenece.

(51) DRAE+, *op. cit.*: “asistir (...) 4. Socorrer, favorecer, ayudar”.

al particular cuando su proceder esté ajenizado de una conexión con la actuación funcional.⁽⁵²⁾ Es decir que la comprensión que, de forma mayoritaria, se impuso en la doctrina y jurisprudencia nacional ha querido ser plasmada de esta manera en el texto de la Comisión,⁽⁵³⁾ y así se ha cristalizado la cuestión expuesta abiertamente entre los motivos reformistas.⁽⁵⁴⁾

Siendo así, se vino a corporizar la pauta doctrinaria que indica que el accionar privado deberá presentar una necesaria conexión con la actividad del sujeto calificado,⁽⁵⁵⁾ fuera de lo cual se deberá recurrir a delitos comunes para poder evitar la impunidad (por caso se mencionan: lesiones calificadas por alevosía o por ensañamiento, u homicidio con las mismas agravantes).

2.7.3.

En un segundo nivel de análisis, esto lleva necesariamente a intentar circunscribir el significado y alcance de la palabra “**aquiescencia**”, la que viene a postularse como núcleo conflictivo y polémico de la norma.⁽⁵⁶⁾

(52) Sostenida por distinguidos autores como Barbero, Reinaldi, entre otros. Ver la crítica efectuada al fallo del TRIB. ORAL CRIM. FED. N° 3, MAR DEL PLATA, “V.O.V. s/ robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego”, donde se extendió la interpretación legal hacia un caso de padecimientos propinados en el marco de un delito contra la propiedad, por LAINO, NICOLÁS, “¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de tortura?”, en *Revista Jurídica La Ley*, año 15, n° 5, junio de 2008.

(53) No obstante de los términos volcados en la Exposición de Motivos, pareciera reconocerse que la redacción actual admite lo contrario, al decir: “En cuanto a la extensión del concepto de sujeto activo de tortura incorporando a personas que no sean funcionarios, que aparece en el segundo párrafo del texto vigente, en realidad desvirtúa el concepto de delito propio que impone el derecho internacional”.

(54) Expresamente se indica sobre esta previsión del texto vigente en los siguientes términos: “... desvirtúa el concepto de delito propio que impone el derecho internacional. Se trata claramente de un delito cometido por un funcionario o por quien lo asiste o actúe con su aquiescencia, fuera de lo cual no puede ser cometido por particulares, sin perjuicio de que, según los casos, estos incurran en lesiones calificadas por alevosía o por ensañamiento o en homicidio con las mismas agravantes.”.

(55) La intervención del Estado resulta la esencia del delito, su razón de ser. Más allá de las distintas formas de manifestación a lo largo de la historia, su esencia se vincula a un sentido procesal de esta práctica, es decir, a la llamada “tortura judicial”. Legalizada, tasada y fomentada por el Estado en busca de la averiguación de la verdad y como fundamental herramienta del proceso penal desde sus orígenes, y rediseñada con otros fines modernos no menos aberrantes, continúa asentándose en el desbalance de las partes involucradas: Estado y víctima detenida bajo su poder.

(56) Aunque —como se verá luego— el origen es otro, no puede dejar de pensarse en la terminología delineada por el Dr. Zaffaroni, quien preside la Comisión, al abordar en sus obras el tema relativo al consentimiento como concepto excluyente de la tipicidad (sea

Primeramente, en líneas generales, podría decirse que consiste en una aprobación que brinda el agente del Estado para la aflicción de aquel que carece de esta cualificación exigida. El fin continúa siendo, en línea con el legislador que sancionara la ley 23.097, cubrir el castigo de las acciones en manos de este grupo de protagonistas bajo las condiciones mentadas *ut supra*.

Con ese norte, lo que se observa palmariamente es que en definitiva la referencia legal aparece a modo de compensación de la supresión del polémico párrafo final del inciso ya comentado, y que fuera considerada como una cláusula de extensión de punibilidad que responde a lo que la doctrina ha denominado “obrar en nombre de otro”.⁽⁵⁷⁾

Dicho esto, como está redactado el artículo, considerando los fundamentos expuestos en este punto, y al margen de la responsabilidad que quepa al funcionario público, aprecio que se trataría de una anuencia —en sentido amplio— dada por este de forma pasiva, que de cualquier modo haya posibilitado o facilitado las condiciones para el despliegue de la violencia típica del *extraneus*.

Tanto podría materializarse por actos positivos u omisivos, siempre que evaluados en cada caso y según las circunstancias globales del mismo indiquen un contexto compatible con un reconocimiento tácito evidenciado mediante su pasividad, que equivaldría, y su receptor la interpreta, a un consentimiento positivo y expreso para la procedencia de los graves sufrimientos aplicados.⁽⁵⁸⁾

según el caso, sistemática o conglobante), esquema en el cual se diferencia entre el acuerdo y el consentimiento como especies dentro del género *aquiescencia*.

(57) Ver KIERSZENBAUM, MARIANO, *op. cit.* El autor le atribuye a la referencia normativa en el marco de su trabajo, utilidad tanto para: a) castigar como **autor al particular** que aplica los actos sobre el sujeto detenido por la autoridad, como b) para hacerlo como **partícipe** cuando quien los impone es el funcionario público.

(58) En el caso *Dzemajl y otros c. Yugoslavia* (queja 161/00), con intervención del Comité contra la Tortura, se consideró: “la policía (funcionarios públicos), aunque tenían conocimiento del riesgo inmediato en que se hallaban los autores y estuvieron presentes en el lugar de los acontecimientos, no tomaron medidas adecuadas para protegerles, lo que implica “*aquiescencia*” en el sentido del art. 16 de la Convención”. Si bien deben ponderarse las diferencias, en tanto se trata de un supuesto de responsabilidad internacional, y se refiere a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 16 CCT) y no a torturas, deviene interesante al vincularse al significado del término en cuestión. En cuanto a los hechos que motivaron el fallo, se trató de al menos 300 residentes no romaníes que se reunieron en un asentamiento romaní gritando que iban a arrasar con él, amenaza que no tardó en consumarse con la utilización de explosivos y piedras. La policía estaba manifiestamente al tanto del peligro que

Entonces, se trataría de un obrar con un contenido negativo y presumido de parte del agente, lo que debe hacer pensar rápidamente en el meticoloso análisis y taxativo rigor con que debe ser evaluado aquel panorama para no incurrir en la violación de garantías básicas del imputado ni en un alargamiento extremo de los supuestos de tortura; esto evaluado siempre en un plano que deja de lado los problemas probatorios que podrían suscitarse.

En consonancia con lo expuesto, la regulación presenta innegable parentela con la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes (ONU), aunque en esta se apunta sucesivamente al “**consentimiento**” y a la “**aquiescencia**” dados por el funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas (art. 1.1 CCT).

Se trata de las tres modalidades de intervención en las que se puede ver involucrado un representante estatal en el acto de tortura practicado por un particular, restando solo adicionar la “**instigación**”. Importan distintos grados del “requisito de la participación funcional” en un orden decreciente y comenzando por esta última.

Así, la omisión de incluir los conceptos faltantes en el art. 88 ACPA podría explicarse interferida por la expectativa de alcanzar un texto simple y claro, por lo que pareciera haberse establecido un **piso mínimo** para medir aquella relación entre los autores (funcionario - particular). En especial, evitar caer en la redundancia, prescindiendo de la mención expresa en su letra de las otras formas, en función de las reglas básicas de la teoría de la autoría y participación —siempre cuidando de no soslayar las características de todo delito especial—; teniendo en cuenta, además, que entre el concepto en ciernes y el consentimiento media una relación de género a especie.⁽⁵⁹⁾

Por supuesto que, pareciera obvio remarcarlo, igualmente se comprenden los casos en los que se tortura mediando instigación, o bien consentimiento expreso y positivo por parte del representante del Estado (acuerdo). En pocas palabras, la razón de la previsión es aglutinar todos supuestos en los que el particular obre a su amparo y/o con su logística.

Cabe adicionar sobre el tópico la perspectiva desde la visión de aquel que brinda la aquiescencia. Necesariamente, su proceder deberá estar

corrían los residentes y se encontraba en el lugar en el momento de su demolición, y no los protegió ni puso fin a la violencia.

(59) Si bien los términos son empleados como sinónimos (ver *DRAE, op. cit.*), atendiendo a la etimología de la palabra la aquiescencia importaría un consentimiento tácito o “quieto”.

condicionado por un contenido doloso —en el aspecto subjetivo—, esto es, deberá ser dada con conocimiento absoluto y acabado de todas las circunstancias del tipo objetivo, incluyendo por caso especialmente el contexto situacional, las conductas que la determinan, su condición de funcionario y los deberes inherentes a su cargo, las acciones *a priori* ilícitas que se pretende cometer o se está cometiendo; y en esa plena valoración, tener la voluntad de ampararlo.

Por estas consideraciones, no debemos confundirnos con aquellos casos de quienes: a) sin intervenir en la tortura cometida por otros dejan de realizar el máximo esfuerzo en función de sus tareas para impedir la o interrumpirla, ni b) con los de permisiones en razón de la deficiente o negligente labor en el desempeño de sus tareas (de control, supervisión, vigilancia, etc.). Es decir, con las llamadas “omisiones funcionales dolosas y culposas”, respectivamente (arts. 144 quater y quince CP, con correlato en los arts. 89 y 90 ACPA, aunque estas últimas solo consideran al funcionario a cargo de la repartición).

3. Consideraciones finales

Visto el recuento precedente, a modo de conclusión puede decirse que los objetivos sobre los que se eleva la modificación ofertada al catálogo de fondo nacional parece que, por lo menos en el segmento que fuera repasado, ha logrado sus finalidades. De tal modo, como se ha adelantado en distintos tramos de este trabajo, el Anteproyecto de Código Penal ha construido en el nuevo artículo dedicado a reprimir la tortura un texto sencillo y claro, pero a la vez dotado de eficacia, de mejor técnica y en lo medular alineado a las directrices que provienen de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En esta senda, se han corregido deficiencias que arrastraba la norma desde su última reforma y desorientaban a los juristas y tribunales, como ser la fórmula legal por la que se amplía la posibilidad de que los particulares —bajo ciertas condiciones— sean sujetos activos del delito, sentándose una posición concreta sobre el punto, que corporiza la interpretación que se viene imponiendo en nuestro ámbito, y que, a su vez, presenta coincidencia con el concepto histórico y universal de tortura.

Paralelamente, se han oído ciertos reclamos que los especialistas alzan en tono crítico respecto del art. 144 ter CP vigente en relación a ciertos fragmentos de su letra, por caso, la misma definición de “tortura” (ello sin

perjuicio que se podría haber mejorado aún más su redacción, acercándose al concepto provisto por las convenciones que regulan el tema), la referencia en términos plurales al referirse al sujeto pasivo, como así también ha atendido a la cuestionada (y contraindicada en la *praxis* judicial) severidad de las penas reguladas.

En vinculación a esto último, el acomodamiento en el Título II ha implicado una revalorización del bien jurídico que se pretende tutelar en la figura, al margen de la disminución del quantum punitivo que tuvo lugar por una doble vía, tanto al reducirse la pena principal como al suprimirse los agravamientos fundados en el resultado (inc. 2 del referido artículo). Esto, separando cualquier apreciación relativa a la “suficiencia” de las penas o de política criminal, ha dotado a la escala acordada de armonía, proporcionalidad y racionalidad en comparación con las sanciones de otros delitos graves, y a la par, no se ha olvidado de capitalizar a cuenta del Estado las denominadas “penas prohibidas”.

Resumidamente, sobre estas pretensiones, necesidades y logros, sin perder de vista la amplia paleta de opinión en una temática donde no son pacíficos los posicionamientos, y reconociendo igualmente que lucen algunos costados perfectibles como se ha destacado en las líneas precedentes, el balance arrojado del examen de la nueva norma resulta altamente positivo, luciendo claramente superadora y ventajosa respecto de la que actualmente rige en nuestro ordenamiento jurídico.



El delito de *grooming* y su punibilidad anticipada

MATÍAS QUERCIA⁽¹⁾



1. Introducción

1.1. Su génesis

Previa incorporación de la figura penal de *grooming*⁽²⁾ en nuestra legislación nacional actual mediante ley 26.904, resonaban en diferentes portales judiciales y diarios de masiva circulación titulares tales como, "*Grooming*, el 68,3% de los encuestados cree que es una amenaza muy frecuente",⁽³⁾ "*¿Otro caso de Grooming evitable?*",⁽⁴⁾ "*Grooming: el delito de mayor impacto sobre adolescentes en la web*",⁽⁵⁾ entre otros. Pareciera como en aquel momento ciertos intereses coyunturales de empresas mediáticas ejercieron nuevamente presión para el apego de notas con alto impacto en la sensibilidad social, generando indignación en gran parte de la población.

(1) Estudiante de la Universidad de Buenos Aires.

(2) La palabra *grooming* proviene del vocablo de habla inglesa que hace referencia al verbo *groom*, el cual alude a conductas de acercamiento, preparación o acicalamiento de algo. ALONSO, SILVIA, "Cuestiones crítica sobre la tipificación del Grooming", diario IDPI.

(3) [En línea] <http://www.welivesecurity.com/la-es/2013/03/13/grooming-683-encuestados-cree-amenaza-muy-frecuente>

(4) [En línea] <http://www.diariojudicial.com/noticias/Otro-caso-de-groomig-evitable-20130708-0007.html>

(5) [En línea] <http://www.lanacion.com.ar/1475169-grooming-el-delito-de-mayor-impacto-sobre-adolescentes-en-la-web>

Sabido es que en las últimas décadas nuestros legisladores frente a una determinada problemática social o ante la presión de la comunicación masiva recurrieron en más de una oportunidad a la tentación de la creación de normas jurídicas como única repuesta a estos conflictos/presiones —criminalización primaria—. Dicha situación, nos obliga a quienes así lo creemos, a realizar un pormenorizado análisis de este tipo de normas con el objetivo de contener y reducir el poder punitivo para la subsistencia y progreso del Estado de derecho.⁽⁶⁾

1.2. Definición

El *grooming* de menores en Internet es un fenómeno que engloba las prácticas *online* de ciertos adultos para ganarse la confianza de un menor fingiendo empatía, cariño, etc. con fines de satisfacción sexual (como mínimo, y casi siempre, para obtener imágenes del/a menor desnudo o realizando actos sexuales). Por lo tanto está muy relacionado con la pornografía infantil en Internet.⁽⁷⁾ De hecho la senadora nacional María de los Ángeles Higonet, autora del proyecto, sostuvo que el delito de *grooming* es preparatorio de otro de carácter más grave, como ser un abuso sexual.⁽⁸⁾

Siguiendo este razonamiento, se afirma que estos sujetos se valen de *chats* y redes sociales como vehículos para tomar contacto con sus víctimas. Generalmente crean una identidad falsa (puede ser la de “un famoso” o la de un “supuesto amigo o compañero de colegio”) en Facebook o Twitter y desde ese lugar toman contacto con el menor para emprender el camino del engaño que tiene adelante llevar adelante una acción de pedofilia.⁽⁹⁾

1.3. Sus etapas

Según el debate parlamentario, el delito consta de cuatro etapas: la primera es generar un lazo de amistad con un menor fingiendo ser un niño o niña; la segunda, obtener información clave del menor víctima del *grooming*; la tercera consiste en que, mediante la seducción, se intente conseguir que el menor, frente a la *webcam* del computador se desnude, se masturbe o realice otro tipo de expresión con connotación sexual; y por

(6) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal, parte general*, Bs. As., Ediar, 2006, p. 5.

(7) PALAZZI, PABLO A., *Delitos informáticos en el Código Penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 45.

(8) [En línea] <http://www.proteccioninfancia.org.ar/node/801>

(9) [En línea] <http://www.diariojudicial.com/noticias/Otro-caso-de-groomig-evitable-20130708-0007.html>

último, dar inicio a la extorsión de la víctima, con el objeto de obtener material pornográfico, o bien llegar al contacto físico con el mismo para concretar el abuso sexual.⁽¹⁰⁾

1.4. Medios comisivos a los que apunta

Inmersos en una **gran sociedad de la información** el delito de *grooming* se dirige a que los medios utilizados para llegar al fin propuesto sean principalmente las redes sociales y los *chats* donde se desarrollan las cibercharlas. Esto encuentra fundamento en el informe desarrollado por la Asociación Civil chicos.net, en colaboración con Save The Children Suecia y Ecpat Internacional, por medio del cual se determinó que el 40% de los niños, niñas y adolescentes se conecta a internet todos los días de la semana y, dentro de ese porcentaje, el grupo de 15-18 años es considerablemente mayor.⁽¹¹⁾

Al verse mucha veces los padres ausentes en este sentido, sea por los avances de la comunicación —cuestiones generacionales— o por el colosal tiempo en que los menores se encuentran frente a una pantalla de computadora, el objetivo al que se dirige esta norma penal es poder estar donde no se está, abarcando en definitiva un control total sobre sus cibervidas.

1.5. Redacción actual

Finalmente, luego de una trunca intención de la Cámara de Diputados, como revisora del proyecto original, de modificar ciertos aspectos que nos parecían acertados —aunque no suficientes—, el texto de ley quedó redactado de la siguiente manera: “Art. 131: Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

1.6. Redacción propuesta por el Anteproyecto

Con pequeñas diferencias en su redacción pero con el mismo objetivo, el Anteproyecto de reforma del Código Penal propone la siguiente redacción: “Sera reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años, el mayor de edad

(10) BENAVIDEZ, JORGE, “De cómo el Grooming se hizo delito informe especial del trámite en el concreto”, Revista Pensamiento Penal, n° 162, 02/02/2013 p. 4.

(11) [En línea] <http://www.welivesecurity.com/la-es/2013/03/13/grooming-683-encuestados-cree-amenaza-muy-frecuente>

que tomare contacto con uno de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título".⁽¹²⁾

Fijada la introducción y una breve reseña de lo que se trata el delito de *grooming*, pasaré a desarrollar cuáles son los problemas que a mi consideración presenta la norma actual como la que propone la comisión redactora.

2. Problemas

2.1. Principio de lesividad

El verbo típico elegido al igual que en su redacción original es quien se "contacta", que significa según el Diccionario de la Real Academia Española "Establecer contacto o comunicación con alguien".⁽¹³⁾ Esta definición nos traslada a etapas previas a la concreción de cualquier tipo de lesión del bien jurídico que intenta proteger la norma, lo que, en principio sería contrario al mandato del art. 19 CN. Debe apuntarse que el límite, sea cual sea la lesión a la que quiere anticiparse, no puede extenderse más allá de lo fijado en el art. 19 CN, norma que contempla el límite más importante a la injerencia coactiva del Estado en general, esto es, el principio de reserva.

2.2. El bien jurídico como límite

En este sentido, entendemos el concepto de "bien jurídico" como una fórmula sintética que nos permite precisar los límites al poder punitivo que surgen del principio de lesividad, es decir que el poder penal no puede recaer sobre algo que no sea un conflicto. De allí que esta noción nos señala cuál es el límite que tiene el Estado para intervenir con el poder punitivo y cuándo es que se encuentra habilitado para hacerlo (siempre, claro está, restringido por otros principios).⁽¹⁴⁾

En otras palabras, podemos decir que las sanciones que prevén los cánones penales quedan legitimados cuando las conductas —que resultan punibles— lesionan o afectan a los bienes jurídicos protegidos en particular que, como tales, no son creados por la ley penal sino que tienen sus orígenes en otros ámbitos del derecho.⁽¹⁵⁾

(12) Art. 133, inc. 2, Anteproyecto.

(13) [En línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=contactare>

(14) BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho Penal*, Bs.As., Ad-Hoc, p. 162.

(15) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 92 y ss.

2.3. El bien jurídico a merced del legislador

Por el contrario, otros autores, como Binding, sostienen que el bien jurídico es todo aquello que, siendo o no un derecho, el legislador considera valioso para la vida sana de la humanidad. Este jurista cerró el derecho penal sobre sí como un espacio normativo autosuficiente y hermético, dejándolo a merced de la omnipotencia de la voluntad estatal.⁽¹⁶⁾

2.4. Acotado vs. permisivo

Estas visiones dispares sobre el concepto nos remiten a una vieja discusión que resulta de interés a los fines de extraer ciertas conclusiones prácticas de este trabajo, puesto que la crítica que recaería sobre este sería dirigida sobre la posibilidad de que las acciones típicas previstas por la norma generen un riesgo al bien jurídico protegido con motivos de habilitar el alcance penal.

2.5. Delitos de peligro abstracto y concreto

En general⁽¹⁷⁾ la doctrina fija dos puntos extremos del proceso respecto del peligro, uno casi equivalente a una simple posibilidad —llamado de peligro abstracto—; y otro en el cual es más posible que se produzca el daño pero que no pasa de lado —peligro concreto—.⁽¹⁸⁾

Del trabajo conjunto realizado por Ramos y Zanazzi⁽¹⁹⁾ se puede extraer que cierta posición⁽²⁰⁾ entiende que en los delitos de “peligro concreto”, el **peligro** es un elemento del tipo que puede ser constatado por el juez en un caso concreto y que opera como un elemento del tipo objetivo. En vez de resultado lesivo, hay peligro lesivo. En cambio, en los “delitos de peligro abstracto”, existen indicios de peligrosidad determinados por la ley. Pero, aunque la ley releve una acción peligrosa, lo cierto es que el peligro debe ser constatado *ex post* en el caso dado.

(16) BIRNBAUM, JOHANN MICHEL FRANZ *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Bs.As., BdeF, p. 26.

(17) Digo en general porque, según E. Aguirre Obarrio en “De paseo con el peligro”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año 2º, n° 3, Bs. As., Ad-Hoc —al que me remito por cuestiones de brevedad—, señala como en el proceso de la simple posibilidad, sería un milagro que los códigos penales solamente contemplaran esos dos casos y nada más (haciendo referencia a los delitos de peligro concreto y abstracto).

(18) Apuntado también por EDUARDO AGUIRRE OBARRIO en el mismo texto p. 72.

(19) RAMOS, MARÍA ÁNGELES y ZANAZZI, SEBASTIAN, “Delitos de peligro y principio de lesividad”, <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/ramos-maria-angeles-y-zanazzi-sebastian.-delitos-de-peligro-y-el-principio-de-lesividad.pdf>, p. 9.

(20) Schroder, citado por Teresa Rodríguez Montañez.

2.6. Su carácter objetivado

Cualquiera de los peligros que tratamos debe ser extraído de un plano puramente real, esto es objetivado, es decir que debe ser fiel al reflejo de una situación histórica y no derivado de factores subjetivos, como sentimientos o sensaciones que se toman en cuenta para integrar el concepto de peligro. Este problema hará que pasemos del peligro al riesgo, que veamos el riesgo como alarma y luego como sinónimo de miedo. El miedo transforma lo objetivo en subjetivo y, terminamos en la conclusión de que es por ello que el Estado necesita actuar para evitar malos futuros.⁽²¹⁾

2.7. El verbo típico

En efecto, acorde a lo señalado con anterioridad, podemos afirmar que, al ser la acción punible el “tomar contacto o comunicación con un menor con el fin de preparar un delito contra la libertad e integridad sexual de los menores (en este caso)”, se está aludiendo a ciertos estadios que forman parte exclusiva del fuero íntimo del sujeto y que nunca puede ser alcanzado por la tipicidad acorde al elemental principio de Ulpiano *cogitationis poenan nemo patitur* (los pensamientos están exentos de pena).

2.8. Anticipo de la punibilidad

Los delitos como los aquí analizados —de un claro anticipo de la punibilidad— generan un grave peligro en nuestra sociedad de derecho toda vez que justifican el menoscabo de garantías constitucionales a costa de ilusorias promesas que tienden a ganarse la reivindicación mediática.

Sobre el particular, Gimbernat Ordeig asevera que hay delitos en los que resulta difícil determinar qué bien protegen, que el propio concepto de bien jurídico carece de contornos precisos y, en definitiva, que la real finalidad del derecho penal no consiste en proteger tales objetivos, sino en la preservación de otras relaciones o estados, como la estructura y el funcionamiento del sistema social.⁽²²⁾

2.9. Desaliento de la conducta no deseada

Parece que nos encontramos frente a un caso en que se proyecta hacia la disuasión de la conducta desviada —derecho penal de prevención— y no

(21) RAMOS, MARÍA ÁNGELES y ZANAZZI, SEBASTIAN, “Delitos de peligro...”, op. cit. p. 10.

(22) BIRNBAUM, JOHANN MICHEL FRANZ *Sobre la necesidad...*, op. cit. p. 28.

a la punibilidad por resultado o mero riesgo —derecho penal de acto—, es decir supone que la amenaza de sanción tiene un sentido contra motivador; ergo el modelo al que hacemos referencia solo exige lo siguiente: “tú no debes realizar un comportamiento del que se pueda derivar un perjuicio a terceros”.⁽²³⁾

2.10. Derecho penal de prevención

Este tipo de sistema además de no dar ningún tipo de respuesta a su potencial pretensión, tiende a que las distintas burocracias que conforman el Estado utilicen el poder punitivo para sus propios intereses o los que ellas sirven y no los intereses del conjunto de la sociedad. Para evitar esta distorsión existe el principio de lesividad que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado.⁽²⁴⁾

2.11. Dos formas de tratarlo un solo resultado

En función a ello, consideramos que el delito de *grooming*, tanto el actual (art. 131 CP) como su par propuesto (art. 133, inc. 2, Anteproyecto) pueden ser descritos de dos maneras diferentes pero con un mismo resultado, el quebrantamiento de principios fundamentales.

El primero sería reflexionarlo como una figura penal que tiende a castigar la ofensa del bien jurídico integridad sexual de los menores, aunque esa posibilidad se encuentre muy lejana, es decir tratarlo como un supuesto que tiende a la punibilidad por riesgo/lesión al bien jurídico protegido. Este supuesto caería en la problemática de retrotraer la punibilidad a estadios prematuros y en consecuencia se vería afectado el principio de reserva (art. 19 CN). El segundo, sería pensarlo como un delito autónomo, creador de un bien jurídico nuevo relativizado en la vulnerabilidad de los menores y el acceso en anonimato a las nuevas tecnologías —aunque muy claro no está—, el resultado es que habilitaríamos el poder punitivo a instancias que solo le sirven a los propios intereses del Estado o sus agencias,

(23) Esta fue la posición, por ejemplo, de Sebastián Soler en las *Bases ideológicas de la reforma penal* que tenía por finalidad criticar al positivismo criminológico, por entender “la supresión de la idea de responsabilidad subjetiva de mérito o de reprochabilidad”. Ver SANCINETTI, MARCELO A., *Ilícito personal y participación*, Bs. As., Ad-Hoc, 1997, p. 23.

(24) BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho Penal*, Bs.As., Ad-Hoc, p. 159.

puesto que ellas interferirían en la privacidad de las personas violentando, claro está, derechos individuales y colectivos.

2.12. *Los bienes jurídicos autónomos*

Rechazamos enfáticamente la creación de bienes jurídicos inexistentes porque creemos que esa idea nos lleva a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien tutelado, que es la voluntad del estado de policía, siendo este el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela.⁽²⁵⁾ La postura contraria diría que es decisión del legislador penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses sociales que él mismo presupone como positivos y en consecuencia los reputa merecedores de tutela, asignándoles un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal.⁽²⁶⁾ Pero nosotros creemos que, conforme el esquema fundamental, cualquier juez de la república está facultado —obligado— al ejercicio del control de constitucionalidad de los actos legislativos o de administración, lo que sin dudas evidencia de que el mismo sistema admite la posibilidad de irracionalidad de quienes ejercen el poder de creación de las leyes. Ante tal reconocimiento debe descartarse la afirmación ficticia “de que el legislador es racional”.⁽²⁷⁾

2.13. *¿Existe principio de ejecución?*

Además, debe señalarse que el bien jurídico al cual intenta proteger la norma no se apoya en un plataforma fáctica construida a base de datos reales, sino más bien en un plano que se centra en la esfera de privacidad del sujeto que lejos se encuentra de ser alcanzada por el poder punitivo del Estado, lo que nos lleva a considerar que no nos encontramos ni frente a un principio de ejecución de la acción penal.

Ya había sido anticipado por Zaffaroni que en las últimas décadas las legislaciones produjeron tipos penales de peligro o de adelantamiento del momento consumativo a etapas previas a la lesión, llevando el ámbito de lo criminalizado más allá a la de los tipos de peligro tradicionales.⁽²⁸⁾

(25) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 120.

(26) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Temis, p. 213.

(27) ERCOLINI, JULIÁN D., *El robo con homicidio una interpretación acotante*, p. 120.

(28) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 491.

En esta línea, es unánime la doctrina al señalar que la conducta punible comienza con el principio de ejecución y que previo a ello se encuentra la etapa preparatoria que, **no es punible**. De esta manera, la preparación del hecho punible no se encuentra dentro de lo que, de acuerdo con el derecho penal del Estado de derecho, el Estado puede reprimir.

2.14. Unanimidad en la doctrina

Véase que hasta quien pregona una teoría del delito sumamente diferente por la cual hemos abordado este problema, opina que el acto preparatorio se trata de aquella manifestación que se encuentra en una etapa anterior a lo prohibido o mandado y en una etapa posterior a la ideación. Por lo tanto, cuando un acto anterior se transforma en lo prohibido por una decisión de imperio legislativo, ha dejado de ser preparación, ya es aquello que funda la ilicitud y, con respecto de este nuevo tipo penal, sigue siendo cierto que la preparación no es punible.⁽²⁹⁾

2.15. Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa

Este principio es tratado como una manifestación particular del general principio de legalidad o de máximo de legalidad.⁽³⁰⁾ El requerimiento de certeza (o estrictez) de la ley penal es una consecuencia de la codificaciones (*lex scripta*), y dirigido especialmente al legislador; pero ello se agota allí toda vez que ante su grosera violación entra en juego la **máxima taxatividad interpretativa** como camino alternativo a la declaración de inconstitucionalidad de la norma.⁽³¹⁾

Se sigue que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra, la que en definitiva debe hacerse en forma taxativa y con la mayor claridad técnica posible conforme este principio.⁽³²⁾ Es decir que debe describir una acción humana sin ninguna connotación valorativa siendo la misma realizada con un rigor semántico y con estrictez gramatical.⁽³³⁾

(29) RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ad-Hoc.

(30) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 116.

(31) ERCOLINI, JULIÁN D., *El robo con homicidio...*, op. cit., p. 116, quien cita a J. Bustos Ramírez y a L. Ferrajoli.

(32) ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 116.

(33) ERCOLINI, JULIÁN D., *El robo con homicidio...*, op. cit., p. 117.

2.16. Redacción vaga e imprecisa

Coincidimos en el comunicado realizado por la Asociación de Pensamiento Penal en cuanto a que la actual redacción del tipo penal —puntualmente su verbo típico— es vago e impreciso, crítica que trasladamos a la que se propone en el presente Anteproyecto, toda vez que alude a una acción con un poder de espectro amplísimo.

Dicha circunstancia nos lleva a reflexionar sobre ¿qué es “tomar contacto” a la luz del medio comisivo al que apunta la norma —las redes sociales—? y ¿cuándo es que se produciría ese “contacto” entre el sujeto y el menor?

2.17. Violación a la privacidad de las personas

Parece un tanto compleja la respuesta puesto que deberíamos analizar en qué momento se produce el contacto en cada red social en particular conforme el medio comisivo al que apunta.⁽³⁴⁾ Lo que queda claro es que, en la redacción actual, cualquier mensaje enviado a un menor a través de un medio electrónico de transferencia de datos podría configurar ese “contacto” que habilitaría una investigación penal en aras de determinar la existencia de esa finalidad —que es otro delito contra la integridad sexual del menor— y, con ello derrumbar, durante la sustanciación del proceso, cualquier barrera que garantice la intimidad o la libertad de los ciudadanos denunciados.⁽³⁵⁾

El tipo penal propuesto sigue diciendo que quien tomare contacto “mediante conversaciones o relatos de contenido sexual”. Aquí se le agrega un elemento normativo de recorte, lo cual se traduce en un acotamiento del margen de punibilidad de la acción penal, al cual adherimos, pero sin ser suficiente para expandirse mediante la interpretación analógica *in mala partem*. Por esta razón, es que consideramos que también violenta el principio enunciado.

(34) Tomemos como ejemplo Facebook. Esta plataforma se caracteriza porque el primer “contacto”, es decir la primera comunicación entre sujeto y menor, puede darse de múltiples formas, estas son: el envío de solicitud de amistad a un usuario, publicar en el “muro” público de la persona, mandar mensajes privados a través del servicio de mensajería instantánea que ofrece (no es necesario la aceptación de amistad para realizarlo), realizar comentarios a fotos subida por algún usuario, enviar regalos o *gifts* que son pequeños íconos con un mensaje (tiene la opción de realizarse de forma anónima) y hasta clicar “me gusta” en aquellas publicaciones hechas por las personas, para valorar que el contenido subido es del agrado del usuario actual en la red social.

(35) [En línea] <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/11/COMUNICADO-GROOMING-1.pdf>

2.18. Principio de proporcionalidad de la pena

Para desarrollar este punto con mayor claridad conviene separar las críticas, por un lado, el actual delito de *grooming* y por otro la propuesta que surge del Anteproyecto de reforma del Código Penal. Respecto al primero, consideramos que la escala penal actual —6 meses a 4 años de prisión— resulta ser desproporcionada en comparación con el delito de abuso sexual —misma escala penal—, el cual no deja de ser el fin distante al que apunta la primera norma.

En efecto, se está equiparando (!!) la escala penal de un delito que por definición resulta ser un acto preparatorio con otro que exige para su configuración una lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido por la norma. Dicha circunstancia resulta ser incoherente e irrazonable a la luz del principio de proporcionalidad.

2.19. Lo absurdo

En consecuencia, hemos caído en una absurda situación: aquel sujeto que lleva adelante acciones de esta naturaleza le “sería los mismo”, acorde a las escalas penales vigentes, llevar a adelante una acción de “toqueteo”, es decir de abuso sexual del menor y no de “captación”, conforme lo intenta punir el delito de *grooming*.

¿Será esa la respuesta al interrogante? Es decir, ¿será la exagerada escala penal el motivo por el cual podemos afirmar que en realidad nos encontramos frente a un delito penal autónomo creador de un bien jurídico independiente? Parece que sea cual sea la respuesta no queda claro cuál termina siendo el bien jurídico que con su accionar se ofende, resultando insuficiente dicha circunstancia para habilitar el poder punitivo del Estado contra acciones de este tipo.

2.20. En el Anteproyecto

Por otro lado, el Anteproyecto de reforma del Código Penal propone para el delito de *grooming* una escala penal de prisión mayor, que llega de uno (1) a cinco (5) años y para el delito de abuso sexual de menores (art. 127 Anteproyecto) una pena que se agrava por remisión al artículo 126, inc. 2, Anteproyecto, cuya escala penal llega de 2 a 10 años de prisión.

No nos parece que exista, en este caso, una violación al principio de proporcionalidad de la pena entre uno y otro, pero sí nos parece excesivo el

aumento con el que se ha dotado al delito de abuso sexual contra los menores en relación a su par vigente. Se sigue que la desproporción del mismo podría darse en relación con otros delitos contra la integridad sexual. Por tal motivo, es que la violación del principio enunciado no se llevaría en esta oportunidad entre el delito penal de *grooming* y el abuso sexual de menores, sino que podría verse afectado entre este último y otros delitos propuestos contra la integridad sexual.

3. Reflexión final

Debemos asumir que nos encontramos inmersos en una suerte de círculo vicioso que tiende a buscar respuestas rápidas que actúen de válvula de escape con la necesidad de obtener repuestas visibles a corto plazo, pero sin lograr ahondar en el trasfondo de la cuestión. Es así que excedemos límites insospechados que no hacen más que retroalimentar esa rueda que resulta cada vez más difícil de detener, generando, al mismo tiempo, falsas expectativas en mecanismos que solo consiguen, y no siempre, mermar las ansias de una sociedad que demanda constantemente resultados superfluos ¿Nos estaremos dando cuenta de que cada vez perdemos un poco más de libertad?

Es por tales razones que si bien pareciera que se ha alcanzado cierta tranquilidad social, se ha generado, por el contrario, una afectación inconmensurable a derechos individuales y colectivos, lo que nos compromete a emprender un cauteloso análisis de constitucionalidad tanto del actual delito como el que se propone a través del Anteproyecto de reforma del Código Penal.



La protesta social en el Anteproyecto de Código Penal argentino

MARÍA ÁNGELES RAMOS⁽¹⁾



1. Introducción

Los actos pacíficos de manifestación pública que tengan por objeto peticionar algo que se considere justo o poner de manifiesto aquello que se cree injusto son formas legítimas de ejercer los derechos reconocidos en la Constitución. Por tanto, de modo alguno podrá pensarse que estos actos puedan ser interpretados como supuestos delictivos.

En la realidad social, la protesta social opera, generalmente, como un recurso, a veces el último, de aquel cuyo derecho ejerce sin ninguna respuesta. Algunas veces se trata de un actuar consensuado y en otros, espontáneo. Es común enterarnos de situaciones en las cuales se sale a la calle a expresar reclamos como un mecanismo de impotencia frente al silencio de las autoridades. Podríamos citar innumerables ejemplos, como la marcha conocida como de “los cacerolazos”, conformada por un grupo social que reclamaba las medidas tomadas por el Estado frente a los depósitos

(1) Abogada (UMSA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Doctorando en Ciencias Jurídicas, (UCA). Funcionaria de la Justicia Nacional. Docente de Derecho Penal, Cátedra De Luca (UBA).

bancarios y a la imposibilidad de disponer libremente de su propiedad. También, “el corte de la autopista por empleados de Kraft”, que reclamaban la intervención de las autoridades frente a despidos que consideraban arbitrarios.

Estos dos ejemplos son similares. En ambos se trató de la reunión pacífica de un grupo de personas que reclamaban por un objetivo común; ambos utilizaron el espacio público para expresar sus reclamos; ambos cortaron las vías de comunicación, ya que eligieron las calles (en un caso, las calles del centro de la ciudad, y en el otro, la autopista Panamericana); en ambos existieron excesos distintos de la protesta, hubieron daños producidos por la ruptura de persianas de bancos en un caso, y en el otro, los que generaron la quema de cubiertas sobre la autopista. La única diferencia es que en el primer caso se lo consideró el legítimo ejercicio de un derecho y en el otro se criminalizó la protesta.

¿Por qué en un caso sí y en otro no? ¿Cuál es el estándar que nos permite diferenciar un supuesto de otro?

Es común que al judicializar la protesta se analice la conducta desde el art. 194⁽²⁾ del Código Penal (en adelante, CP), que contempla uno de los delitos contra la seguridad del tránsito, medios de transporte y comunicación.⁽³⁾

Por ello, en el presente trabajo analizaremos esas mismas conductas a partir de la figura penal propuesta en el art. 190 del Anteproyecto de Código Penal argentino (en adelante, ACPA) que tipifica el delito de interrupción de servicio.⁽⁴⁾

(2) ARTÍCULO 194: “El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”.

(3) Resulta oportuno aclarar que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra estipulada una contravención que surge del art. 78 del Código Contravencional, Penal y de Faltas; con lo cual, en este ámbito local, la cuestión podrá ser delito o una contravención, según cada caso.

(4) ARTÍCULO 190: “1. El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere o interrumpiere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire, los servicios públicos de comunicación telefónica, radiofónica, satelital o electrónica, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, o resistiere con violencia su restablecimiento, será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años. 2. En caso de impedimento o interrupción de servicios de transporte por tierra, agua o aire, el delito solo se configurará mediante desobediencia a la pertinente intimación judicial”.

Analizaremos los actos de protesta desde el plano constitucional, por considerar que es el primer gran filtro que obliga a separar aquellas conductas que serán el ejercicio propio de un derecho. Luego, aquellos supuestos que lo atraviesen deberán ser analizados desde el derecho penal y para ello utilizaremos como punto de partida el delito vigente y el que se propone en el Anteproyecto.

2. La protesta social en la Constitución Nacional argentina

La protesta social es una forma de expresión pública contemplada en la Constitución Nacional argentina como un derecho fundamental, cuando la reconoce dentro del derecho de reunión, del de petición a las autoridades y en el de publicar las ideas por la prensa sin censura previa.⁽⁵⁾

El derecho de petición comprende la posibilidad material de solicitar al Estado algo, por ejemplo: mejor educación, vivienda, estado de la vía pública, seguridad, intervención frente a despidos arbitrarios, etc.

Como explica Bidart Campos,⁽⁶⁾ este derecho no se identifica con la obtención de una respuesta, sino que el derecho a peticionar se vincula con el de hacerse escuchar ante las autoridades, con lo cual estas últimas quedarán obligadas a dar una respuesta.

Por otra parte, el derecho de reunión, si bien no se trata de un derecho explícitamente integrado dentro de la lista de derechos reconocidos, sí lo es de forma implícita, como derivado del derecho de asociación. En este sentido, mientras “la libertad de asociación tiende a la formación de grupos más o menos durables, organizados o institucionalizados, la reunión concierne a la agrupación transitoria, tal vez momentánea o hasta fugaz, con algún interés común para su participantes”.⁽⁷⁾

(5) El art. 14 CN expresa: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

(6) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, t. II, 4ª reimp., Bs. As., Ediar, 2010, p. 63.

(7) *Ibid.*, p. 64.

Además, el reconocimiento constitucional de este derecho surge de una interpretación armónica entre el art. 14,⁽⁸⁾ 33⁽⁹⁾ y 22.⁽¹⁰⁾ Ello por cuanto por un lado se lo reconoce como un derivado del derecho de asociarse libremente; además, por cuanto su no enumeración taxativa dentro del texto constitucional no significa su negación y, por cuanto lo que la Constitución prohíbe es la sedición, es decir la reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en su nombre. Por tanto, una reunión pacífica debe ser entendida como otro derecho constitucional.

Como tercera cuestión, está el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa. Este constituye concretamente la libertad de expresión. Existe consenso en considerar que el concepto de “prensa” no debe ser entendido con un sentido literal, sino que comprende el derecho de hacer público, es decir, transmitir, difundir y, principalmente, exteriorizar, cualquier idea, opinión, crítica, imágenes, etc., por cualquier medio. En la actualidad el concepto de prensa ha trascendido al concepto histórico.

Existen distintas posiciones filosóficas que dan sustento a la consideración de que la libertad de expresión resulta un reconocimiento fundamental en cualquier Constitución. Más allá de la posición filosófica que le asignemos al derecho de expresarse, resulta innegable que la protesta social es una de sus formas.

Lo importante es que nuestra Constitución argentina prohíbe censurar el acto de expresarse libremente; se trata de un estándar muy amplio en materia de libertad de expresión porque impide que se dicten regulaciones que puedan operar como mecanismos de censura indirecta.

En materia de libertad de expresión, la Argentina se rige bajo el régimen de responsabilidades ulteriores. Por tanto, las regulaciones podrían resultar dudosas desde el punto de vista del derecho constitucional y es por ello que deberían ser emitidas bajo un estricto control constitucional. Por

(8) *Ibid.*, p. 4.

(9) ARTÍCULO 33 CN: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

(10) ARTÍCULO 22 CN: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuyan los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición”.

ejemplo, reglamentaciones que tiendan a regular la protesta con requisitos como los de aviso previo, regulación de tiempo, modo y lugar del derecho a protestar. Como regla general, la normativa que se dicte en materia de regulación debería estar orientada a garantizar el ejercicio del derecho pero nunca restringirlo.

El reconocimiento de estos derechos en la Constitución nos lleva a preguntarnos cuál es entonces la razón de ser del art. 19, en cuanto determina: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Como explica De Luca, salvo que pensemos que el constituyente es redundante, debe haber una razón de peso para que se hayan incluido, por un lado, el principio de reserva y, por otro, el reconocimiento de otros derechos.

Analicemos la cuestión. El principio de reserva, consagrado en la fórmula del art. 19 CN, determina un ámbito de libertad total, siempre y cuando mi conducta no lesione o ponga en peligro derechos de terceros o no exista una ley que la proscriba. De esta manera, una reunión pacífica, el peticionar a las autoridades como forma de expresión, en la medida que no se excedan de los límites fijados por el art. 19 CN, quedarían comprendidos dentro del principio de reserva. Sin embargo, la Constitución reconoce de forma independiente estos derechos y ello es así porque, a nuestro modo de ver, cuando el ejercicio de un derecho excede del marco del principio de reserva emerge como verdadero derecho frente a los demás. Es decir, será a partir del conflicto entre derechos que emerge su reconocimiento.

A partir de aquí, es decir, frente al choque de derechos, comienza el verdadero análisis constitucional. Por lo tanto, aquí tenemos un primer filtro: establecer en cada caso si se trata del ejercicio de un derecho dentro de un espacio de libertad total, en cuyo caso no podrá existir ningún tipo de interferencia estatal.

Si se concluye lo contrario, corresponderá determinar en cada caso el choque o superposición de derechos; por ejemplo: el de protestar ante las autoridades frente al derecho de transitar libremente. Se debería analizar

el conflicto a partir del análisis que tenga como presupuesto un sistema de ponderación de derechos.

Y aquí viene otro problema determinado por la ubicación que se le asigna a la libertad de expresión dentro de la jerarquía de derechos, partiendo de la base de que los derechos fundamentales no pueden ser desoídos por ningún Estado constitucional y debido a que se tratan de libertades esenciales que resultan indisponibles por los Estados donde su importancia radica, según lo explica Ferrajoli,⁽¹¹⁾ en que operan “como leyes del más débil” porque “tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías”.

Dentro del catálogo de derechos existe una jerarquía que permite ubicarlos dentro de un rango de protección. Este será un parámetro objetivo de análisis frente a situaciones de conflicto de derechos. Pero, ¿cuál es la posición que ocupa la libertad de expresión frente a los demás derechos?

Según nuestra posición, el derecho de expresarse libremente es un derecho de categoría superior, o como explica Gargarella,⁽¹²⁾ el primer derecho, porque se trata de aquel que está más estrechamente vinculado con la autonomía individual y el autogobierno colectivo. Esta cualidad es la que lo ubica dentro de una posición de protección privilegiada por parte de cualquier Estado democrático y es lo que le da fundamento a su propia legitimidad debido a que interviene en la preservación de la democracia, ya sea que se entienda la libertad de expresión como un valor intrínseco o como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva, en la medida que permite, según señala Fiss,⁽¹³⁾ que un pueblo decida qué tipo de vida quiere vivir.

Por otra parte, reafirma nuestra posición el alcance que la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁽¹⁴⁾ y el Pacto Internacional de Dere-

(11) FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 43.

(12) GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 41.

(13) FISS, OWEN M., *La libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribución Fontamara SA, 1997, p. 23.

(14) El art. 13 CADH expresa: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección...”.

chos Civiles y Políticos⁽¹⁵⁾ dan a la libertad de expresión, cuando reconocen que comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, caracterizándola así con una doble dimensión, como las caras de una moneda. Por un lado, tiene una dimensión individual que comprende el derecho de cada individuo de manifestar todo cuanto considere sin censura previa, así como el de buscar y recibir esa información o ideas y, por otro, una dimensión social, que implica el reconocimiento de su utilidad para que una sociedad democrática pueda estar enterada de todos los asuntos que hacen a su vida política.

En este estado del análisis veremos que existe un segundo estándar objetivo para analizar la cuestión, determinado por la ubicación que ocupa la protesta social frente a los demás derechos.

Si tuviéramos que resolver los ejemplos con los que comencé mi exposición conforme a este parámetro podríamos concluir que la protesta social como forma de expresión prevalece frente a la obstrucción total o parcial que derivó en la imposibilidad transitoria de circular libremente.⁽¹⁶⁾

Como conclusión, la protesta social como forma de expresión pacífica, pese a que se enfrente a otros derechos, debería ser interpretada en el balance jerárquico de derechos, como uno de naturaleza primordial y esencial en todo orden democrático.

Sin embargo, advertimos que existen supuestos de manifestación popular que son judicializados, pero para ser criminalizados deberán atravesar otros estándares concretos que nos permitirán afirmar en qué caso una protesta social ofende, es decir lesiona, derechos de terceros. En el ámbito nacional ese supuesto está tipificado en el art. 194 CP, y en el Anteproyecto de Código Penal Argentino se promueve como delito en el art. 190.

(15) El art. 19 PIDCP reza: "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

(16) Merece una aclaración la circunstancia de que, en cualquier caso, no se trató de un supuesto que haya impedido la circulación debido a que existían mecanismos alternativos y que, en realidad, se trataba de un cuestionamiento derivado del derecho a "no llegar tarde" o "a no tener que tolerar la protesta", supuestos que, como tales, no alcanzan para poner en jaque el derecho a expresarse libremente, mucho menos, en una sociedad democrática.

3. La protesta social en el Anteproyecto de Código Penal argentino

En el Anteproyecto⁽¹⁷⁾ el delito aparece redactado como art. 190 de la siguiente manera:

1. El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere o interrumpiere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire, los servicios públicos de comunicación telefónica, radiofónica, satelital o electrónica, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, o resistiere con violencia su restablecimiento, será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años.
2. En caso de impedimento o interrupción de servicios de transporte por tierra, agua o aire, el delito solo se configurará mediante desobediencia a la pertinente intimación judicial.

La Comisión Redactora del Anteproyecto señaló en la Exposición de Motivos que los actuales arts. 194 y 197 tienen una estructura similar, aunque se refieren a servicios diferentes, utilizan verbos cercanos y coincidentes y tienen casi igual pena. Por esa razón se los ha unificado.

Se trata de un delito cuyo bien jurídico es la seguridad pública, que se ofende o lesiona a partir de la creación de situaciones que provocan inseguridad para un grupo indeterminado de personas. Debe quedar en claro que no estamos ante un supuesto de seguridad individual porque, en este caso, la acción daría lugar a otros tipos penales que tienen en miras bienes individuales (la libertad, la propiedad, la integridad física).

Es por ello que no puede identificarse el bien jurídico que representa la seguridad pública a partir de la libre circulación de los transportes en un supuesto de desobediencia. Por el contrario, debemos acreditar que se afectó la seguridad pública mediante la protesta social que se tradujo en el impedimento, estorbo o entorpecimiento de la libre circulación de los medios de transporte.

Explica Zaffaroni⁽¹⁸⁾ que el art. 194 del actual CP fue introducido con la reforma de 1967 y reemplazó al original que se refería al levantamiento de

(17) *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>.

(18) ZAFFARONI, E. RAÚL, Exposición realizada el 01/11/2007 en la Facultad de Derecho de la UBA.

rieles. Tener en cuenta el origen de este tipo penal nos permite situarnos concretamente en la posición del legislador cuando alude a la existencia del peligro.

En efecto, en la redacción del tipo penal del Anteproyecto se mantiene la misma cualidad, es decir que si bien el tipo penal aclara que no tiene que existir un peligro común, ello no quiere decir que no deba existir otra clase de peligro porque, de lo contrario, si no existiera peligro para otros bienes el delito no tendría razón de ser. Para decirlo en otras palabras, si el tipo penal aclara que no tiene que haber peligro común y, además, no resultase necesario que haya peligro para otros bienes jurídicos, como la integridad física o la libertad, por ejemplo, tendríamos que afirmar que el tipo penal sería contrario al art. 19 CN, por cuanto prevé un castigo para acciones que de ningún modo ofenden o lesionan derechos de terceros.

He aquí el primer filtro de tipicidad. Si ante un caso concreto no somos capaces de determinar que más allá de no haber mediado un peligro común, tampoco ha existido un peligro concreto para otros bienes y que el acto de protesta se limitó al corte transitorio de las vías de comunicación, deberíamos resolver la cuestión a la luz del principio de insignificancia o ausencia total de lesividad, porque el tipo penal requiere que exista lesión o peligro para bienes jurídicos.⁽¹⁹⁾

Se suprimieron como acciones típicas los verbos “**estorbar**” y “**entorpecer**”, que, al decir de la propia Comisión, ocasionaba demasiadas dificultades a la hora de analizar los casos de los llamados “cortes de ruta”, sobre todo en los supuestos de corte parcial o de ocupación transitoria de la vía pública.⁽²⁰⁾

Las acciones típicas en el Anteproyecto se concentran en dos supuestos: **impedir** e **interrumpir**.

Según la Real Academia Española,⁽²¹⁾ **impedir** significa “imposibilitar la ejecución de algo”, mientras que **interrumpir** significa “cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo”.

Desde el punto de vista de la descripción típica, la redacción propuesta resulta acorde a los principios de máxima taxatividad legal porque no

(19) De más está decir que no reúne la calidad de bien jurídico relevante para el derecho penal el derecho “a no llegar tarde”.

(20) *Anteproyecto...*, op. cit., Exposición de Motivos, p. 237.

(21) *Diccionario de la Lengua Española*, [en línea] www.rae.es

deja lugar a dudas acerca de cuál es la acción prohibida. Sin embargo, advertimos que la acción debe tener por objeto ir contra el **normal funcionamiento de los transportes o los servicios públicos**. Este requisito objetivo mantiene un déficit importante desde el punto de vista del principio de legalidad porque es un término vago e impreciso;⁽²²⁾ ello es así porque de la ley no surge el comportamiento esperado y da lugar a que el intérprete de la ley legitime la criminalización de opiniones según criterios subjetivos.

Vistas las acciones típicas desde un punto de vista literal, podemos afirmar, tal y como sostiene De Luca,⁽²³⁾ que el tipo penal opera como una trampa “cazabobos”, donde los operadores jurídicos aplicamos un nivel de selectividad insospechado. ¿Ejemplos absurdos? La marcha a Luján que venera a la virgen del catolicismo, se lleva a cabo dos veces al año y tiene por objeto la procesión pacífica, expresando su veneración a lo largo de toda la Ruta Nacional 7, sería un supuesto de estas acciones típicas bajo el primer supuesto, ya que durante el desarrollo de esta manifestación se **impide**, es decir se hace imposible, la circulación del transporte. Otro ejemplo son los espectáculos públicos que se ubican sobre avenidas principales y que obstruyen parcialmente las calles y avenidas, supuesto de **interrumpir** según la letra de la ley. O, también, la decisión de repavimentar las calles en horarios picos sería un supuesto de **interrupción**. Evidentemente, ninguno de estos ejemplos fue criminalizado. Sería absurdo pensar que se condena a una cuadrilla de una empresa tercerizada del Gobierno de la Ciudad. Sin embargo, el sentido literal del tipo penal nos obliga a afirmar que serían acciones típicas, desde el punto de vista de la acción que realizan.

Si pese a ello logramos afirmar la tipicidad objetiva, para completar este filtro deberíamos, también, afirmar la subjetiva. El tipo penal que analizamos es uno de naturaleza dolosa, con lo cual resulta excluyente demostrar que el autor conocía el alcance y consecuencias de su accionar y las quería como parte integrante de su plan; es decir, quería protestar para expresar su opinión, lesionando o poniendo en peligro bienes de terceros.

(22) Recordemos que el art. 18 CN define el principio de legalidad a partir del cual una ley debe ser previa, escrita y estricta. Este último requisito deriva en que su descripción debe ser completa y no debe dar lugar a lagunas de interpretación.

(23) DE LUCA, JAVIER A., *Piquetes. Un banco de pruebas para el derecho penal*, en Gustavo Bruzzone (coord.), *Cuestiones Penales, homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Bs. As., Ad Hoc, 2012.

Como vemos, muchos de los actos de protesta se quedarán en este estado, sin que pudiera afirmarse respecto de ellos tipicidad alguna.

Sin embargo, si esto no fuese así, deberíamos pasar al plano de lo que concretamente conocemos como antijuridicidad, debido a que el orden jurídico no se limita a las normas de carácter prohibitivo, sino que también se integran con preceptos permisivos. En este sentido, deberíamos preguntarnos si la acción típica fue producto de un obrar justificado, es decir, si fue producto del legítimo ejercicio de un derecho o si está justificada por haber mediado un estado de necesidad.⁽²⁴⁾ Si lo segundo prevalece por sobre lo primero no habrá antijuridicidad y, por tanto, el hecho típico no configurará un injusto capaz de ser merecedor de reproche alguno.

Cabe acotar que en materia de eximentes, el Anteproyecto, en lo que a la protesta social respecta,⁽²⁵⁾ mantiene la redacción de los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho, estado de necesidad y legítima defensa.

Con relación al primero de estos supuestos, podemos remitirnos a todo nuestro análisis constitucional en materia de jerarquía de derechos constitucionales.

Respecto de las causas de justificación por haber mediado un estado de necesidad debemos analizar dos supuestos: la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

La legítima defensa opera como un supuesto fáctico caracterizado por la existencia de una agresión ilegítima, falta provocación suficiente por parte del autor, que tiene lugar cuando media una situación de necesidad y donde debe haber un medio lesivo que resulte necesario y sea racional para repeler esa agresión. A partir de aquí existirán supuestos de defensa propia o de terceros.⁽²⁶⁾

(24) Considero necesario aclarar aquí que ubico el supuesto de legítimo ejercicio legítimo de un derecho dentro de las causales de justificación porque es de esta manera como la ubica la doctrina clásica al enseñar teoría del delito. Sin embargo, Zaffaroni la ubica dentro del plano de la tipicidad, por considerarla complementaria del aspecto subjetivo, con capacidad para anular la tipicidad de cualquier conducta. Ver para ello, ZAFFARONI E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2008.

(25) Sostengo esto debido a que se han introducido cambios en materia de violencia doméstica.

(26) ARTÍCULO 34 CP: "No son punibles: (...) 6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias

En materia de protesta social podemos afirmar que existen casos en los que esta forma de expresión es producto de una sensación de impotencia y hostilidad por parte del Estado, que aparece con oídos sordos frente a los reclamos institucionales. De esta manera, cabe preguntarse si ante situaciones como estas, donde el corte total o parcial de una vía de comunicación que ponga en peligro bienes de terceros podría estar justificada, se considera al corte, a la protesta, como el remedio más racional y menos lesivo para repeler la agresión estatal, donde el bien que el piquetero intenta proteger es de mayor entidad que aquel cuya lesión ha provocado la protesta.

El estado de necesidad justificante es definido como un supuesto a partir del cual se causa un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño el autor.⁽²⁷⁾ A su vez, debe entenderse por mal a la afectación de un bien jurídico que puede ser del que realiza la conducta típica como de un tercero o incluso del mismo que sufre el mal menor. El requisito es que el mal sea inminente, es decir, que puede producirse en cualquier momento. Por último, el mal causado debe ser menor que aquel que se intenta proteger.

Frente a una protesta social que reclama por un derecho fundamental debemos demostrar que la protesta que causa lesión o peligro a bienes de terceros representa el menor de los males que mediante ella se quiere evitar. Aquí el objeto de la protesta toma un carácter trascendental para la determinación de un supuesto de justificación, ya que permite diferenciar un reclamo hipotético o formal de un riesgo mayor e inminente. No será lo mismo reclamar por la obtención de mejores ambulancias que garanticen un mejor servicio de salud que aquel reclamo que tenga por objeto alertar de una situación concreta de falta de ambulancias en determinado lugar. No será lo mismo el reclamo por un mejor salario que aquel que tenga por objeto poner de manifiesto el despido arbitrario e injustificado de un sector.

respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. 7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor".

(27) ARTÍCULO 34 CP: "No son punibles: (...) 3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño".

Si logramos atravesar este tercer filtro, es decir, si logramos afirmar que el autor obró típica y antijurídicamente, debemos llegar a un cuarto estado, determinado por la culpabilidad, es decir, la posibilidad de emitir un juicio de reproche personalizado al autor. Para ello, es necesario establecer que el agente tuvo la posibilidad de comprender el carácter ilícito de la conducta que realizó o si lo hizo bajo un supuesto de necesidad exculpante.

Cuando hablamos de estado de necesidad exculpante nos referimos a supuestos en los que la colisión de bienes son equivalentes,⁽²⁸⁾ por ejemplo, el reclamo por un despido arbitrario y la imposibilidad de circular libremente que ocasiona una afectación del derecho a la libertad individual. Ante estas situaciones, lo primordial será establecer que el injusto cometido es una necesidad para el autor de manera tal que no pueda exigírsele al autor que obrase de una manera menos lesiva.

En cuanto a la punibilidad, advertimos que la pena establecida en el Anteproyecto es mayor que la prevista en la redacción actual en materia de piquetes, dado que parte de un mínimo legal más alto. Sin embargo, consideramos que ello tiene su razón de ser en la unificación del tipo penal del art. 194 con el tipo penal del art. 197, que tiene previsto el mínimo legal que se fija en el Anteproyecto.

Pero todo nuestro análisis no alcanzará para que emerja la necesidad de imposición de una pena. Deberíamos transitar un filtro más, porque más allá de todo el análisis del delito desde la estructura de la teoría del delito y pese a que filtro tras filtro concluimos en que la acción es típica, antijurídica y culpable, en el Anteproyecto se incluye otro requisito que resulta novedoso a la luz del tipo penal actual.

En efecto, se incorpora como inciso segundo del art. 190 ACPA un requisito que calificamos como una condición objetiva de punibilidad, dado que deja supeditada la configuración del delito al supuesto de desobediencia a la pertinente intimación judicial.

La Comisión Redactora consideró que el requisito de la pertinente intimación judicial para configurar el delito permitirá "evitar nuevas dificultades y en especial violencias"⁽²⁹⁾ a la hora de imponer pena.

(28) ARTÍCULO 34 CP: "No son punibles: (...) 2°. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente".

(29) *Anteproyecto...*, op. cit., p. 237.

En concreto, se trata del último filtro, una circunstancia externa e independiente del hecho punible. Más allá de la naturaleza jurídica con que se la asigne, análisis que excedería del marco del presente trabajo, estamos en condiciones de afirmar que, concretamente, opera como un mecanismo reductor de la aplicación del poder punitivo, que se traduce en un requisito objetivo y concreto sin el cual resultará imposible aplicar una sanción penal, sea cual sea el caso que tengamos enfrente.

4. Conclusiones

Toda protesta social pacífica que de ningún modo ofenda derechos de terceros se trata de un supuesto de libertad.

Cualquier acto de protesta social que colisione con el ejercicio de otros derechos constitucionales deberá ser analizado de acuerdo a la jerarquía de derechos, reconociendo que la protesta social es una de las formas de libertad de expresión y, como tal, el primer derecho.

Las acciones de protesta social para ser judicializadas deberán superar el estándar fijado por el del principio de lesividad.

Ninguna protesta social podrá ser criminalizada si no supera los estándares establecidos por la dogmática penal en materia de análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

No habrá punibilidad si externamente no se acreditase que pese a haberse afirmado el delito, no ha mediado desobediencia a la autoridad pertinente que intimó el cese de la protesta.



Derecho internacional penal: reflexiones generadas a partir del Anteproyecto de Código Penal

FERNANDO M. MACHADO PELLONI⁽¹⁾



La presente toma de posición será breve e intentará concentrarse en aspectos estructurales —lo que, en definitiva, consigue postergar entonces “cuestiones quirúrgicas”—. Básicamente podrán agruparse en dos áreas argumentales: la primera es normativa y está encolumnada en una intermitente atención del Anteproyecto en las coordenadas constitucionales para puntos capitales del derecho internacional penal con impacto en múltiple persecución, en relaciones horizontales y verticales de jurisdicción; la segunda, consecuencia de la anterior, plantea problemas de ciencia y método y, a su vez, se subdivide en colisiones fundamentales en fuentes de producción de la ley penal respecto de la ley internacional penal y en el

(1) Abogado (USAL). Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Profesor visitante de posgrado y postdoctorando (PUCRS, Brasil). Quiero agradecer al Prof. Marcelo Riquert la paciencia con que ha aguardado mi confirmación y mis notas. También al Prof. Ricardo Favarotto, que me han animado a volver a discutir los puntos de vista, más allá del patrimonio sobre los errores de la presentación, que son propios.

propio sistema del delito, imputación y autoría. Los últimos repercuten en las dificultades de la parte especial.

Adelantado el contenido de la comunicación, el enfoque de la teoría constitucional del delito internacional penal se sostiene si, y solamente si, las proposiciones resultan de conformidad con el enunciado del art. 118 CN.⁽²⁾ Esta disposición señala la **especialidad del derecho de gentes** y, por dicha característica, el mandato de determinación al Congreso de la Nación para el dictado de una ley para el establecimiento de casos de enjuiciamiento por violaciones a él. En tal sentido, el Anteproyecto no conforma porque no aborda los conflictos derivados de allí, o sea de la propia aplicación del derecho internacional penal.

De la exposición de motivos, la específica mención *constitutionae data* surge del ámbito de aplicación, esbozado en el art. 2º y en forma acotada en el inc. d —Universal y otros—, en lo correspondiente a delitos que, ejecutados en el exterior, habiliten la jurisdicción de los tribunales propios (el Anteproyecto los enuncia como “nacionales”; sería preferible su sustitución por “federales”, porque, por la materia, estos son los que intervendrían).⁽³⁾ Aunque de buena fe lo pretenda, parece demasiado pretensioso como para abarcar **todos los casos** que, bajo el derecho internacional penal, puedan y deban ser atendidos aquí.

La incorporación de disposiciones particulares, según la exposición de motivos, podría *lege data* expandir la punición a donde el derecho internacional penal no obliga aunque, esa preferencia y en consecuencia una omisión al fin, como se verá, se contradice cuando, al adaptar la parte especial, explica alguna ampliación respecto de los delitos de derecho internacional penal. Más allá de ello, de prosperar la propuesta, *lege*

(2) Art. 118 CN: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

(3) “Con esta fórmula se incorpora el principio universal, pero se abarcan en ella todos los casos en que, según el derecho internacional, deban o puedan ser sometidos a la jurisdicción argentina, tal como lo dispone el artículo 118 de la Constitución Nacional”, ver “Exposición de Motivos”, en *Anteproyecto Código Penal de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014, p. 61. La disposición elaborada dice: “Art. 2º Ámbito de aplicación. Este Código se aplicará a los delitos (...) d) Universal y otros. Cometidos en el extranjero y que conforme al derecho internacional deban o puedan ser juzgados por los tribunales nacionales...”, en *Anteproyecto Código Penal de la Nación*, cit. p. 336.

ferenda se advierte a falta de puntualización, igual o mayor riesgo de crecimiento de *ius puniendi*. Ello se explica a partir de la exclusión de cualquier referencia al fenómeno del *ne bis in ídem* o a su valoración en el campo del derecho internacional penal.⁽⁴⁾ lo cual deja abierta la puerta hacia una constelación de problemas que, en atención a sus definiciones, el Anteproyecto normativamente no está encomendado a resolver y que *constitucionae ferenda* sí lo está o, corrijo, podría estarlo, una ley especial en la determinación del art. 118 CN. Por otra parte, la escisión no necesariamente choca en la interpretación sistemática, pues el art. 4°.1 del Anteproyecto admite la coexistencia de otras leyes —el 4°.2 también— que, en este caso, en lugar de ser la ejecución de una obligación en los términos del art. 75.12 CN lo es de otro, como ya se aclaró.⁽⁵⁾

Hay dos variables que deben atenderse en lo que al encendido de la alarma *ne bis in ídem*, en principio, puede importar: *in primis*, que no se investigue o se inicien procesos penales simultáneos por un idéntico crimen, entre distintas jurisdicciones estatales, reunidas bajos conectores divergentes (conflicto horizontal);⁽⁶⁾ e *in secundis*, cuando por cualquiera de

(4) Lo cual, sin solucionar nada, hace el art. 3°, inc. c de la ley 26.200 de implementación del Estatuto de la Corte Internacional Penal, instrumento estrecho en el ámbito de aplicación, mayormente circunscripto al principio real o de defensa, personal activo y convencional (bilateral o multilateral). En tal sentido, la norma señala: “A los delitos cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República Argentina, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena”.

(5) “4.1 Las disposiciones generales de este Código se aplicarán a todas las infracciones y penas previstas por cualquier otra ley...” (ver *Anteproyecto Código Penal de la Nación, op. cit.*, p. 336) y es coherente a tratamientos particulares de algunas materias penales, aquí ligadas al derecho internacional penal, como lo aceptan las palabras de la exposición de motivos, p. 63.

(6) Esto no es patrimonio exclusivo del derecho internacional penal (DPI) y es propio también del DPI —delitos transnacionales—, como se sostuviera en BOUYSSOU, NORMA Y MACHADO PELLONI, FERNANDO M., “Trata de personas: mapa de dificultades”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n° 1, 2014, p. 114 y ss. Supera el marco de esta sumaria intervención pero también sería conveniente la elaboración de propuestas para resolver este tema en el CP, pues la materia no es parte del dispositivo del art. 118 CN. Ello podría suponer, lo que sería deseable, vías de prevención para concurrencia horizontal, o bien pasos para la solución en superposiciones desatadas. Además forma parte de la evolución de la influencia continental, como lo comprueba el interés de los miembros del Consejo de Europa, post decisión 2009/948/JHA del 30 de noviembre, cuyo acierto o desacierto no interesa aquí pues no es más que una cita sobre un trascendental tema a abordar (“1.- Se establece una presunción general a favor de una causa penal en la jurisdicción del Estado miembro en el que la mayor parte de la acción criminal se ha producido, que será el lugar donde la mayor parte de la conducta de hechos realizada por las personas involucradas se produce. 2.- Cuando la presunción general de acuerdo con el párrafo 1 no se aplica debido al hecho de que hay otros factores suficientemente importantes para llevar a cabo el proceso

las anteriores, se alcance una caso de fraude que ponga bajo la lupa los alcances de una eventual *res judicata*. Para que aumente todavía más la complejidad, en un estuario entre ambas, hay que tomar nota de un supuesto de competencia propia con un resultado deplorable al núcleo de los bienes jurídicos, otro interés estatal a propósito del desinterés propio (conflicto horizontal) y la postura de la Corte Penal Internacional frente al caso (conflicto vertical).⁽⁷⁾

Sobran demostraciones de que el principio —concepto y predicado— es bien sabido en el contorno del derecho internacional penal, ya que los estatutos que controlaron (y todavía lo hacen) la actuación de las jurisdicciones

penal, cuyo punto muy a favor de una jurisdicción diferente, las autoridades competentes de los Estados miembros deberán considerar los factores adicionales con el fin de llegar a un acuerdo sobre la mejor situada jurisdicción. Esos factores adicionales incluirán, en particular, las siguientes: localización de la persona o las personas después de un arresto y posibilidades acusado para asegurar su entrega o extradición a otras jurisdicciones posibles; la nacionalidad o residencia de las personas acusadas; el territorio de un Estado donde la mayoría de los daños se ha mantenido; las participaciones significativas de las víctimas; las participaciones significativas de los acusados la ubicación de pruebas importantes; la protección de los testigos vulnerables o intimidados cuyo testimonio es de importancia para la procedimiento en cuestión; la residencia de los testigos más importantes y su capacidad para viajar a los Estados miembros; el Estado en el que se ha producido la mayor parte de la criminalidad; la fase de los procedimientos alcanzados por los hechos en cuestión; la existencia de causas conexas en curso; la economía de los procedimientos (1.- *There shall be a general presumption in favour of conducting criminal proceedings at the jurisdiction of the Member State where most of the criminality has occurred which shall be the place where most of the factual conduct performed by the persons involved occurs.* 2.- *Where the general presumption according to paragraph 1 does not apply due to the fact that there are other sufficiently significant factors for conducting the criminal proceedings, which strongly point in favour of a different jurisdiction, the competent authorities of Member States shall consider those additional factors in order to reach an agreement on the best placed jurisdiction. Those additional factors shall include, in particular, the following: location of the accused person or persons after an arrest and possibilities for securing their surrender or extradition to the other possible jurisdictions, nationality or residence of the accused persons, territory of a State where most of the damage was sustained, significant interests of victims, significant interests of accused persons, location of important evidence, protection of vulnerable or intimidated witnesses whose evidence is of importance to the proceedings in question, the residence of the most important witnesses and their ability to travel to the Member State where most of the criminality has occurred, stage of proceedings reached for the facts in question, existence of ongoing related proceedings, economy of the proceedings).*

Está claro que el esfuerzo no basta, en la ausencia de un compromiso conjunto con otros Estados —en especial, desde la atención regional—; pero no excluye tampoco la propia. Se trata de un interés limitador. Ver SAFFERLING, CRISTOPH, *Internationales Strafrecht*, Springer, Heidelberg, 2011, p. 10, entre otros.

(7) El tema es bastante complejo. Para un tratamiento más extenso, ver MACHADO PELLONI, FERNANDO M., “Enfoque de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: la relación vertical”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n° 4, mayo 2012, p. 110 y ss.

dicciones transnacionales lo mencionaban; lo que es mucho más problemático es concordar sobre su validez en el derecho interno, a razón de actuaciones judiciales externas, asunto que se presta a confusión ante una situación de concurrencia horizontal.⁽⁸⁾

(8) Véase SPINELLIS, DIONYSIO, "The *ne bis in idem* principle in 'global' instruments", en *International Review of Penal Law* (73-3/4), Érès, Ramonville Saint Agné, 2002, p. 1150 y ss. Entre los estatutos, TMIN —art. 11—, TPIY —art. 10—, TPIR —art. 9°— y CPI —art. 20—. También el PIDCyP, art. 14.7 y la CADH, art. 8°.4 (la CEDH no lo recoge expresamente, pero se lo fundamenta en el art. 6°). El caso del crimen de Apartheid que el Anteproyecto enuncia como desencadenante de una intervención jurisdiccional propia en los términos del art. 118 CN, pudiera ser otro supuesto de interés. Entre los estatutos, TMIN —art. 11—, TPIY —art. 10—, TPIR —art. 9°— y CPI —art. 20—. También el PIDCyP, art. 14.7 y la CADH, art. 8°.4 (la CEDH no lo recoge expresamente, pero se lo fundamenta en el art. 6°). El caso del crimen de Apartheid que el Anteproyecto enuncia como desencadenante de una intervención jurisdiccional propia en los términos del art. 118 CN, pudiera ser otro supuesto de interés. Ver *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, op. cit., p. 162 (respecto del art. 66).

Art. 10 TPIY: "1. Nadie puede ser convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constituyentes de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el sentido entendido en el presente Estatuto si ya ha sido juzgado por esos mismos hechos por el Tribunal Internacional. 2. Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si: a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; ó b) La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente. 3. Para decidir la pena a imponer a una persona condenada por un crimen contemplado en el presente Estatuto, el Tribunal Internacional debe tener en cuenta la pena que dicha persona haya podido cumplir ya por el mismo hecho, y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional"; **art. 9° TPIR:** "1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional para Rwanda. 2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Rwanda solamente si: a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria; 3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Internacional para Rwanda tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida; **art. 20 CPI:** "1 Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por

Otro tema que debiera resolverse desde el art. 118 CN y que tampoco se da cita en el Anteproyecto es la guía para la adecuación propia en orden a la **complementariedad** de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI). La situación actual por fuera del Código con validez es muy confusa en los términos del art. 2° de la ley 26.200 de implementación del Estatuto y es resorte de cada Estado el ejercicio de su poder jurisdiccional para excluir el del tribunal internacional.⁽⁹⁾

La tarea comprendería evaluar guías para la consideración de la posibilidad de pérdida de la jurisdicción propia (sería atribución de la CPI apropiársela) como del ejercicio ante una selectividad del Tribunal Internacional que rechace la suya, cuestión que renovarían el interés del análisis del *bis in ídem*.

Sería válido renunciar o minimizar la existencia de las cuestiones planteadas, en la medida que se pueda acudir a las soluciones derivadas del derecho internacional penal, aunque, de ser así, sin perjuicio de mantener la dificultad *constitucionae data* por temas promisoriamente conflictivos que se podrían desarticular *constitucionae ferenda* por vía hipótesis y subhipótesis de yuxtaposición del *ius puniendi* pluriestatal, o intentarlo, se advertirían otros problemas que paso a enunciar.

3.

No se pone en discusión la función ordenatoria que persigue la inclusión de los delitos de derecho internacional penal en un Código, incluso como dique a pulsiones expansionistas futuras. Esa es la parte buena; la parte mala subyace en la subvaluación o en la atención previsora de los fundamentos de estos hechos, diferentes del derecho penal común, y en sus posibles consecuencias.

el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.; art. 14.7 PIDCyP: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"; art. 8.4 CADH. "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

(9) El art. 2° refiere al alcance de los hechos que hacen a la competencia de la CPI pero es que puede que la última no ejerza su selectiva jurisdicción. Recuérdese: "El sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente. Las conductas descriptas en los arts. 6°, 7°, 8° y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes

Más allá de que puede ser discutible que a partir del Estatuto de la CPI, el derecho internacional penal participe del *nullum crimen nulla poena sine lege*,⁽¹⁰⁾ lo cierto es que los enunciados del art. 21 hacen un portal hacia una dimensión desconocida para las bases del derecho penal ordinario.⁽¹¹⁾ El Anteproyecto advierte la seriedad del problema; su conocimiento y su anticipación llevó al grupo de trabajo a eliminar el art. 7° “k”, en cuanto “otros crímenes” pueden resultar ser delitos de lesa humanidad, y lo explica muy bien en la exposición de motivos, apartándose por vía de la defensa de la *lex scripta* y *certa* en favor de la supresión.⁽¹²⁾

que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé. Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a crímenes debe entenderse como delitos”. Sobre el ejercicio jurisdiccional interna y su relación con la complementariedad, como ejemplo, ver *Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2) (b) of the Statute No.: ICC-01/09-01/11 date: 30 may 2011 Pre-Trial Chamber II Situation in the Republic of Kenya in the case of the Prosecutor v. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, parr. 44.*

(10) Por ejemplo en contra, ver lo afirmado por el ilustrado y ya desaparecido ex juez de ITCY, CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Oxford U. Press, Oxford, 2008, p. 36 y ss.; de relativo valor, y considerándolo más una apuesta, SATZGER, H. (SATZGER, HELMUT, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 175 y ss.).

(11) Como derecho aplicable, el art. 21 CPI postula: “En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; en segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados. En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

(12) “Es claro que esta disposición es una indicación del derecho internacional para los legisladores nacionales, pero no constituye ningún tipo legal...No puede entenderse este dispositivo como un tipo penal, pues sería inconstitucional por su vaguedad definitoria que directamente impondría incorporar a nuestra ley positiva la analogía legis...”, en *Anteproyecto de Código Penal de la Nación, op. cit.*, pp. 162/163 y respecto al art. 66. Véase como dificultad para la objeción de legalidad, ICTY “*Kordić and Cerkez*” IT 95-14/2, AJ, 17-12-2004, párr. 117. Será contaminante del acierto para y según el *ius cogens* en “*Priebke*” (imprescriptibilidad de un hecho punible del derecho internacional penal) en Fallos: 318:214 con el desacierto de “*Arancibia Clavel*” (imprescriptibilidad de la asociación ilícita para delitos de lesa humanidad? vs. conspiración para la guerra de agresión, art. 6° IMTNS) en Fallos: 328:2148, tal y como le ocurrió a la propia CSJN, o el todavía más desafortunado

Ahora, es que esa solución es estéril de conformidad al *ius cogens* lo que me lleva a aconsejar su apartado tratamiento legal. Téngase en consideración que las decisiones dictadas por tribunales internacionales alimentan esa fuente de producción del derecho internacional penal y que, incluso diezmada (si se quiere) a partir del Estatuto de la CPI, no podría cerrarse por sus específicas características, que resultan disociadas de las banderas enarboladas por el Anteproyecto en el art. 1° y en defensa del principio de legalidad.⁽¹³⁾

Por otra parte, la exposición de motivos da cuenta, siempre en la convicción de que la técnica y el método del derecho penal despejan cualquier peligro para la legalidad y la tipicidad, que muchos países ampliaron la parte especial más allá de las normas internacionales, lo que habilita a que el grupo de trabajo eleve a la letra legal interna más que lo señalado por la transnacional y ello, por cierto, hay que debatirlo;⁽¹⁴⁾ no obstante, además de probar mi punto de la tendencia a la ampliación que no se discute pero bajo otro fundamento, el internacionalista, lo que se sostiene es que la taxatividad y la encriptación anclada en los fundamentos básicos van a perder su valor absoluto *vis a vis* con la relatividad del *ius cogens*.

Otra reflexión surge de las especiales propiedades conceptuales de los delitos-tipos que conforman al derecho internacional penal. Se trata de un sistema de hecho punible con características que parecieran necesitar mayor abordaje —y, por ello, apartado de lo demás—, pues su trayectoria no es continental como la del derecho penal común y su inserción en la parte especial no resuelve las dificultades.⁽¹⁵⁾ Ello así porque los fundamentos que excluyen el progreso de su aplicación guardan algunas diferencias con las que conocemos y tienen una explicación a partir de la diferente matriz de concepción. También ocurre con los que impiden la exclusión de culpabilidad y

“Rovira, Miguel Angel s/prisión preventiva”, c. 40.188, CCF Sala I, rta. 14-3-2008, donde el juez Eduardo Freiler toma como *ius cogens* el antecedente de la CSJN.

(13) *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, op. cit., p. 55 y ss. No entraré en la conveniencia o inconveniencia de la inclusión, pero auspicio un amplio, serio y programado debate en el Honorable Congreso de la Nación al respecto.

(14) Se reconoce además la dificultad de la tarea y los desacuerdos que marcan la trayectoria de todos y cada uno de los delitos pero particularmente la visión del genocidio plantea un desafío para lo que deberá ser una seria y anunciada discusión del Honorable Congreso de la Nación.

(15) *In extenso*, el intento de sumar al tema en “Derecho Internacional Penal: sistema del delito y claves en el futuro del Estatuto de Roma”, en *Sistema Penal & Violencia, Revista Electrónica da Faculdade do Direito, Programa do posgraduaCao em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS*, ISSN 2177-6784, vol. 2, jun. 2010, p. 18 y ss.

responsabilidad o resuelven la intervención en el delito, por ejemplo, en la intervención colectiva —no plural, en los conocidos términos de la participación delictiva— del art. 25.3 CPI o la de un superior según el art. 28 *id.*⁽¹⁶⁾

Finalmente desde la parte especial existe metodológicamente un camino de seguimiento —crimen de agresión—⁽¹⁷⁾ o apartamiento del Estatuto de la CPI; en el último caso para ampliarlo o reducirlo. Véase, para un caso, la incitación pública a la comisión de los delitos del derecho internacional penal —con tradición más recortada al genocidio— o por problemas de fundamentos, para el otro, como se mencionó el caso del art. 7° “k”.⁽¹⁸⁾ Por razones recién deducidas, un seguimiento antes que una modificación pudiera ser más conveniente para el esclarecimiento conceptual de una materia tan compleja, aunque indudablemente es una preocupación propia a un análisis de menor envergadura frente a las observaciones previas. Espero que las reflexiones generadas a partir de este comentario colaboren con la causa de un mejor Código Penal.



(16) El art. 74 del Anteproyecto, por sistematicidad, se hace cargo del tema en la parte especial: “1. Los superiores militares y de las fuerzas de seguridad, y los altos funcionarios que formaren parte de la cadena de mandos, tendrán las penas del autor de los delitos contemplados en este Título, por los hechos cometidos por sus subordinados o por civiles sometidos a sus órdenes, cuando hubieren tenido noticia o conocimiento de la decisión de cometerlos o de su ejecución, y hubieren omitido tomar los recaudos a su alcance para evitarlos o interrumpirlos, o no hubiesen formulado las denuncias conducentes. 2. Si hubieren procedido con negligencia o imprudencia, se impondrá la escala de pena del delito reducida a un tercio del mínimo y del máximo. Si la imprudencia o negligencia hubiere sido temeraria, la escala del delito se reducirá a la mitad del mínimo y del máximo”. En principio, la técnica podría ser reductora de cualquier expansión, más de acuerdo al sentido liberal posible; sin embargo, no conforma y la exposición de motivos no colabora, sin mencionar que auxilia en la interpretación aunque no modifica las palabras y el alcance posible de cuanto se propone como futura ley: el actual código tenía disposiciones de la parte especial que alteraron la parte general en la duración máxima de la pena de libertad (acotada a delitos contra el orden constitucional); y la responsabilidad del superior en derecho internacional penal no debería trasladarse sin más al derecho penal común. Véase, CNCP, Sala III *in re* “Manfredi, Luis Alberto y otros/rec. de casación”, c. 3182, rta. 8/8/2001, de condenas de 35 y 29 años para coautores de delitos sexuales. Véase *Anteproyecto*, *op. cit.*, p. 375 y 166, respectivamente. No es igual a que esté apartado, como autoría especial, en una ley específica de derecho internacional penal, como lo es el art. 28 CPI.

(17) Así el art. 72.1: “Será penado con el máximo de la pena de prisión prevista en el artículo 20°, el que cometiere un hecho de agresión previsto en el artículo 8° bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, ver *Anteproyecto*, *op. cit.*, p. 374.

(18) La incitación se da en el art. 73.3: “El que instigare directa y públicamente a la comisión de alguno de los delitos de este Título será penado con la pena del delito de que se trate reducida a un tercio de su mínimo y la mitad de su máximo”. Véase, *Anteproyecto*, *ibid.*

BIBLIOGRAFÍA



- ABOSO, GUSTAVO, “Régimen penal de armas de fuego, municiones y explosivos a partir de la reforma impuesta por la Ley 25.886”, en *Reformas al Código Penal*, Montevideo, 2005.
- ANDER-EGG, EZEQUIEL, *Métodos y Técnicas de Investigación Social III (cómo organizar el trabajo de investigación)*, Bs. As., Lumen, 2000.
- ANTÓN ONECA, J., *Delito continuado*, Barcelona, Nueva Enciclopedia Jurídica, 1954.
- ATIENZA MANUEL, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cívitas, 1997.
- BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Principios constitucionales del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General, 2ª edición totalmente renovada y ampliada 1ª reimpresión*, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- BAIGÚN DAVID y ZAFFARONI RAÚL E. (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- BAIGÚN, DAVID, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bs. As., Depalma, 2000.
- BARBERO, NATALIA, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2011.
- BARBERO, OMAR U., “Método de enseñanza y aprendizaje del derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 4/6, Rosario, noviembre de 1986.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas*, Bs. As., Ediciones Libertador, 2005 [1764].
- BERGALLI, ROBERTO, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, Publicaciones del instituto de criminología de la Universidad de Madrid, 1976.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, t. II, 4ª reimp., Bs. As., Ediar, 2010.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional Argentino*, ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Ediar, 1995.
- BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2004.
- BIXIO, CECILIA, *Cómo planificar y evaluar en el aula. Propuestas y ejemplos*, 2ª edición, Rosario, Homo Sapiens ediciones, 2005.
- BIXIO, CECILIA, *Enseñar a aprender*, Rosario, Homo Sapiens ediciones, 2001.
- BLARDUNI, OSCAR C., “El problema de la imputabilidad disminuida 8ª propósio del art. 25 del Anteproyecto Soler)”, en Edgardo A. Donna (dir.), *Revista Jurídica Argentina La Ley*

Derecho Penal. Doctrinas esenciales 1936-2010), tomo II, Bs. As., 2011.

BOMBINI, GABRIEL A.; DE AGOSTINO, M., “Código Procesal Penal de Entre Ríos. Normas Fundamentales”, en Carlos A. Chiara Díaz - Mario Juliano (dirs.), Rubén A. Chaia (coord.), *Instituciones del Derecho Procesal Penal Acuatorio*, Entre Ríos, Delta, 2012.

BOMBINI, GABRIEL A., “Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal”, en Alejandro Alagia; Javier De Luca; Alejandro Slokar (dirs.) *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6: *Determinación Judicial de la Pena. Ejecución de la Pena*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.

BOMBINI, GABRIEL A., “Políticas Penales Contemporáneas”, *Colección Materiales de Cátedra del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho UNMDP*, vol. VII, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 2007.

BOMBINI GABRIEL A., “Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia”, en *Violencia y sistema penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2008.

BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, en *Revista General de Derecho Penal*, 18, 2012.

BOUYSSOU, NORMA y MACHADO PELLONI, FERNANDO M., “Trata de personas: mapa de dificultades”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n° 1, 2014.

BUENO GONZALO, “El concepto de Tortura y de otros Tratos crueles, inhumanos o Degradan-

tes en el derecho internacional de los Derechos Humanos”, en *NDP*, 2003/B.

BUOMPADRE, JORGE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Bs. As., Mave, 2000.

CABELLO, VICENTE P., *Psiquiatría forense en el Derecho Penal. Doctrina. Jurisprudencia. Pericias*. Tomos I, II, III y IV, Bs. As., Hammurabi.

CAMADRO, JORCELINA, “Medidas de seguridad en el Anteproyecto de Código Penal y su vinculación con los principios de derecho penal de un Estado constitucional de Derecho”, en Erenesto E. Domenech e Iris Edith La Salvia (coords.), *Temas de derecho penal*, Libería Editora Platense, 2010.

CAMPOS CHACON, SERGIO A., *Enseñanza del Derecho y metodología jurídica*, México, Chihuahua, 2000.

CAÑO PAÑOS, M. A., “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung)”, en *Derecho Penal alemán. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año XI, n° 20/21, 2006.

CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, Ed. Temis, 1956.

CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ª edición, Bs. As., Hammurabi, 2002.

CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Oxford U. Press, Oxford, 2008.

CASTIÑEIRA PALOU, M. Teresa, *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), “La responsabilidad política de responder al reclamo social por la inseguridad”, [en línea] www.cels.org.ar

- CESANO JOSÉ D.; “El expansionismo penal como nota distintiva de la política criminal reciente”, en *Reformas al Código Penal*, Bs. As., Bdef, 2005.
- CESANO JOSÉ D., *La política criminal y la emergencia (entre el simbolismo y el recrudescimiento punitivo)*, Córdoba, Mediterránea, 2004.
- CID MOLINÉ, J., “El sistema penitenciario en España”, en *Jueces para la democracia*, n° 45, 2002.
- CIDH-OEA, “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, 31 de diciembre de 2011.
- COLL, CÉSAR; POZO, J *et al.*, *Los contenidos en la Reforma*, Bs. As., Santillana, 1995.
- COURTIS, CHRISTIAN, “El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, [en línea] http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 1992.
- CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ A., *El delito continuado*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- DE LA Torre, SATURNINO, *Didáctica y currículo*, Madrid, Dykinson, 1996.
- DE LUCA, JAVIER A., “Piquetes. Un banco de pruebas para el derecho penal”, en Gustavo Bruzzone (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J.A. Righi*, Bs. As., Ad Hoc, 2012.
- DE LUCA, JAVIER A., *Libertad de prensa y delitos contra el honor*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.
- DELVAL, JUAN, *El desarrollo humano*, 2ª ed corregida, Madrid, Siglo XXI de España Editores SA, 1995.
- DEVOTO, ELEONORA y GARCÍA FAGÉS, MERCEDES, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas. Un camino con un retorno posible”, en Andrés J. D’Alessio y Pedro J. Bertolino (dirs.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, tomo 11/2007, Bs. As., LexisNexis, 2007.
- DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ L., “La política criminal en la encrucijada”, Bs. As., Euros Editores, 2007.
- DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 7, 2005.
- DIEZ RIPOLLES, JOSÉ L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.
- DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2012, [en línea] www.indret.com
- DIVITO, MAURO y VISMARA, SANTIAGO (dirs.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Penal. Parte General*, t. II, Bs. As., La Ley, 2013.
- DOMENECH, ERNESTO E, *La palabra Derecho Penal, Derecho Penal I. Cátedra II*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (UNLP), 2000.
- DOMENECH, ERNESTO E, “La Peligrosidad: Enigma o Acertijo”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, UNLP, 1996.
- DOMÍNGUEZ LOSTALÓ, JUAN C., “Vulnerabilidad. Aportes para la discusión de un concepto que rompe un paradigma”, Ficha de Cátedra, Cátedra Psicología Forense. Carrera de Psicología, UNLP, octubre de 1996,

- [en línea] http://inclusionmental.com.ar/contents/biblioteca/1329796562_vulnerabilidad.pdf
- DONNA EDGARDO, A., *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, 2001.
- DOPICO GÓMEZ ALLER, J., *Detengan la custodia de seguridad*, [en línea] www.eldiario.es, 19/04/2013.
- ECO, UMBERTO. *Cómo se hace una tesis -Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, 17ª ed., Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez (trad.), Barcelona, Gedisa, 1995.
- ERBETTA, DANIEL A., “La enseñanza del Derecho Penal”, en García Vitor, Enrique *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente*, 1º Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- ERBETTA, DANIEL A., “La reforma al sistema de punición del concurso material de delitos”, en *Reformas Penales*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- ERBETTA, DANIEL A., “Seguridad y reformas penales ¿Hacia donde vamos?”, en *Reformas Penales II*; Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- ERMILLI, MIRIAM “Inimputabilidad”, Ficha de cátedra, Cátedra I de Derecho Penal I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), 1996.
- ESTRELLA, OSCAR A. y GODOY LEMOS, ROBERTO, *Código Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi.
- FAVAROTO RICARDO y LAINO, NICOLÁS, “La reco-dificación penal y el principio de reserva de código”, [en línea] www.pensamientopenal.com.ar.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1989.
- FILIPINI, L., “Superpoblación carcelaria y há-beas corpus colectivo”, en *Lexis Nexis Buenos Aires*, n°2, 2005.
- FINOLA A., MA. ALEJANDRA y Piña, Y.; Eduardo, R., “Intervención del psicólogo forense en la determinación de la enfermedad mental como causa de inimputabilidad”, n° 4, Maracaibo, diciembre de 2008, [en línea] <http://www2.scielo.org.ve>
- FISS, OWEN M., *La libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribución Fontamara SA, 1997.
- FOUCAULT MICHEL, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, 1ª ed, 2ª reimpr, siglo XXI, Bs As, 2004.
- GALAGOVSKY KURMAN, LYDIA R., *Redes Conceptuales. Aprendizaje, comunicación y memoria*, Bs. As., 1996.
- GARCÍA HOZ, VÍCTOR, *Predicción y Evaluación personalizada*, Bs. As., Docencia, 1979.
- GARCÍA RIVAS, N., “Libertad vigilada y Derecho penal de la peligrosidad”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 16, 2011.
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, “El Poder Punitivo en el Estado Democrático”, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 1996.
- GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- GOFFMAN, ERVING, *Internados*, 1ª ed, 3ª reimpr., Bs. As., Amorrortu, 2001.

- GOMEZ GRILLO, ELIO, *A la sombra de la sociedad*, Venezuela, OLP, 2007.
- GORKIEWICZ MORONI, ERICA y MORBATO MARIO R., “Cuando la víctima a causa de una reacción desmedida se convierte en victimario, y este último en víctima. ¿Un posible caso de imputabilidad disminuida? Nota a fallo” en *Revista Jurídica Argentina La Ley Córdoba*, Bs. As., 2010.
- HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.
- ILHARRESCONDO, JORGE M., *Delitos Societarios*, Bs. As., La Ley, 2008.
- IRIBARREN, PABLO, “La poena naturalis y su aplicación en la provincia de Río Negro”, [en línea] <http://pinedairribarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf>
- JESCHECK, HEINS Heinrich: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, volúmenes 1 y 2, Barcelona, Bosch, 1978.
- JULIANO, MARIO A., “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en Zaffaroni, Niño, Martínez y Vitale (coords.), *Pensamiento Penal del Sur 1*, Di Plácido.
- KIERSZENBAUM, MARIANO, *La autoría y la participación en un delito especial. A propósito de la autoría y la participación en el tipo penal de torturas*, Bs. As., Ad Hoc, 2011.
- LAINO, NICOLÁS, “¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de tortura?”, en *Revista Jurídica La Ley*, año 15, n° 5, junio de 2008.
- LINARES, JUAN F., “Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina”, 2ª edición, Bs. As., Astrea, 1989.
- LOPERA MESA, GLORIA P., “Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales”, en *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo – Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, Lima, Editorial Palestra, n° 8, 2010.
- MACHADO PELLONI, FERNANDO M., “Enfoque de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: la relación vertical”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n° 4, mayo 2012
- MAHIQUES, CARLOS, *La noción jurídica de tortura*, Bs. As., Educa, 2003.
- MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Bs. As., Hammurabi, 1989.
- MARCHIORI, HILDA, *Determinación Judicial de la pena. Art. 41 del Código Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba. 1995.
- MARTÍNEZ DE ZAMORA, ANTONIO, *La Reincidencia*, Murcia, 1971.
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO y CARRERA, DANIEL, *El mundo jurídico multidimensional*, Advocatus, 2ª edición, Córdoba, 1998.
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *La enseñanza del Derecho*, Advocatus, 2ª edición, Córdoba, 1998.
- MARTÍNEZ, LAURA H. “Víctimas de internaciones psiquiátricas injustificadas o prolongadas”, en Marchiori, Hilda et al , *Victimología. Centro de Asistencia a la Víctima del Delito*, Córdoba, Asociación Argentina de Victimología. Gobierno de la Prov. de Córdoba, 1997.
- MENIN, OVIDE y TEMPORETTI, FÉLIX, *Reflexiones acerca de la escritura científica. Investigaciones, proyectos, tesis, tesinas y monografías*. Rosario, Homo Sapiens ediciones, 2005.

- MENIN, OVIDE, *Pedagogía y universidad. Currículum, didáctica y evaluación*, Rosario, Homo Sapiens ediciones, 2004.
- MENIN, OVIDE, *Psicología de la educación del adulto*, Rosario, Homo Sapiens ediciones, 2003.
- MERCURIO, EZEQUIEL N. y SCHWEIZER, VIVIANA A. “Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del art. 34, inc. 1º del Código penal Argentino”, Alejandro Alagia, Javier de Luca y Alejandro Slokar (dirs.) *Derecho Penal. Delito, culpabilidad y locura*, año II, n° 5, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.
- MESSUTI ANA, *El tiempo como pena*, Bs. As, Ediar, 2008.
- MESSUTI, ANA, “Reflexiones sobre el pensamiento penal”, en *Revista Brasileira de Cs Criminais*, año 8, N° 31, p. 11, 2000.
- MIQUELARENA MERITELLO, ALEJANDRO, “La cárcel y sus orígenes”, en *Revista Pensamiento Penal*.
- MORETTI, ALEJANDRA M. y DOMENECH, ERNESTO E., “Imputabilidad disminuida”, Investigación, Cátedra Derecho Penal I, Titular Prof. Guillermo Ouviaña, UNLP, 1988.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- NICO, CARLOS S., “Los Límites de la Responsabilidad Penal”, Bs. As., Astrea, 1980.
- NIÑO, LUIS F. y MARTÍNEZ, STELLA M., *Delitos contra la libertad. Comentario de Rafecas Daniel E.*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1988.
- POZO, J., *Aprendices y Maestros. La nueva cultura del Aprendizaje*, Madrid, Alianza, 1998.
- RAFECAS, DANIEL E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2010.
- REINALDI, VÍCTOR F., *El delito de tortura*, Bs. As., De Palma 1986.
- RIGHI, E., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- RIQUERT, MARCELO A. “Reformas al código penal (desde el año 2000)”, [en línea] <http://catedrariquert.blogspot.com.ar/>
- RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión carcelaria*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2009.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 10/2007, [en línea] www.indret.com
- ROBLES PLANAS, RICARDO, “¿Delitos de personas jurídicas?”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2006. <http://www.indret.com>
- ROXIN, CLAUS *et al.*, *Determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General, t. I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 2ª ed. corregida, Madrid, Thomson Civitas, 1997.
- RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.
- SÁEZ CAPEL, JOSÉ, “Estudio preliminar”, en Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas* [1794], Bs. As., Editorial Proa XXI, 2004.

- SÁEZ RODRÍGUEZ, C., “Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español”, en *Indret (Revista para el análisis del Derecho)*, 4/2013.
- SAFFERLING, CRISTOPH, *Internationales Strafrecht*, Springer, Heidelberg, 2011.
- SALINAS, PABLO G., *La aplicación de la tortura en la República Argentina*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2010.
- SALT, M., “El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial? Certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, n° 12, Lexis-Nexis, agosto del 2005.
- SAMAJA, JUAN, *Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Bs. As., Eudeba, 1993.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en *Revista penal*, n° 17, 2006.
- SANJURJO, LILIANA y VERA, M. TERESITA, *Aprendizaje significativo y enseñanza en los niveles medio y superior*, Rosario, Homo Sapiens Ediciones, 2003.
- SATZGER, HELMUT, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- SCHÜMENAN, BREND, “La Punibilidad de las Personas Jurídicas desde la Perspectiva Europea”, en Edgardo Donna, *Colección de Autores de Derecho Penal*, Santa Fe, RubinzalCulzoni Editores, 2009.
- SCHUSTER, FÉLIX G., *El Método en Ciencias Sociales*, Bs. As., Editores de América Latina 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., “¿Es la custodia de seguridad una medida de seguridad?”, en *Indret Penal*, n° 2, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., “La Teoría de la Determinación de la Pena como Sistema(Dogmático): un primer esbozo”, Barcelona, abril de 2007, [en línea] <http://www.indret.com>
- SILVESTRONI, MARIANO H., *Teoría Constitucional del Delito*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2004.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., TEA, 1992.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino, Tomo II*, actualizado por Fierro Guillermo J., Bs. As., 1999.
- SPINELLIS, DIONYSIO, “The ne bis in idem principle in ‘global’ instruments”, en *International Review of Penal Law (73-3/4)*, Érés, Ramonsville Saint Agné, 2002.
- SPOLANSKY, NORBERTO E., “Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad”, tomo II, en LL 1978-C, 762.
- TELLO, PABLO L., “Determinación judicial de la pena: ¿Es posible apartarse de los mínimos penales?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, 2014.
- TORP, LINDA y SAGE, SARA, *El aprendizaje basado en problemas*, Bs. As., Amorrortu, 1999.
- VANINI, FABIANA; DEL CERO, MAURICIO y SAULNIER, AGUSTÍN, “Imputabilidad disminuida”, [en línea] <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,107,0,0,1,0>
- VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E., “Sobre la necesidad de un enfoque integrado de la materia penal sustantiva y realizativa”, en García Vitor,

- Enrique *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente. 1º Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- VITALE, G., “Culpabilidad como límite a la pena”, en *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Defensoría General de la Nación, 2009.
- WASSERMAN, SELMA. *El estudio de casos como método de enseñanza*, Bs. As., Amorrortu Editores, febrero 1999.
- WITKER, V. JORGE. *Antología de estudio sobre enseñanza del derecho: Enseñanza el Derecho y material didáctico*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª edición, 1995.
- WITKER, V. JORGE. *Metodología de la enseñanza del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987.
- ZAFFARONI E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.
- ZAFFARONI E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2005.
- ZAFFARONI E. RAÚL, “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, en *La ley*, 10/01/10.
- ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *La Palabra de los muertos*, Bs. As., Ediar, 2011.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, “El marco constitucional iushumanista del Derecho Penal”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, n° 9, Ad-Hoc, 1999.
- ZIFFER, PATRICIA, *Líneamientos de la determinación de la pena*, 1ª edición, Bs As, Ad Hoc, 1996.
- ZIFFER, PATRICIA, “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, en *Contribuciones: publicación trimestral del Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano*, volume 13, 1996.
- ZIFFER, PATRICIA “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y robo con armas”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año II, n° J, Bs. As., Ad-Hoc, 1996.

