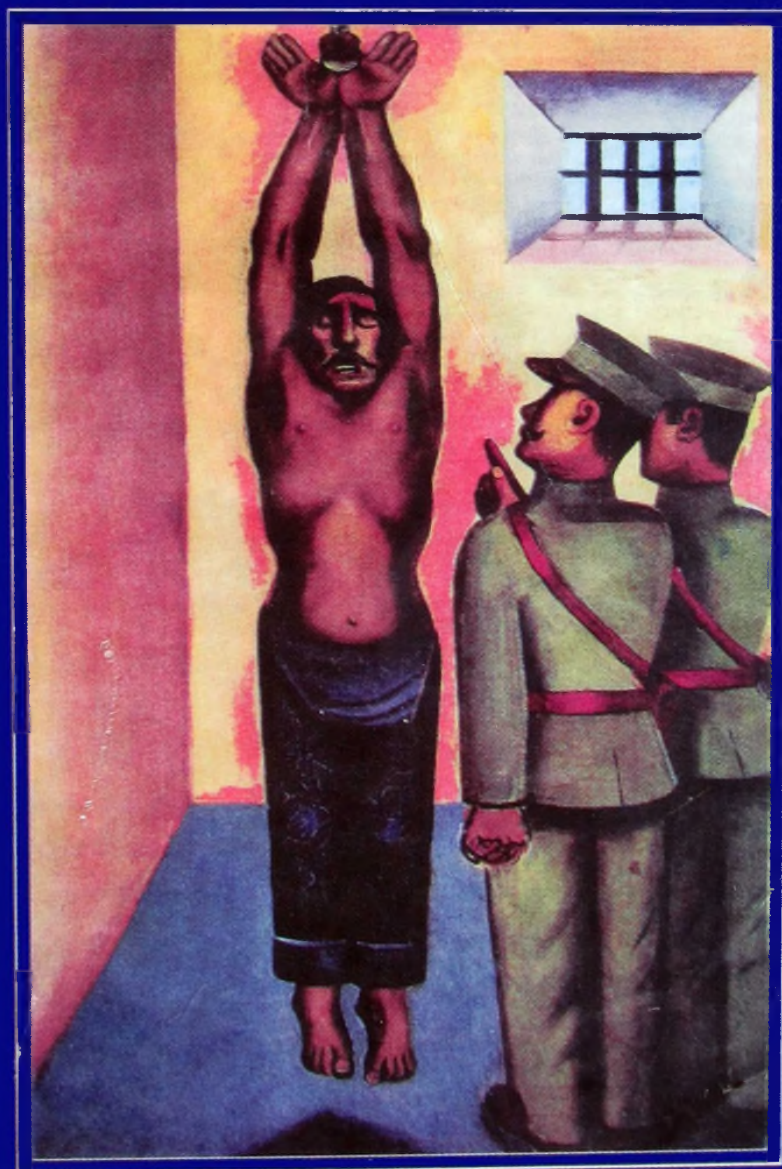


EUGENIO RAUL ZAFFARONI
ALEJANDRO ALAGIA ALEJANDRO SLOKAR

MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL



EDIAR

Eugenio Raúl Zaffaroni
Alejandro Alagia Alejandro Slokar

**Manual de
Derecho Penal
Parte General**

Manual de Derecho Penal

Parte General

SEGUNDA EDICION

PRIMERA REIMPRESIÓN
Actualizado a diciembre 2006

Eugenio Raúl Zaffaroni

Profesor Titular y Director del Departamento de Derecho Penal y
Criminología de la Universidad de Buenos Aires

Dr. h.c. mult.

Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

Alejandro Alagia

Alejandro Slokar

Profesores Adjuntos de la Universidad de Buenos Aires



SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

Zaffaroni, Eugenio Raúl

Manual de Derecho Penal / Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar
y Alejandro Alagia. - 2ª ed. - 1ª reimp. - Buenos Aires: Ediar, 2007.
v. 1, 776 p.; 24x17 cm.

ISBN: 978-950-574-195-3

1. Derecho Penal. I. Slokar, Alejandro. II. Alagia, Alejandro. III. Título
CDD 345

Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera,
Tucumán 927, 6º piso (C1049AA5), Buenos Aires, Argentina.

Hecho el depósito de ley 11.723. Derechos reservados.

Prohibida su reproducción total o parcial.

Impreso en Argentina.

Printed in Argentina.

*A los Señores Profesores Doctores
D. Manuel de Rivacoba y Rivacoba y
D. Antonio Beristain Ipiña S. I.*

PREFACIO A LA PRIMERA EDICION

Las sucesivas ediciones y reimpresiones del *Manual de Derecho Penal* no podían superar los límites impuestos por su estructura original de 1977, que respondía al momento de discusión teórica de su tiempo, cuya superación hacía indispensable un nuevo instrumento de enseñanza de la disciplina. Acorde con los lineamientos teóricos expuestos en el año 2000, presentamos un nuevo manual de la materia dirigido fundamentalmente a los estudiantes. No se trata de una nueva edición y ni siquiera de una versión renovada, sino de una obra completamente nueva, pues entendemos que así lo requiere la complicada discusión contemporánea. Es continuación del *Manual* de los setenta en el sentido de que permanece y profundiza la línea del derecho penal liberal o de garantías en la que el anterior se enrolaba.

Es de estricta justicia consignar nuestro agradecimiento a los Dres. Pablo Vega y Martín Magram, por la tarea de corrección y cuidado de los originales y pruebas de esta edición, que no se ha limitado al plano meramente formal, sino que también nos formularon observaciones que sin duda contribuyen a que esta obra sea menos imperfecta.

E.R.Z.

A. A. - A. S.

Buenos Aires, febrero de 2005

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICION

En esta nueva edición nos hemos limitado a algunas correcciones y aclaraciones, sin variar la anterior en forma sustancial, dado el escaso tiempo transcurrido.

E.R.Z.

A. A. - A. S.

Buenos Aires, abril de 2006

Indice

PRIMERA PARTE

TEORIA DEL DERECHO PENAL

Sección primera: *Horizonte y sistema del derecho penal*

CAPÍTULO 1: Poder punitivo y derecho penal

§ 1. El derecho penal y el imaginario social	3
§ 2. El poder punitivo y el resto de la coerción jurídica	5
§ 3. El poder punitivo y el sistema penal	9
§ 4. La “guerra” a los delincuentes y a la comunidad	17
§ 5. Vigilancia, estado de derecho y poder de los juristas	20
§ 6. Aproximación a la noción del derecho penal	23

CAPÍTULO 2: La pena como delimitación del derecho penal

§ 7. Leyes penales manifiestas, eventuales y latentes	29
§ 8. El discurso penal tradicional y la pena	33
§ 9. Teorías positivas de la pena	37
§ 10. La prevención general negativa	39
§ 11. La prevención general positiva	42

§ 12. La prevención especial positiva.....	46
§ 13. La prevención especial negativa.....	48
§ 14. Derecho penal de autor y de acto.....	49
§ 15. Las penas por no delitos.....	51
§ 16. Hacia un concepto negativo y agnóstico de la pena.....	54
§ 17. La pena como fenómeno político y no jurídico.....	58
§ 18. Las agencias jurídicas, la pena y el estado de derecho.....	62

CAPÍTULO 3: Método, caracteres y fuentes del derecho penal

§ 19. Método y dogmática jurídico-penal.....	69
§ 20. Necesidad de construir un sistema.....	72
§ 21. La construcción teleológica del sistema del derecho penal acotante o limitador.....	76
§ 22. Caracteres del derecho penal: carácter público y su pretendida fragmentación sancionadora.....	79
§ 23. Breve <i>excursus</i> sobre el destinatario de las normas.....	84
§ 24. La cuestión de las fuentes.....	86
§ 25. Las fuentes de conocimiento del derecho penal.....	88
§ 26. Las fuentes de información del derecho penal.....	91

CAPÍTULO 4: Límites a la construcción impuestos por su función política

§ 27. La naturaleza de los principios limitadores a que debe someterse la construcción.....	95
§ 28. Principios que derivan de la exigencia de legalidad: (a) legalidad formal.....	98
§ 29. (b) irretroactividad.....	103

§ 30. (c) máxima taxatividad legal e interpretativa	106
§ 31. (d) respeto histórico al ámbito de lo prohibido	108
§ 32. Principios contra groseras disfuncionalidades con los derechos humanos: (a) lesividad	109
§ 33. (b) humanidad	112
§ 34. (c) trascendencia mínima	113
§ 35. (d) prohibición de doble punición	114
§ 36. (e) buena fe y <i>pro homine</i>	115
§ 37. Límites derivados del principio republicano de gobierno: a) acotamiento material	117
§ 38. (b) superioridad ética del estado	119
§ 39. (c) saneamiento genealógico	119
§ 40. (d) culpabilidad	120

CAPÍTULO 5: Interdisciplinariedad del derecho penal con otros saberes

§ 41. Características de la interdisciplinariedad	123
§ 42. Interdisciplinariedad con saberes secantes no jurídicos: (a) con la política	125
§ 43. (b) con la criminología	126
§ 44. Interdisciplinariedad con saberes secantes jurídicos: (a) con el derecho procesal	131
§ 45. (b) con el derecho de ejecución penal	133
§ 46. (c) con el derecho contravencional	137
§ 47. (d) con el derecho penal militar	140
§ 48. (e) con el derecho penal de niños y adolescentes	142
§ 49. Interdisciplinariedad con saberes jurídicos tangentes: a) con el derecho constitucional	144

§ 50. b) con el derecho internacional público	147
§ 51. c) con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	152
§ 52. d) con el derecho internacional humanitario	154
§ 53. e) con el derecho internacional privado	156
§ 54. f) con el derecho administrativo	159

CAPÍTULO 6: Dinámica histórica de la legislación penal

§ 55. La confiscación del conflicto y el mercantilismo	165
§ 56. De la revolución industrial (siglo XVIII) a la revolución tecnológica (siglo XXI)	169
§ 57. Las dudosas tendencias de la codificación penal latinoamericana	175
§ 58. La criminalización primaria en la Argentina hasta el Código de 1886 .	177
§ 59. La criminalización primaria desde 1886 hasta el código de 1922	179
§ 60. Proyectos y reformas posteriores	183

Sección Segunda: *El pensamiento penal: pensar y no pensar en el derecho penal*

CAPÍTULO 7: Genealogía del pensamiento penal

§ 61. Derecho penal y filosofía	191
§ 62. El derecho penal no siempre piensa: bartolismo, emergencias y derecho penal pensante	197
§ 63. La fundación del discurso de emergencia que responde groserías: el <i>Malleus maleficarum</i>	202
§ 64. La fundación de la estructura discursiva crítica del poder punitivo: la <i>Cautio criminalis</i>	206
§ 65. El surgimiento de la policía, la prisión y el contractualismo	209
§ 66. El contractualismo penal del despotismo ilustrado alemán: Kant	213

§ 67. El contractualismo penal liberal en Alemania: Feuerbach	215
§ 68. El contractualismo penal socialista: Marat	216
§ 69. El contractualismo penal anarquista: Godwin y Stirner	217
§ 70. Los penalistas del contractualismo	218

CAPÍTULO 8: La decadencia del pensamiento

§ 71. Los pasos en el proceso de caída del impulso pensante	225
§ 72. El hegelianismo penal	227
§ 73. Las respuestas al hegelianismo	231
§ 74. El pensamiento penal en su límite más bajo: la racionalización del control policial racista	237
§ 75. Versiones positivistas con tendencia al pensamiento	246
§ 76. La crisis del positivismo	249

CAPÍTULO 9: El impulso pensante y sus obstáculos

§ 77. Modernidad, crítica a la modernidad y estado de derecho	251
§ 78. Estados de policía antimodernos	254
§ 79. Estados de policía revolucionarios	258
§ 80. Estados de derecho amenazados por ficciones de modernidad consumada: a) el neokantismo	261
§ 81. b) el ontologismo	264
§ 82. c) el funcionalismo sistémico	266
§ 83. d) La ficción de modernidad acabada en la ideología de la seguridad total	271
§ 84. La crítica a la modernidad y el olvido del ser	273
§ 85. Las críticas optimistas y prudentes	275

§ 86. El pensamiento posmoderno: ni ser ni deber ser	277
§ 87. Síntesis: el ser que no debe ser	279

SEGUNDA PARTE

TEORIA DEL DELITO

CAPÍTULO 10: Estructura de la teoría del delito

§ 88. Las funciones de las teorías del delito	287
§ 89. Necesidad de un sistema	289
§ 90. Estructuración básica del concepto: lineamientos	292
§ 91. Evolución de la teoría del delito	296
§ 92. Presupuestos constructivos para una sistemática funcional reductora (o funcional conflictivista)	305

CAPÍTULO 11: La acción como carácter genérico del delito

§ 93. La función política y vinculante del concepto jurídico-penal de acción	311
§ 94. La acción es un concepto jurídico	313
§ 95. La finalidad como elemento reductor	315
§ 96. La idoneidad vinculante de la acción reductora	316
§ 97. El problema del resultado y de las circunstancias	318
§ 98. La función política de reducción selectiva	321
§ 99. La ausencia de acción por involuntabilidad	323
§ 100. La fuerza física irresistible	326
§ 101. La incapacidad de acción de las personas jurídicas	327
§ 102. Importancia y consecuencias sistemáticas de la ausencia de acto ..	329

EXCURSUS: Los diferentes conceptos de acción

§ 103. Panorama	330
§ 104. El concepto hegeliano de acción	331
§ 105. La teoría naturalista de von Liszt	332
§ 106. El neokantismo causalista	332
§ 107. La teoría finalista de la acción	333
§ 108. Los conceptos sociales de acción	334
§ 109. La identificación con la acción típica	335
§ 110. El concepto negativo de acción	335
§ 111. El concepto funcionalista de acción	336
§ 112. El concepto personal de acción	337

CAPÍTULO 12: El tipo y la tipicidad en general

§ 113. El tipo penal como dialéctica	339
§ 114. Aproximación al concepto de tipo	340
§ 115. Tipo, pragma, tipicidad y juicio de tipicidad	341
§ 116. El tipo siempre exige un juicio de valor: sus elementos interpretables y remisiones valorativas	342
§ 117. Otros usos de la voz tipo en el derecho penal	345
§ 118. Los tipos de acto como antítesis de los tipos de enemistad al derecho (o de autor)	346
§ 119. La tensión entre la tipicidad legal y la judicial	348
§ 120. Estructuras típicas fundamentales: tipos dolosos y culposos, activos y omisivos	349

EXCURSUS: La evolución histórica del concepto de tipo penal

§ 121. Las principales cuestiones discutidas	350
§ 122. Su carácter objetivo o complejo	351
§ 123. Las relaciones con la antijuridicidad	352
§ 124. Relaciones con la culpabilidad	354

CAPÍTULO 13: El tipo doloso activo: función sistemática del aspecto objetivo

§ 125. La duplicidad de funciones del tipo objetivo (sistemática y conglobante)	355
§ 126. Exteriorización de la voluntad y mutación física	359
§ 127. El nexo de causación	361
§ 128. Elementos particulares de algunos tipos objetivos sistemáticos	364

CAPÍTULO 14: Tipo doloso activo: función conglobante del aspecto objetivo

§ 129. El tipo conglobante como límite a la irracionalidad	369
§ 130. La lesión al bien jurídico	370
§ 131. El concepto de bien jurídico	371
§ 132. Falsas ofensas a bienes jurídicos	374
§ 133. La afectación insignificante del bien jurídico	376
§ 134. Cumplimiento de un deber jurídico	378
§ 135. Aquiescencia: acuerdo y consentimiento del titular del bien jurídico	381
§ 136. Acciones fomentadas por el derecho	384
§ 137. Historia de la pregunta por la imputación como pertenencia al agente	387

§ 138. Las respuestas actuales a la pregunta por la imputación objetiva ...	390
§ 139. La dominabilidad como criterio de imputación	396
§ 140. Exigencia de aporte no banal del partícipe secundario	400

CAPÍTULO 15: Tipo doloso activo : aspecto subjetivo

§ 141. El dolo como núcleo reductor subjetivo de la tipicidad	403
§ 142. Aspecto cognoscitivo (intelectual) del dolo	404
§ 143. Aspecto volitivo o conativo del dolo	405
§ 144. Las críticas al dolo eventual	407
§ 145. El dolo no puede presumirse	408
§ 146. El dolo (tipo subjetivo) no abarca la comprensión de la antijuridicidad (culpabilidad)	409
§ 147. Dolo <i>de impetu</i> y momento del dolo	410
§ 148. Error de tipo y de prohibición	411
§ 149. El error de tipo como cara negativa del dolo	413
§ 150. Los elementos del tipo objetivo sobre los que puede recaer el error	415
§ 151. El error sobre los elementos conceptuales jurídicos del tipo objetivo	416
§ 152. Problemas de disparidad entre el plan y el resultado	418
§ 153. Errores sobre agravantes y atenuantes	421
§ 154. Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo	423

CAPÍTULO 16: Tipo activo culposo

§ 155. La estructura fundamental del tipo culposo	427
§ 156. Tipo objetivo sistemático	430
§ 157. Tipicidad conglobante: culpa no temeraria y previsibilidad	431

§ 158. ¿La violación del deber de cuidado se determina conforme a la capacidad <i>standard</i> o a la individual?	433
§ 159. Tipicidad conglobante: principio de confianza y nexo de determinación	436
§ 160. Tipicidad conglobante: insignificancia, fomento, cumplimiento de un deber jurídico, consentimiento	438
§ 161. Tipo subjetivo en la culpa consciente y temeraria	440
§ 162. Figuras complejas y exclusión de la responsabilidad objetiva (<i>versari in re illicita</i>)	441

CAPÍTULO 17: Tipos omisivos

§ 163. La omisión típica	443
§ 164. Inexistencia de la omisión pretípica	444
§ 165. El tipo objetivo sistemático	445
§ 166. Clasificación de los tipos omisivos	447
§ 167. La inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos	448
§ 168. La posición de garante	449
§ 169. La innecesariedad de la construcción analógica	451
§ 170. El tipo objetivo conglobante	454
§ 171. El tipo subjetivo	455
§ 172. Las omisiones culposas	458

CAPÍTULO 18: Antijuridicidad

§ 173. Antijuridicidad, antinormatividad y ejercicio de derechos	459
§ 174. Antijuridicidad y unidad del orden jurídico	463
§ 175. Antijuridicidad material y formal	464

§ 176. Antijuridicidad objetiva e injusto personal	467
§ 177. La justificación no exige elementos subjetivos	469
§ 178. ¿Los elementos subjetivos de la justificación deben usarse <i>in bonam partem</i> ?	472

CAPÍTULO 19: Causas de justificación

§ 179. El debate ideológico de la legítima defensa	475
§ 180. La racionalidad de la defensa legítima	477
§ 181. Casos de dudosa necesidad racional	479
§ 182. Objetos legítimamente defendibles	480
§ 183. La agresión ilegítima	481
§ 184. Límites de la acción defensiva	485
§ 185. La provocación suficiente	488
§ 186. Defensa de terceros	491
§ 187. La defensa del estado	492
§ 188. Presunciones <i>juris tantum</i> de legítima defensa	493
§ 189. El estado de necesidad justificante y el exculpante	494
§ 190. Condiciones y límites de la necesidad justificante	496
§ 191. La actuación oficial y la corrección como pretendidos ejercicios de derechos	499
§ 192. Legítima defensa y estado de necesidad contra actuación oficial ilícita	500
§ 193. Legítimo ejercicio de derechos	501
§ 194. Concurrencia de causas de justificación	503
§ 195. El menor contenido injusto en el art. 35 CP	504

CAPÍTULO 20: Concepto, ubicación y elementos positivos de la culpabilidad

§ 196. Necesidad de la culpabilidad como reproche personal del injusto basado en la autodeterminación	507
§ 197. Insuficiencia de ese reproche para indicar criterios de contención del poder punitivo	509
§ 198. La culpabilidad penal como síntesis de la culpabilidad por el acto y por la vulnerabilidad	514

Excursus: Las diferentes posiciones doctrinarias

§ 199. Del fundamento ético a la razón de estado	520
§ 200. Espacio de autodeterminación y culpabilidad de acto	531
§ 201. Cuadro de las causas de exculpación o de inculpabilidad	533
§ 202. Posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad	534

CAPÍTULO 21: La inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica

§ 203. Concepto, ubicación y delimitación de la inimputabilidad	539
§ 204. Enunciación de los conceptos históricos de la imputabilidad	542
§ 205. Concepto funcionalista de imputabilidad	543
§ 206. El concepto político de imputabilidad	546
§ 207. La incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad en el derecho vigente	551
§ 208. La insuficiencia y la alteración morbosa de las facultades	554
§ 209. Algunos casos particulares	557
§ 210. El momento de la inimputabilidad: el llamado trastorno mental transitorio	560
§ 211. Las dependencias tóxicas	561

§ 212. El momento de la inimputabilidad: la teoría de las <i>actiones liberae in causa</i>	563
§ 213. Imputabilidad disminuida	566

CAPÍTULO 22: La inexigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente de error (errores exculpantes)

§ 214. Fundamento de los errores exculpantes	567
§ 215. Delimitación con el error de tipo	568
§ 216. Vencibilidad e invencibilidad de errores exculpantes	569
§ 217. El error exculpanente vencible para la teoría del dolo y para la teoría de la culpabilidad	572
§ 218. El error exculpanente vencible en el código penal	574
§ 219. Cuadro general de los errores exculpantes	575
§ 220. Errores directos e indirectos de prohibición	576
§ 221. Error directo por desconocimiento de la prohibición	578
§ 222. Errores directos de prohibición sobre el alcance de la norma	579
§ 223. Errores directos de comprensión y conciencia disidente	580
§ 224. Error indirecto de prohibición	582
§ 225. Errores exculpantes especiales	582

CAPÍTULO 23: La inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación

§ 226. Las exculpantes distintas del error	585
§ 227. Necesidad exculpanente y coacción	586
§ 228. Fundamento de la necesidad exculpanente	587
§ 229. Requisitos del estado de necesidad exculpanente	588
§ 230. La falsa suposición de la situación de necesidad	591

§ 231. Los casos del llamado error de culpabilidad	592
§ 232. El error que perjudica: el desconocimiento de la necesidad exculpante	593
§ 233. La necesidad exculpante en los delitos culposos	595
§ 234. La obediencia debida: su disolución dogmática	596
§ 235. La reducción de la autodeterminación por incapacidad psíquica (segunda forma de inimputabilidad)	599
§ 236. Las conductas impulsivas	600
§ 237. La tóxicodependencia	601

CAPÍTULO 24: El concurso de personas en el delito

§ 238. Reconocimiento legal de las diferentes formas de intervención	605
§ 239. Las figuras como parámetro de la pena	607
§ 240. Delimitación conceptual entre autoría y participación: el <i>dominio del hecho</i>	608
§ 241. Autoría directa y mediata	611
§ 242. La coautoría	616
§ 243. Autoría dolosa y culposa	617
§ 244. Tipo de autoría de determinación	618
§ 245. El cómplice primario	621
§ 246. Resumen provisorio de la concurrencia de personas en el delito	622
§ 247. Concepto y naturaleza de la participación	624
§ 248. Delimitación del concepto	626
§ 249. Estructura de la participación	627
§ 250. El agente provocador	630

§ 251. Comunicabilidad de las circunstancias	631
§ 252. Instigación	633
§ 253. Complicidad secundaria	634

CAPÍTULO 25: Las etapas del delito

§ 254. Límites a la anticipación de la punibilidad	637
§ 255. Fundamento de la punición de la tentativa	639
§ 256. La dialéctica en el <i>iter criminis</i> : la tentativa es la negación de la consumación	642
§ 257. La consumación como límite de la tentativa	645
§ 258. La tipicidad objetiva: el comienzo de ejecución	646
§ 259. La tipicidad subjetiva de la tentativa	650
§ 260. Los límites de la tentativa en delitos calificados, en los de <i>pura actividad</i> , en los habituales y en la autoría mediata	651
§ 261. Culpabilidad y tentativa	653
§ 262. Tentativas aparentes y delito imposible	654
§ 263. La naturaleza y condiciones del desistimiento voluntario	659
§ 264. El desistimiento y la concurrencia de personas	664
§ 265. Tentativa en la estructura típica omisiva	666

CAPÍTULO 26: Unidad y pluralidad de delitos

§ 266. Consideración legal y unidad de acción	669
§ 267. Determinación de la unidad de conducta	671
§ 268. Los concursos ideal y real	677

TERCERA PARTE

TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD PUNITIVA

CAPÍTULO 27: Obstáculos a la respuesta punitiva

§ 269. La responsabilidad punitiva	683
§ 270. Obstáculos penales en particular	684
§ 271. El indulto, la conmutación y el perdón del ofendido	688
§ 272. Obstáculos a la perseguibilidad	690
§ 273. Prescripción de la acción y duración del proceso	691
§ 274. Prescripción de la acción penal en el código penal	693
§ 275. La interrupción de la prescripción por actos procesales	694

CAPÍTULO 28: Manifestaciones formales del poder punitivo

§ 276. Las penas lícitas e ilícitas en la ley argentina	697
§ 277. Manifestaciones privativas de libertad ambulatoria	704
§ 278. Las pretendidas penas fijas	712
§ 279. La pena de relegación	714
§ 280. Beneficios	715
§ 281. Libertad condicional	719
§ 282. Condenación condicional	723
§ 283. Manifestaciones privativas de otros derechos	728
§ 284. Inhabilitaciones	731
§ 285. Decomiso, otras penas accesorias y reparación del daño	738

CAPÍTULO 29: El marco legal de la respuesta punitiva

§ 286. La normativa vigente para la cuantificación de la pena	741

§ 287. Límites penales, penas naturales y penas ilícitas	743
§ 288. Otros casos de mínimos problemáticos	744
§ 289. La escala penal en la tentativa	746
§ 290. Los límites penales en la complicidad	749
§ 291. El principio de unidad de la respuesta punitiva	749
§ 292. Concurso real en un único proceso	753
§ 293. La pena total en la unificación de condenas	756
§ 294. La unificación de penas	757
§ 295. Competencia para unificar penas	759

CAPÍTULO 30: La construcción de la respuesta punitiva

§ 296. Los fundamentos constructivos	761
§ 297. La base normativa para la construcción de la pena estatal	766
§ 298. La cuestión de la reincidencia	773
§ 299. La víctima	775
§ 300. Consecuencias procesales del dinamismo de la responsabilidad	776
Índice alfabético de voces	777

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJM	Código de Justicia Militar
CN	Constitución Nacional
CP	Código Penal
CPPN	Código Procesal Penal de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DADH	Declaración Americana de Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
LPN	Ley Penitenciaria Nacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Setena partida.

¶ Titulo. XXXIIII.

De las reglas del derecho.

Regla. j



Dezimos que regla es de derecho, q̄ todos los judgadores deuen ayudar ala libertad, e pe- q̄ es amiga de la natura. que la aman non tan folamēte los omes, mas i aun todos los otros animales^h.

PRIMERA PARTE

TEORIA DEL DERECHO PENAL

Sección Primera:
Horizonte y sistema del derecho penal

CAPÍTULO 1

Poder punitivo y derecho penal

§ 1. El derecho penal y el imaginario social

1 Quien por vez primera se asoma al campo del derecho penal no lo hace como quien llega a otros ámbitos del derecho, de los cuales se tiene alguna idea más o menos lejana; se arriba trayendo la carga que en el imaginario social cotidiano evoca su sola mención, alimentada por los discursos de los medios masivos y por la comunicación de entretenimientos. Por lo general, cree aproximarse al mundo de los crímenes horrendos, de las peores crueldades humanas. Y la paradoja es que está en lo cierto, y a la vez también completamente equivocado.

**¿Qué imagina
quien se acerca
al derecho penal?**

2 Es verdad que se asoma a un mundo de increíble crueldad y de los peores crímenes. Es verdad que en toda sociedad se producen conflictos y a veces esos conflictos son violentos y brutales, horripilantes. El derecho penal es un saber normativo; sirve para estructurar un sistema penal operado por varias agencias o corporaciones que declaran tener por objeto la represión y prevención de esos delitos y en algunas ocasiones –no muchas por cierto– consiguen alguno de esos objetivos. Pero lo que nadie puede dejar de observar es que las agencias y corporaciones del sistema penal han cometido los peores crímenes de la humanidad y en mucho mayor número a los cometidos por los individuos que delinquieron sin el paraguas protector de los estados.

**Los crímenes
y la crueldad del
poder punitivo**

3 La inquisición europea y española, la Gestapo (policía secreta del estado nazi), la KGB soviética, las policías de todas las dictaduras del mundo –incluyendo por supuesto las de seguridad nacional latinoamericanas de los setenta–, los ejércitos degradados

**La crueldad del
sistema penal**

a policías políticas y sociales, las policías corruptas por los políticos y las asociaciones criminales, las mafias asociadas a políticos y policías, y los escuadrones de la muerte, mataron a muchas más personas que todos los homicidas individuales del mundo, y lo han hecho con mucha mayor crueldad: violaron y secuestraron en escala masiva, tomaron como botín incontables propiedades, extorsionaron, torturaron, apuntalaron políticas económicas que devaluaron sin piedad los ahorros de pueblos enteros, han amenazado y matado a testigos, fusilan a múltiples ladronzuelos sin proceso alguno, han aterrorizado a muchas poblaciones. Y casi todo se hizo por obra de las agencias del sistema penal y en buena medida al amparo del discurso del pobre derecho penal.

**La incalificable
aberración del
poder punitivo**

Es verdad que quien se asoma al derecho penal entra al mundo de la crueldad y de los crímenes más horrendos, pero éstos no son tanto los de los individuos que reflejan las agencias de comunicación masiva, sino los de los propios sistemas penales. Desde infelices mujeres quemadas vivas hasta adolescentes empalados, desde los bienes de los disidentes como botines de guerra hasta niños robados de sus cunas y sus familias, desde mujeres violadas en campos de tortura hasta fusilados por la espalda en las calles, desde la aplicación de electricidad en las vaginas hasta la quema de personas por su orientación sexual, desde desapariciones forzadas de personas hasta mutilaciones atroces, desde asesinatos de enfermos mentales hasta castración de tóxicodependientes y discapacitados, desde atentados dinamiteros terroristas hasta explotación de la prostitución ajena, desde distribución de tóxicos prohibidos hasta explotación del juego clandestino, desde venta de impunidad y zonas liberadas al crimen hasta corrupción de funcionarios judiciales, desde falsedades en instrumentos públicos hasta falsificación de documentos, desde venta de protección hasta extorsiones a cualquier actividad, todo eso hizo y en buena medida hace el sistema penal, y cuando no se lo contiene lo vuelve a hacer en toda su amplitud. **4**

**¿El derecho penal
es una ciencia
o un engendro?**

Si la historia del poder punitivo es la de los crímenes de este poder y si el aparato que lo ejerce, apenas se descuidan los controles, pasa a ser el peor de los criminales, si este poder condenó a Galileo, quemó a Servet, prohibió las autopsias y el estudio de cadáveres, apuntaló la esclavitud, sometió a las mujeres y a los niños, postuló el racismo, el sexismo, la homofobia, la xenofobia, **5**

la persecución de todos quienes soñaron y pensaron una sociedad mejor (incluyendo a Cristo y a todos los mártires), reprimió la prensa, la difusión y discusión de las ideas, defendió todos los privilegios, castigó a todos los pobres del mundo, es decir, si sin dificultad se verifica históricamente que todos los progresos de la dignidad humana se obtuvieron en lucha contra este poder, cabe preguntarse cómo es posible que alguien se dedique científicamente a cultivar una rama del derecho cuyo objeto es mostrarlo como legítimo y racionalizarlo. El derecho penal así concebido sería un engendro monstruoso, que el resto del derecho trataría de ocultar como su capítulo perverso.

- 6 Sin embargo no es así, por lo menos cuando el derecho penal asume su verdadera función, aunque justo es reconocer que no siempre lo hizo ni lo hace. Pasó más de un siglo desde que Francesco Carrara, uno de los penalistas más grandes de todos los tiempos, despreció al derecho penal que se limita a racionalizar el poder punitivo para justificarlo, llamándolo *schifosa scienza* (ciencia asquerosa). Esto es así porque el derecho penal no puede menos que reconocer esta verificación histórica y política y, por ende, su función no es legitimar el poder punitivo, sino acotarlo, contenerlo y reducirlo. Cualquiera puede imaginarse que si no existieran jueces, tribunales, fiscales, defensores y una doctrina orientadora, las restantes agencias del sistema penal no sólo cometerían los crímenes que hoy cometen, sino que volverían a cometer todos los que practicaron desde que en el siglo XII el poder punitivo se instaló en forma definitiva. La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario.

El derecho penal como ciencia y como "ciencia asquerosa"

§ 2. El poder punitivo y el resto de la coerción jurídica

- 1 Civilistas ocupados en resolver los conflictos de modo racional, constitucionalistas dados a construcciones facilitadoras del juego de controles de pesos y contrapesos del poder, comercialistas tratando de resolver conflictos y transparentar negocios, laboristas impulsando la mayor equidad del trabajador frente al capi-

El pariente loco del derecho

tal, administrativistas procurando limitar la coerción directa del estado, todos mirarían horrorizados y ocultarían en el altílo del saber jurídico a un derecho penal limitado a legitimar el poder punitivo. Sería para el resto de los científicos del derecho esa clase de pariente loco que otrora las familias adineradas ocultaban en los desvanes, por considerarlo estigmatizante. Y tendrían razón, porque desde la perspectiva general del derecho sería una vergüenza jurídica que trabajaría contra el resto.

**No hay certeza
sobre el objeto
del poder punitivo**

Esto no sería gratuito y, de cualquier modo, no lo es cierta **2** desconfianza con que el resto del derecho mira al derecho penal. Obsérvese que –contra lo que frecuentemente sostiene el penalismo– el poder punitivo no agota ni mucho menos la totalidad del poder coercitivo jurídico del estado. Y lo más curioso es que es el único poder coercitivo estatal que no encontró nunca un discurso propio y más o menos inequívoco. Si se le pregunta a un civilista para qué sirve la sanción civil o a un administrativista la naturaleza de la coerción directa, con algunas variantes darán conceptos más o menos admitidos por todos los cultores de sus saberes jurídicos; pero con los penalistas no sucederá lo mismo, sino que darán las más dispares justificaciones del poder punitivo estatal. En otras palabras: parece que los penalistas no sabemos para qué sirve el poder punitivo.

**La coerción jurídica
restitutiva y la
coerción directa
administrativa**

Existen dos usos estatales de la fuerza (coerciones jurídicas) **3** que nunca han sido puestos en duda en cuanto a la legitimidad de su función. Puede discutirse su eficacia concreta, pero no su modelo abstracto. Son: a) la coerción reparadora o restitutiva y b) la coerción directa. La primera corresponde al derecho privado y la segunda al derecho administrativo. Nadie puede dudar de que si alguien comete una lesión a un derecho ajeno, es correcto el modelo de coerción estatal que le impone el deber de restituir o de reparar. Tampoco puede dudarse que la lesión genera un conflicto y que la reparación o restitución lo resuelve en forma efectiva (un sujeto no paga el alquiler y lo desalojan; otro no cancela una deuda, lo embargan y le ejecutan bienes hasta cubrir la deuda). Tampoco puede dudarse de que si alguien o algo hace inminente un proceso lesivo o directamente lo pone en movimiento, lo correcto es que el estado ejerza un poder que interrumpa el proceso o lo impida (apuntale o demuela el balcón a punto de desmoronarse; coloque un cordón sanitario para localizar un brote infeccioso; detenga al sujeto que nos corre con un cuchillo por la calle).

Tampoco puede negarse que esta coerción evita el conflicto o al menos impide que alcance mayor nivel de gravedad.

- 4 Lo cierto es que la legitimidad de los modelos abstractos de coerción jurídica recién mencionados es poco discutible. Pero no sucede lo mismo con el modelo punitivo, porque no resuelve ningún conflicto. ¿Qué caracteriza al modelo punitivo abstracto? ¿En qué se diferencia este modelo punitivo del reparador, por ejemplo? En que en el modelo punitivo no hay dos partes como en el reparador o restitutivo. En el proceso civil hay dos partes (demandante y demandado), pero en el proceso penal no, porque en éste el estado (señor, soberano, rey, república) usurpó o confiscó el derecho de la víctima. En el proceso penal el estado dice que el lesionado es él, y la víctima, por más que demuestre que la lesión la sufre en su cuerpo, o que el robo lo sufre en su patrimonio, es ignorada. Sólo se la toma en cuenta como un dato, pero no como una persona con jerarquía de parte. Más aún, si se niega a cooperar con el estado es compelida a hacerlo (y sancionada si no lo hace). Sólo excepcionalmente la víctima dispone del derecho a mover el aparato punitivo, porque la regla es que está confiscado su derecho como lesionado, que lo usurpa completamente el estado, aun contra su voluntad expresa. Por ende, el modelo punitivo, incluso abstractamente y a diferencia del modelo reparador (civil) no es un modelo de solución de conflictos, sino sólo de suspensión de conflictos. Es un acto de poder vertical del estado que suspende (o cuelga) el conflicto. Nada hace por la víctima, por definición y esencia.

¿Qué caracteriza al modelo de coerción punitiva?

- 5 En otras palabras: si alguien me rompe la nariz y el estado se digna notarlo o tomar cuenta de mi denuncia, en el mejor de los casos, es decir, suponiendo que no surja ningún inconveniente y que los funcionarios pongan un mínimo de diligencia (lo que sucede en muy pocos casos), el sistema penal, después de un largo y complicado trámite, se limita a imponerle una pena al que me rompió la nariz, con el argumento de que debe resocializarlo, asustar a los que nunca rompieron narices para que no lo hagan o reafirmar la confianza pública en el propio estado, o todo eso junto. Pero el sistema penal en modo alguno hace caso de mis protestas si acudo ante el juez y le expreso que mi interés como víctima, es decir, como persona lesionada, es que me recompongan la nariz. Lo mismo pasa si me roban algo: incluso a veces mantienen secuestrada la cosa robada todo el tiempo que dura el proceso

La confiscación de las víctimas

porque es una prueba que el estado necesita, y me la devuelven poco menos que inutilizada. Todo ello sin contar con que a menudo la víctima es para el sistema penal el primer sospechoso (al que interrogan sobre si tiene seguro), cuando no se meten en su vida privada y la dan a publicidad sin importar el daño moral que con ello se provoca. Como la delincuencia sabe esto, busca ocasiones especiales para cometer ciertos delitos (el hurto en prostíbulos y lugares análogos). Para el sistema penal las víctimas de delitos sexuales son por lo general sospechosas de extorsión o de provocación de la situación o de denunciar por despecho, los cónyuges del muerto son los primeros sospechosos del homicidio, los dueños de locales incendiados son sospechosos de estafar al seguro, etcétera.

La suspensión de los conflictos

Este modelo punitivo ni siquiera resuelve los conflictos más graves, o sea, los homicidios. Se limita a penar, sin tener en cuenta si no es preferible que el homicida trabaje y pague a la familia de la víctima, que sufre una pérdida que le representa un descenso de su nivel de vida. El conflicto queda colgado por años hasta que se disuelve (los parientes y amigos diluyen su dolor), y lo mismo sucedería aunque se matase al homicida, pues quedaría colgado para siempre. En la violencia familiar es aún más ridículo: el agresor es privado de libertad y no puede trabajar, con lo cual las víctimas quedan sin alimentos. 6

El poder punitivo como impedimen- to a la solución de los conflictos

Pero además, el modelo punitivo, no se limita a no resolver el conflicto, sino que, por lo general impide resolverlo. Hay diversos modelos de solución de los conflictos. Si en una escuela, un alumno rompe un vidrio con una piedra, puede pensarse en expulsarlo (modelo punitivo), pero también puede pensarse en llamar al padre y exigirle que pague la reposición del vidrio (modelo reparatorio o restitutivo), en convocar al psicólogo y tratar al alumno (modelo terapéutico) o incluso en sentarse a conversar, para determinar qué comportamientos de los otros determinaron esa reacción y corregirlos (modelo conciliatorio), etc. El inconveniente del modelo punitivo es que impide la aplicación de los restantes –o al menos dificulta–, en tanto que los otros modelos pueden combinarse y aplicarse conjuntamente. El poder punitivo no sólo no es un modelo de solución de controversias (es un mero modelo de poder vertical), sino que también es una traba para la solución efectiva de los conflictos. Cuanto mayor es el número de éstos que una sociedad somete al poder punitivo, menor es su capacidad para 7

solucionarlos. El exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social.

§ 3. El poder punitivo y el sistema penal

1 La precisión previa es sobre el modelo abstracto del poder punitivo, o sea, sobre cómo funciona éste cada vez que decide funcionar (si es que lo decide, porque en la mayoría de los casos no funciona), pero no explica cuándo, cómo y por qué decide o no funcionar. Por otra parte, la función del derecho penal y la delimitación del poder punitivo respecto de otras formas de coerción jurídica estatal que hemos proporcionado, chocan con la visión que del sistema penal impera en el imaginario social. El común de las personas diría, por ejemplo, que una intervención policial para detener a quien nos corre con un cuchillo por la calle es penal, cuando en realidad es administrativa; lo penal comienza recién después que el sujeto ha sido detenido y el peligro para nosotros ha pasado. También la comunicación masiva nos hace creer que el poder punitivo evita más delitos que los que produce, lo que histórica y socialmente es falso. Para comprender todo esto –que en gran medida contraría convicciones muy arraigadas–, es indispensable alguna explicación acerca de qué es el conjunto de agencias que lo ejerce (sistema penal) y cómo operan, sin la cual no podríamos llegar a un concepto del derecho penal. Por ello, saldremos un momento del ámbito de su dominio para señalar brevemente cómo se explica el poder punitivo desde la ciencia social.

¿Qué es el poder punitivo desde la ciencia social?

2 El sistema penal es el conjunto de agencias que coinciden en la *cuestión criminal*. Algunas son exclusivamente penales (policías, servicio penitenciario, tribunales penales, órganos políticos de interior, seguridad, inteligencia, etc.), otras participan del poder punitivo pero sus funciones son más amplias como: las agencias políticas (ejecutivos, legislativos); las agencias de reproducción ideológica (universidades, facultades, academias); las cooperaciones internacionales (agencias de países acreedores que financian programas en países deudores); los organismos internacionales que organizan programas, conferencias, seminarios, etc. (ONU.

¿Qué es el sistema penal?

OEA, etc.); y, por supuesto, el gran aparato de propaganda sin el que no podría subsistir, o sea, las agencias de comunicación masiva (de prensa, radio, televisión, etc.).

"Sistema" no debe entenderse en sentido biológico

Esto es un *sistema* en el sentido de un conjunto de entes y sus relaciones tanto recíprocas como con el ambiente (con lo que queda fuera del conjunto), pero no es un *sistema* en sentido biológico (como el sistema nervioso, por ej.), o sea, que no se trata de un conjunto de órganos del mismo tejido que convergen en una función. Nada más lejano de la realidad. Cada una de estas agencias tiene sus propios intereses sectoriales: las cúpulas policiales quieren aumentar su poder y por ende su arbitrariedad e imponerse a los otros poderes y agencias; las cúpulas penitenciarias quieren orden en las prisiones, porque los motines causan escándalos y las ponen en peligro; los jueces quieren seguridad en la función, estabilidad, pocos controles, más recursos, empleados y medios técnicos; los políticos y sus agencias quieren proyectar imagen positiva en la sociedad (ante los medios) para obtener votos; los académicos de los países acreedores quieren más recursos para investigación, los de los países deudores cuentan poco porque directamente no tienen recursos; las cooperaciones quieren que sus programas tengan publicidad para exhibirla en los respectivos países y demostrar con ello la necesidad de la burocracia internacional y la preocupación de sus gobiernos ante los organismos internacionales; los organismos internacionales quieren eficacia para reclamar recursos en los países que los financian; las agencias de comunicación social masiva necesitan clientes y *rating* para captar la publicidad que las financia y proporciona renta.

Discursos para fuera y hacia adentro

Como puede observarse, cada agencia tiene sus propios intereses sectoriales y sus propios controles de calidad de sus operaciones. Por ello, tienen discursos hacia fuera, que resaltan sus fines manifiestos (oficiales) más nobles (la seguridad y la decencia para la policía, la resocialización para los penitenciarios, los derechos para los jueces, la vocación de servicio para los políticos, el saber y la verdad para los académicos, la solidaridad internacional para las agencias de los países acreedores, el gobierno supranacional para los organismos internacionales, la información de los ciudadanos para la comunicación) y discursos hacia adentro, que justifican para sus miembros la disparidad entre sus fines manifiestos (oficiales) y lo que realmente hacen (fines latentes). Gran parte del discurso interno se vuelve externo cuan-

do la justificación consiste en responsabilizar de todo lo negativo a otras agencias, con las que entran en conflicto (la policía acusa a los jueces, éstos al servicio penitenciario o a los políticos, los políticos a los jueces y a los académicos, etc.).

- 5 Como resultado de esta disparidad de intereses, cada agencia o conjunto de agencias ocupa un compartimento separado de las restantes y actúa en él de la forma que más convenga a sus intereses sectoriales, sin importarle mucho lo que sucede en los restantes compartimentos (las policías hacen estadística y detienen a cualquiera aunque luego deba ser liberado por falta total de pruebas; los políticos limitan las excarcelaciones aunque con ello se revienten las cárceles o se llenen las comisarias y se distraiga a los policías de sus funciones; las de comunicación impactan con hechos violentos o muestran formas de consumo de tóxicos, metodologías delictivas o suicidios, aunque provoquen efectos imitativos). No es extraño que este *sistema* funcione como una empresa organizada por niños traviesos, que sólo por casualidad puede fabricar los productos que formalmente declara.

**Compartimen-
talización**

- 6 El sistema penal opera ejerciendo un *poder punitivo represivo* en forma de *criminalización* primaria y secundaria. *Criminalización primaria es la formalización penal de una conducta en una ley*, o sea que es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de pena; más claramente, una conducta está criminalizada primariamente cuando está descrita en una ley como delito. Es un programa abstracto, un *deber ser*, llevado a cabo en la legislación. Históricamente, la legislación penal pasó de unos pocos crímenes en los siglos XVIII y XIX (los llamados *delitos naturales*) a un programa de amplitud formidable que no deja de aumentar por obra de la creciente e increíble irresponsabilidad de los legisladores. Este programa nunca puede ser realizado, o sea, no es siquiera imaginable que todos los que realicen alguna de las conductas que están amenazadas con pena reciban realmente un castigo (que todos los que se queden con un libro prestado sepan penados por retención indebida, quienes se lleven una percha del hotel sean penados por hurto, que todos los jueces y secretarios que firman como presentes en las audiencias a las que no asisten sean penados por falsedad ideológica, los estudiantes que fotocopian libros sean penados por lesión a la propiedad intelectual, etc.).

**Criminalización
primaria**

Criminalización secundaria

Criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre 7
personas concretas. Es el acto del poder punitivo por el que éste
recae sobre una persona como autora de un delito. Es imposible
llevar a cabo toda la criminalización primaria, no sólo porque se
pararía la sociedad sino también porque la capacidad de las agen-
cias de criminalización secundaria (policía, justicia, cárceles) es
infinitamente inferior a lo planificado por la criminalización pri-
maria. Por ello, como ninguna burocracia se suicida, sino que
siempre hace lo que es más fácil, las agencias ejecutivas (policia-
les) ejercen un poder selectivo sobre personas y criminalizan a
quienes tienen más a la mano.

Estereotipos criminales

Para ello, la sociedad ofrece estereotipos: los prejuicios (racis- 8
 tas, clasistas, xenófobos, sexistas) van configurando una fisono-
 mía del delincuente en el imaginario colectivo, que es alimentado
 por las agencias de comunicación: construyen una *cara de delin-*
cuente. Quienes son portadores de rasgos de esos estereotipos
 corren serio peligro de selección criminalizante, aunque no hagan
 nada ilícito. Llevan una suerte de uniforme de cliente del sistema
 penal, como pueden llevarlo los médicos, los enfermeros, los al-
 bañiles, los sacerdotes o los mecánicos. Así como se supone que
 cada uno que lleva esas señas externas ejerce su profesión y nos
 dirigimos a él para requerirle servicios aunque no lo conozcamos
 personalmente, del mismo modo sucede con las señas estereotí-
 picas del delincuente: esperamos que delinca, tanto nosotros como
 las agencias ejecutivas. Más aún, si no lo hace nos enojamos,
 como lo haríamos si el hombre con *clergyman* nos dijese que es
 mecánico, el de blanco que es sacerdote o el de mameluco que es
 médico (¿Por qué diablos se viste así este imbécil?).

Interacción social

Esto sucede porque todos nos manejamos con estereotipos 9
 y conforme a ellos asignamos roles y formulamos exigencias de
 acuerdo a las funciones asignadas. De otro modo no podríamos
 manejarlos, porque si en la panadería nos vendiesen códigos,
 en las farmacias clavos y en las ferreterías pan, no sabríamos
 cómo comprar nada. Y nos enojamos con el panadero que dice
 que sólo vende códigos porque no sabemos cómo seguir el dis-
 curso, nos desconcertamos (se produce una *disrupción*). Lo mis-
 mo nos sucede si quien porta el estereotipo criminal y hace que
 estemos atentos a sus menores movimientos en la parada del
 ómnibus a la madrugada, nos muestra una credencial de juez
 de instrucción.

10 Por ende, vamos por la vida exigiéndole a cada quien que se comporte como lo que parece según estereotipo y todos vamos asumiendo un poco esas exigencias del rol, porque no podemos pelearnos con todo el mundo, que expresa o tácitamente nos rechaza por disfrazados. Todos nos vamos haciendo un poco como nos ven y nos demandan los demás, es decir, no sólo tenemos una apariencia externa sino que la *internalizamos o asumimos y acabamos comportándonos conforme a ella*. Y eso también sucede con el estereotipo criminal, especialmente cuando el portador tiene caracteres de una personalidad lábil (débil) y resulta más fácilmente maleable. No es difícil lograrlo, porque todo contacto con el sistema penal es estigmatizante (si la policía se lleva detenido a alguien, el barrio murmura, queda *marcado* aunque sea liberado a las pocas horas). Esa marca es *contaminante* (infecciosa) y provoca la *prohibición de coalición* (las madres desaconsejan a las hijas salir con él y a los hijos evitar la *mala junta*), el aislamiento social y la posibilidad de coaligarse sólo con quienes comparten el estigma.

**Exigencias y
asunción de
roles según
estereotipos**

11 Por lo anterior, no es difícil que buena parte de los portadores del estereotipo criminal realmente cometan delitos que, como corresponde a su pertenencia de clase, grado de instrucción y entrenamiento, son obras toscas de la delincuencia, fáciles de descubrir (arrebatos, robos con efracción, asaltos a mano armada, estafas rudimentarias, venta minorista de tóxicos). Son los clientes habituales de las prisiones. En el imaginario colectivo éstas están llenas de homicidas y violadores, pero en la realidad, éstos son minoría, y las prisiones están repletas en un noventa por ciento de ladrones fracasados y vendedores minoristas de tóxicos prohibidos. No más del diez por ciento de la población penal está integrado por quienes protagonizan comportamientos grotescos (personas no estereotipadas que incurren en errores de conducta neuróticos: un sujeto decide convertirse en secuestrador, sin ninguna preparación; otro decide asaltar la empresa en que trabaja) o trágicos (homicidas psicópatas, emocionales, ocasionales, sexópatas y casos lindantes con la psiquiatría). El panorama carcelario se completa con alguna extrañísima excepción de individuos a los que se les haya retirado cobertura (poderoso que perdió en pugna con otros de igual nivel o que ya no le es útil al poder al que sirvió o, mejor dicho, le resulta más útil preso, para mostrar una pretendida igualdad ante la ley).

**La clientela
habitual del
sistema penal**

**Vulnerabilidad
a la
criminalización**

El poder punitivo se reparte en la sociedad como una enfermedad infecciosa que alcanza a los que son *vulnerables* (a quienes tienen defensas bajas) por (a) portación de estereotipo y comisión de hechos groseros y poco sofisticados, (b) grotescos, (c) trágicos y (d) pérdida de cobertura (aunque en ínfima minoría). El resto de la delincuencia prácticamente no se registra ni conoce. Las estadísticas indican sólo la forma en que opera el sistema penal, o sea, a quiénes detiene (estadísticas policiales) y a quiénes condena (estadísticas judiciales), pero nada tienen que ver con el número de delitos que realmente se cometen, los que sólo se pueden investigar por encuestas de victimización (muestreo que pregunta a la gente si sufrió delitos) o de autodenuncia (por ejemplo si usó tóxicos, si se practicó abortos, etc.). **12**

**La prisión como
reproductora de
roles desviados**

La pena más grave es la privación de libertad (prisión), que se aplica incluso anticipadamente, como *prisión preventiva*, es decir, para evitar que el procesado se fugue y no se lo pueda condenar, o sea, *se le hace sufrir la pena para que no la eluda si se le llega a imponer en la sentencia*. La mayoría de los presos, por ende, no son condenados, sino que están presos por las dudas. Y la prisión es una institución que deteriora, porque sumerge en condiciones de vida especialmente violentas, totalmente diferentes de las de la sociedad libre y, sobre todo, hace retroceder al preso a estadios superados de su vida, porque por elementales razones de orden interno le regula la vida como en su niñez o adolescencia, de modo que no es raro que condicione *patologías regresivas*. Además, asigna roles negativos (posiciones de liderato internas) y fija los roles desviados (se le exige asumir su papel y comportarse conforme a él durante años, no sólo por el personal sino también por el resto de los presos). Estas son características negativas no coyunturales de las prisiones (que pueden ser más o menos superpobladas y limpias), sino estructurales de la institución. Por más que se quiera no se pueden eliminar y producen estos efectos, que en conjunto y técnicamente se llaman *prisionización*. **13**

**¿Quién selecciona
para criminalizar
secundariamente?**

En definitiva, la selección criminalizante no la realizan los jueces ni las agencias jurídicas, a quienes las agencias ejecutivas les llevan los candidatos cuando ya ellas comenzaron el proceso de criminalización desde el punto de vista de la realidad (detención de la persona, conducción, secuestro de cosas). Las agencias jurídicas reciben el producto de la selección policial y sólo pueden decidir si la criminalización sigue adelante o se interrumpe, y en **14**

el primer caso la cantidad de poder punitivo que puede ejercerse sobre la persona. *Esto muestra claramente que el poder punitivo no es ejercido por las agencias jurídicas del sistema penal, sino por las policiales, y las jurídicas lo único que pueden hacer en la práctica y hasta cierto punto es contenerlo.*

- 15** Pero el poder punitivo no sólo se ejerce sobre personas seleccionadas, sino también en pocos casos. Son muy pocas las obras delictivas groseras que movilizan al sistema penal. Casi todos tenemos experiencias de victimización que no han movido para nada al sistema penal. Y esto no sólo ocurre en delitos leves, sino en delitos graves, incluso muy serios (los homicidios que siempre se aclaran son los más frecuentes, o sea, los intrafamiliares o entre conocidos; los homicidios entre desconocidos registran un bajo índice de esclarecimiento; los abortos son prácticamente impunes). Es decir que cada vez que somos victimizados tenemos muy pocas probabilidades de que esa lesión dé lugar a un ejercicio del poder punitivo. Todo ello sin contar con que la victimización por delitos de cuello blanco (*white collar crime*, expresión de la criminología norteamericana, que denota los delitos de los económicamente poderosos), salvo contadas excepciones, queda impune.

**La
criminalización
secundaria es
excepcional**

- 16** Pero no sólo es selectiva la criminalización que lleva a cabo el sistema penal, sino que éste opera de modo que la victimización también se hace selectiva y va recayendo sobre los de menores rentas. Los servicios de seguridad se deterioran y en los últimos años se privatizan, de modo que goza de mayor seguridad quien puede pagarla o vivir en barrios de más alta renta en que el servicio es mejor. La seguridad es un derecho, que importa el de exigir la prestación del servicio de seguridad, pero, por regla general, éste se reparte en relación inversa a la renta, de modo que los más expuestos a ser victimizados también son quienes están más cerca de la base de la pirámide social –que son los más *vulnerables*–, es lógico que reaccionen con mayor violencia frente a las agresiones que sufren y, por ende, que reclamen pena de muerte y mayor represión en general.

**La selección
victimizante**

- 17** La vulnerabilidad a la victimización no es sólo clasista, sino también de género, etaria, racista y, por supuesto, *prejuiciosa*. (a) Es de género, porque las mujeres son criminalizadas en menor número que los hombres, pero son victimizadas en medida igual o superior. En general, el reparto de la selección criminalizante

**Vulnerabilidad
victimizante**

las beneficia, pero el de la selección victimizante las perjudica. (b) Es *etaria* (por edades), porque si bien los hombres jóvenes son los preferidos para la criminalización, la victimización violenta se reparte entre éstos, los adolescentes, los niños y los ancianos. Los dos primeros por su mayor exposición a situaciones de riesgo; los dos últimos por su mayor indefensión física. (c) Es *racista y xenófoba*, porque los grupos migrantes latinoamericanos, en especial los inmigrantes ilegales, a cuya condición suelen sumar la de *precaristas* (ocupantes precarios de predios ajenos), cuya situación de ilegalidad les priva de acceso a la justicia, suelen ser particularmente vulnerables a la criminalización, pero también a la victimización, en especial por la incapacidad de denunciar los delitos cometidos contra ellos y la necesidad de trabajar en forma de servidumbre. (d) Es *prejuiciosa* en el más amplio sentido, porque la marginalidad y la represión a la que se somete a las prostitutas, a sus clientes, a las minorías sexuales, a los tóxico-dependientes (incluyendo a los alcohólicos), a los enfermos mentales, a los niños de la calle, a los ancianos de la calle, y el general descuido de las agencias ejecutivas respecto de la seguridad de estas personas (fenómeno que se racionaliza como *devaluación de la víctima*), aumenta enormemente su riesgo de victimización. (e) En los delitos no violentos contra la propiedad, el pequeño ahorrista es el que lleva la peor parte en cuanto al riesgo victimizante, pues carece de los recursos técnicos y jurídicos de que disponen los operadores de capitales de mayor entidad.

Selección policizante

Pero como si todo lo anterior fuera poco, también la selección **18** con que se recluta a la policía es tremendamente injusta. El personal de menor jerarquía es reclutado entre los sectores de menores recursos. Se lo somete a un entrenamiento breve; a actividades legitimadas con falso discurso, a riesgos continuos para los que no suelen estar preparados, a una férrea dictadura institucional que los deja a merced de la arbitrariedad de las cúpulas, y a salarios muy bajos, sin condiciones de protesta, reclamos, sindicalización, discusión horizontal de las condiciones laborales, etc. No en vano las policías latinoamericanas están militarizadas y tienen prohibida la sindicalización, a diferencia de las europeas. Todo esto genera una seria lesión a la autoestima y devalúa la imagen pública del servicio.

Deterioro policizante

La policía es el segmento que corre mayores riesgos de vida **19** en el sistema penal y, además, carga con un estereotipo casi tan

negativo como el propio estereotipo criminal, teñido de racismo, clasismo y demás pésimos prejuicios. Su servicio es reclamado y al mismo tiempo es rechazado y marginado en el plano personal. El policía sufre un aislamiento social como una suerte de traidor de clase, y esto no sólo sucede con el policía afro del *ghetto* neoyorkino, sino también en nuestras calles. Sus enfermedades profesionales no están estudiadas, los traumas de las experiencias que vivencia no son adecuadamente tratados, su sobrerrepresentación en los homicidios y violencias familiares testimonian el deterioro que sufren. Su muerte se considera un accidente normal de trabajo. Se trata de otro deterioro personal (*policización*); puede decirse que todo lo que el sistema penal toca y a todas las personas que involucra, de una o de otra manera, las deteriora. El mismo fenómeno puede provocarse en el personal penitenciario y, en otro sentido, en el propio personal judicial.

§ 4. La "guerra" a los delincuentes y a la comunidad

1 La civilización industrial padece una incuestionable cultura bélica y violenta. Aunque hoy no se lo dice en la teoría penal como otrora se hizo, buena parte de la comunicación masiva y de los operadores del sistema penal tratan de proyectar el poder punitivo como una *guerra a los delincuentes*. La comunicación suele mostrar enemigos muertos (ejecuciones sin proceso) y también soldados propios caídos (policías victimizados). En la región latinoamericana, el riesgo de muerte policial es altísimo en comparación con los Estados Unidos y mucho más con Europa (aproximadamente de 100 por 10 y por 1); sin embargo, suele exhibírselo como signo de eficacia preventiva. Por otro lado, las agencias policiales desatenden la integridad de sus operadores, pero en caso de victimización se observa un estricto ritual funerario de tipo guerrero y público.

**La visión
bélica**

2 Si se tiene en cuenta que *los criminalizados, los victimizados y los policizados (o sea, todos los que padecen las consecuencias de esta supuesta guerra) son seleccionados de los sectores subordinados de la sociedad*, cabe deducir que el ejercicio del poder punitivo aumenta y reproduce los antagonismos entre las personas de esos sectores débiles. Esto es funcional a un momento en que se polariza mundialmente la riqueza y los explotados dejan de

**La neutralización
de la exclusión**

serlo, para pasar a ser excluidos (el explotado es necesario al sistema; el excluido no, es alguien que sobra y molesta: un *descartable*). Una buena táctica de control de los excluidos es que libren una guerra entre ellos y se neutralicen y, de ser posible, se maten. El aumento de los antagonismos entre excluidos impide su coalición y la toma de conciencia racional de su situación.

**La perspectiva
bélica de la
seguridad
nacional**

En décadas pasadas se difundió otra perspectiva bélica, conocida como de *seguridad nacional*, que comparte con la visión comunicativa del poder punitivo su carácter de ideología de *guerra permanente* (enemigo disperso que da pequeños golpes). Por ello, sería una *guerra sucia*, contrapuesta a un supuesto modelo de *guerra limpia*, que estaría dado por una idealización de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), curiosamente coincidente con el culto al heroísmo guerrero de los autoritarismos de entreguerras (la camaradería de trincheras, los colosos musculosos, etc). Se razonó que, dado que el enemigo no juega limpio, el estado no estaría obligado a respetar las leyes de la guerra, argumento con el cual se entrenaron fuerzas terroristas que no siempre permanecieron aliadas a sus entrenadores. Con este argumento, se consideró una guerra lo que era delincuencia con motivación política y, pese a ello, tampoco se aplicaron los Convenios de Ginebra, sino que se montó el terrorismo de estado que victimizó a todos los sectores progresistas de algunas sociedades, aunque nada tuviesen que ver con actos de violencia. La transferencia de esta lógica perversa a la pretendida *guerra contra la delincuencia* permite deducir que no sería necesario respetar las garantías penales y procesales por razones semejantes. De este modo, *así como la guerrilla habilitaba el terrorismo de estado y el consiguiente asesinato oficial, el delito habilitaría el crimen de estado*. Por este camino, la guerrilla habilitaba al estado a ser terrorista y el delito a ser criminal: en cualquier caso la imagen ética del estado sufre una formidable degradación y, por ende, pierde toda legitimidad. **3**

**Los efectos de
la imagen bélica
de la seguridad
ciudadana**

Con los cambios en el poder mundial, la llamada *ideología de la seguridad nacional* ha sido archivada, pero fue reemplazada por un discurso público de *seguridad ciudadana* como ideología (no como problema real, que es algo por completo diferente). A esta transformación ideológica corresponde una transferencia de poder, de las agencias militares a las policiales. Aunque formulada de modo inorgánico, dado el peso de la comunicación social sobre las agencias políticas y la competitividad clientelista de las **4**

últimas, esta difusa perspectiva preideológica constituye la base de un discurso vindicativo, que se erige como una de las más graves amenazas al estado de derecho contemporáneo. La imagen bélica del poder punitivo tiene por efecto: (a) incentivar el antagonismo entre los sectores subordinados de la sociedad; (b) impedir o dificultar la coalición o el acuerdo en el interior de esos sectores; (c) aumentar la distancia y la incomunicación entre las diversas clases sociales; (d) potenciar los miedos (espacios paranoicos), las desconfianzas y los prejuicios; (e) devaluar las actitudes y discursos de respeto por la vida y la dignidad humanas; (f) dificultar las tentativas de hallar caminos alternativos de solución de conflictos; (g) desacreditar los discursos limitadores de la violencia; (h) proyectar a los críticos del abuso del poder, como aliados o emisarios de los delinquentes; e (i) habilitar la misma violencia que respecto de aquéllos.

- 5 Las sociedades se han organizado en modelos *comunitarios* y modelos *corporativos*. En los modelos comunitarios priman los vínculos horizontales (solidaridad, simpatía); es el modelo de sociedad más tradicional. En los modelos corporativos la sociedad tiende a asemejarse a un ejército y, por ende, priman los vínculos verticales (autoridad, disciplina); es el modelo industrial o moderno. De cualquier modo, en toda sociedad contemporánea conviven ambos modelos. La *imagen bélica legitimante del ejercicio del poder punitivo, por vía de la absolutización del valor seguridad*, tiene el efecto de profundizar el *debilitamiento de los vínculos sociales horizontales (solidaridad, simpatía) y el reforzamiento de los verticales (autoridad, disciplina)*. El modelo de organización social comunitaria (horizontal) pierde terreno frente al de organización corporativa (vertical). Las personas se hallan más indefensas frente al estado, en razón de la reducción de los vínculos sociales y de la desaparición progresiva de otros puntos de poder en la sociedad. La sociedad misma —entendida como conjunto de interacciones— se reduce por efecto del miedo al vecino (desconocido) y al que manda (cuyo poder va careciendo de límites) y resulta fácil presa de la única relación fuerte, que es la vertical y autoritaria. La imagen que se proyecta verticalmente tiende a ser única, porque la reducción de los vínculos horizontales impide su confrontación con vivencias ajenas. El modelo de estado que corresponde a una organización social exclusivamente corporativa es el del *estado de policía*.

**Modelos
comunitario
y corporativo
de sociedad**

§ 5. Vigilancia, estado de derecho y poder de los juristas

El poder punitivo represivo y su dimensión política

Todo lo dicho anteriormente no sería creíble si el sistema penal se limitase a ejercer sólo su poder represivo sobre criminalizados. En efecto: si el poder punitivo sólo se ejerciese sobre los criminalizados y, menos aún, sobre los prisionizados, se trataría de un número muy reducido de personas (entre una y dos cada mil) seleccionadas de los estratos más humildes o subordinados de la escala social, con adiestramiento precario y sólo capaces de obras groseras. Es decir: *si en las prisiones tenemos a un número reducido seleccionado entre los ladrones más pobres y torpes de nuestras ciudades y a los vendedores minoristas de tóxicos prohibidos, el poder de criminalizar y prisionizar a esas personas, desde el punto de vista político general, no es muy significativo.* Sería delirante que se haya montado semejante maquinaria para obtener tan pobre resultado. ¿Miles de millones de pesos y kilómetros cuadrados de papel sólo para prisionizar a ladrones bobos y vendedores al menudeo? Eso no tendría ningún sentido y el poder punitivo no contaría para el poder político del estado. Con tan reducida clientela sería menos importante que la previsión social, el sistema de salud o el de educación y, además, sería un despilfarro irracional de todos los estados del mundo.

El poder de vigilancia

Lo anterior indica que algo está faltando en el análisis y, efectivamente, a poco que se reflexione se verá que la verdadera importancia del poder punitivo no radica en el ejercicio represivo sobre la ínfima minoría de marginados que abarca, sino *en el poder de vigilancia que ejerce sobre toda la población.* Al poder político y económico no le interesa tanto que sus agencias detengan a un carterista como que le informen adecuadamente acerca de quiénes son los disidentes, quiénes pueden ponerlo en peligro y cuál es su capacidad de protesta y movilización. El poder punitivo no tiene importancia política porque se ejerce sobre unos pocos marginales encerrados, sino porque se ejerce sobre todos los que estamos sueltos en la forma de vigilancia. Su importancia política radica en que permite que el poder vigile qué espectáculos preferimos, qué libros y diarios leemos, qué enfermedades tenemos, con quiénes nos relacionamos amistosa y afectivamente, a qué conferencias concurrimos, qué decimos en nuestras clases, qué opinamos en las reuniones, cuánto gastamos mensualmente,

qué hablamos por teléfono, qué vamos a publicar en los diarios, qué información tenemos, etc. Al poder político le interesa tener la radiografía de cada uno de sus habitantes y observar a los que considera más peligrosos para sus intereses de cada momento, y eso lo hicieron siempre las agencias del sistema penal y lo siguen haciendo hoy con creciente y formidable capacidad técnica. Al poder de los sectores hegemónicos de toda sociedad le interesa tener a los excluidos neutralizados (haciéndolos matar entre ellos) y a los incluidos peligrosos bien controlados (mediante el poder de vigilancia).

- 3 Quien se pregunta en su escritorio cómo se puede concebir un estado, tarde o temprano dará con dos figuras ideales o modelos puros: el *estado de derecho* (liberal / democrático) y el *estado de policía* (totalitario / autoritario). En el *estado de derecho* ideal todos estaríamos sometidos por igual ante la ley; en el *estado de policía* ideal todos estaríamos sometidos a la voluntad de los que mandan (*policía* es aquí sinónimo de *gobierno*, o sea que la opción es entre someternos todos al derecho –incluyendo al gobierno– o someternos todos al poder arbitrario del gobierno).

**El estado de
derecho y el
estado de
policía**

- 4 El estado de policía fue el que predominó históricamente. El estado de derecho es un producto de la modernidad, que se extendió por una parte limitada del planeta, pero que no hizo desaparecer al poder ejercido conforme al modelo del estado de policía. La lucha entre el modelo del estado de derecho y el de estado de policía continúa en todo el mundo, pero no sólo frente a los autoritarismos instalados, sino también en el seno de las democracias. El estado de derecho *ideal* es justamente *ideal*, o sea, que *no hay estados de derecho perfectos en la realidad*, sino que todos los *estados reales de derecho* (por supuesto que también los latinoamericanos) lo son hasta cierto grado de perfección. Afirmar la igualdad ante la ley como real, causa cierta gracia en cualquier país del planeta, aunque sea una democracia bastante asentada, justamente porque nunca el estado de derecho histórico (real) alcanza la perfección de su modelo abstracto.

**No existen
los estados
de derecho
perfectos**

- 5 Todos los sectores hegemónicos tienden a someter al resto. Nunca los de arriba quieren que la sociedad se dinamice verticalmente. En la medida en que esta tendencia esté controlada y contrapesada, el estado de derecho existe y controla, encierra o encapsula al estado de policía, que no desaparece, sino que que-

**El estado de
policía
encapsulado por
el de derecho
y su dialéctica**

da en su interior, en constante pulsión. En cuanto el estado de derecho se debilita (fallan los controles) las pulsiones del estado de policía perforan la coraza que le coloca el estado de derecho e incluso pueden reventarla. Por eso el estado de derecho no es algo estático, instalado para siempre, sino una constante dialéctica con el estado de policía que inexorablemente lleva en su interior.

**A mayor poder
punitivo menos
estado de derecho**

Cada tipo penal (criminalización primaria) es un agujero que **6** concede a las agencias ejecutivas el poder selectivo de criminalización sobre un buen número de posibles candidatos y, cuantas más sean estas criminalizaciones, mayor será el ámbito de arbitrio criminalizante secundario de las agencias del sistema penal y, además, mayores serán los pretextos para ejercer vigilancia sobre toda la población. *Cuanto más poder punitivo autorice un estado, más alejado estará del estado de derecho, porque mayor será el poder arbitrario de selección criminalizante y de vigilancia que tendrán los que mandan.* Cuantas más leyes penales tenga a la mano quien manda, más pretextos tendrá para criminalizar a quien se le ocurra y para vigilar al resto.

**Las agencias
jurídicas no
ejercen poder
punitivo**

¿Y los juristas? ¿Cuál es el poder de las agencias jurídicas, **7** esto es, tribunales, ministerio público, abogados, académicos? ¿Ejercen el poder punitivo? La respuesta debe ser negativa: las agencias jurídicas no son las que ejercen el poder punitivo. Hemos visto que el poder punitivo tiene un aspecto *represivo* (el ejercido con la criminalización secundaria, que carece de relevancia política), y un aspecto de *vigilancia* (ejercido sobre toda la población *peligrosa* para el poder y centrado en los potenciales disidentes, que es el que tiene verdadera importancia política).

**No ejercen poder
selectivo y
tampoco de
vigilancia**

Pues bien: en el primero (el poder punitivo represivo) hemos **8** visto que la selección criminalizante la llevan a cabo las agencias ejecutivas del sistema penal y las agencias jurídicas sólo tienen poder para interrumpir un proceso de criminalización secundaria en curso o para habilitar su continuación. (La policía detiene en flagrancia a un carterista, lo lleva a la comisaría, se labran actuaciones, se comunica al magistrado actuante, toma intervención y decide tomarle declaración, luego determina si corresponde seguir el proceso o sobreseerlo; si sigue el proceso resuelve si lo prisioniza o no; igualmente, si sigue hasta la sentencia definitiva, en ésta se decide si la criminalización secundaria se concreta en una pena o si se agota con la prisión que por las dudas el agente

ha sufrido hasta el juicio; si se lo absuelve, la prisión que haya sufrido es un accidente lamentable.) *En cuanto al poder de vigilancia, es obvio que las agencias jurídicas no tienen nada que ver en su ejercicio.* En síntesis: su función sólo es dar luz verde o no al proceso de criminalización secundaria. Se trata de un eventual poder de contención, pero bien puede degradarse a un continuo poder de legitimación; todo depende de la estructura del estado y del poder judicial respectivo.

§ 6. Aproximación a la noción del derecho penal

1 Hoy prácticamente se ha impuesto en la cultura europea continental –de la que procede nuestra tradición– la expresión *derecho penal*, en tanto que *derecho criminal* predomina en la cultura anglosajona. Se trata de una mera cuestión de denominación, sin ninguna consecuencia práctica; es algo así como el cartel que tenemos en el frente de nuestra tienda, pero lo que interesa es el contenido de esa denominación, la mercadería que vendemos. Después de las anteriores precisiones, podemos intentar una primera aproximación a la noción del derecho penal. Por lo pronto, queda claro que *distinguimos nítidamente derecho penal de poder punitivo*. Por ende, rechazamos el *uso ambiguo* de la expresión *derecho penal*, con la que *suele denominarse tanto la ley penal como el saber o ciencia del derecho penal*; en tanto que la primera es un acto de poder político, el segundo es un saber jurídico, es el discurso de los penalistas (es de lo que trata este libro y todos los libros de derecho penal).

**El derecho penal
es un discurso
jurídico**

2 Teniendo en cuenta lo anterior podemos decir que el derecho penal es el discurso del saber jurídico (si se lo prefiere, un discurso científico), que como todo saber (o ciencia, si se prefiere), se ocupa de un cierto ámbito de cosas o entes del mundo. Ese ámbito son las leyes penales, que se distinguen de las restantes por habilitar la imposición de penas. Lo primero que debe hacer, por ende, es delimitar su objeto de conocimiento, es decir, definir cuáles son las leyes que constituyen su objeto (¿Qué es, de qué se ocupa y para qué lo hace?). Esta primera pregunta la responde la *teoría del derecho penal*. En segundo lugar deberá establecer en qué ca-

**Teorías del
derecho penal,
del delito
y de la pena**

sos y bajo qué presupuestos se habilita el ejercicio del poder punitivo (la imposición de penas). Esta segunda pregunta la responde la *teoría del delito*. Por último, debe ocuparse de la pena, no como concepto (cuestión que sirvió para delimitar el objeto en la teoría del derecho penal), sino como respuesta que la agencia jurídica debe proporcionar, responsabilizándose por la filtración de poder punitivo en una manifestación concreta y en cierta cantidad (¿Qué pena y hasta qué medida?). Esta tercera pregunta la responde la *teoría de la responsabilidad penal* (que no es *responsabilidad* de la persona criminalizada, sino de la agencia jurídica, que es la que puede o no *responder* con la pena).

**La definición
necesaria que no
es definición**

Una definición se obtiene sólo después de haber transitado **3** todo el terreno del saber, porque si es buena debe encerrar lo definido. Quien termine la lectura de este libro sabrá algo de lo que es el derecho penal, y si tiene la paciencia de leer otros libros, sabrá mucho más. La tradición exige que la introducción a cualquier rama del saber jurídico comience con una definición que quizá no sea tal, sino una necesidad didáctica o programa expositivo. En efecto: el lector verá que a esta altura es necesaria una formulación sintética y ordenada de lo dicho, colmando algunas lagunas explicativas. Con este propósito nos animamos a reseñar la idea de derecho penal, diciendo que *es 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*.

**Saber jurídico,
teórico y práctico**

Se trata, ante todo, de una *rama del saber jurídico o de los* **4** *juristas*. Como tal, persigue un objeto práctico: busca el conocimiento para orientar las decisiones judiciales. No tiene ningún sentido oponer teoría y práctica del derecho penal. Quien pretende desde lo práctico despreciar lo teórico, se olvida que la teoría sólo es el medio de hacer racional lo práctico; y quien hace teoría sin preocuparse de sus efectos prácticos, pierde su objetivo estratégico y en definitiva no sabe qué hace.

**Necesidad
sistemática**

En la forma republicana de gobierno, las decisiones judicia- **5** les –que también son actos de gobierno– deben ser racionales, lo que demanda que no sean contradictorias, aunque la racionalidad no se agote con esta condición (el estado no puede condenar a veinte años de prisión a una persona y condecorar a otra porque

hizo lo mismo). De allí que su objeto no se limite a ofrecer orientaciones, sino que también deba hacerlo en forma de *sistema*.

- 6 El sistema orientador de decisiones se construye en base a la *interpretación de las leyes penales*, que se distinguen de las no penales por la pena. El derecho penal requiere, pues, un concepto de pena que le permita delimitar su universo. Este concepto de pena debe tener amplitud para abarcar las penas lícitas tanto como las ilícitas, porque de otra forma el derecho penal no podría distinguir el poder punitivo lícito (constitucional) del que no lo es. Por ello, el derecho penal *interpreta las leyes penales siempre en el marco de las otras leyes que las condicionan y limitan* (constitucionales, internacionales, etc.).

**Leyes penales,
constitucionales
e internacionales**

- 7 El sistema orientador que le propone a los jueces, debe tener por objeto *contener y reducir el poder punitivo*. Como vimos, el poder punitivo no lo ejercen los jueces sino las agencias ejecutivas, en la medida del espacio que le conceden o que le arrancan a las agencias políticas (legislativas) y que el poder jurídico (judicial) no logra contener. El poder de 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.*

**Contención del
poder punitivo**

- 8 Cualquier definición es una delimitación y, por ende, un acto de poder. Su corrección no se verifica como verdadera o falsa con la descripción de lo que encierra en su horizonte, pues allí no queda más que lo previamente colocado por el poder ejercido en el mismo acto de definir. En este sentido, toda definición es tautológica. Un saber tan íntimo al poder –al punto de proponer su ejercicio para uno de los segmentos gubernativos (el judicial)– sólo puede verificar la corrección de su definición mediante la comprobación de su correspondencia con el objetivo político, para lo cual debe hacerlo explícito en ella. Excluyendo el objetivo político de la definición no se lo elimina del saber, pues es inevitable que éste lo tenga, sino que se lo da por supuesto y, de este modo, se lo mantiene oculto. *(Si decido no expresar para qué sirve el derecho penal en lo político, igualmente servirá para algo y, además, al no expresarlo, estoy ocultando para qué sirve.)*

**El derecho penal
siempre tiene
objetivo político;
si no es expreso
es oculto**

**El progreso
del estado
de derecho**

La contención y reducción del poder punitivo, planificada para 9
uso judicial por el derecho penal, *impulsa el progreso del estado de derecho*. Como hemos visto, no hay ningún estado de derecho puro, sino que éste es la camisa que contiene al estado de policía, que invariablemente sobrevive en su interior. Por ello, la función de contención y reducción del derecho penal es el componente dialéctico indispensable para su subsistencia y progreso. El estado de derecho contiene los impulsos del estado de policía que encierra, en la medida en que resuelve mejor los conflictos (provee mayor paz social). *El poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a una parte (la víctima) fuera de su modelo*. Como máximo puede aspirar a *suspenderlos*, para que el tiempo los *disuelva*, lo que dista mucho de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica) y la dinámica social, que continúa su curso, lo erosiona hasta disolverlo. Un número exagerado de formaciones pétreas puesto en el camino de la dinámica social, tiene el efecto de alterar su curso y de generar peligrosas represas. *El volumen de conflictos suspendidos por un estado, será en razón inversa, el indicador de su vocación de proveedor de paz social y, por ende, de su fortaleza como estado de derecho*.

**Conceptos actual
e histórico del
derecho penal**

Todo saber se manifiesta como un proceso en el tiempo. La 10
definición actual de su universo y sentido, siempre está históricamente precedida por otras. Sus universos (los entes o cosas de que se ocupa) cambian en función de revoluciones epistemológicas y mudanzas de paradigmas científicos. Una ciencia con su horizonte marcado para siempre, estará muerta, porque los horizontes se construyen sobre los restos de sus precedentes, en forma coralina. (Puede imaginarse lo que sería la medicina si se siguiese ocupando de la posesión diabólica o considerando sagrada la epilepsia: hasta no hace mucho consideraban la homosexualidad como una patología.) Por ello, *en todos los saberes es necesario distinguir entre su definición actual y su concepto histórico* y, en el caso del derecho penal, es indispensable establecer la diferencia entre (a) el *derecho penal histórico*, como proceso de conocimiento del saber jurídico referido al poder punitivo, con sus diferentes y sucesivos horizontes y objetivos políticos (¿Qué fue el derecho penal de la inquisición, del estado absoluto, de la Revolución Francesa, etc.?), y (b) la *definición del derecho penal actual*, como su momento contemporáneo y su propuesta de futuro inmediato. No se trata de dos conceptos opuestos, sino de *dos perspectivas de*

un mismo proceso de conocimiento: una longitudinal y otra transversal. Por ello, no es posible invalidar una definición actual, esgrimiendo como argumento que excluye de su horizonte entes que otrora fueron abarcados por otros universos conceptuales, porque eso es de la esencia del saber humano y, con mucha mayor razón, del saber jurídico, en que la teoría del garantismo responde a la idea del derecho como proceso histórico conflictivo. La *progresividad*, por su parte, también es de la esencia de cualquier saber, pues todos tienden a aumentar y acumular los conocimientos. Las *regresiones* (vuelta a etapas superadas) son accidentes negativos en su curso, de los que debe prevenirse incorporando *el análisis de su concepto histórico*. Esto es notorio en el derecho penal, porque, con más frecuencia que en otros saberes, las regresiones irrumpen como descubrimientos: suelen sostenerse proposiciones que corresponden a etapas de menor conocimiento, ignorándose la acumulación de saber posterior a ellas. (Es un saber donde con frecuencia se pretende descubrir el agua tibia; la gran novedad de la posmodernidad es el descubrimiento de las instituciones de la inquisición medieval: testigos secretos, juicios secretos, delatores premiados, espías, etc.).

CAPÍTULO 2

La pena como delimitación del derecho penal

§ 7. Leyes penales manifiestas, eventuales y latentes

1 Cada saber o ciencia define las cosas de las que se ocupa, o sea, delimita un conjunto de entes (la psicología los fenómenos psíquicos, la biología los biológicos, la sociología los sociales, etc.). Esto es lo que se llama *universo* u *horizonte de proyección*. Los entes que son abarcados en ese horizonte de proyección, que en el caso del derecho penal son leyes y el hecho político del castigo en sociedad, son interpretados por el respectivo saber (o ciencia) conforme a un *sistema de comprensión*. Pero debe aclararse que dentro de un sistema de comprensión existen luchas ideológicas por monopolizarlo con distinto signo. La comprensión que hace el idealismo filosófico y político (Kant, Hegel, Locke) no es igual, incluso a veces es lo opuesto, de la comprensión que de los mismos entes hace el materialismo histórico (Marx, Engels, la Escuela de Frankfurt), de la misma manera que no es igual la comprensión liberal del derecho penal (Feuerbach, Ferrajoli en estos días) que la que hace el fascismo del siglo XX o las doctrinas de seguridad de las derechas políticas del presente siglo.

**Horizonte de
proyección y
sistema de
comprensión**

Por supuesto que todo esto tiene también cierta clave de poder, porque tener un objeto en el horizonte de proyección del propio saber otorga cierto poder al cultor de ese saber o a la corporación que se dedica a él (el poder de interpretar el ente, la cosa de la que se ocupa), especialmente cuando el agente activo en la construcción es la misma autoridad pública. El poder que emerge de la capacidad por abarcar entes en el horizonte de proyección del saber no necesariamente tiene que indicar una relación negativa entre poder y verdad, aunque ese es el rasgo característico de una gran parte de los saberes.

El derecho penal es interpretativo

El derecho penal, como cualquier *saber*, también es *interpre-* 2
tativo, o sea, que interpreta o *comprende* los entes abarcados en su universo. Este universo del derecho penal, o sea, la materia del derecho penal (lo que éste estudia) está constituida básicamente por leyes y, fundamentalmente, leyes penales, o sea, las leyes que habilitan el ejercicio de poder punitivo. Estas leyes permiten que en ciertas circunstancias opere el modelo punitivo de decisión de conflictos señalado en el capítulo anterior, o sea, el que en el ejemplo del alumno que rompía el cristal en la escuela optaba por la expulsión y hacía imposible la aplicación y acumulación de los restantes.

Las leyes penales no siempre son expresas

Pero las leyes que habilitan poder punitivo no siempre lo di- 3
cen. Hay casos en que esto es patente, pero hay otros en que no surge con claridad, porque el discurso con que se justifica la ley es otro. Pese al desconcierto que provoca este ocultamiento de lo punitivo, en la intuición cotidiana algo se percibe. Son muchas las personas que han sentido el sometimiento a un régimen de servicio militar obligatorio de modo muy análogo a una prisión; algo parecido es experimentado por muchos de quienes debieron permanecer internados en colegios; en ocasiones, la internación de viejos da la misma impresión; no es raro que algún paciente hospitalizado sienta algo parecido. En otros casos se trata de más que de mera intuición: respecto de los niños y adolescentes, es claro que muy pocas son las diferencias entre un *instituto de menores* y una prisión para adultos, por más que a la internación en los primeros no se le llame *pena*.

Funciones manifiestas y latentes

Que las leyes digan o declaren que regulan con un objetivo y 4
en la realidad tengan otro resultado es bastante común y no por mala fe de los legisladores y ni siquiera de muchos intérpretes, pues en la mayoría de los casos el fenómeno se produce porque la realidad opera de modo diferente al imaginado. Por ello, desde hace mucho tiempo la sociología sabe que es necesario distinguir las *funciones manifiestas* de las instituciones (las declaradas o expresas) y sus *funciones latentes* (las que realmente cumple en la sociedad). Siguiendo este criterio, podemos observar que hay (a) *leyes penales manifiestas* (como el código penal, las leyes penales especiales y las disposiciones penales de leyes no penales) y (b) *leyes penales latentes* que, enunciando cualquier función manifiesta no punitiva (pedagógica, sanitaria, asistencial, tutelar, etc.), cumplen una función latente punitiva (es decir, ha-

habilitan la imposición de penas con otro nombre y otro discurso).

- 5 Si el derecho penal se ocupase sólo de las leyes penales manifiestas y dejase de lado las latentes, estaría suicidándose y destruyendo el estado de derecho, porque bastaría con cambiarle el nombre a las penas para que el estado pueda usar su poder punitivo sin límite alguno. Con el pretexto de que todos somos débiles, unos por jóvenes, otros por viejos, otras por mujeres, nos tutelaría a todos con “medidas” asistenciales que consistirían en encerrarnos en prisiones para protegernos (eso fue lo que sucedió con el derecho penal de los niños y adolescentes, sometidos a penas por tiempo indeterminado incluso sin haber cometido delito, todo alegando la necesidad de tutelarlos, protegerlos, cuidarlos, librarlos de peligros y de su *situación de riesgo*). Por ello, *el derecho penal debe ocuparse también de las leyes penales latentes*, y frente a ellas puede hacer dos cosas: (a) o bien reconocer que son penas y que, por tanto, deben cumplirse los requisitos constitucionales para imponerlas (es el caso de los niños y adolescentes: para cualquier medida contra ellos debe sometérselos a un proceso legal previo); o bien (b) declararlas inconstitucionales y hacer cesar su ejecución.

**Leyes penales
manifiestas
y latentes**

- 6 Sin embargo, las leyes penales no se agotan con las manifiestas y latentes, sino que también hay leyes con función punitiva eventual (*leyes penales eventuales* o eventualmente penales). Estas son leyes que habilitan el ejercicio de un poder estatal o no estatal sin funciones punitivas manifiestas ni latentes, no sólo en el discurso sino tampoco en la realidad, pero del poder que ellas habilitan surge la particularidad de que, en algunos casos, puede hacerse un uso o un abuso que lo convierta en poder punitivo. Eso es lo que puede suceder –y con frecuencia sucede– con el poder psiquiátrico, el poder asistencial respecto de ancianos, enfermos, niños, el poder médico en tratamientos dolorosos o mutilantes, el poder disciplinario cuando institucionaliza o inhabilita, etc. Son leyes eventualmente penales todas las que habilitan la coacción directa policial, que adquiere carácter punitivo cuando excede lo necesario para neutralizar un peligro inminente o interrumpir un proceso lesivo en curso. (La seguridad pública exige vigilancia, pero cuando se pretexto de vigilancia se me detiene sin que haya ningún motivo más que la decisión arbitraria del funcionario, se me está imponiendo una pena.)

**Leyes
eventualmente
penales**

Para qué incluye el derecho penal estas eventualidades

Las *leyes eventualmente penales* también forman parte del 7 horizonte del derecho penal y, en consecuencia, son material para su interpretación. Es necesario precisar con la mayor certeza posible los momentos punitivos del poder que habilitan, para *excluirlos*, orientando las decisiones de las agencias jurídicas que deben hacerlo por vía de *habeas corpus*, amparos, declaraciones de inconstitucionalidad o acciones internacionales. La incorporación de las leyes eventualmente penales al objeto del derecho penal es tan evidente, que en algunos casos se requiere la incorporación formal al control de sus agencias, de modo que sólo los jueces puedan decidir cuándo el uso del poder no punitivo que habilitan es legítimo, en razón de la enorme dificultad de determinación. Son muy claros a este respecto los casos de la privación de libertad durante el proceso (la prisión preventiva), aunque no haya sido nada eficaz el control judicial en esta materia, como también el control por vía de *habeas corpus* de las facultades del poder ejecutivo en el estado de sitio del art. 23 constitucional (que fue ineficaz durante muchos años, permitiendo a este poder imponer penas).

El derecho penal frente a las tres clases de leyes

Está claro que el derecho penal no interpreta las leyes pena- 8 les por simple curiosidad, sino para ofrecer a las agencias jurídicas un sistema coherente de decisiones que sirva para acotar y reducir el poder punitivo. Por ende, no debe pensarse que la incorporación de todas las leyes penales (manifiestas, latentes y eventuales) a su horizonte, persiga decisiones análogas en todos los casos, sino que éstas deben diferenciarse según lo que, frente a la naturaleza de estas leyes, sea más idóneo para alcanzar los objetivos para los cuales interpreta: (a) en el caso de las leyes penales manifiestas, orientará a las agencias para que limiten la selectividad de la criminalización; (b) tratándose de leyes penales latentes, la interpretación procurará que los jueces declaren su inconstitucionalidad y arbitren lo necesario para la efectiva tutela de los derechos que ese poder punitivo lesiona; (c) y en los casos de leyes eventualmente penales, procurará que los jueces determinen los momentos punitivos ejercidos al amparo de las mismas, para *excluirlos* o para proceder como en el caso de las leyes penales latentes.

§ 8. El discurso penal tradicional y la pena

1 El derecho penal se ocupa de la interpretación de las leyes penales; estas leyes habilitan poder punitivo, o sea, penas; por ende, la diferencia entre leyes penales y no penales finca en que las primeras habilitan penas. De este modo, resulta que la delimitación del campo del derecho penal respecto del resto del derecho está siempre referido al concepto de *pena*. Si no precisamos este concepto no podremos delimitar el universo del derecho penal como saber jurídico.

**La pena
delimita el
horizonte del
derecho penal**

2 Sin embargo, el horizonte de proyección del derecho penal siempre es problemático, porque justamente *no existe un concepto más o menos generalizado y pacífico de pena*. *Qué es la pena y para qué sirve* son preguntas que se han respondido y se siguen respondiendo de muchos modos diferentes y lo grave es que cada una de esas respuestas, dado que indica un límite y una función para el derecho penal, deja de ser una cuestión referida al capítulo de la pena, para pasar a ser una teoría completa del derecho penal. En efecto: si a partir de cada concepto de pena no se desarrolla una teoría del derecho penal, es decir, todo un discurso jurídico penal diferente, es por incoherencia de los penalistas, pero no porque no pueda hacerse. Si muchas veces autores que sostienen conceptos de pena que son incompatibles coinciden en casi toda la restante teoría del derecho penal, eso prueba la poca coherencia de la construcción que exponen. Esta incoherencia proviene del rasgo sobresaliente del derecho penal histórico y actual, que es su tendencia a quedar absorbido completamente por la respuesta a *cómo penar* subestimando la pregunta por el ser (por el qué) de este particular ente social.

**Todo concepto de
pena es un
concepto del
derecho penal**

3 Respecto de la pena se han sostenido (y se sostienen) *teorías positivas*, es decir, que creen que el castigo es un bien para la *sociedad* o para quien sufre la pena. Se trata de posiciones que hacen acto de fe de alguna función *manifiesta* y en ella fundan la legitimidad de la pena y de ella deducen una teoría del derecho penal. Así, se dice que la pena tiene una función de *prevención general* (se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan) o de *prevención especial* (se dirige a quien delinquiró para que no lo reitere), lo que presupone que la pena es necesaria porque esa función lo es y, además, esa función colorea toda la teoría del de-

**Teorías positivas
de la pena**

recho penal que se deduce a partir de ella: quien sostenga la función de prevención general estará apuntando a la gravedad del hecho cometido, en tanto que quien se centre en la prevención especial preferirá atenerse al riesgo de reincidencia que haya en la persona.

Aunque ninguna es verdadera, todos defienden alguna

El procedimiento de abrazarse a una teoría positiva de la pena 4 para delimitar el campo del derecho penal y para deducir toda su teoría, es tan cómodo que nadie lo pone en duda. En efecto: a partir de la aceptación de una teoría positiva de la pena se construye todo un discurso que puede alcanzar notables niveles de coherencia (de no contradicción entre sus partes). El único problema –no menor, por cierto– es que *no hay ninguna teoría positiva de la pena que sea verdadera* (o sea, que *todas las teorías positivas de la pena son falsas*).

Es posible que alguna vez una pena cumpla alguna de las funciones que le asigna una de las teorías positivas, pero eso no autoriza la generalización a todo el poder punitivo. Así, el efecto preventivo de una multa que puede hacer que no estacionemos el auto en lugar prohibido, no puede identificarse con el hecho de abstenernos a tomar un arma y matar para robar un auto. Tan extendido está este juicio que nadie duda de alguna de las funciones positivas de la pena, aunque no haya acuerdo alguno a su respecto, lo que equivale a decir que todos defienden la existencia del discurso del derecho penal, aunque disientan en su fundamento, utilidad y sentido (todos lo preservan, porque de algún modo se sienten cómodos en él, pero ninguno coincide con el otro acerca de su utilidad, extensión ni sentido). Es como si todos estuviesen en el mismo edificio, pero cada uno por una razón distinta (uno por los cuadros, otro por el sauna, otro por los libros) y, para colmo, cada uno lo defina de modo diferente (para uno es una galería, para otro una casa de baños y para otro una biblioteca).

Los elementos de los discursos jurídico-penales

Dada la importancia que se le asigna a las teorías positivas 5 de la pena y a que suelen trascender al imaginario colectivo por efecto de los medios masivos, las criticaremos por separado, para demostrar más cercanamente la falsedad de su generalización. Allí veremos que ese es el campo en el que se decide el destino mismo de todo el discurso del derecho penal. Pero por ahora nos interesa destacar otra cuestión: es muy interesante observar que,

cualquiera sea la teoría positiva de la pena que se adopte, la construcción del discurso jurídico-penal que de esa decisión se deriva, siempre tiene tres clases de elementos: a) los *legitimantes*, b) los *pautadores* y c) los *negativos*.

- 6 Elementos legitimantes son los que sustentan la misma teoría positiva de la pena que se elige, o sea que, asignan al poder punitivo un efecto social positivo y mediante éste legitiman (racionalizan o justifican) todo el poder criminalizante y de control social punitivo. (Así, si se afirma que la pena previene intimidando para que no se delinca, se deduce que es necesario retribuir talionalmente al que delinque; si se sostiene que la pena previene resocializando al delincuente, se deduce que es necesario tratar al que delinque tanto tiempo como sea necesario o conveniente para neutralizar su tendencia al delito.)

**Elementos
legitimantes**

- 7 Los elementos *pautadores* se derivan necesariamente de los legitimantes: son los que determinan cuándo hay delito (es decir, cuándo puede imponerse una pena) y en qué medida debe hacerse (teoría de la cuantificación de la pena). En general, son los que mayor desarrollo doctrinario han alcanzado, porque son los que más interesan desde el punto de vista de la necesidad burocrática de resolver casos concretos y de litigar en los estrados judiciales. No puede negarse que se deducen de los elementos legitimantes, porque si se quiere intimidar o crear una sensación de confianza en los que no delinquieron será necesario convertir la lesión sufrida en un motivo para el talión; pero si se quiere resocializar a un sujeto al que se lo considera con problemas de comprensión o de internalización de las reglas sociales dominantes, la lesión será sólo un indicio de su personalidad reveladora de una necesidad de intervención punitiva reeducadora. Necesariamente, ambas ideas del delito y los respectivos criterios de cuantificación penal habrán de diferir en forma bien opuesta. Si lo que interesa es retribuir, la lesión no sólo es indispensable sino que es el criterio para la pena; si lo que interesa es resocializar, la lesión es sólo un indicio y puede ser reemplazado por otros indicios, o sea, pierde importancia.

**Elementos
pautadores**

- 8 Existe una tercera categoría de elementos, tan dependientes o deducibles de la primera como de la segunda, que son los *elementos negativos del discurso jurídico-penal*. Por lo general se los pasa por alto precisamente porque suelen tener naturaleza *clan-*

**Elementos
negativos**

destina, dado que su función es legitimar por omisión todo el poder punitivo no manifiesto. De este modo, a partir de la teoría positiva de la pena adoptada, se sostiene que el poder que no responde a esos objetivos no es punitivo (penal) y, por ende, se lo deja fuera del derecho penal (de sus garantías y límites), con el efecto de que se puede ejercer ilimitadamente, a menudo por las agencias del poder ejecutivo. Así, si la multa no tiene objeto intimidatorio, no es cuestión del derecho penal; como no tiene objeto resocializador, tampoco es objeto del derecho penal. Esto significa que será administrativa y quedará fuera de las garantías penales. Como los niños y adolescentes son tutelados y no retribuidos ni resocializados, también quedarán fuera de las garantías y límites del derecho penal, al igual que los viejos, que los manicomializados, que los sometidos a servicio militar, y toda la población o gran parte de ella cuando la pena viene disfrazada de coacción directa administrativa, que es un hecho común en este tiempo y que la lucha contra el terrorismo potenció.

**La extrema
curiosidad
política de los
elementos
negativos**

Los tres elementos de los discursos jurídico-penales tradicionales son importantes, pero los más curiosos son los terceros, o sea, los negativos. En principio, son los que permanecen más ocultos, pues nadie los menciona. En segundo lugar, son políticamente insólitos, pues por regla general, toda corporación que elabora un discurso trata de legitimar la mayor cantidad de poder propio. Las disputas de poder son voraces. Pero con el poder de los penalistas no parece pasar lo mismo, sino todo lo contrario: al adoptar falsas funciones positivas de la pena (poder punitivo) legitiman un ejercicio de poder que no es propio, sino ajeno (de las agencias ejecutivas, pues las agencias jurídicas no ejercen poder punitivo sino que únicamente lo pueden contener, por eso la policía como corporación influyente es más decisiva que la de los jueces y juristas) y, además, mediante los elementos negativos del discurso, se esfuerzan por dejar fuera de su poder de contención amplios ámbitos de ejercicio del poder punitivo. Esta curiosidad (que hace de los penalistas la única agencia que trabaja para garantizar el ejercicio del poder ajeno) responde a que los elementos negativos son útiles para evitarle conflictos, porque le permite racionalizar la negativa a inmiscuirse en el ejercicio arbitrario del poder punitivo de los funcionarios ejecutivos. Es una forma de no ejercer poder para conservar uno más débil.

§ 9. Teorías positivas de la pena

- 1 Hemos afirmado varias veces que todas las teorías positivas de la pena son falsas y quizá, de la lectura de lo hasta aquí dicho, pueden deducirse las razones de esta afirmación, aunque puede sintetizarse en lo siguiente: la pena no es un bien para nadie ni un bien para la sociedad, es un hecho, de los tantos que existen y que demuestran lo irracional de la sociedad moderna. Sin embargo, la legitimación de la pena es algo que está tan incorporado al equipo psicológico de la sociedad industrial como al discurso de los penalistas, que es indispensable precisar las razones de la falsedad de estas teorías positivas de la pena. La pena como pretendido bien social es uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el prejuicio y la ignorancia.

**Necesidad de
un excursus**

Si bien puede seguirse la construcción de un edificio y comprenderse su lógica sin necesidad de averiguar cómo se hizo la demolición del que antes ocupaba el mismo terreno, de cualquier manera, siempre es bueno saber por qué el anterior fue considerado inútil y demolido, al menos para no construir otro igualmente inútil. Este párrafo es prácticamente un *excursus* justamente por eso, porque queda al margen del curso constructivo, y no porque su lectura y comprensión no sean importantes.

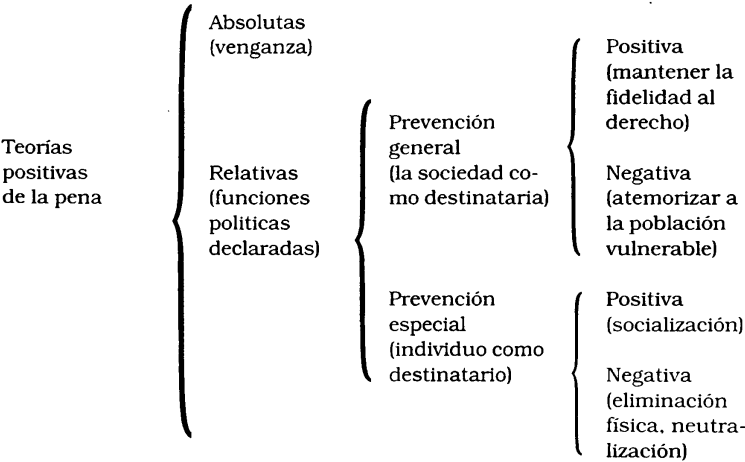
- 2 Desde que las sistematizó Anton Bauer en 1830 hasta la actualidad, las teorías positivas de la pena son más o menos las mismas y se las expone del mismo modo. Todas postulan que cumplen una función de *defensa de la sociedad*. La diferencia está en que hay unas que prueban esa función en forma deductiva, o sea, deduciendo su necesidad de una previa idea de la sociedad y del estado. Estas son las llamadas *teorías absolutas*, como las de Kant y Hegel (ver § 66.2, § 72). No hay ningún dato empírico que las pueda neutralizar, porque se basan en deducciones. Si se afirma que el estado es el garante externo del *imperativo categórico*, que se materializa mediante la pena talional, ésta será necesaria para el estado social, porque de lo contrario se vuelve al estado de naturaleza precontractual (Kant); si la pena no niega al delito no podrá reafirmar el derecho, con lo cual el estado desaparece y se vuelve al estado de naturaleza (Hegel); este tipo de afirmaciones no puede responderse con ninguna evidencia fáctica. Volveremos sobre estos planteamientos más adelante (ver § 72.7), pero

**Las llamadas
teorías absolutas
o deductivas**

baste lo expuesto para afirmar aquí que, a diferencia de lo que se suele decir desde Bauer hasta la fecha, las llamadas teorías absolutas son deductivas, pero no constituyen ninguna justificación de la pena en sí misma, sino siempre al servicio de otra cosa, que es la defensa social, aunque se la llame de otra manera.

Las teorías
relativas

Las teorías más difundidas son las que desde 1830 se llaman **relativas**, o sea, las que asignan a la pena funciones prácticas y verificables. Existen dos grandes grupos de teorías legitimantes llamadas relativas: (a) las que sostienen que las penas *actúan sobre los que no han delinquido* son las llamadas *teorías de la prevención general* y se subdividen en *negativas* (disuasorias, provocan miedo) y *positivas* (reforzadoras, generan confianza); y (b) las que afirman que *actúa sobre los que han delinquido*, llamadas *teorías de la prevención especial* y que se subdividen en *negativas* (neutralizantes) y *positivas* (ideologías re: reproducen un valor positivo en la persona). Por consiguiente, el cuadro general sería el siguiente:



La crítica de
cada teoría desde
la realidad y
desde lo político

Cada una de las teorías abarcadas en estos grupos discursivos **debe someterse a crítica desde dos perspectivas**: (a) desde lo que indican los datos sociales respecto de la función asignada (*ciencias sociales*) –si es verdad o no según lo que puede verificarse empíricamente en la realidad social–; y (b) desde las consecuencias de su legitimación para la vida social (*política*) –como desde el significado de esta justificación en el plano de las ideas, especialmente político-constitucionales–.

5 Cabe advertir que hoy casi nadie sostiene cualquiera de estas teorías en forma pura y para obviar su falsedad, se pretende combinarlas, en la creencia más absurda todavía de que una suma de varias proposiciones falsas produce una verdadera. Además esa suma requiere la mezcla de presupuestos filosóficos absolutamente incompatibles, en especial antropológicos (conceptos de lo humano) que no pueden compatibilizarse: es igual a querer legitimar la pena cortando páginas sueltas de Darwin, Spencer, Aristóteles, Platón, Tomás de Aquino, Kant, Hegel y algunos sociólogos, y esto cuando la legitimación todavía no ha perdido la compostura, porque a la hora de legitimar castigo la autoridad no dudó en recurrir a páginas de discursos abiertamente genocidas.

**La yuxtaposición
de teorías
de la pena**

Con semejantes mezclas se obtienen pretendidas fórmulas combinadas de legitimación de la pena, sosteniéndose que sirve para prevención general, positiva y negativa, y para prevención especial, también positiva y negativa, y que también tiene carácter retributivo, o sea, que sirve para todo. Estas yuxtaposiciones hacen de la pena algo parecido a los tónicos que se venden en algunos mercados populares, supuestamente útiles para curar cualquier cosa. Pero estas mezclas tienen un objetivo de poder (práctico) que es *permitir a los jueces imponer la pena que quieran con total arbitrariedad*, porque cuando se usan todos los elementos legitimantes y de ellos se deduce la cantidad de pena a imponer en cada caso, siempre habrá un elemento que sirva como criterio indicador del mínimo y otro del máximo (si no es necesaria la prevención general, pueden basarse en ella para imponer el mínimo o bien, apelar a la prevención especial para imponer el máximo).

§ 10. La prevención general negativa

1 Comenzamos con la prevención general negativa, porque es la más difundida en la opinión común, aunque sea hoy la menos defendida por la doctrina. Sostiene que la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan. Ello basado en la intimidación que produciría la pena sobre el que fue seleccionado. Se parte de una idea del ser humano como ente racional.

**La disuasión
como lógica
de mercado**

que siempre hace un cálculo de costos y beneficios, o sea, que *la antropología básica es la misma de la lógica de mercado* (así como alguien hace un cálculo antes de hacer una operación comercial, se supone que consultaría el código penal antes de matar a su cónyuge, para saber cuánto le costará).

**No intimida
porque se dirige
sólo a unos pocos
torpes**

Desde la *realidad social*, puede observarse que la criminaliza- 2
ción ejemplarizante –al menos respecto del grueso de la delin-
cuencia criminalizada (*delitos con finalidad lucrativa*)–, siempre
recaería sobre algunas personas vulnerables y respecto de los
delitos que éstas suelen cometer. Pero tampoco esto sería eficaz,
porque incluso entre las personas vulnerables y para sus propios
delitos burdos y específicos, la criminalización secundaria juega
de modo inverso a la habilidad. Una criminalización que seleccio-
na las obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito, sino de
la torpeza en su ejecución, pues si no hay cambio de las constan-
tes sociales dominantes, impulsa el perfeccionamiento criminal
al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla
de supervivencia para quien delinque. No tiene efecto disuasivo
sino estimulante de mayor elaboración delictiva. El desvalor no
recae sobre la acción por su lesividad, sino por su torpeza; no
refuerza una pauta ética sino un perfeccionamiento tecnológico.

**No disuade en los
casos graves**

Respecto de otras *formas más graves de criminalidad*, el efecto 3
de disuasión parece ser aún menos sensible: en unos casos son
cometidos por personas invulnerables (*cuello blanco*, terrorismo
de estado), en otros sus autores suelen ser fanáticos que no tie-
nen en cuenta la amenaza de pena o la consideran un estímulo
(ataques con medios de destrucción masiva indiscriminada), a
otros los motivan estímulos patrimoniales muy altos (sicarios,
mercenarios y administradores de empresas delictivas), en otros
porque sus autores operan en circunstancias poco propicias para
especular reflexivamente sobre la amenaza penal (la mayoría de
los homicidios dolosos) o porque sus motivaciones son fuerte-
mente patológicas o brutales (violaciones, corrupción de niños,
etc.). *Las únicas experiencias de efecto disuasivo del poder puni-
tivo que se pueden verificar son los estados de terror, con penas
cruelles e indiscriminadas, que conllevan tal concentración del
poder que los operadores de las agencias pasan a detentar el
monopolio del delito impune, aniquilan todos los espacios de
libertad social y suprimen o neutralizan a las agencias judicia-
les.*

4 Es verdad que en casos de delitos de menor gravedad y de contravenciones y faltas administrativas, la criminalización primaria puede tener un efecto disuasivo sobre alguna persona, pero esta excepción no autoriza a generalizar su efecto, extendiéndolo arbitrariamente a toda la criminalidad grave, donde es muy excepcional. Por otra parte, esta teoría tiene el serio inconveniente de confundir el poder punitivo con todo el poder jurídico y, además, con todo el valor regulativo de la ética social, porque es obvio que el efecto preventivo general no es sólo del derecho penal, sino que todo el derecho nos disuade de no actuar antijuridicamente. Por lo tanto, si pagamos los servicios es para que no los interrumpan; si pagamos el alquiler es para que no nos desalojen; si pagamos nuestras deudas es para que no nos embarguen; si no faltamos a nuestro trabajo es para que no nos despidan o descuenten parte del salario, etc. y, por otra parte, es obvio que si la mayoría de la población no comete parricidio, no es porque la amenaza penal los disuade, sino por un conjunto de razones de otro tipo (psicológicas, culturales, sociales).

Sólo puede ser verdadera para algunos ilícitos menores y, además, el efecto disuasivo lo tiene todo el derecho

5 En la práctica, la ilusión de prevención general negativa hace que las agencias políticas eleven los mínimos y máximos de las escalas penales, en tanto que las judiciales (atemorizadas ante las políticas y de comunicación) impongan penas irracionales a unas pocas personas poco hábiles, que resultan cargando con todo el *mal social*. Se trata de una racionalización que acaba proponiendo a los operadores judiciales su degradación funcional.

Sus consecuencias prácticas son degradantes

6 En el *plano político y teórico* esta teoría permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca logrará la disuasión en una sociedad donde el conflicto social es estructural. De este modo, esta lógica conduce –como observó Bettiol– a la pena de muerte para todos los delitos, pero no porque con ella se logre la disuasión, sino porque agota el catálogo de males crecientes con que se puede amenazar. Por otra parte, el grado de dolor que debe infligirse a una persona para que otra sienta miedo no depende de la tolerancia del que lo padece sino de la capacidad de atemorizar a los otros. Por ello, debe convenirse en que, en esta perspectiva, las penas deben aumentar en razón directa a la frecuencia de los hechos por los que se imponen y viceversa. La pena no debiera guardar ninguna relación con la gravedad del hecho cometido, sino que su medida debiera depender de hechos ajenos. Como en las crisis económicas recurrentes tienden a au-

Su lógica conduce a penar con la muerte todos los delitos

mentar los delitos contra la propiedad, deberían aumentarse las penas para los más perjudicados y llegar a penar más el robo que el homicidio. En cualquier caso la lógica de disuasión intimidatoria propone una clara utilización de la persona como medio o instrumento del estado para sus fines propios: la persona humana queda convertida en una cosa a la que se hace sufrir para atemorizar a otra.

Con la retribución se limita la disuasión pero a costa de contradicción

Para no llegar a la pena de muerte para todos los delitos, para 7
evitar las penas desmesuradas en delitos leves pero socialmente reiterados, para no alterar tan brutalmente la escala de valores jurídicos (penando más a quien atente contra la propiedad que a quien lo haga contra la vida) y para no hacer tan evidente la utilización y cosificación de la persona, los partidarios del discurso de disuasión tratan de limitar la medida de la pena pidiendo en préstamo la retribución del derecho privado. Con ello entran en contradicción insalvable cuando la retribución no alcanza para disuadir (ninguna pena alcanza) y, por cierto, la permanencia del fenómeno delictivo en la sociedad demuestra que jamás es suficiente.

§ 11. La prevención general positiva

Reforzar la confianza en el sistema penal

Ante lo insostenible de la tesis anterior, en las últimas década- 1
das se ha preferido asignarle al poder punitivo la función de prevención general positiva: produciría un efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico *reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular)*. Se reconoce que el poder punitivo no cura las heridas de la víctima, ni siquiera retribuye el daño, sino que hace *mal* al autor, pero se afirma que este mal debe entenderse como parte de un proceso comunicativo (o ideológico, porque impone la creencia de que la pena es un bien para la estabilidad social o del derecho). El delito sería una suerte de mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace su publicidad neutralizante, o sea que las agencias del sistema penal se irían convirtiendo en agencias publicitarias de lo que es necesario hacer creer para que una sociedad basada en el conflicto no cambie. Es una lucha por

el dominio de las creencias de las personas sobre una parte de la realidad social.

- 2** Esta teoría se apoya en más datos reales que la anterior. Para ella, una persona sería criminalizada porque de ese modo tranquiliza la opinión pública. Aunque no dice que esa opinión pública es alimentada a base de un considerable empobrecimiento material y cultural que produce sistemáticamente la misma sociedad que la prevención positiva legítima. De todos modos constituye un fuerte sinceramiento acerca de la función de la pena y por eso es la única posición que demuestra no ignorar completamente la realidad social: la pena no sirve pero debe hacerse creer que sí lo hace para bien de la sociedad. Y la sociedad cree esto como resultado de un prejuicio intimidatorio. Donde radicalmente falla esta posición es en la absurda creencia, muy extendida, de que existe una opinión pública petrificada, "natural", no sujeta a las mudanzas sociales o al avance a los saltos, de una mayor cultura que denuncia cualquier idea positiva de la pena como un momento de tragedia en la historia de la vida humana, aunque los medios masivos realizan un sistemático esfuerzo por neutralizar o minimizar sus efectos.

La función de la pena sería sostener una ilusión

Una consecuencia de la prevención general positiva sería que como los *crímenes de cuello blanco* no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos su criminalización no tendría sentido. En la práctica, se trataría de una ilusión que se mantiene porque la opinión pública la sustenta, y que conviene seguir sosteniendo y reforzando porque con ella se sostiene el sistema social (el poder).

- 3** No es posible afirmar que la criminalización del más torpe, mostrada como tutela de los derechos de todos, refuerce los valores jurídicos: *es verdad que provoca consenso (en la medida en que el público lo crea), pero no porque robustezca los valores de quienes siguen cometiendo ilícitos impunes en razón de su invulnerabilidad al poder punitivo, sino porque les garantiza que pueden seguir haciéndolo, porque el poder seguirá cayendo sobre los menos dotados (los más torpes o brutos)*. El consenso entre quienes ejercen poder dentro de una sociedad no se produce porque les refuerce valores que niegan, sino porque les fortalece su impunidad ante el poder punitivo. En la práctica, esta teoría conduce a la legitimación de los operadores políticos que falsean la realidad y

Produce consenso pero garantiza la impunidad de los corruptos

de los de comunicación que los asisten (relación de cooperación por coincidencia de intereses entre operadores de diferentes agencias del sistema penal) y de los corruptos que gozan de impunidad, a condición de que la población crea en esa falsa realidad y no requiera otras decisiones que desequilibrarían el sistema. Se renueva el *despotismo ilustrado en nuevos términos*: la tiranía que Hobbes mostraba como aceptable ante el fantasma del caos, es reemplazada por el engaño comunicacional del que se cree, también falsamente, solución al desequilibrio y quiebra del sistema. Creer en una pena que no sirve puede que sea bueno para que el sistema funcione, pero ello no significa de ningún modo que eso que resulta sea lo "normal", la normalidad a la que se aspira haciendo creer que la pena sirve de algún modo. El derecho penal se convierte en un mensaje meramente difusor de ideologías falsas, pero que son útiles al sistema.

Se debe penar lo conocido y mantener impune lo que no se conoce

Desde lo *teórico* la criminalización sería un símbolo que se **4** usa para sostener la confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima. Las categorías de análisis jurídico se vaciarían, pues el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido; desarrollado coherentemente, este pensamiento debiera concluir que el delito no sería un conflicto que lesiona derechos, sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema, aunque no afecte los derechos de nadie. El derecho penal fundado en esta teoría debería proponer a las agencias judiciales que impongan penas por obras delictivas toscas, porque se conocen y por eso lesionan la confianza en el sistema social, pero que se abstengan de hacerlo en los casos que no se conocen, que es lo que en la práctica sucede. La medida de la pena para este derecho penal sería la que resulte adecuada para *renormalizar* el sistema produciendo consenso (tranquilizando a *la gente*), aunque el grado de su desequilibrio no dependa de la conducta del penado ni de su contenido injusto o culpable, sino de la credulidad del resto.

Legítima la realidad para que nada cambie

Si bien no lo admiten los defensores de esta teoría (que para **5** evitarlo acuden a *cocktails* con otras que la limitan), lo cierto es que la lógica de la prevención general positiva indica que, cuando un sistema se halle muy desequilibrado por sus defectos, por la injusticia distributiva, por las carencias de la población, por la

selectividad del poder, por la violencia social, etc., será necesario un enorme esfuerzo para crear confianza en él, y para ello no debiera dudar en apelar a criminalizaciones eventualmente atroces y a medios de investigación inquisitorios, con tal que proporcionen resultados ciertos en casos que, por su visibilidad, preocupan por sus posibles efectos desequilibrantes. La tendencia será a privilegiar la supuesta eficacia en los casos muy visibles y a eliminar cualquier consideración acotante, desentendiéndose de los demás casos que no son promocionados por la comunicación. En buena medida, *las teorías acerca de la prevención general positiva describen datos que corresponden a lo que sucede en la realidad, por lo cual su falla más notoria es ética, porque legitiman lo que sucede, por el mero hecho de que lo consideran positivo para que nada cambie, llamando sistema al statu quo y asignándole valor supremo.*

- 6 La prevención general positiva a que nos referimos es sostenida con base en la sociología o concepción sistémica de la sociedad, pero fue precedida por otra, en el marco de una *etización* del discurso penal (Welzel). Esta *versión etizante de la prevención general positiva* pretende que el poder punitivo refuerza los valores éticosociales (es decir, el valor de actuar conforme al derecho), mediante el castigo a sus violaciones. Si bien se sostenía que con ello también protegía bienes jurídicos (dado que el fortalecimiento del valor que orienta la conducta conforme al derecho disminuye la frecuencia de las acciones que lo lesionan), la función básica sería la primera: *el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la población*. Ambas se combinaron en la fórmula según la cual, *la tarea del derecho penal sería la protección de bienes jurídicos mediante la protección de valores de acción socioéticamente elementales*. Esta función explicaría que la violación a los deberes impuestos por los valores más primarios o elementales (abstenerse, por ej., del parricidio) requieran penas más severas y viceversa.

**La llamada
etización del
derecho penal**

- 7 En la práctica, los valores éticosociales se debilitan cuando el poder jurídico se reduce y las agencias del sistema penal amplían su arbitrariedad (y a su amparo cometen delitos), siendo el poder punitivo el pretexto para cometerlos. Tampoco refuerza los valores sociales la imagen bélica que siembra la sensación de inseguridad para que la opinión exija represión y, por ende, mayor poder descontrolado para las agencias ejecutivas (y menor poder limitador para las agencias jurídicas).

**El poder punitivo
se corrompe
y no refuerza
ninguna ética**

La lesividad
pierde
importancia

En el *plano teórico*, cabe deducir que para esta versión etizante **8** la esencia del delito no fincaría tanto en el daño que sufren los bienes jurídicos, como en el debilitamiento de los valores éticosociales (la conciencia jurídica de la población), de lo cual lo primero sería sólo un indicio. Esto tiene el inconveniente de que se remite a una lesión que no es posible medir y, al independizar cada vez más la lesión de bienes jurídicos de la lesión ética, se abre la puerta para la negación del principio de lesividad (ver § 32.1 y ss.), pues se conservaría sólo por razones formales. En último término tiende a la retribución de una vida desobediente al estado, es decir, no a reprimir un hecho sino una personalidad contraria a una ética que al estado le parece la única correcta.

§ 12. La prevención especial positiva

La
prisionización
no puede
mejorar a nadie

Desde hace mucho tiempo se pretende legitimar el poder pu- **1** nitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor. En la *ciencia social* hoy está demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado. Se conoce el proceso interactivo y la fijación de rol que conlleva requerimientos conforme a estereotipo y el efecto reproductor de la mayor parte de la criminalización. Se sabe que la prisión comparte las características de las demás instituciones totales (manicomios, conventos, cuarteles, etc.) y se coincide en su efecto deteriorante. Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil o adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica (ver § 3.13). Frente a esto no es sostenible que sea posible mejorar condicionando roles desviados y fijándolos mediante una institución deteriorante, donde su población es entrenada en el recíproco reclamo de esos roles.

Ideologías "re"

Se trata de una imposibilidad estructural que hace irrealiza- **2** ble todo el abanico de las *ideologías re* (resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación, etc.). Estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que hoy suele esgrimirse como ar-

gumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración. Los riesgos de homicidio y suicidio en prisión son más de diez veces superiores a los índices de la vida libre, en una violenta realidad de motines, violaciones, corrupción, carencias médicas, alimentarias e higiénicas y difusión de infecciones –algunas mortales–, con más del cincuenta por ciento de presos preventivos. De este modo la prisionización asume la forma de pena corporal y eventualmente de muerte, impuesta la mayor parte de las veces sin sentencia condenatoria, lo que lleva hasta la paradoja la imposibilidad estructural de la teoría.

- 3** Como este discurso considera a la pena como un *bien para quien la sufre*, oculta su carácter *penoso* y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por *sanciones* y *medidas* y otros eufemismos. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la *ideología re* que se sostenga y no requerirá de otro límite. El delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la pena. Por ello, estas ideologías no pueden reconocer mayores límites en la intervención punitiva: el estado, conocedor de lo bueno, debe modificar el *ser* de la persona e imponerle su modelo de humano.

**La pena no
reconoce
medida**

- 4** Como la intervención punitiva es un bien, no sería necesario definir muy precisamente su presupuesto (el delito), bastando una indicación orientadora general, como sucede con las prescripciones médicas. De igual modo, en el plano procesal no sería necesario un enfrentamiento de partes, dado que el tribunal asumiría una función tutelar de la persona para curar su inferioridad. La analogía legal y su correlato procesal –el inquisitorio– serían instituciones humanitarias que superarían los prejuicios limitadores de legalidad, acusatorio y defensa, que perderían sentido como obstáculos al bien de la pena, que cumpliría una función de defensa social al mejorar las células imperfectas del *cuerpo social*, cuya salud –como expresión de la de todas sus células– es lo único que en último análisis interesaría. Es claro que, con este discurso, el estado de derecho es reemplazado por un estado de policía paternalista.

**Tampoco es
necesario
definir bien
el delito**

§ 13. La prevención especial negativa

Eliminación de incorregibles

Para la prevención especial negativa la pena también opera **1** sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de *un mal para la persona*, pero que es un *bien para el cuerpo social*. En general se la promueve en combinación con la anterior: cuando las ideologías *re* fracasan, se apela a la neutralización y eliminación de los *incorregibles*. En la *realidad social*, como las *ideologías re* fracasan, la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria. Sin duda tienen éxito preventivo especial: la muerte y las mutilaciones son eficaces para impedir conductas posteriores del mismo sujeto o las que éste realizaba con el miembro amputado.

Pena no es impedimento físico

A *nivel teórico* para el liberalismo jurídico y político resulta **2** incompatible la idea de una sanción jurídica con la creación de un puro obstáculo mecánico o físico, porque éste no motiva el comportamiento sino que lo impide, lo que lesiona el concepto de persona (art. 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 1° de la Convención Americana), cuya autonomía ética le permite orientarse conforme a sentido. Por ello, cae fuera del concepto de derecho, al menos en nuestro actual horizonte cultural. Al igual que en el discurso anterior –del cual es complemento ordinario– lo importante es el *cuerpo social*, o sea que responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a coacción directa administrativa: *no hay diferencia entre ésta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual. El delincuente es un animal peligroso que anda suelto y es necesario detener, incluso antes de que cometa cualquier delito. ¿No se hace lo mismo si se escapa un león del zoológico?* Creemos que no: por lo general el león tiene un valor económico considerable y, además, suele encontrar más defensores. Por ello su vida está más protegida que la de un adolescente con caracteres estereotípicos en el suburbio de cualquier gran ciudad latinoamericana.

§ 14. Derecho penal de autor y de acto

1 Las teorías legitimantes de la pena (del poder punitivo) son teorías del derecho penal, de modo que su clasificación puede reordenarse desde cualquiera de sus consecuencias, pudiendo hacerse desde la esencia del delito, en razón de las diferentes concepciones de la *relación del delito con el autor*. En esta clave, en tanto que para unos (a) el delito es una infracción o lesión jurídica, para otros es (b) el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica. Para los primeros, el desvalor se agota en el acto mismo (lesión); para los segundos, el acto es sólo una lente que permite ver una característica del autor en la que se deposita el desvalor. El conjunto de teorías que comparte este criterio último configura el llamado *derecho penal de autor*, por oposición al primer criterio, que es el del llamado *derecho penal de acto*.

**La relación
del delito
con el autor**

2 El derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un *estado del autor*, siempre *inferior* al del resto de las personas consideradas *normales*. Este estado de inferioridad puede sostenerse desde el espiritualismo o desde el materialismo mecanicista. Para los espiritualistas tiene naturaleza *moral* y, por ende, se trata de una *versión secularizada de un estado de pecado jurídico*, en tanto que para los otros es de naturaleza *mecánica* y, por ende, se trata de un *estado peligroso*.

**Espiritualistas
y materialistas**

3 Para los espiritualistas el ser humano incurre en delitos (desviaciones) que lo colocan en *estado de pecado penal*. Esta caída se elige libremente, pero cuanto más permanece en ella e insiste en su conducción de vida pecaminosa, más difícil le resulta salir y menos libertad tiene para hacerlo. El delito es fruto de este *estado*, en el cual el humano ya no es libre *en acto*, pero como fue libre al elegir el *estado*, continúa siendo libre *en causa*, porque quien eligió la causa eligió el efecto, conforme al principio *versari in re illicita*. Por ende, se le reprocha ese *estado de pecado penal* y la pena debe adecuarse al grado de *perversión pecaminosa* que haya alcanzado su conducción de vida. El delito no es más que el signo que revela la necesidad de que el sistema penal investigue y reproche toda la vida pecaminosa del autor. No se reprocha el acto sino la *existencia de la persona*, o sea, no lo que ésta hizo sino lo que se supone que es.

**El estado de
pecado penal**

El mecanicismo neutralizante

Para el derecho penal de autor con base mecanicista el delito **4** es signo de una falla en un aparato complejo, pero que no pasa de ser una complicada pieza de otro aparato mayor, que sería la sociedad. Esta falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el mecanismo mayor, es decir, indica un *estado de peligrosidad*. Las agencias jurídicas constituyen aparatos mecánicamente determinados a la corrección o neutralización de las piezas falladas. Dentro de esta corriente ni los criminalizados ni los operadores judiciales son personas, sino cosas complicadas, destinadas unas por sus fallas a sufrir la criminalización y otras por sus especiales composiciones a ejercerla. Se trata de un juego de parásitos y leucocitos del gran organismo social, pero que no interesan en su individualidad, sino sólo en razón de la salud de éste.

La degradación del juez

En ambos planteos se degrada, por supuesto, a la víctima, **5** que para nada es tenida en cuenta, y se degrada también al criminalizado como ser inferior (inferioridad moral: *estado de pecado*; inferioridad mecánica: *estado peligroso*), pero suele pasarse por alto que también se degrada al juez, pues en un caso se le propone su autopercepción como procurador de una omnipotencia que interviene en las decisiones existenciales de las personas (algo así como un poder divino); y, en el otro, como un leucocito (semejante a un poder impersonal de la naturaleza). En su coherencia completa, *el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio del juicio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y también de quienes lo practican.*

El derecho penal de acto y sus ventajas

A la inversa del derecho penal de autor en sus dos versiones, **6** el derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar. Si bien no puede legitimar la pena, porque la retribución del reproche se deslegitima éticamente frente a la inevitable selectividad del poder punitivo, tiene incuestionables ventajas sobre el anterior: así, (a) requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), (b) exige una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria, porque no reconoce ningún delito natural (*nullum crimen sine lege*) y (c) la culpabilidad por el acto opera como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*). (d) En el plano procesal exige un debate de partes ceñido a lo que sea materia de

acusación y, por ende, (e) separa las funciones del acusador, del defensor y del juez (*acusatorio*). Aunque ninguno de estos principios se cumple estrictamente, no cabe duda que las agencias jurídicas que los asumen deciden con menor irracionalidad y violencia que el resto.

§ 15. Las penas por no delitos

1 Se supone que las penas se aplican a quienes cometieron delitos y por el delito cometido. Pero el poder punitivo no tiene límites y, por ende, quiso ir más allá y aplicarlas también a *personas molestas*, aunque no hubiesen cometido ningún delito o que el delito cometido ya hubiera sido penado. Dicho de otra manera: *las personas que molestan con cierta frecuencia a las burocracias deben ser eliminadas*. Esta eliminación se practicó desde que las burocracias existen, en ocasiones matando a los molestos. Desde que la mayoría de la población se concentra en ciudades (siglo XIX), las personas molestas para la policía y demás burocracias estatales son las que alteran el paisaje urbano (la disciplina de las ciudades). (a) Ante todo, los *locos y lunáticos*, por su comportamiento imprevisible, que deben ser recluidos en una prisión especial para ellos (manicomios). (b) Luego, molestan los que cometen pequeños delitos en forma reiterada, porque las penas son breves; (c) pero también molestan los que cometen algunos delitos no tan leves, porque se amontonan en las cárceles, donde no hay lugar y provocan motines y se mueren masivamente, lo que no es tolerable a la sensibilidad moderna. Por eso quienes cometieron delitos deben ser eliminados, mandándolos lejos, bien lejos, a las colonias (Australia, la Isla del Diablo). (d) Finalmente, en la ciudad molestan los que son sospechosos pero no se les pueden probar delitos. Estos son el conjunto que se llamó en su tiempo *mala vida*: prostitutas, jugadores, *gays*, tóxicodependientes, ebrios, cu-randeros, desempleados, etc. A su respecto debía darse amplia potestad a la policía para que dispusiese de ellos.

Personas molestas

2 Para penar a las personas molestas que no cometen delitos (o por delitos que ya han sido penados), lo primero que se hizo fue cambiarle el nombre a las penas que se les destinaron, que fue-

Penas sin delito para las personas molestas

ron llamadas *medidas de seguridad* (también, últimamente, *medidas de tratamiento, corrección y educación*). Estas penas (rebautizadas como *medidas*) se clasifican en la doctrina dominante en (a) medidas *para inimputables* cuando se destinan a locos y lunáticos; (b) *posdelictuales* cuando se destinan a quienes cometieron delitos, pero no por los delitos cometidos sino por las molestias que les causan a la burocracia, y (c) *predelictuales* cuando están dirigidas contra la gente sospechosa. Con las primeras se eliminan los locos de la calle, con las segundas se ahorra el trabajo de perseguir a rateros y se vacían las cárceles y, con las terceras, se abre una enorme fuente de explotación que degrada al sistema penal (estado) a la condición de partícipe en los beneficios de la prostitución, el juego y otras actividades análogas.

La mezcla antropológica

Para legitimar estas penas por *no delitos* fue necesario un **3** enorme esfuerzo discursivo, que tuvo singular éxito entre políticos y autores de códigos, aunque no pueda decirse lo mismo respecto de su coherencia ideológica, desde cuyo punto de vista constituyen una serie de disparates. Como si no fuera poco legitimar el poder punitivo con teorías falsas, o sea, enunciar falsas teorías del derecho penal (ver § 9) y preparar con ellas un *cocktail* para conseguir una fórmula que garantice la arbitrariedad judicial, se mezcló también el derecho penal de autor en sus dos versiones, pretendiendo retribuir el pecado y, al mismo tiempo, neutralizar la peligrosidad del sujeto, sin preocuparse si en el fondo se están usando dos ideas filosóficas de lo humano (dos antropologías) que son incompatibles. Expresado en forma grotesca pero no exagerada, puede decirse que el penalismo no se conformó con legitimar las penas por delitos, sino que también lo hizo respecto de las penas por no delitos, para lo cual no dudó en mezclar a Aristóteles con Darwin sin desmentir a ninguno.

Los sistemas pluralistas

Esta mezcla llegó a la legislación positiva con los llamados **4** *sistemas pluralistas*, que establecen junto a las penas para delitos (retributivos) otros castigos por no delitos (neutralizantes) a los que, como vimos, llaman *medidas* y hasta pretenden que son administrativas. Estos sistemas son los siguientes: (a) El llamado *sistema de la doble vía* (código italiano de 1930, uruguayo de 1933, brasileño de 1940) divide a los humanos en cuerdos y locos, e impone penas retributivas a los cuerdos (imputables) y penas neutralizantes (*medidas*) a los locos (inimputables), pero en ciertos casos se imponen a los imputables (cuerdos) penas retributivas y

neutralizantes, ejecutándose en ese orden. (b) El llamado *sistema vicariante*, que impone penas retributivas a los imputables y penas neutralizantes (medidas) a los inimputables, pero en algunos casos permite que las neutralizantes (medidas) reemplacen (vicarién) a las retributivas. (c) No falta un *sistema combinado* –que es más incoherente y peligroso aún– que mezcla los dos anteriores: en algunos casos permite que las penas neutralizantes (medidas) reemplacen (vicarién) a las retributivas y, en otros, impone conjuntamente ambas. Fue el sistema adoptado por el llamado código penal tipo latinoamericano, como producto de la confusión reinante en la década de los años sesenta.

- 5 Las penas *predelictuales* (por no delitos) para sospechosos están hoy sumamente desacreditadas, pero tuvieron su época de oro en la primera mitad del siglo XX, siendo introducidas en muchas legislaciones. Su último renacimiento fue en la España franquista en 1970. En la legislación argentina no existen, puesto que no se sancionaron los proyectos que en los años veinte pretendían criminalizar la *mala vida* o el llamado *estado peligroso sin delito*, pero su función fue asumida por las atribuciones de la policía en materia contravencional, suprimidas en varias provincias pero subsistentes en otras (ver § 46).

**Las penas
predelictuales**

- 6 Las *penas (medidas) posdelictuales*, son penas que se imponen en razón de características del autor que no guardan relación con la culpabilidad del acto ni con el contenido del injusto del delito. Mediante un simple cambio de denominación, se eluden todas las garantías y límites del derecho penal, por lo cual, con toda razón, se ha denominado a esta alquimia como “embuste de las etiquetas”. Se imponen en razón de tipos normativos de autor, que suelen denominarse *reincidentes*, *habituales*, *profesionales*, *incorregibles*, etc. En general, violan también la prohibición de doble condena y de doble punición. El código penal prevé como tal la multirreincidencia en el art. 52, en forma de *reclusión accesoria por tiempo indeterminado*. Como la Argentina nunca tuvo colonias, la deportación se practicaba en Ushuaia, y el art. 52 vigente se origina en una copia de la ley de deportación francesa a la Guayana. Cerrada la cárcel de Ushuaia en 1947, quedó la pena de deportación establecida hasta hoy (ver § 279.2). Si bien el código penal nunca le dio el nombre de *medida* a la pena francesa de deportación, en la vieja ley penitenciaria nacional (art. 115) se le otorgaba ese nombre, respondiendo a la ideología positivista

**Las penas
posdelictuales
se fundan en
tipos de autor**

que trató de disfrazar su carácter. Es inconstitucional por su manifiesta irracionalidad, debida a que (a) excede la medida del injusto y de la culpabilidad del acto (ver § 40), (b) viola el *non bis in idem* y (c) responde a un tipo de autor.

Las penas para inimputables

Las llamadas *medidas de seguridad* para las personas incapaces de delito que protagonizan un conflicto criminalizado –particularmente cuando se trata de una internación manicomial–, implican una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de una pena más que en su carencia de límite máximo y, por ende, por la total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada. Así lo entendieron los códigos liberales del siglo XIX y, por ello, no las establecían, o bien, cuando lo hacían, era sólo para suplir lo que hoy, en cualquier caso de dolencia mental grave, debe corresponder al juez civil en función de disposiciones de *derecho psiquiátrico*. La agresividad de un paciente mental no depende del azar de la intervención punitiva, sino de características de la enfermedad que debe valorar el juez civil en cada caso. Dado que la internación de pacientes agresivos se halla legalmente regulada, no se explica una regulación diferente para quienes son objeto del poder criminalizante, como no sea en función de una pena que, como se impone por vía de la selectividad punitiva, resulta arbitraria. El código penal las establece en el art. 34 (ver § 207).

§ 16. Hacia un concepto negativo y agnóstico de la pena

No se puede construir un concepto positivo sobre las funciones verificadas por la ciencia social

Hasta aquí hemos visto que ninguna de las teorías positivas de la pena, es decir, de las que creen que pueden definir la pena por sus funciones fue verificada en la realidad social. Sin embargo, podrían pensarse todavía otras teorías positivas de la pena, si se pretendiese definirla a partir de los datos que sobre ella proporcionan las ciencias sociales. No obstante, esta vía también es intransitable, pues las ciencias sociales nos dicen muchas cosas sobre la pena, pero todas parciales. Lo único que queda claro de su aporte es la desmentida empírica de las gratuitas afirmaciones simplistas sobre teorías positivas y la confirmación de que el poder punitivo es plurifuncional, o sea que cumple varias funcio-

nes, según las circunstancias, lo que lo hace un fenómeno muy complejo, pero ninguna de ellas es solución del delito o garantiza una sociedad "estable".

- 2 Si las teorías positivas que se han formulado en el campo jurídico ignorando los datos sociales son falsas y, si a partir de éstos se observa una complejidad tal que hace imposible enunciar una teoría, la conclusión es que *no se sabe cuál es la función del poder punitivo*. Efectivamente: hay datos parciales, algunas veces sirve para unas cosas, otras para otras (hace pelear a los excluidos y marginados, con lo cual los mantiene distraídos; permite sacarse de encima a algún enemigo poderoso retirándole cobertura en cierto momento; renormaliza situaciones desnormalizadas a través de la entrega de diplomas de víctimas; proporciona votos a los políticos; es fuente de recursos extrapresupuestarios para las agencias; permite subir el precio de lo prohibido cuando se lo encara empresarialmente; puede ser útil para eliminar disidentes; tranquiliza a la opinión pública; permite montar industrias de seguridad; etc.). De cualquier manera la multiplicidad de funciones hace imposible su definición positiva y, además, como buena parte de sus funciones reales (engañar a la población, función latente) no son éticamente positivas (y otras veces son ellas mismas criminales), en caso de alcanzarse esa definición positiva no sería apta para ser incorporada al discurso jurídico-penal (no podría el estado asumir como propia una definición según la cual el poder punitivo se caracterizara por su utilidad para eliminar disidentes, neutralizar excluidos y proveer recaudación ilícita).

**Nadie sabe
cuáles son las
funciones
de la pena**

- 3 Todo esto nos indica que el concepto de pena útil al derecho penal no se puede obtener de modo positivo (es decir, a partir de sus funciones reales, que en buena medida son desconocidas y las conocidas son altamente complejas y mutables y a veces delictivas), sino que la incorporación de estos datos al campo jurídico-penal nos impone la necesidad de construir un *concepto negativo de pena*, obtenido por *exclusión* y, al mismo tiempo, confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones, de modo que tendremos un concepto *negativo* y también *agnóstico*. La expresión *agnóstico* la usamos aquí metafóricamente, pero con toda intención: la *pena* y su utilidad *no es ni puede ser una cuestión de fe*. La frecuente respuesta *yo creo* o *yo no creo* (o *no estoy de acuerdo pero no sé por qué*) está revelando que *el poder punitivo, en la civilización industrial, ocupó en medida no des-*

**Necesidad de
construir un
concepto negativo
y agnóstico
de pena**

preciable el lugar de la religión; la fe en un Dios omnipotente se desplazó en parte a fe en la omnipotencia del poder punitivo del estado. Sería posible afirmar que con la inquisición el poder secuestró a Dios y que ese secuestro oculta la aspiración a sustituirlo, lo que hasta cierto punto se ha conseguido. El sectario del poder punitivo se acerca mucho a un fanático religioso en quien no hacen mella las razones y las verificaciones (no importa si la sangre circula o no circula, igual hay que quemar a Servet).

**Definición
negativa
de la pena**

El concepto negativo de pena se podría construir conforme a **4** todo lo dicho hasta aquí, considerando a la *pena* como (a) *una coerción*, (b) *que impone una privación de derechos o un dolor*, (c) *que no repara ni restituye* y (d) *ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*. El concepto así enunciado *se obtiene por exclusión*: la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa. Se trata de una coerción que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos (civil o administrativo). Este *concepto de pena es negativo*, tanto porque no le asigna ninguna función positiva a la pena como por ser obtenido por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Como vimos, es *agnóstico* en cuanto a su función, pues parte de su desconocimiento. Mediante esta teoría negativa y agnóstica de la pena es posible incorporar al horizonte del derecho penal (hacer materia del mismo) las leyes penales latentes y eventuales, al tiempo que *desautoriza los elementos discursivos negativos del derecho penal dominante*.

**El asombro
frente a la
extensión del
poder punitivo**

Sin duda que causa asombro descubrir que existen numero- **5** sos actos del poder que no responden al modelo reparador ni de coacción directa, pero que privan de derechos o causan dolor, y que casi nunca se imagina que puedan considerarse penas. Cabe observar que el poder, no sólo genera saber sino que, con mayor celo, nos condiciona a quienes se supone que debemos saber y, por ende, provoca un entrenamiento jurídico apto para la interiorización de discursos de poder que ocultaron el carácter de pena de la mayoría de ellas y que, de ese modo, han conseguido, por omisión condicionada de los operadores jurídicos, la legitimación de su imposición fuera de cualquier hipótesis delictiva y por decisión ajena a los jueces. Desde las agencias de reproducción ideológica o discursiva se nos ha entrenado para no ver, es decir,

que somos víctimas de una torpeza entrenada: se enseña a ver mejor algunas cosas y, al mismo tiempo, aprendemos a no ver otras.

- 6 Se señaló que las agencias de reproducción ideológica (académicas) del sistema penal, son las únicas en el mundo contemporáneo –caracterizado por la competencia voraz entre corporaciones– que se esfuerza por racionalizar la reducción de su propio ejercicio de poder, en especial mediante los elementos negativos del discurso penal (ver § 8.8). El concepto negativo de pena acaba con los componentes negativos, pues permite –mediante sus vínculos con la realidad (ónticos)– poner de manifiesto el poder punitivo en toda su dimensión. No cabe duda que la incorporación de ese poder al discurso del derecho penal (y con ello al control y reducción jurídicos) será una tarea lenta y difícil, sea para declararlos inconstitucionales, para cerrarles los espacios de abuso del poder que los permiten o para incorporarlos a las decisiones de los jueces. Se trata de *un programa de lucha por el reforzamiento del poder jurídico de acotamiento o supresión del castigo como hecho irracional de la política*.

Los efectos de la inclusión del poder punitivo ignorado

- 7 Al abarcar el derecho penal los casos de poder punitivo ejercido al margen de toda ley y los ejercidos excediendo la habilitación legal, no excluye del concepto de pena las torturas, los apremios, las victimizaciones por el poder penal subterráneo, los fusilamientos o ejecuciones sin proceso, los secuestros, etc., y tampoco los agravamientos ilícitos de penas lícitas, como las violencias, malos tratos, riesgos de contagio, de suicidio o de enfermedad física o mental, de lesiones, mutilaciones, violaciones, etc. Sin duda que todo este ejercicio del poder punitivo es penal (son penas), aunque se trate de penas ilícitas. Este concepto importa adoptar una idea amplia de pena, como categoría que permite al derecho penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas, pero que le impide ignorar la penalidad de las coacciones ilícitas, lo que tiene consecuencias prácticas en el momento de imponer una pena para contenerla o suprimirla.

El concepto amplio de pena

- 8 Esta idea amplia de pena que abarca tanto las penas lícitas como las ilícitas no es suprajurídica, o sea, no debemos ir a buscarla a la ideología, al derecho natural o a la estratósfera especulativa, sino que es legal, es decir, constitucional. En efecto: si la Constitución prohíbe ciertas penas –pena de muerte,

El concepto amplio de pena es constitucional y no prejurídico o metajurídico

azotes, confiscación, etc.– es porque su texto establece que hay penas constitucionales (lícitas) e inconstitucionales (ilícitas) –algo así como si reconociera que hay vacas negras y blancas–. Esa clasificación presupone una idea de pena que abarca a ambas, a las lícitas y a las ilícitas (algo así como a ambas clases de vacas: quien quiere comprar sólo vacas blancas, no puede ignorar que las negras también son vacas). Pues bien: esta es justamente la idea de pena que deducimos, o sea, la idea constitucional de pena, como categoría general o género que soporta luego todas las especies y subespecies que establece el derecho, comenzando, por supuesto, con la de penas lícitas e ilícitas (no prohibidas y prohibidas).

§ 17. La pena como fenómeno político y no jurídico

La guerra y la pena

Si no sabemos qué función cumple la pena, no podemos explicarla, porque la pena no parece ser un hecho racional y, por ende, no es jurídico, dado que el principio republicano (art. 1º constitucional) impone que los actos de gobierno sean racionales. Y así debe concluirse: el poder punitivo solo muy eventualmente es un ejercicio racional de poder y, por ende, debe ser considerado como un fenómeno extrajurídico, meramente político. No es el único fenómeno de esta naturaleza, pues existe otro, tan importante como el poder punitivo en cuanto a la producción de muertes y que también es un hecho político, no jurídico: se trata de la guerra, que desde la Carta de la Organización de las Naciones Unidas es un acto antijurídico (hecho de poder), salvo pocas excepciones. La guerra y el poder punitivo son, pues, hechos políticos; *lo jurídico es el esfuerzo nacional e internacional por su acotamiento, contención y reducción.*

La contribución de Tobías Barreto

La idea de que la pena es extrajurídica y tiene semejanza con la guerra no es nueva. En América fue sostenida en el siglo XIX por uno de los penalistas más creativos e intuitivos de ese tiempo: el jurista del nordeste brasileño, cabeza visible de la llamada *escuela de Recife*, Tobías Barreto (1839-1889). Con gran lucidez afirmaba que *el concepto de pena no es un concepto jurídico sino un*

concepto político y agregaba: *Quien busque el fundamento jurídico de la pena debe buscar también, si es que ya no lo halló, el fundamento jurídico de la guerra.* Barreto pudo pensar de ese modo porque lo hizo lejos de todas las presiones académicas europeas, en condiciones de aislamiento intelectual, siendo mulato en una sociedad muy racista y viendo cómo se disolvía y descalabraba una economía y una sociedad (la economía del azúcar del nordeste). Si Barreto hubiese vivido y enseñado en alguna universidad europea, seguramente no hubiese podido pensar con semejante amplitud de criterio y vislumbrar y adelantar esos juicios, que casi un siglo y medio después aún parecen avanzados.



Tobías Barreto

- 3 Siguiendo esta línea, el derecho penal puede reconstruirse hoy sobre un modelo muy semejante al derecho humanitario, partiendo de una teoría negativa de toda función manifiesta del poder punitivo y agnóstica respecto de su función latente: *la pena (y todo el poder punitivo) es un hecho de poder que el poder de los juristas puede limitar y contener, pero no eliminar, porque no alcanza para eso.* Resulta racional una teoría del derecho penal que lo programe para acotar –y también para reducir– poder punitivo hasta el límite del poder de las agencias jurídicas, pues se orienta hacia lo único posible dentro de su ámbito decisorio programable. No se pretende legitimar el poder de otros, sino *legitimar y ampliar el poder jurídico*, que es el único cuyo ejercicio puede orientar, dado que las agencias jurídicas no disponen de otro en forma directa.

**Derecho penal
y derecho
humanitario**

- 4 El derecho penal como programación acotante y contentora del poder punitivo ejercido por agencias no jurídicas, cumple una fundamental *función de seguridad jurídica*: ésta es siempre *seguridad de los bienes jurídicos individuales y colectivos de todos sus habitantes*, y todos estos bienes jurídicos se hallarían en gravísimo peligro si no existiese una acción programada y racional de las agencias jurídicas (derecho penal) que tienda a acotar el ejercicio del poder punitivo que, de otro modo, avanzaría sin límites hacia la tortura, el homicidio, la extorsión, el pillaje, etc., destruyendo

**Seguridad
jurídica es
seguridad de los
bienes de todos
los habitantes**

al propio estado de derecho (o al estado a secas, porque el estado de policía puro tampoco existe en la realidad, dado que acaba siendo una ficción en la que se amparan grupos que disputan el monopolio de los crímenes más graves). La seguridad jurídica es seguridad para los bienes básicos de la población, que en la sociedad basada en el conflicto constituyen la mayoría.

El poder punitivo no asegura los bienes de las víctimas

El derecho penal tutela los bienes jurídicos de todos los habi- 5
tantes en la medida en que neutraliza la amenaza de los elementos del estado de policía encerrados en el estado de derecho. El poder punitivo no tutela los bienes jurídicos de las víctimas del delito, pues por esencia no se ocupa de eso, sino que, por el contrario, confisca el derecho de la víctima: si esa tutela no la proporciona ninguna otra área jurídica, la víctima debe soportar el resultado lesivo de un conflicto que queda sin solución. *Las teorías manifiestas de la pena legitiman, junto al poder punitivo, la orfandad de la víctima y el consiguiente derecho del estado a desprotegerla.* La invocación de la víctima es discursiva, pero es abandonada sin solución. Con una teoría negativa de la pena queda al descubierto su desprotección, se deja en claro que no se tutelan sus derechos, es posible ponerle límites a su orfandad jurídica (prohibición de doble victimización: programar los elementos pautadores en forma que no agraven y en lo posible alivien la situación de la víctima), pero no puede eliminar ese desamparo, porque para hacerlo debiera suprimir el modelo punitivo mismo. Los propios discursos que proclaman diferentes fines manifiestos de las penas, pretenden paliar la desprotección de la víctima con algunas pequeñas concesiones, por lo general mezclando la pena con otros modelos de solución de conflictos. Estas tímidas tentativas no tienen mucho éxito por la marcada incompatibilidad del modelo punitivo con los de solución de conflictos y, además, porque no cancelan la confiscación del conflicto, al no poder renunciar al modelo punitivo, aunque quepa reconocer su importancia paliativa.

La protección de bienes efectivamente amenazados

El derecho penal basado en la teoría negativa del poder punitivo, queda libre para elaborar elementos pautadores de decisiones que refuercen la *seguridad jurídica, entendida como tutela de los bienes jurídicos, pero no de los bienes jurídicos de las víctimas de delitos, que están irremisiblemente confiscados por la criminalización en los pocos casos en que tiene lugar (y completamente abandonados en la inmensa mayoría, en que el sistema penal ni* 6

siquiera opera), sino de los bienes jurídicos de todos los habitantes, pues de no ejercer su poder jurídico de limitación, éstos serían fatalmente aniquilados por el poder ilimitado de las agencias del sistema penal que acabarían monopolizando el crimen y considerando delito a cualquier intento de resistencia al monopolio. Los propios discursos legitimantes que reconocen como función al derecho penal la protección de bienes jurídicos deben admitir que no se trata de los bienes jurídicos de las víctimas, para lo cual se sostienen argumentos complejos, como que la pena tiene efecto represivo respecto del pasado y preventivo respecto del futuro; que no se ocupa de la víctima concreta, sino que, mediante la estabilización de la norma, se ocupa de las futuras víctimas potenciales, que en el homicidio no se afectaría la vida de un hombre sino la idea moral de que la vida es valiosa, etc. Todos estos inconvenientes (que en definitiva debilitan la importancia de los bienes jurídicos o los vuelven abstractos) se eluden si se adopta un criterio de construcción teleológica del derecho penal, que tenga como meta la protección de bienes jurídicos (seguridad jurídica), pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y de momento imaginarias o inexistentes), que asuma el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo.

- 7 De este modo no es necesario acudir a ninguna teoría positiva de la pena ni del poder punitivo para obtener en el derecho penal elementos pautadores propios del derecho penal liberal, que profundicen la tradición iluminista y revolucionaria (racionalista) de la segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX, que fue la del estado moderno, sobre cuya base se elaboró la Constitución y se desarrolló posteriormente todo el derecho internacional de los derechos humanos.

- 8 Pero además, el concepto negativo de pena tiene la ventaja de evitar los componentes legitimantes del viejo liberalismo (contractualismo) penal, que contienen en germen el autoritarismo, no porque los autores liberales fuesen autoritarios, sino porque cayeron en una trampa política. En efecto: no percibieron que cualquier legitimación parcial del poder punitivo es engañosa, porque siempre argumenta de modo reversible (se vuelve en contra). Esto se produce porque el derecho penal liberal y el autoritario constituyen dos direcciones discursivas incompatibles.

**La teoría
negativa y el
efecto limitador
propio del
liberalismo**

**Evita la trampa
en que cayó el
viejo liberalismo**

puesto que: (a) el derecho penal liberal trata de reducir el poder punitivo; el autoritario trata de ampliarlo; (b) el liberal procura aumentar el poder de las agencias jurídicas para acrecentar su capacidad de decisión reductora; el autoritario intenta ampliar el poder de las agencias no jurídicas; (c) el primero refuerza los componentes limitadores del estado de derecho; el segundo refuerza las pulsiones del estado de policía que pugnan por neutralizar los anteriores; (d) el primero tutela los bienes jurídicos de todos los habitantes; el segundo reconoce un único bien jurídico, que es el poder del gobernante; (e) el primero acota la tendencia verticalizante (jerárquica y corporativa) de la sociedad y permite la subsistencia de vínculos horizontales (comunitarios); el segundo procura destruir los vínculos horizontales (comunitarios) y verticalizar corporativamente a la sociedad.

Por todo ello, en cuanto el derecho penal liberal pretende adoptar algún elemento del segundo, queda totalmente contaminado y neutraliza su función contentora; a eso obedece el fracaso de todas las tentativas de combinación ensayadas y, particularmente, las del viejo liberalismo penal racionalista.

§ 18. Las agencias jurídicas, la pena y el estado de derecho

El entrenamiento para no ver es muy fuerte

Aunque ya lo hemos expresado, se hace menester explicar un poco más detalladamente la más importante función del derecho penal, porque el entrenamiento al que a este respecto nos somete nuestra civilización y los discursos precedentes es muy intenso. El control social no sólo genera estructuras de poder, sino que quedamos inmersos en esas estructuras, o sea, que ellas no sólo nos comprimen desde afuera sino que –lo más importante– se meten dentro, nos ahogan en el sentido de que llenan nuestro equipo psicológico cotidiano y, cuando algo las conmueve, resulta que desestructura nuestro andamiaje de presupuestos con los que caminamos por el mundo. **1**

Una deducción apresurada: si el poder punitivo es negativo debe desaparecer

Cuando los argumentos racionales demuestran que es imposible legitimar el poder punitivo, al menos con la amplitud con que se ejerce en este momento, como también que este poder es una manifestación del estado autoritario, siempre en contrapulsión **2**

con el estado de derecho, la conclusión que en un primer impulso parece imponerse es la siguiente: si es tan negativo, debe desaparecer. En otras palabras: ¿por qué no hacerlo desaparecer ya? La preocupación debiera ser su eliminación.

- 3** Es verdad que hay propuestas que se orientan hacia esto, como el abolicionismo y el minimalismo penales (ver § 85 y 86) pero, como veremos, se trata de propuestas que exigen un profundo cambio en la sociedad, o sea que no son propiamente propuestas de política criminal, sino proyectos de sociedades diferentes (una sociedad sin poder punitivo no puede tener la estructura de la sociedad contemporánea). La tarea de producir semejantes cambios sociales es claro que no corresponde a los profesores de derecho penal ni a los jueces, fiscales y defensores (les puede incumbir como personas y habitantes, pero no en sus roles en las agencias jurídicas del sistema penal). Quien quiera producir esos cambios deberá hacerlo mediante partidos políticos o movimientos masivos y, además, es muy difícil que los cambios culturales que demandan puedan tener lugar en cortos plazos.

La sociedad no se cambia desde el derecho penal

- 4** Si esos cambios se producirán, cuándo y cómo llegarán, qué nuevas implicancias tendrán, son todas preguntas importantes para varias disciplinas o saberes y para todo ser humano, pero *no son las preguntas específicas del saber del derecho penal, al menos en forma inmediata*. Por mucho que recepcionemos en el saber penal la deslegitimación del poder punitivo, éste no desaparecerá, del mismo modo que no desaparecieron las guerras por su ilegitimidad declarada por el derecho internacional público. Los hechos de poder no desaparecen porque los juristas los deslegitimaran en sus discursos técnicos. Pensar lo contrario es una peli-grosa alucinación.

La deslegitimación discursiva no hace desaparecer ningún poder

- 5** En modo alguno la deslegitimación del poder punitivo debe llevar como consecuencia desentenderse del derecho penal y preocuparse en averiguar cómo se lo hace desaparecer. Esta es, justamente, la trampa del discurso del estado policial, que sanciona con destierro a todos los que desnudan la irracionalidad del discurso legitimante del poder punitivo. Con este simplismo cultivan la irracionalidad (hacen creer que los cambios sociales son sencillos y están al alcance de la mano sólo con voluntad) y entregan el discurso jurídico a quienes sostienen su legitimidad (el resto es desterrado a la política). Con el destierro de todos los que susten-

La trampa del autoritarismo: el destierro de la crítica al campo político estéril

ten la deslegitimación del poder punitivo al campo extrajurídico se los neutraliza, porque no pueden modificar nada en lo jurídico; al mismo tiempo, quienes asumen el rol con ingenuidad, tampoco pueden modificar nada en lo político, porque en rigor no salen del ámbito académico. Es el panorama ideal para mostrar la mayor amplitud de criterio y tolerancia y, al mismo tiempo, neutralizar toda dinámica, de forma que nada cambie en los planteos jurídicos, que son los únicos que tienen consecuencias prácticas inmediatas, porque orientan decisiones de las agencias jurídicas.

**El destierro
reserva el derecho
penal para los
discursos
legitimantes**

En otras palabras: quien deslegitima el poder punitivo y cree 6 que por ello debe dedicarse de allí en adelante nada más que a pensar cómo eliminarlo, no sólo deja que todo siga igual, sino que directamente deja que construyan los sistemas para que los jueces decidan sobre criminalizaciones a quienes legitiman poder punitivo. Aunque los operadores del sistema penal que no son partidarios del estado de policía, que no son autoritarios sino políticamente liberales y que quieren impulsar la realización de los principios constitucionales e internacionales, necesitan sus propios sistemas de decisiones, pero en la medida en que sólo los legitimantes del poder punitivo reivindiquen la exclusividad de su formulación, y sus críticos les hagan el juego aceptando el rol de desterrados del campo juridico-penal, seguirán huérfanos de discursos y nada cambiará.

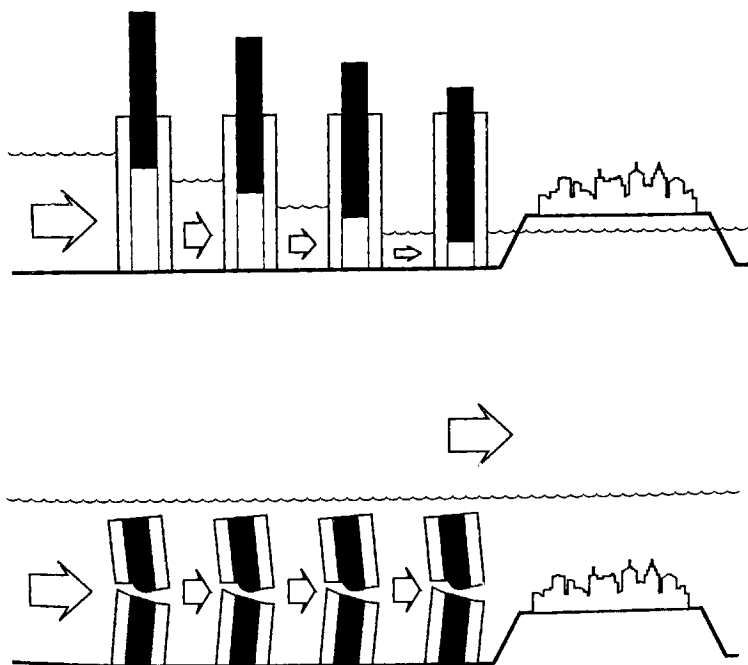
**La neutralización
de las críticas
mediante el
destierro penal**

De esta manera, las críticas más radicales al poder punitivo 7 han pasado por su lado y no le han hecho mella, porque les han escamoteado el único terreno práctico en que pueden ejercer poder decisorio. Al mismo tiempo, los operadores políticamente liberales se quedaron sin sistemas o con sistemas plagados de fallas, cuando siempre su problema urgente es saber cómo decidir para contener y reducir el poder punitivo, y no cómo hacer una sociedad sin este poder.

**Graficación de la
función del
derecho penal**

El propio poder punitivo nos entrenó en sus agencias, repro- 8 duciendo cegueras parciales y daltonismo, para no ver o para confundir lo que sucedió prácticamente desde que el poder punitivo existe, pero más claramente desde que surgió el estado moderno con los principios políticos liberales. Tratemos de explicarlo ahora gráficamente. Se trata de un dique que separa dos niveles de aguas: las aguas del nivel más alto son las pulsiones del estado de policía. La isla que se mantiene en el nivel más bajo es el esta-

do de derecho. El dique es el derecho penal y el poder jurídico de contención que ejerce. Si el dique no ejerciese ese poder, las aguas de mayor nivel cubrirían la isla del estado de derecho; pero si el dique no dejase pasar más agua (si el poder jurídico quisiese impedir el ejercicio de cualquier poder punitivo) el agua de mayor nivel lo rebalsaría o incluso lo haría estallar (el poder lo destruiría o lo reemplazaría por un sistema subterráneo, como las desapariciones forzadas en las dictaduras de seguridad nacional). El dique debe filtrar ciertas aguas y contener otras, es decir, debe seleccionar y dejar pasar una cierta cantidad de agua, la indispensable para mantener su estabilidad y para evitar que el estado de derecho sea cubierto.



La trampa autoritaria

Retengamos esta imagen del dique con suficiente poder para 9 filtrar pero con insuficiente poder para impedir el paso de las aguas del nivel mayor al menor y de su delicado equilibrio, porque es la más gráfica y sobre ella volveremos en varias ocasiones. La trampa del pensamiento autoritario consiste en hacer creer a quienes sostienen la deslegitimación del poder punitivo, que a partir de allí su tarea es comenzar a secar las aguas de mayor nivel y, en tanto, dejar que los interesados en ahogar la isla del estado de derecho manejen el dique. Lo grave es que son muchos los que andan sacando agua con un balde y no son menos los que vienen desde la isla del estado de derecho dispuestos a abrir alegremente las compuertas del dique.

La imposibilidad de la legitimación parcial como táctica de contención

Cuando afirmamos que no es posible legitimar una parte del 10 poder punitivo, porque esa legitimación contamina todo el discurso y acaba por legitimar cualquier extensión de aquel poder, estamos criticando el error de los padres liberales del derecho penal contemporáneo, esto es, de los llamados clásicos, y en cierta medida del neoguarantismo contemporáneo (ver § 85). Estos pretendieron que cierta cantidad de agua no sólo debía dejarse pasar, sino que *estaba bien que pasase, que era lo debido*. Una cosa es constatar que es inevitable que pase, porque lo impone un hecho de poder o hecho político, y otra diferente es considerar que lo que pasa tiene un valor positivo: hay un abismo entre decir que un porcentaje de personas enfermas de tal padecimiento mueren y afirmar que es bueno que ello suceda. Si es bueno que ello suceda, no cabe esforzarse porque no mueran o por disminuir el porcentaje. Si es bueno que pase agua, cuando el mayor nivel de agua baje y la presión sea menor, habrá que abrir más las puertas del dique para que no deje de pasar igual cantidad de agua. Este es el error fundamental, que no permite comprender que cuantos menos sean los muertos y menor el caudal de agua que pase, mejor será. Esto no se deduce cuando se afirma que lo que sucede es bueno, sino cuando se acepta que siempre es malo y que lo bueno sería que no sucediese, aunque de momento no podamos lograrlo y siempre sabiendo que con el dique no secaremos el nivel mayor de agua.

No hay *jus puniendi*, sino *potentia puniendi*

Para afirmar lo contrario, o sea, que cierto nivel de aguas (de 11 poder punitivo) es bueno y sólo el resto es malo, se inventó un *jus puniendi* del estado, es decir, un pretendido derecho subjetivo del

estado a ejercer el poder punitivo y que, como todo derecho subjetivo, tiene límites. Nunca se encontraron esos límites y jamás pudo concretarse en una fórmula una limitación material al poder punitivo: el estado se metió y penó lo que quiso y, por desgracia, lo sigue haciendo. Es notoria la pobreza de las declaraciones constitucionales e internacionales en materia de limitación material al poder punitivo del estado (es decir, respecto a lo que puede y no puede prohibir). Precisamente, ante el fracaso en hallar límites materiales (no lograron concretar muchas prohibiciones de prohibir), se ha preferido rodearlo de incontables recaudos formales y procesales. Esto demuestra que no existe ningún *jus puniendi* (derecho subjetivo del estado a punir) con límites razonables, sino una real y verdadera *potentia puniendi* sin ningún límite razonable y a la que deben imponerse límites formales para que no arrase con todo.

- 12 Esta función de dique salvador del estado de derecho es lo que rejerarquiza al derecho penal. Sin duda que produce una lesión en el narcisismo del penalista saber que no es omnipotente para resolver todos los problemas de la sociedad en su discurso (no menor debe haber sido la sufrida por los internacionalistas cuando debieron dejar de teorizar sobre las *guerras justas*, como si gobiernos y ejércitos se ajustasen a sus escritos), pero también es verdad que rescata al derecho penal del pozo en que lo dejó el penalismo tradicional, es decir, reducido a un discurso racionalizante falso y perverso. Como hemos dicho, el derecho penal no es una *schifosa scienza* (ciencia asquerosa) –como lo dijera Carrara hace casi siglo y medio– (ver § 1.6), sino un saber digno y humano, que cumple la inestimable función de preservar el estado de derecho. En este sentido, *es un apéndice indispensable del derecho constitucional de todo estado constitucional de derecho*. Asumiendo dignamente la función reductora y contentora del poder punitivo, con una teoría negativa de la pena fundada en su experiencia histórica genocida de la que no se salvó ni Jesucristo, limitándonos al aporte apuntalador del estado de derecho, como apéndice indispensable de su derecho constitucional, dejaremos el attillo de la vieja mansión de la linajuda familia jurídica y el triste papel de sus parientes enfermos estigmatizantes, para volver a sentarnos en la sala.

La
rejerarquización
del derecho penal

CAPÍTULO 3

Método, caracteres y fuentes del derecho penal

§ 19. Método y dogmática jurídico-penal

1 Cuando queremos llegar a algún lugar, según su naturaleza, elegimos el modo de alcanzarlo, que puede ser por tierra, mar o aire. En las ciencias o saberes sucede algo análogo: son los objetos de un saber los que deciden el *método* (camino) adecuado para su conocimiento. Si el derecho penal es una rama del saber jurídico, su conocimiento debe ser alcanzado por método jurídico, que es básicamente de interpretación de la ley, que se expresa en palabras (lenguaje escrito). Su saber consiste en análisis, interpretación y comprensión de textos legales.

**El objeto
condiciona el
método**

2 El saber jurídico tiene como objetivo orientar las decisiones de la jurisdicción (sentencias) de modo racional y previsible. Para eso no basta el puro análisis gramatical de las leyes, que sólo proporciona datos aislados, aunque es correcto que comience por eso y también recogiendo datos históricos y genealógicos (de dónde proviene la norma), pero luego debe formular una *construcción explicativa*.

**La insuficiencia
de la exégesis**

3 Desde el siglo XIX se propone para esto el llamado método dogmático o *dogmática jurídica*: Rudolf von Jhering lo planteó en el derecho privado y de allí pasó al resto del saber jurídico. Se trata de descomponer el texto legal en elementos simples (*dogmas*, porque el intérprete no debe tocarlos, de allí su nombre), con los que luego se procede



Rudolf von Jhering

**Las reglas del
método
dogmático**

a construir una *teoría interpretativa* que debe responder a tres reglas básicas:

a. *Complejidad lógica*, o sea, no ser interiormente contradictoria. No cumple esta regla, por ejemplo, una teoría que considere una misma circunstancia eximente y atenuante, sin compatibilizar los criterios (precisar en qué casos exime y en cuáles atenúa), porque equivale a decir que algo es y no es al mismo tiempo.

b. *Compatibilidad legal*, o sea que no puede postular decisiones contrarias a la ley. Por tal no debe entenderse servilismo exegético con la letra de la ley penal subordinada: la ley que debe tener en cuenta es, ante todo, la Constitución y el derecho internacional de los Derechos Humanos; si hay contradicción entre leyes, se debe privilegiar la ley constitucional e internacional.

c. *Armonía jurídica*, también llamada *ley de la estética jurídica*, según la cual debe ser simétrica, no artificiosa ni amanerada, y mostrar cierta *grâce du naturel*. No es un requisito absoluto como los anteriores, pero su observancia es altamente conveniente. Una teoría es mejor cuando es transparente, cuando el razonamiento es más natural, cuando parece un edificio sólido y armónico, y no cuando ofrece el aspecto de una casa a la que se accede por el sótano y tiene corredores ciegos, escaleras cortadas y ventanas que no dan a ninguna parte.



Bartolo

El método jurídico de interpretación de textos existe desde que aparece el saber jurídico, con las universidades, y fue desarrollado primero por los glosadores, luego por los posglosadores y los prácticos, y también por los autores liberales de la primera mitad del siglo XIX. Con Jhering adquiere precisión metodológica, se lo formula de modo expreso, se lo enuncia y se fijan sus reglas, pero ya antes se lo aplicaba, aunque con menor rigor y contradicciones. El saber jurídico penal tiene casi mil años,

es contemporáneo a la llamada *recepción del derecho romano* y en modo alguno una creación del siglo XIX.

4 Pero el método dogmático requiere una decisión previa, pre-metódica, anterior a la selección de la vía de acceso al conocimiento. Cuando se escoge un medio para llegar a cierto lugar, la posición del lugar condiciona el medio (no puedo llegar a una isla caminando), pero también lo condiciona el objetivo con que se quiere alcanzar ese lugar (si bien no puedo ir a la isla caminando, sino navegando o en avión, no es menos cierto que si se viaja allí por razones profesionales debo ahorrar tiempo; si quiero liberar a la dama secuestrada debo usar un medio que no me delate; si quiero hacer turismo barato elegiré el medio más económico; si está cerca de la costa y quiero hacer deporte puedo ir nadando; etc.). Si bien el saber jurídico pretende orientar las decisiones de la jurisdicción (sentencias) de modo racional y previsible, siempre *lo hará para que esas decisiones tengan cierto sentido y objetivo político*. Esto es inevitable en el fenómeno jurídico, porque los actos de los jueces son actos de gobierno y, por ende, actos políticos.

El método dogmático reclama una previa decisión política

5 Es una obviedad que quien pretende ofrecer a las agencias jurídicas un sistema de decisiones, quiere algo más que la simple no contradicción de las decisiones, pues si se quedase en eso sería sólo un enfermo obsesionado por la simetría. Esas decisiones no contradictorias deben dirigirse coherentemente a cierto resultado de poder (político), que *en nuestro caso la misma ley señala que es el fortalecimiento del estado constitucional de derecho*. La mera coherencia del sistema daría por resultado una *seguridad de respuesta o previsibilidad* que no debe confundirse con la *seguridad jurídica* (si todas las sentencias impusieran prisión perpetua y mutilación, habría seguridad de respuesta y previsibilidad de las decisiones). La utilidad del método dogmático (o jurídico) y del sistema que con él se construye, para el reforzamiento del estado de derecho, dependerá del objetivo político que lo oriente (de la *teleología política del sistema*).

No hay sistema de decisiones políticas sin objetivo político

6 El método dogmático (jurídico) es como ciertas fuerzas de la naturaleza (la electricidad, que puede usarse para iluminar a la madre que vela el sueño de su bebé o para accionar la silla eléctrica), o como ciertas entidades espirituales neutras concebidas en las religiones afroamericanas (*Exú*, que puede servir para el bien o para el mal). Los monumentos del nazismo y del fascismo eran horripilantes, pero no por ello pierden valor las reglas sobre resistencia de materiales aplicadas en su planeamiento. Sólo que quien

La neutralidad del método

maneja la electricidad, trata de mover a Exú o aplica los conocimientos sobre resistencia de materiales, sabe para qué lo hace. En su lugar, a veces, se pretendió que el método dogmático no era teleológico o se minimizó la importancia del objetivo político.

§ 20. Necesidad de construir un sistema

**La dogmática
al servicio
del estado
de policía**

Pese a todo lo que acabamos de decir, es fácilmente verificable **1** que la dogmática jurídico-penal no siempre sirvió para proveer seguridad jurídica, sino que en demasiadas oportunidades operó al servicio del estado de policía u ocultó el objetivo político quedando reducida a una función mercenaria. Estuvo al servicio de las más insólitas racionalizaciones del nazismo, del fascismo, de la *seguridad nacional*, de la ideología de difusión penal del uso de tóxicos, de la ideología de seguridad urbana, etc. Además, como se enuncian muchos sistemas, los jueces pueden elegir, lo que hace muy poco previsible sus decisiones. Se trata de *empleos perversos del método*, al servicio de objetivos políticos que no son los del estado constitucional de derecho. La perversión no es del método sino del uso que de él se hace, de para qué se lo emplea (la electricidad usada para matar, las reglas de construcción para hacer salas de tortura, y Exú para maleficios).



Edmund Mezger

¿Significa que todos los que contribuyeron a ellos fueron políticamente partidarios de estados policiales, autoritarios o totalitarios? Aunque en general no fueron políticos activos, algunos fueron partidarios de estas formas de estado (como Edmund Mezger, por ejemplo), pero la mayoría no; sólo fueron incoherentes políticos. ¿Cómo se explica? Pues porque nunca estamos muy seguros de todas las conexiones de lo que pensamos con la realidad que vivimos y, además, porque siempre se nos entrenó para que sólo viésemos una parte pequeña de esa realidad.

2 Una de las formas más usuales de aplicación perversa del método consiste en confundir datos normativos y fácticos. Así se *desvirtúa completamente el principio republicano de gobierno* (art. 1º CN), que *impone que los actos de gobierno sean racionales*. Luego, los legisladores *deben ser racionales*, pero por alquimia racionalizante se afirma que los legisladores *son racionales* (del *debe ser racional* se pasó al *es racional*). Si los legisladores deben ser racionales es porque algunas veces no lo son. Para esos supuestos se ordena a los jueces que los corrijan. Pero si los legisladores son racionales, los jueces no deben corregir nada de lo que hagan, porque todo será racional. Es la vía más radical para cancelar el poder de control constitucional de los jueces y vaciar el principio republicano de gobierno. El *estado constitucional de derecho* se degrada a *estado legal* con legisladores omnipotentes. Nada más peligroso, en este momento, de políticos de la demagogia vindicativa en los países centrales con imitadores medrosos en los periféricos.

La técnica autoritaria de confundir datos normativos y fácticos

3 Este estado legal fue el marco de las construcciones sistemáticas del derecho penal anteriores a la Segunda Guerra, cuando en Europa no existía el control de constitucionalidad. En efecto: suele decirse que los sistemas del derecho penal se dividen en *teleológicos* y *clasificatorios*. Los primeros tendrían un objetivo político declarativo; los segundos se limitarían a clasificar elementos y recomponerlos, sin preguntarse por el objetivo político. En realidad, los clasificatorios también son teleológicos, porque quienes los construyen parten del presupuesto de que el estado y sus legisladores sancionan leyes que siempre son buenas, por lo cual el objetivo del sistema debe limitarse a clasificar elementos de manera que permitan la toma de decisiones judiciales conforme a estas leyes.

Sistemas clasificatorios y estados legales

4 Comprobado que no hay sistemas clasificatorios, sino que todos son teleológicos, es claro que detrás de los pretendidos sistemas clasificatorios hay un modelo de estado, que es el *estado legal*, o sea, *un estado sin una constitución como ley de superior jerarquía*. Son estados en que la voluntad política debe ser acatada por jueces que no tienen poder de revisión ni control sobre ella. Es el modelo de estado que dominó en Europa hasta el final de la Segunda Guerra, con poderes judiciales en forma de burocracia piramidal (tipo ejército), que fuera el modelo introducido primero en Prusia, y luego extendido a toda Europa continental por Napoleón.

Estados legales y magistratura burocrática

Los peligros de la omisión de la función política

Se ha sostenido que son preferibles los sistemas clasificato- 5
rios, porque los teleológicos fueron asumidos por estados de policía o totalitarios. Además de que los clasificatorios no dejan de ser teleológicos, no es verdad que sólo los totalitarismos hicieron expresos los objetivos políticos que dirigen la construcción del sistema, ni tampoco que siempre lo hayan hecho. Por el contrario, la jurisprudencia nazi *dominante* siguió haciéndose conforme a un discurso clasificatorio, lo mismo que en la Italia fascista y en la España franquista o en las dictaduras latinoamericanas de seguridad nacional. Con la omisión de la finalidad política no se hace otra cosa que ocultarla, lo que permite prestar con mayor comodidad ideológica servicios políticos aberrantes o, cuando no se tiene conciencia de ello, aumentar la incoherencia y con ella los riesgos de prestarlos sin quererlo. Por otra parte, que un sistema refuerce el estado de derecho no dependerá de que sea teleológico, sino del telos de su teleología.

Las críticas al sistema y a la dogmática jurídica

(a) Dejando de lado las críticas que han perdido vigencia, como 6
los panfletos de la llamada *escuela de Kiel* (ver § 78.4), no faltan quienes critican la construcción del derecho penal como sistema basados en que el derecho penal anglosajón no construye un sistema y sin embargo funciona. No es exacto, porque el derecho penal inglés está hoy legislado, el derecho común funciona supletoriamente para algunos principios generales y la sistemática con que se entrena a los juristas no difiere sustancialmente de la nuestra, puesto que tiene un concepto estratificado del delito en base a un criterio objetivo/subjetivo, o sea que aunque no lo racionalice, construye un sistema. (b) Otros sostienen que a veces puede obstaculizar la realización de los objetivos político-criminales, entendida como *lucha contra el crimen*. Dada la escasa eficacia de esa *lucha* (con frecuencia convertida en *guerra*) su uso como pretexto para eliminar límites al ejercicio del poder punitivo, más que un defecto sería una virtud del método. (c) Muchas veces se observó que el sistema impide el consenso y se apeló a la *tópica*, como forma de resolver los conflictos por consenso, enunciada por Aristóteles y a la que hicieran referencia Cicerón y Vico; se trata de imaginar todas las posibles soluciones hasta dar con una que produzca general consenso. Por definición, esta forma de solución no es aplicable al derecho penal, que sólo limita poder punitivo, es decir, un poder que no resuelve conflictos. En la medida en que se aplique la *tópica*, el poder dejará de ser punitivo.

- 7 (d) No faltan quienes afirman que no es posible que el método que sirvió para legitimar el poder punitivo sirva para contenerlo y reducirlo. Hemos visto que la aplicación perversa del método *no puede imputarse a éste, pues es resultado de una decisión política previa*. Por otra parte, renunciar al sistema importa invertir el objetivo de afianzamiento del estado policial de los panfletos de Kiel y postular un voluntarismo político absoluto a favor del estado de derecho, dejando todo librado a una decisión política que sería contradictoria, pues al no tener un sistema que le permita administrar inteligentemente el poder jurídico de contención y distribuirlo equitativamente, caería en la arbitrariedad y anularía al propio estado de derecho. La *selectividad punitiva* debe ser respondida (contenida) por una *selección penal* que no puede ser arbitraria, sino que, como el poder de contención de las agencias jurídicas es limitado, debe repartirlo con equidad y sentido político, para lo cual necesita una planificación en forma de sistema.

**Siguen las
críticas**

- 8 Si retomamos la graficación del dique que salva al estado de derecho (ver § 18.8), será claro que ese dique debe ser construido inteligentemente. Se trata de un dique que requiere sistemas de compuertas selectivas muy coordinadas; el poder punitivo y el estado de policía en general son proteicos, mueven enormes intereses corporativos y sectoriales en los planos nacional, regional e internacional, su contención con los elementos del estado de derecho exige optimizar al máximo el uso de los recursos. Un sistema inteligente tiene dos juegos de compuertas para contraseleccionar poder punitivo: uno sirve para abrir o cerrar totalmente el paso, y es la *teoría del delito*; el otro funciona cuando el anterior permite el paso de poder punitivo, para responder hasta qué punto debe dejar filtrar ese poder, y es la *teoría de la responsabilidad penal* (es la agencia jurídica que debe *responder*). No puede criticarse al saber penal (sistemático) que haya dedicado mucha atención a la teoría del delito, porque ese primer juego de compuertas es fundamental. Es criticable que le haya dedicado poca atención al segundo, pero es comprensible dentro de la lógica del discurso legitimante, porque la *teoría de la responsabilidad* (usualmente llamada *de la pena*) es muy ardua en cualquier perspectiva legitimante, porque siempre parte de bases más o menos falsas.

**La hipertrofia de
la teoría jurídica
del delito**

- 9 La contención del poder punitivo no puede limitarse a sus expresiones manifestas, porque es mucho mayor el campo no

**La hipertrofia
teórica del delito
en Latinoamérica**

manifiesto (ver § 7), pero esto resulta más notorio en América Latina, con sistemas penales muy defectuosos, con altos grados de corrupción y violencia, fusilamientos sin proceso, escuadrones de la muerte, vengadores, participación oficial en crímenes y en criminalidad organizada, etc. Aquí la hipertrofia de la teoría del delito puede parecer una exquisitez ajedrecista que distrae de las más importantes tareas de contención. Si bien es cierto que no debe descuidarse ninguno de los frentes en que ataca el estado de policía mediante su poder punitivo, la circunstancia de que unos flancos se descuiden no autoriza a derrumbar el cuidado puesto en los otros. *No se trata de dejar de hacer esfuerzos en un sentido, de abandonar frentes, sino de hacerlos también en todos los que sean necesarios.*

§ 21. La construcción teleológica del sistema del derecho penal acotante o limitador

Es absurdo
despreciar
mil años de
experiencia

Después de diez siglos de racionalizaciones legitimantes del 1 poder punitivo y de acumulación de argumentos racionales e irracionales, en permanente pugna entre quienes quisieron en todos los tiempos reducir el poder punitivo y quienes quisieron ampliarlo, sería demasiado absurdo que para emprender la tarea de contener jurídicamente al poder punitivo, se deje de lado todo este bagaje de experiencia y elaboración, para caer en un decisionismo político irracional. Si el poder punitivo es irracional, su contención debe ser racional, pues la suma de dos irracionalidades no es más que una potenciación de éstas. De allí la necesidad de construir un sistema de contención, cuya primera característica debe ser su *teleología*: debe tratarse de un sistema construido con el objeto de *neutralizar las pulsiones del estado de policía bajo la forma de poder punitivo*. Este objetivo político no es el invento antojadizo de ningún teórico, sino una clara inferencia de los principios limitativos del poder punitivo que están consagrados en los textos fundamentales (CN y tratados internacionales de Derechos Humanos).

El sistema es
dinámico
y dialéctico

El sistema concebido conforme a esta teleología no es estático 2 y definitivo, sino dinámico y dialéctico. Los principios son de rea-

lización progresiva, porque el poder punitivo pulsiona al estado de derecho para perforarlo y hacerlo estallar, pero la resistencia de éste (que tendencialmente en algunas regiones del planeta logra reducirlo), es de realización progresiva. La eficacia reductora del derecho penal estará en razón directa con su grado de dinamismo, que le permitirá proponerse nuevas metas más limitadoras. Pero ¿Cómo puede ser que un sistema de interpretación de leyes sea dinámico? ¿Sólo cambiando las leyes? Sí, las leyes cambian con frecuencia, pero no sólo por eso el sistema teleológicamente construido para reducir poder punitivo debe ser dinámico, sino también –y sobre todo- porque cambia el mundo.

- 3 Un sistema de comprensión del derecho penal con estas características se construye tanto en virtud de datos normativos como reales. Las leyes se expresan con palabras, pero lo hacen en el mundo, donde tienen lugar fenómenos físicos, sociales, culturales, económicos, políticos, etc., en permanente cambio, en una realidad que fluye continuamente, protagonizada por personas que interaccionan y se comportan conforme a ciertos contenidos psicológicos. Todas estas cosas son reales y suceden de este modo y no de otro y las leyes deben ser interpretadas en ese mundo y no en otro que no existe. Lo imposible lo es en este mundo, tanto sea por razones sociales como físicas. Si es imposible caminar sobre el agua, también lo es resocializar al preso.

**El sistema
incorpora datos
normativos
y reales**

- 4 El sistema interpreta leyes que son parte del mundo, por lo tanto los datos del mundo deben formar parte del sistema. Quien quiera construir una teoría jurídica debe mantener un vínculo sólido con los datos de la realidad y observar un mínimo de respeto por lo óntico (lo que es, tal cual es). Es natural que si se inventa un mundo imaginario, el poder punitivo funcionaría de otra manera y podríamos legitimarlo, pero ese mundo no existe. De allí que la dogmática legitimante invente mundos inexistentes donde funcionan las diferentes prevenciones (ver § 21.5). El mundo inexistente se inventa simplemente negándose a introducir datos de la realidad, como la selectividad, cuidadosamente eludida por todos los discursos de esa naturaleza. A ello suelen agregarse *ficciones jurídicas*, o sea, se da por cierto lo que se sabe que no es cierto. De este modo, puede legitimarse cualquier ley, por disparatada que sea.

**El autoritario
invento del
mundo**

- 5 No llama la atención que los sistemas usados en estados de policía apelen a ficciones e inventen el mundo e incluso califiquen

**El solipsismo
jurídico**

la introducción de los datos del mundo como *ideologías*. Llega a afirmarse que los datos sociales se introducen si el legislador lo autoriza, pues de lo contrario los únicos datos que cuentan son los jurídicos. Por esta vía se llega a sostener que todos los conceptos son jurídicos, porque todo lo que el derecho toca se lo apropia y lo redefine. Es una suerte de solipsismo jurídico (*solipsismo* es la filosofía que concluye que lo único que existe son los contenidos de mi mente), según el cual fuera del derecho no hay nada y si lo hay no se puede conocer, de modo que los datos de la realidad no forman parte del saber jurídico porque no es posible acceder a ellos. Como no hay nada que no sea jurídico, se puede crear el mundo a gusto del poder punitivo.

El sistema debe ser realista

Nada obsta a que el legislador invente conceptos y que afirme **6** que un animal parecido a un perro grande, con colmillos largos, que aulla y vive en las estepas, es una vaca, y que llame a eso *el concepto jurídico de vaca*; el problema lo tendrá quien quiera ordeñar un lobo. El derecho así concebido no será eficaz, no logrará nunca el objetivo que se propuso, porque quien quiere modificar el mundo debe respetar mínimamente su ser, partir del reconocimiento del mundo real; de lo contrario andará ordeñando lobos, viajando en paraguas o nadando en el asfalto. Y quien quiera producir algún efecto social deberá respetar los conocimientos de las ciencias sociales. El sistema de un derecho penal acotante o limitador del poder punitivo, ante todo debe ser *realista*, en el sentido de que *incorpore datos del mundo*, pero también debe cuidar de *incorporar datos reales, no falsos*, porque su primera condición es la *eficacia defensiva* del estado de derecho, lo que nunca logrará si no incorpora los datos reales sobre las amenazas que sufre.

Las estructuras lógico/reales de Welzel

El derecho penal que se aplicó en Alemania antes y durante el **7** nazismo fue idealista y partió de la metodología que seleccionaba los datos del mundo según la conveniencia o necesidad legitimante, debiéndose su construcción más refinada a Edmund Mezger (1885-1962). Terminada la guerra se trató de neutralizar su peligro manifiesto volviéndose al realismo y Hans Welzel (1905-1977) enunció su teoría de las *estructuras lógico/objetivas* o *lógico/reales* (*sachlogischen Strukturen* en alemán). ¿Qué quería decir con esto Welzel? Sostenía lo contrario del idealismo anterior: afirmaba que cuando el derecho toca un ente, debe respetar el ser de ese ente tal como es en la realidad; queda vinculado por una estruc-

tura real al plano óntico. Así como existe un orden jurídico, también existe un orden zoológico, y la vaca es la vaca zoológica, el lobo es el lobo zoológico, y si se desconocen estas estructuras no se logra eficacia. Y tenía razón: muchas veces el derecho negó estas estructuras, y en la edad media excomulgaron a las sanguijuelas del Sena, pero las sanguijuelas no se dieron por enteradas. Bastaron muchos menos años para que aparezca como una aberración parecida pretender luchar contra el alcoholismo mediante la *ley seca*. Sólo que Welzel no llegó a tanto, se limitó a llevar su teoría de las estructuras lógico/reales hasta la teoría del delito, pero no entró con ella a la teoría de la pena. Es el paso que faltaba para alcanzar la deslegitimación del poder punitivo.

- 8 Un sistema penal que pretenda tener eficacia acotante, que reconozca la dialéctica entre el estado de derecho y el de policía, la vocación fagocitaria e invasora del poder punitivo, su enorme capacidad de racionalización encubridora y su temibilidad para el estado de derecho y los ámbitos de autodeterminación humana, no puede menos que partir de un axioma metodológico inamovible y que no acepta excepciones, que es la absoluta prohibición de incorporar datos falsos de la realidad del mundo y de excluir datos disponibles del mundo capaces de alterar las conclusiones. Y el principal dato de realidad del que jamás puede prescindirse, porque aunque no se lo conozca o se lo niegue, siempre está presente, es la funcionalidad política de toda construcción teórica. Ignorarla es como pretender que no nos sigue nuestra sombra.

**Prohibiciones
metodológicas**

§ 22. Caracteres del derecho penal: carácter público y su pretendida fragmentación sancionadora

- 1 El derecho penal es una parte del saber jurídico general y, por ende, *participa de todos los caracteres del derecho*, por mucho que la circunstancia de tener por función la contención de un poder, no puede menos que dotarlo de algunas particularidades. El uso equivoco de la expresión (a veces referida al saber jurídico penal, otras a la legislación penal y, en algunos casos, al mismo poder punitivo) (ver § 6.1) dio lugar a que la tradición le asignase caracteres también equivocados (ora como caracteres del saber, ora

**Los caracteres
del saber jurídico
y los específicos**

de la legislación, a veces del puro poder punitivo). En un uso más depurado del nombre (referido exclusivamente al saber jurídico-penal), corresponde sostener que *el derecho penal* es (a) parte del *derecho público*, (b) *represivo*, (c) *continuo y fragmentador* y (d) *normativo*. En cuanto a las *leyes penales manifiestas*, puede afirmarse que (a) son *sancionadoras* y que (b) habilitan *poder punitivo de modo fragmentado y discontinuo*. El *poder punitivo*, por su parte, muestra siempre una *constante vocación de continuidad*. Dado que la tradición de la literatura penal mezcla todos los posibles sentidos, es menester (a) replantear la cuestión separando los caracteres según cada uno de los entes señalados por los tres sentidos asignados y (b) revisar su contenido y alcance desde la perspectiva de un sistema de comprensión basado en la teoría negativa o agnóstica de la pena.

El derecho penal es	{ (a) derecho público (b) represivo (c) continuo y fragmentador (d) normativo.
Las leyes penales manifiestas son	{ (a) sancionadoras (b) habilitan poder punitivo de modo fragmentado y discontinuo
El poder punitivo	{ muestra una constante vocación de continuidad o totalidad

Es una rama del derecho público

En principio, *el derecho penal es una rama del derecho público* y, desde la perspectiva contentora este carácter se refuerza, pues puede ser considerado como un apéndice del derecho constitucional y en él hallar sus primeros y más importantes fundamentos (ver § 49.1). No puede argumentarse en contra esgrimien-do algunas aisladas concesiones a la voluntad de las víctimas, que no pasan de ser límites elementalísimos a los extremos más groseros de la confiscación del conflicto.

Es represivo, pero de la pulsión del estado de policía

La tradición repite que el derecho penal tiene carácter *represivo*. (a) En los discursos legitimantes esta afirmación era funcio-nal, porque la represión de las pulsiones, según Freud, está en la base de la cultura, es decir, de lo propiamente humano. (La cultu-ra nacía con la represión del deseo del incesto.) De este modo el

poder punitivo (supuestamente regulado por el derecho penal para las tesis legitimantes) cumplía una función indispensable para la civilización y en él tendría su origen nada menos que la cultura, planteamiento que garantizaba la permanencia del poder punitivo acompañando al humano mientras éste transite sobre el planeta, porque el ser humano es eminentemente cultural. (b) Desde un derecho penal contentor, donde el poder punitivo tiene análoga categoría que la guerra –y aún mayores efectos letales, conforme a la comprobación histórica–, el signo *represivo* debe invertirse: el poder punitivo aparece como una pulsión primitiva (*Trieb*), necesitado de represión (*Verdrängung*) para posibilitar la civilización. El derecho penal debe operar como *dique* para *represar* ese poder. El carácter *represivo* subsiste pero como *contenedor de las pulsiones irracionales de las personas que operan el poder punitivo del estado*.

- 4 La confusión entre derecho penal (saber o ciencia penal) y su principal objeto de interpretación (ley penal), especialmente incurriendo en la reducción del último a la ley penal manifiesta (por considerar el plano del *deber ser* como del *ser*), en el marco de un discurso penal que pretendía *regular* el ejercicio del poder punitivo, dio como resultado que se destacase el *carácter fragmentario* del derecho penal. Con esto se subrayaba el fenómeno de que la ley penal manifiesta recorta algunas conductas y las criminaliza en forma *discontinua*, a diferencia de la ley civil que, por regular relaciones de la vida de todos los habitantes, se presenta como un sistema continuo (sin lagunas). Pero si se renuncia al discurso omnipotente legitimante, para enfrentar la tarea de contenerlo y reducirlo, la cuestión de la fragmentación se altera en varios sentidos.

Es continuo y fragmentador

- 5 En principio, (a) *el derecho penal (saber penal) no es discontinuo ni fragmentario*; lo es el ejercicio del poder punitivo habilitado por las leyes penales manifiestas, porque habiendo una tensión permanente entre éste y el derecho penal, y tendiendo estructuralmente el primero a neutralizarlo y a configurarse como poder continuo, el esfuerzo del derecho penal lo mantiene fragmentado y la potencia jurídica reductora tiende a acentuar este carácter. *El derecho penal es continuo y fragmentador* en tanto que *el poder punitivo habilitado por las leyes penales manifiestas debe mantenerse discontinuo y fragmentario*, cabiendo que para ello el derecho penal (poder jurídico) debe contener su estructural tendencia

No es discontinuo ni fragmentario

a la continuidad, pues sin esa contrapulsión el poder punitivo dejaría de ser fragmentario para convertirse en continuo o total (*se desembocaría en el estado totalitario*). (b) En otro sentido, el derecho penal tampoco es discontinuo ni fragmentario, porque su saber debe abarcar todo el ejercicio del poder público para determinar cuál es punitivo, dada la existencia de leyes con funciones penales latentes y otras eventualmente penales y la circunstancia de que el poder punitivo se defina por exclusión. El derecho penal debe ser un saber sin fracturas, que abarque en su horizonte toda la tendencia a la continuidad del poder punitivo, para eliminar el que se ejerce sin el presupuesto de un delito, tanto como para contener al que se ejerce en estos casos y, de esa manera, *obtener la fragmentación del ejercicio del poder punitivo y acentuarla en la medida del poder de las agencias judiciales*.

**El carácter
sancionador es
de la ley penal**

Del discurso conforme al cual el derecho penal regularía el 6
ejercicio del poder punitivo, se ha derivado otro debate sobre si
tiene *carácter sancionador* o también es *constitutivo*. Con ello se
quiere averiguar si la criminalización primaria recae sobre accio-
nes lesivas que ya son antijurídicas (ilícitas) para el derecho en
general, dado que lo son para alguna de sus otras ramas, o bien,
si puede operar la criminalización respecto de acciones cuya
antijuridicidad es creada directamente por la ley penal. La tesis
sancionatoria y no constitutiva se objeta en base a que unas po-
cas conductas criminalizadas no constituirían ilícitos civiles ni de
ninguna otra naturaleza, como la omisión de auxilio, el maltrata-
miento de animales y las tentativas no calificadas. Aunque esta
afirmación es discutible, no es determinante para negar el carác-
ter sancionador, porque lo importante es que *la ley penal no crea
bienes jurídicos*: los conflictos primariamente criminalizados de-
ben afectar bienes que son siempre jurídicamente valorados en
otros ámbitos del derecho. Como puede observarse, la pregunta
no está referida al derecho penal (concebido desde la perspectiva
contentora) sino a la legislación penal. Desde esta perspectiva
puede preguntarse si crea los bienes que tutela y que son los de
todos los habitantes, amenazados por el avance irrestricto del poder
punitivo, y la misma respuesta negativa se impone, dado que sólo
defiende derechos y bienes consagrados en todo el orden jurídico
del estado de derecho.

**El derecho penal
es normativo**

El derecho penal es normativo, como lo es todo el saber jurí- 7
dico, pero *no por estar constituido por normas* ni por ocuparse sólo

del *deber ser* y desentenderse del *ser*, sino, simplemente, porque es un saber que tiene por objeto el estudio de normas (porque *se ocupa de normas*). Así como la biología se ocupa de los seres vivos y la botánica de las plantas, el derecho se ocupa de las normas. Pero no podemos entender qué queremos decir con que *el derecho penal es normativo* o que lo es porque se ocupa de las normas, sin saber qué son las normas, del mismo modo que sin saber qué son los seres vivos o las plantas no sabremos qué es la biología o la botánica respectivamente.

- 8 Ante todo, las únicas normas que existen en el mundo como entes reales (del mismo modo que existen el obelisco o nuestras mesas de trabajo) *son las leyes penales*. Están escritas, publicadas en el Boletín Oficial, son parte del mundo real. De estas normas reales, inferimos *normas deducidas* como recurso metodológico, o sea que, del texto del art. 162 CP deducimos la norma *no hurtarás* (o *prohibido hurtar* o *prohibido lesionar la propiedad ajena*). Estas normas deducidas expresan una *función dialéctica* (bifronte), que *en el momento político habilita eventual criminalización secundaria*, pero que *en el momento jurídico sirve para limitar ese mismo poder*. Veamos: (a) Cuando la agencia política sancionó la norma real (ley penal) quiso prohibir algo (norma deducida) y para ello habilitó el ejercicio del poder punitivo. Esta es la función de la norma deducida en el momento político de la prohibición. (b) En el momento jurídico, la misma norma deducida nos sirve para decirle a los jueces que no pueden habilitar ningún poder punitivo, por más que la acción se halle descripta por la ley (que se haya apoderado de una cosa mueble total o parcialmente ajena) si con ello no lesionó la propiedad ajena (se apoderó de algo que la persona había dejado frente a su domicilio para que el recolector de servicios se llevase). La norma deducida no es, pues, nada más que un instrumento metódico que evita mayores irracionalidades porque permite precisar el alcance prohibitivo de la ley, pero no es real, no existe en el mundo fáctico, sino que es un ente o instrumento lógico, un ente ideal.

¿Qué son las normas?

- 9 Pero, en definitiva, la norma deducida (el *no hurtar*) ¿Existe o no existe? Existe, claro está, pero como ente ideal. Desde los griegos hasta hoy se sabe que existen tanto los entes reales como los ideales, pero de diferente manera. El número cinco existe y el perro también, pero no se puede salir a pasear al número cinco ni usar al perro para hacer un cálculo, simplemente porque el cinco

¿Existe la norma deducida?

es un ente ideal y el perro es real. Pero ¿Cómo se puede violar un ente ideal? ¿Es posible violar un elemento metodológico? La pregunta procede porque cuando se habla de *violación a una norma*, no se trata de una norma real (una ley penal), pues como bien se ha señalado desde antiguo (Binding), ésta no se viola sino que se cumple, porque la conducta descrita (apoderarse de una cosa mueble ajena) se realiza y, en consecuencia se impone la pena establecida en ella. Lo que se violaría es la *norma deducida* (el *no hurtarás*), pero la violación de esta norma es una metáfora que, por ser gráfica, es bueno emplear, pero que no por ello pierde su esencia. La contradicción de una acción humana con una norma es sólo *metafórica*, porque corresponden a dos mundos diferentes, como son la mesa redonda que tengo frente a mí y la idea de triángulo: sé que la mesa no es triangular, pero no porque haya contradicción ni violación del triángulo, sino mera no correspondencia de mi idea de triángulo con la realidad redonda. Sólo puede haber contradicción entre dos normas.

En conclusión

De lo dicho puede concluirse que (a) el derecho penal es *normativo* porque se ocupa de normas, (b) entendiendo por tales las *normas penales reales o leyes penales*, y (c) porque para la determinación de su alcance se vale de las *normas deducidas* como instrumentos metodológicos. 10

§ 23. Breve excursus sobre el destinatario de las normas

¿A quién se dirigen las normas?

No es correcto cerrar la referencia al carácter normativo del derecho penal y la consiguiente precisión respecto de las normas reales y las deducidas, pasando por alto una larga discusión —en modo alguno cerrada— que, a partir de una pregunta aparentemente ingenua, atraviesa buena parte de la dogmática jurídico-penal del último siglo: ¿A quiénes se dirigen las leyes penales? Dicho de otra manera: la ley penal se publica oficialmente, como si fuese un edicto o un viejo bando. ¿Pero quién es su destinatario? ¿Los jueces? ¿Todos los habitantes? ¿Ambos? ¿Y las normas deducidas tienen destinatario? ¿Son los mismos? Si la ley penal no es constitutiva sino sancionadora, la norma no sería creada por la ley penal. ¿El conocimiento de la ilicitud no depende del 1

conocimiento de la ley penal? ¿Dónde están las normas? ¿En otras ramas del derecho? ¿En cuáles? ¿Están fuera del derecho? Todos los caminos se han recorrido. Se sostuvo que las leyes penales se dirigen a los jueces y no a los ciudadanos, porque éstos están informados de la ilicitud por las otras ramas del derecho. Otros autores sostienen que las leyes penales se dirigen tanto a los jueces como a los ciudadanos o bien sólo a estos últimos. Cuando se señala sólo al juez como destinatario se corre el riesgo de debilitar el fundamento racional del *nullum crimen sine lege*; pero quienes sostienen que están dirigidas a los ciudadanos (o a éstos y a los jueces) no explican muy claramente cómo pueden dirigirse a quienes no pueden comprenderlas, como pueden ser algunos enfermos mentales. Desde la perspectiva realista el problema del destinatario se disuelve, porque *las normas penales (leyes) están dirigidas a todos los habitantes en el momento político, pero en el momento jurídico están dirigidas a los jueces, para indicarles cómo decidir, en tanto que las normas deducidas no están dirigidas a nadie, porque son instrumentos para el conocimiento del alcance de la prohibición, inferidos por el jurista.*

- 2 La cuestión del destinatario está vinculada a la llamada *teoría de los imperativos*. Se ha distinguido entre normas legales primarias (destinadas por el soberano a los súbditos) y secundarias (se las ha llamado *normas relativas a normas* y estarían dirigidas a los órganos del estado encargados de la imposición de la pena en caso de transgresión de las primarias). Sobre las normas primarias se construyó la llamada *teoría de los imperativos* (Austin en la lengua inglesa y Thon en la alemana), que sólo admitía la existencia de mandatos y prohibiciones, por lo cual no había lugar para los permisos. Todas las acciones sociales podían clasificarse en ordenadas, prohibidas o indiferentes. De este modo desaparecían los derechos subjetivos. Además, pretender que las normas primarias tienen como destinatarios a los ciudadanos implica afirmar que los inimputables no son destinatarios de la norma y, por ende, no pueden violarla: un loco que mate a su vecino no violaría ninguna norma, es decir que actuaría conforme a derecho.

La teoría de los imperativos

- 3 Para evitar semejante disparate Jhering afirmaba que los destinatarios de la ley penal eran los órganos encargados de su aplicación. Karl Binding por su parte, eludía la insostenible consecuencia de la teoría de los imperativos separando nitidamente las leyes

La separación de las leyes y las normas

penales y las normas: en tanto que las primeras están publicadas oficialmente y son penales, las segundas, las que desde nuestra perspectiva hemos llamado *normas deducidas*, son previas a la ley penal y se hallan en todo el orden jurídico (de eso deducía el carácter discontinuo y fragmentario). Su obra monumental (*Las normas y su contravención*) está destinada a buscar las normas en todo el derecho. Max Ernst Mayer renunció a la búsqueda en el orden jurídico, para afirmar que se trata de *normas de cultura*.

Normas de valoración y de determinación

Además, se distinguió entre *norma de valoración* y *norma de determinación* (Binding/Mezger) en forma tal que cuando para caracterizar lo ilícito se acentúa la violación a la norma de valoración, su esencia es la lesión al bien jurídico; y si se acentúa la norma de determinación, su esencia es la violación al deber mismo. En años recientes se busca su esencia en la violación a los deberes derivados de roles sociales (Jakobs).

Idealismo y realismo en la cuestión de las normas: cosificación legitimante idealista

Todo esto puede denominarse *perspectiva idealista* respecto de las normas que hemos llamado *deducidas*, porque se les *asigna existencia real* en lugar de admitirlas sólo como *un recurso metodológico*. Desde una teoría del conocimiento realista esto confunde el camino del conocimiento con el objeto a conocer, o sea que, en cierto sentido el idealismo lleva a generar una discusión como resultado de confundir el perro con el número cinco. La pretendida existencia real de las normas deducidas oculta la naturaleza del poder punitivo, porque pasa a segundo plano la coacción punitiva de las únicas normas que realmente existen. Por otra parte, la cosificación de este recurso metódico (hacer de un elemento deducido, una cosa) se usa para encontrarle a la pena una pretendida función preventiva intrasistemática: si la norma es un ente real, el poder punitivo quiere prevenir su violación. Desde el realismo no podemos menos que observar que *este argumento pretende imponer la pena para asegurar la vigencia de una deducción que sirve para aclarar el alcance de la prohibición legal*.

§ 24. La cuestión de las fuentes

¿Fuentes de qué?

El uso equívoco de la expresión *derecho penal* para designar tanto al saber penal como a la legislación, que confunde los carac-

teres de uno y otra, también provoca confusiones cuando se habla de *fuentes*. Manteniendo la nítida distinción entre objeto del saber penal (legislación penal) y saber penal (derecho penal), corresponde sostener una distinción primaria entre fuentes de una y de otro. La precisión a este respecto no es inofensiva.

- 2 Si confundiendo *derecho penal* con *legislación penal*, se señalan como fuentes del derecho penal las leyes penales y, por supuesto, sólo las leyes penales constitucionales, automáticamente quedan fuera del saber del derecho penal las leyes penales latentes y eventuales (ver § 7.4 y ss.) y todo el poder punitivo no formalizado en leyes penales manifiestas. No podemos olvidar que uno de los modos más prácticos de legitimar es ignorar un fenómeno, y cuando se recorta el fenómeno del poder punitivo para dejar que la mirada del penalista se apoye sólo sobre lo que *debe ser* el poder punitivo, todo lo que es el poder punitivo resulta legitimado por omisión. Si se confunde lo que es con el *deber ser*, el derecho penal nunca podrá compararlos, y sin esa comparación nunca podrá servir para impulsar lo que es hacia la realización de lo que debe ser (por definición, el *deber ser* es un *ser* que no es o, por lo menos, que aún no es).

**Las confusiones
no son inocuas**

- 3 *Fuentes de conocimiento* de la legislación penal son las que nos permiten conocerla, en tanto que *fuentes de producción* son los órganos de los que emanan o producen las leyes. Es necesario el conocimiento de las leyes penales para que el derecho penal pueda (a) precisar cuáles son las *leyes penales constitucionalmente lícitas* (*fuentes de conocimiento* de las leyes penales constitucionales o lícitas), en tanto que las fuentes de producción serán las instituciones constitucionalmente habilitadas para intervenir en la sanción de esas leyes (el Congreso de la Nación, el poder ejecutivo como legislador, en menor medida las legislaturas provinciales y los municipios) (ver § 28). De este modo se precisa un *tipo normativo de leyes penales formalmente constitucionales* (lícitas). (b) Luego deben conocerse todas las leyes en sentido material, constitucionales e inconstitucionales (lícitas e ilícitas) que habiliten o posibiliten el ejercicio de algún poder punitivo (leyes formales, decretos nacionales, decretos de necesidad y urgencia, leyes provinciales, decretos provinciales, decretos de intervenciones federales, ordenanzas municipales, resoluciones ministeriales nacionales y provinciales, resoluciones policiales, circulares de

**Fuentes de la
legislación penal**

entes descentralizados, etc.) y los órganos de que emanen serán sus correspondientes fuentes de producción. (c) En un tercer momento, el derecho penal debe comparar el tipo normativo de legislación penal constitucional con la legislación vigente que habilita o posibilita el ejercicio de poder punitivo, para programar la declaración de inconstitucionalidad de la que no resulta adecuada al tipo normativo de leyes penales formalmente constitucionales.

Fuentes del derecho penal

También en el derecho penal cabe distinguir entre (a) sus **4** *fuentes de conocimiento*, que son los datos que debe tomar en cuenta para elaborar sus construcciones (Constitución, tratados internacionales, leyes penales formales, leyes penales materiales, leyes no penales, datos sociales y de otras disciplinas, información histórica, derecho comparado, jurisprudencia, filosofía, etc.), y (b) las *fuentes de información del derecho penal*, que son las que permiten conocer el estado presente o pasado de este saber (tratados, manuales, compendios, cursos, enciclopedias, comentarios, artículos, revistas especializadas, monografías, ensayos, etc.).

§ 25. Las fuentes de conocimiento del derecho penal

Los datos que incorpora

El derecho penal abarca en su horizonte de proyección todas **1** las leyes que habilitan o posibilitan el ejercicio del poder punitivo y, por ende, las decisiones formalizadas de las agencias políticas son parte sustancial de su ámbito de conocimiento. Buena parte de esta habilitación de poder punitivo es inconstitucional y, por ende, sólo se incorpora para proyectar decisiones de las agencias jurídicas que los reduzcan o eliminen. Pero para interpretar las leyes penales también son necesarios otros datos del mundo, que forman parte de la realidad. (a) Para construir el *tipo normativo de leyes penales constitucionalmente admitidas* (para decidir la inconstitucionalidad de las restantes) necesita conocimientos del derecho constitucional y del internacional; (b) para interpretar ciertas leyes penales se necesitan datos del derecho administrativo, civil, comercial, etc.; (c) no puede proyectar jurisprudencia sin conocer la existente; (d) pero el penalista no es un extragaláctico, pues sin conocimientos no normativos tampoco podrá saber si la

cosa objeto del hurto es cosa (si tiene valor pecuniario), si la expresión verbal tiene sentido lesivo en la injuria, si los compases son de una tradición o de autoría de alguien, etc. Por eso, las fuentes del derecho penal no pueden enumerarse taxativamente y muchas corresponden a su interdisciplinariedad con otras disciplinas (ver § 41), que no es una mera cuestión de relaciones, sino el reconocimiento de que ningún saber o ciencia puede agotarse en sí mismo, porque todos son recortes artificiales de una realidad única, necesarios sólo en razón de las limitaciones del conocimiento individual.

- 2 Sería muy pobre el derecho penal si pretendiese negar la importancia de los datos históricos, de los criterios jurisprudenciales, de la información política, social y económica, de la ubicación en la historia de las ideas y en el marco de la dinámica cultural y de todo aporte científico que le pueda aclarar el efecto real de la norma en la práctica del sistema penal, contribuir al esclarecimiento y a la crítica ideológica de la norma o del entendimiento de su función, etcétera.

**No debe
empobrecerse al
derecho penal**

- 3 Los autores del siglo XIX (Feuerbach, por ejemplo) consideraban a la filosofía como fuente de conocimiento del derecho penal. Lo hacían porque como no tenían constituciones ni derecho internacional que les diese el marco liberal y garantizador, debían deducir sus sistemas de la razón, o sea, de la filosofía. Luego ésta fue perdiendo prestigio entre los penalistas y hasta llegó a sostenerse que cualquier referencia a ella era perjudicial (Manzini). Lo cierto es que desde hace muchas décadas no se la menciona como fuente de conocimiento del derecho penal. Cabe preguntarse si esta tradición decimonónica interrumpida en el siglo XX, no debe ser restaurada.

**La filosofía
como fuente
del derecho
penal**

- 4 El derecho penal –como cualquier saber– se pregunta acerca del ser de cierto universo (horizonte) de entes, en tanto que la filosofía se interroga sobre el ser de todos los entes (ontología). En este sentido, puede afirmarse que las ciencias son una suerte de *ontologías regionales*, lo que no debe entenderse como que la ontología se ocupa del ser de cada uno de los entes, sino de lo que hace que todos los entes sean: ¿Por qué ser? ¿Por qué mejor no ser? es quizá la mejor formulación de su pregunta pensante. Se puede afirmar que esta pregunta es un error, que todo ser es siempre ser de algo y negar la ontología, pero la negación de la ontología es también una concepción ontológica.

**Ontología
regional**

Antropología filosófica

La pregunta ontológica necesita algún hilo conductor para 5
decidir a qué ente interrogar primero, y dado que quien pregunta
es el ser humano y que la pregunta no puede tener sino forma
humana, el primer capítulo de la ontología (estudio del ser) será
la *antropología filosófica* (estudio del ser humano). Si el derecho
penal –como cualquier saber u ontología regional– se vincula a la
filosofía (ontología) y ésta comienza por la antropología filosófica,
esto explica la conexión que la historia del derecho penal nos de-
muestra empíricamente: es posible compartir o no las concepcio-
nes de lo humano de cada época, pero es indudable que el dere-
cho penal siempre se ha elaborado presuponiendo alguna:
kantiana, hegeliana, positivista, romántica, etcétera.

No hay derecho penal que no sea tributario de cierta antropo- logía filosófica

La decisión política que precede y condiciona la construcción 6
de todo sistema de comprensión del derecho penal, se nutre íntima-
mente de una antropología o concepción de lo humano, aunque
no la confiese y aunque no la conozca. En estas últimas hipótesis
no se carece de base antropológica, sino que ésta es confusa por
agregación. Ocultar la decisión política previa al sistema y la an-
tropología que la funda, no tienen el efecto de hacerlas desapare-
cer, sino de impedir el control de su racionalidad, pero así como
ante la omisión de la función expresa queda la latente, ante la
imprecisión respecto de la antropología fundante queda una an-
tropología también latente. Por ende, *no parece posible negar a la
filosofía (y en especial a la antropología filosófica) el carácter de
fuente del derecho penal.*

El derecho penal comparado

El *derecho penal comparado* puede ser entendido como com- 7
paración de legislación penal o como comparación de doctrinas y
sistemas de otros países. Esto último se ha vuelto corriente, pues
el saber jurídico penal no conoce fronteras en la actualidad, y las
bases constructivas tienen el límite común del Derecho Internacio-
nal de los Derechos Humanos. Pero la legislación penal compara-
da tampoco es indiferente para la construcción de un sistema: (a)
porque es necesaria para precisar los caracteres diferenciales de
la propia legislación; (b) cuando una legislación reconoce expre-
samente un mayor nivel de realización de alguno de los principios
limitadores del poder punitivo (ver § 27), contribuye con ello al avan-
ce realizador en otros sistemas, porque facilita la argumentación
que permite interpretar más progresivamente las disposiciones
de otras legislaciones e incluso postular su inconstitucionalidad:

(c) tampoco es raro que interpretaciones fundadas en la adaptación de argumentos sistemáticos contruídos a partir de otras leyes, provoquen la reforma de la ley local; (d) por último, la comparación legislativa pone de manifiesto los anacronismos de la legislación propia.

§ 26. Las fuentes de información del derecho penal

1 Son *fuentes de información del derecho penal* las que permiten conocer el estado del saber jurídico-penal presente (contemporáneo) o pasado (histórico). En lenguaje más corriente se la denomina *bibliografía penal* (también *literatura penal*, aunque con cierto rebuscamiento). Su volumen es extraordinario y creciente.

**La bibliografía
jurídico-penal**

2 Su clasificación no difiere de la usual en cualquier rama jurídica. (a) Las obras generales que exponen la totalidad de la disciplina suelen dividirse en *tratados*, *cursos*, *manuales*, *estructuras*, *síntesis* y *principios*. Si bien entre las obras de la última década del siglo XIX y las del siglo XX las hay que ofrecen un desarrollo enciclopédico, algunas colectivas (*Pessina*, *Cogliolo*, *Grispigni*) y otras individuales (*Manzini*, la emprendida por *Jiménez de Asúa*) e incluso alguna de parte especial de iguales caracteres (*Quintano Ripollés*), en las últimas décadas se observa una marcada tendencia a privilegiar las obras de parte general y dejar la especial a desarrollos monográficos. El modelo del *Lehrbuch* o tratado alemán ha sido siempre de un volumen, en tanto que, en lenguas latinas esa denominación suele reservarse para obras de varios volúmenes (casi enciclopédicas). También algunas de estas últimas, pese a abarcar varios volúmenes, se denominaron *Manuales* (*Pannain*, *Antolisei*). El modelo de los *Lehrbücher* alemanes parece extenderse en las últimas décadas a la producción italiana y española. (b) Una forma de exposición frecuente son los códigos comentados, que los hay desde los integrados por un volumen de comentarios breves, hasta obras que abarcan varios volúmenes y que en parte se superponen con las enciclopedias. (c) El resto de la literatura penal se compone de *monografías*, *ensayos* (género poco frecuentado) y artículos en revistas especializadas o de derecho en general. (d) Existe una tradición de obras colectivas

**La clasificación
usual**

dedicadas a catedráticos, por lo general con motivo de su retiro universitario, que consisten en colecciones de trabajos ofrecidos por colegas y discípulos (*libros homenaje*).

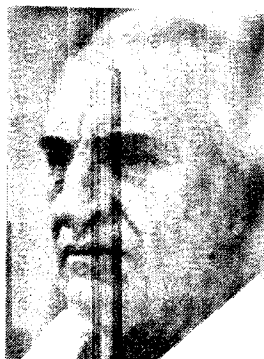
Bibliografía extranjera en Latinoamérica

La tradición jurídico-penal latinoamericana proviene de Europa continental. El método jurídico empleado es el dogmático, cuyo origen se disputan entre alemanes e italianos. La bibliografía extranjera más influyente en la región proviene de países europeos que siguen más cercanamente este método (Alemania, Italia y España; en menor medida, Portugal, Austria y Suiza) y de sus desarrollos en América Latina. La bibliografía francesa no tiene hoy influencia en la región, pese a haber sido notoria su importancia en el siglo XIX. La bibliografía anglosajona es poco conocida. Varios autores alemanes e italianos fueron traducidos y sus obras publicadas en la Argentina. En los últimos años las traducciones españolas de autores alemanes contribuyen a nutrir la dis-

cusión doctrinaria en toda la región, aunque se traducen pocas obras de autores italianos.



Eusebio Gómez



Ricardo C. Núñez

La bibliografía local es considerable. Las obras generales pueden clasificarse en cuatro periodos: (a) Los primeros autores (*Carlos Tejedor, Manuel Obarrio, Cornelio Moyano Gacitúa y Rodolfo Rivarola*) pueden llamarse los clásicos argentinos, que preceden a los positivistas o se mantienen relativamente inmunes ante el embate de éstos. (b) Los autores del positivismo (*Eusebio Gómez, Juan P. Ramos y Alfredo Molinario*) se superponen temporalmente en parte con éstos, debido a cierta resistencia -más sorda que abierta- al positivismo ortodoxo, lo que explica que el código penal de 1921 no haya respondido a esa filiación. (c) Los primeros autores dogmáticos (*Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez y Carlos Fontán Balestra*) fueron los que inauguraron esta metodología en la Ar-

gentina, que se inició entre la cuarta y quinta décadas del siglo XX, con una dogmática jurídico-penal inspirada en principio en von Liszt y Beling, adquiriendo progresivamente un marcado acento neokantiano en versión de Mezger. A esta época neokantiana pertenece la obra general publicada en Buenos Aires por Luis Jiménez de Asúa. (d) Los *autores contemporáneos* son los que a partir de los años setenta recibieron la influencia de la dogmática alemana posterior al neokantismo. En este período pueden distinguirse dos momentos: la primera etapa, la ocupa el debate entre el finalismo y el neokantismo, y en la segunda se desarrollan caminos abiertos a partir del propio finalismo.

CAPÍTULO 4

Límites a la construcción impuestos por su función política

§ 27. La naturaleza de los principios limitadores a que debe someterse la construcción

1 La construcción del sistema de comprensión del derecho penal (saber penal) presupone una decisión política que la condiciona. Un arquitecto planifica un edificio a partir de la previa decisión sobre el destino de la construcción, y será diferente según sea para un hospital, una escuela, un club deportivo o una residencia. Toda la construcción estará condicionada por esa previa decisión acerca de la función que tendrá el edificio.

La naturaleza de los principios limitadores

2 El sistema es un medio y no un fin en sí mismo. Con el método jurídico se construye el sistema del derecho penal (el saber penal se expresa en forma de sistema) 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. El arquitecto debe respetar reglas de simetría, pero si para ello debe abrir una ventana en medio de la piscina, habilitar aulas en un sótano o abrir el acceso a la residencia en el baño, deberá modificar su proyecto, porque éstas son soluciones o *caminos prohibidos*, debido a su disfuncionalidad con el objeto de la construcción.

El sistema es un medio y no un fin en sí mismo

3 Cualquier acto de la vida lo decidimos descartando caminos prohibidos, que son meras posibilidades lógicas. En el derecho penal, el criterio para realizar este descarte lo proveen estos prin-

El criterio para seleccionar y descartar los caminos prohibidos

cipios limitadores que condicionan la labor de construcción sistemática del penalista. Pese a la importancia de esa función, estos principios (a) no son taxativos (no se trata de una lista cerrada e inamovible) (b) ni tampoco son de realización absoluta (siempre se respetan a medias).

**No son taxativos
ni están
absolutamente
realizados**

En la pugna entre el estado de derecho y el estado de policía, **4** las agencias jurídicas deben empujar para que el estado de derecho avance; para ello, los principios deben aumentar en número y también subir el nivel de su patrón o *standard* de realización. La tarea de avance y consolidación del estado de derecho (fortalecimiento del dique, mayor contención de aguas, y disminución de las mismas) es un *unfinished*, algo constante y nunca acabado en la perspectiva actual, en una dialéctica que vive en todo estado real, presente o pasado.

**El progreso
jurídico**

El número de principios limitadores que rigen la construc- **5** ción del sistema puede aumentar por surgir otros aún no descubiertos o desprendidos de los conocidos pero no suficientemente desarrollados. Así como se enuncian nuevos derechos humanos, o como el propio art. 33 de la CN reconoce los derechos implícitos, también habrá garantías nuevas no explicitadas y otras implícitas no desarrolladas. El número de principios limitadores y su mayor patrón o *standard* de efectividad en la realidad social señala el nivel de progreso jurídico alcanzado, en el plano nacional, en el regional y mundial. Pero este progreso no es lineal, sino de grandes ciclos, y en los ciclos más reducidos o acotados, es demasiado frecuente hallar retrocesos sensibles y graves. El progreso jurídico no es una constante ni responde a una ley histórica, sino que es resultado del esfuerzo que, cuando se debilita, permite el avance del estado de policía, con el consiguiente retroceso de los principios limitadores y del respeto a la dignidad humana.

**¿Qué es el
estado?**

A estas alturas cabe preguntarse qué es el estado, si sirve **6** para algo, si no será verdadera su deslegitimación marxista. La pregunta es válida. Ante todo, lo desacralizamos al no escribirlo con mayúscula (no hay razón para su asimilación ortográfica con Dios). No aceptamos la racionalización que pretende que la mayúscula sólo evita confusiones con su homónimo. Hay muchos homónimos en todas las lenguas y no por ello se escribe uno con mayúscula. En segundo término, la historia y la realidad nos demuestra que el estado no es la figura ideal que nos describen

algunas teorías; pero tampoco es invariablemente una estructura de poder al servicio mecánico de las clases hegemónicas, aunque siempre tiende a convertirse en esto último. El estado histórico, real, es el producto de la dialéctica entre ambos polos: el estado de policía siempre responde a la descripción del marxismo (incluso cuando se lo montó con su pretexto); el estado de derecho siempre pretende convertirse en el estado ideal de igualdad ante la ley; los estados reales se acercarán más a uno u otro extremo en razón de su grado de progreso jurídico alcanzado (que, por supuesto, es producto de su general progreso social).

- 7 Todos los principios limitadores demandan la legalidad, evitan choques groseros con el derecho internacional de los derechos humanos y, en definitiva, pueden derivarse más o menos directamente del principio republicano de gobierno. No obstante, algunos parecen emerger con mayor claridad de uno o de otro de estos aspectos, por lo que, *por razones de mero orden expositivo y sin ninguna consecuencia práctica diferente*, es posible clasificarlos en *principios que se derivan preferentemente* (a) de la legalidad; (b) de la necesidad de evitar violaciones groseras a los derechos humanos y (c) del principio republicano de gobierno (art. 1° de la CN). Seguimos este orden en la exposición que hacemos a continuación.

**La clasificación
de los principios
limitadores**

A. Principios que derivan de la exigencia de legalidad:

- (a) legalidad formal
- (b) irretroactividad
- (c) máxima taxatividad legal e interpretativa
- (d) respeto histórico al ámbito de lo prohibido

B. Principios contra groseras disfuncionalidades con los derechos humanos:

- (a) lesividad
- (b) humanidad
- (c) trascendencia mínima
- (d) prohibición de doble punición
- (e) buena fe y *pro homine*

C. Límites derivados del principio republicano de gobierno:

- (a) principios de acotamiento material :
 - (α) proscripción de grosera inidoneidad de la criminalización
 - (β) Proscripción de la grosera inidoneidad del poder punitivo
 - (χ) limitación máxima de la respuesta contingente
- (b) principio de superioridad ética del estado
- (c) principio de saneamiento genealógico
- (d) principio de culpabilidad
 - (α) exclusión de la imputación por mera causación
 - (β) principio de exigibilidad

§ 28. Principios que derivan de la exigencia de legalidad:

(a) legalidad formal

Legalidad formal

La única ley penal es la ley formal emitida por los órganos políticos habilitados por la CN (ver § 24.3). En esto consiste el principio de legalidad; su enunciado latino fue obra de Feuerbach (ver § 67) a comienzos del siglo XIX, pues no lo conocía el derecho romano: *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale*. Puede decirse que el conjunto de disposiciones de máxima jerarquía normativa que establecen la exigencia de legalidad penal, configuran el tipo de *ley penal lícita*. Estas normas fundamentales son los arts. 18 y 19 CN y (mediante el inc. 22° del art. 75 CN), los arts. 9° de la CADH y 9° del PIDCP.

La fórmula constitucional

La CN –a diferencia de la norteamericana– no prohibía en forma expresa la llamada ley penal retroactiva (ley penal *ex post facto*, posterior al hecho). Se ha discutido si el art. 18 CN consagraba el principio de legalidad penal o si sólo se refería a la legalidad procesal. De sus palabras queda claro que establece la legalidad procesal (*juicio previo fundado en ley anterior*), pero subsistía cierta duda sobre la penal, porque aquí se apartó del modelo norteamericano, lo que hizo pensar que se inspiraba en la Carta Magna inglesa (los ingleses no podían consagrar la legalidad penal porque sus tribunales creaban ley). Además, en los Estados Unidos se había discutido la incorporación de la legalidad penal a la Constitución, por su obvia consecuencia del principio republicano (sería irracional pretender penar a alguien por algo que en el momento de hacerlo no podía saber que era delito porque no lo era al no hallarse tipificado).

La situación actual

En definitiva, o bien el principio de legalidad penal estaba en el art. 18 o, de lo contrario, éste consagraba sólo la legalidad procesal y la penal se derivaba del art. 1° CN (principio republicano de gobierno) y del llamado *principio de reserva* (art. 19 CN), que no es más que su reverso. Esta discusión nunca tuvo mayor sentido práctico y desapareció por completo con la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, pues los arts. 9° de la CADH y 9° del PIDCP consagran expresamente el principio de legalidad penal con jerarquía de norma constitucional.

4 La principal fuente de legislación penal en nuestro sistema son los órganos del gobierno federal (Congreso de la Nación y poder ejecutivo en cuanto órgano colegislador), dado que las leyes penales de mayor importancia son de competencia federal, porque las provincias delegaron en el legislativo federal la competencia legislativa para el Código Penal (art. 75 inc. 12° CN). En función de esa habilitación, el núcleo más importante de la legislación penal se contiene en: (a) el Código Penal, (b) en las leyes penales especiales (que son leyes penales no codificadas) y (c) en las disposiciones penales de leyes no penales (en el fondo, son una subcategoría de las anteriores).

Fuentes de legislación penal en la manifestación primaria estatal

5 El gobierno federal es la manifestación primaria del estado, a la que siguen las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como manifestaciones secundarias. La materia de prensa se la reservaron las manifestaciones secundarias del estado (art. 32 de la CN), que dictan sus propias leyes de prensa. Además, éstas tienen competencia legislativa en materia contravencional referida a la violación de normas que no sean de naturaleza federal ni municipal (ver § 46). En consecuencia, una segunda fuente de producción legislativa formal son los órganos legislativos previstos en cada constitución provincial y en la de la ciudad de Buenos Aires, competentes para legislar penalmente en materia de prensa y contravencional.

Fuentes en la manifestación secundaria del estado

6 Pero el estado argentino tiene una forma terciaria de aparición (la de mayor raigambre histórica) que es el municipio. Los municipios son entes políticos y no meramente administrativos (a partir de las claras disposiciones de los arts. 1°, 5° y 123 CN) y en sus respectivas competencias pueden sancionar leyes (ordenanzas municipales) que establezcan sanciones para la violación de las normas que son de su competencia y que pueden tener naturaleza administrativa (faltas) o contravencional. Cuando estas faltas tengan naturaleza contravencional deben ser juzgadas por órganos judiciales del propio municipio que, al efecto, deben gozar de todas las garantías de independencia de la jurisdicción.

En la forma estatal terciaria

7 No es sencilla esta distribución de competencias legislativas para legislar penalmente, habiendo muchos puntos discutibles en sus zonas en disputa, en la que, por desgracia, generalmente sale perjudicado el principio federal. No obstante, la distribución es clara en muchos casos: (a) El homicidio o el robo son sin duda

Las dificultades de la distribución de competencias

materias del código penal y, por ende, deben ser legisladas por el gobierno federal; la materia electoral nacional debe ser legislada por el gobierno federal, por ende, los delitos electorales nacionales son de su competencia (delitos federales) y también lo son las infracciones penales menos graves contra esas normas (contravenciones federales). (b) El uso de tangas o el nudismo en playas y balnearios es una cuestión que debe legislar cada provincia en su competencia territorial; por ende, la violación de esas normas puede tipificarse por la provincia o la ciudad de Buenos Aires como contravenciones provinciales. (c) La ocupación de las aceras por mesas y sillas o vendedores ambulantes es de competencia municipal; las violaciones a estas normas pueden ser sancionadas como faltas o como contravenciones municipales, según se siga la vía de la sanción administrativa o de la penal.

**Los decretos no
pueden crear
ley penal**

El poder ejecutivo no puede legislar en materia penal, fuera 8
de la función que le incumbe como colegislador (promulga o veta las leyes del Congreso y puede enviar proyectos para ser tratados por las Cámaras). En ningún caso puede legislarse penalmente por decreto ni por esta vía *reglamentarse* una ley penal. El inc. 3° del art. 99 de la CN autoriza al poder ejecutivo a emitir *decretos de necesidad y urgencia* (debieran llamarse *decretos-leyes*), pero la materia penal está excluida de estos decretos. Debe entenderse que esta garantía, como toda la de legalidad, rige también para la ley procesal penal.

**Los
decretos-leyes**

Nuestro país pasó por largos periodos de dictaduras usur- 9
padoras (1930-1932; 1943-1946; 1955-1958; 1962-1963; 1966-1973; 1976-1983) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación las legitimó en acordadas, invocando la doctrina *de facto*, que no es más que el reconocimiento del derecho de quien tiene la fuerza. La teoría o doctrina *de facto* es blanco de ataques muy fuertes en el plano internacional por los anticolonialistas y por quienes reclaman la reparación histórica por genocidios pasados, en especial con el irrefutable argumento de que la fuerza y el paso del tiempo no pueden hacer del genocidio y del pillaje (robo masivo) una fuente de derechos. (¿Con qué legitimidad un derecho puede condenar a un homicida y a un ladrón, si su legitimidad se deriva del homicidio y del robo cometidos masivamente? ¿El tribunal del país colonizador puede condenar? ¿Puede hacerlo el del estado que hereda al colonizador y que mantiene en la posición de subordinación a la población diezmada por éste?) Durante estos

períodos, las dictaduras legislaron en materia penal por *actos legislativos de facto* (primero se llamaron *decretos-leyes* y se sostuvo que debían ser ratificados por el Congreso una vez restablecido el orden constitucional; las dos últimas dictaduras se quisieron arrojar la potestad legislativa y los llamaron *leyes*; se decidió que no necesitaban ratificación posterior). Aunque se siguió la práctica de derogarlos por vía de ley, lo correcto en materia penal hubiese sido su declaración judicial de nulidad. De toda forma, si hubiese infaustos hechos semejantes en el futuro, estos actos, como los de todos los que usurpasen funciones constitucionales, serán delictivos y, por ende, no sólo no serán ley sino que serán violatorios de la ley misma (art. 36 CN).

- 10 En nuestro sistema del llamado *derecho escrito* (por oposición al de *derecho común*, formado por la costumbre y la jurisprudencia), los usos, las costumbres, la doctrina y la jurisprudencia no generan ley penal. Sin embargo, son necesarias algunas precisiones. (a) En cuanto a los usos y costumbres, debe tenerse presente que completan la ley penal cuando remite a ellos, como sucede cuando es necesario determinar cuál es el deber de cuidado en una actividad no reglamentada, o cuál es la práctica comercial para distinguirla de una estafa. (b) Por otra parte, la costumbre tampoco deroga la ley penal, pero cuando el sistema penal deje de ponerse en movimiento a su respecto o nunca lo haya hecho, pese a la reiteración de hechos típicos de conocimiento público (fenómeno poco frecuente en delitos pero bastante común en contravenciones), no es posible que de repente lo haga sin ningún aviso previo. La selectividad del sistema penal es un hecho que sólo puede admitirse con algunos límites, más allá de los cuales no es tolerable; por ello, no puede operar en forma de una trampa para el ciudadano, librada al antojo de la agencias ejecutivas. (c) La doctrina no puede generar ley penal, pues sólo proyecta jurisprudencia (ver § 24), y ésta tampoco puede alcanzar ese carácter, ni siquiera cuando se trata de jurisprudencia de casación ni plenaria (cuando se unifica el criterio de varios tribunales a través de una sentencia, lo que se pretende obligatorio para todos los tribunales abarcados, aunque en realidad no hay en el sistema judicial argentino jurisprudencia obligatoria, porque el poder judicial no es una corporación: cada juez tiene jurisdicción y no hay jerarquías entre ellos, sino sólo diferentes competencias). Lo que puede suceder es que una conducta atípica o

**Usos, costumbres,
doctrina y
jurisprudencia**

no punible según un criterio jurisprudencial, resulte típica según otro criterio. Si el primer criterio (la acción no es delito) es el que domina, el tribunal puede cambiar de criterio pero, en tal caso, no puede pensarse al sujeto que ha realizado la acción, porque incurre en un error invencible de prohibición (ver § 220). De lo contrario, cada uno de nosotros tendría que abstenerse de todas las acciones que los tribunales consideran típicas más todas las que según los criterios jurisprudenciales o doctrinarios más represivos pudieran llegar a considerarse típicas, es decir, que deberíamos abstenernos de hacer no sólo lo que el sistema penal sanciona sino también lo que podría llegar a sancionar.

Las leyes penales en blanco

Se llaman *leyes penales en blanco* a las leyes en que la criminalización primaria (tipificación) se completa remitiendo a otra ley. Si se trata de una ley emanada del mismo órgano (llamada *ley penal en blanco impropia*), no hay problema alguno (la ley penal nacional puede remitir al código civil, por ej.), pero si la ley penal nacional remite a un decreto del poder ejecutivo, a una ley provincial, a una ordenanza municipal, a una resolución ministerial, etc. (las llamadas *leyes penales en blanco propias*), resulta configurando ley penal un órgano que no tiene competencia para hacerlo o, lo que es lo mismo, el órgano competente está delegando su competencia legislativa, lo que es inadmisibles, porque ésta es indelegable. 11

(a) Se ha sostenido que no hay delegación, sino respeto a la competencia ajena (no entrar el Congreso Nacional a legislar materia propia del ámbito reglamentario del ejecutivo nacional, por ejemplo). No es verdad, porque nadie discute que el municipio pueda reglamentar las mesas en las aceras o la venta de melones en la vía pública, sino su competencia para hacer de la violación de esas normas una ley penal nacional. (b) También se ha dicho que se trata de legislaciones que son altamente mutables y que carecen de estabilidad; este argumento tampoco es válido, porque el legislativo debe legislar conforme a las diferentes circunstancias, no justificándose la delegación por comodidad de los legisladores.

Si bien las leyes penales en blanco nunca fueron constitucionales, durante muchos años se aceptaron en algunas materias tradicionales, pero la banalización actual del recurso punitivo obliga a rever la superficialidad con que fueron consideradas. Las

únicas leyes penales en blanco constitucionales son las que remiten a leyes emergentes del mismo órgano político.

§ 29. b) irretroactividad

- 1** Puede considerarse que el principio de irretroactividad de la ley penal es una parte del principio de legalidad, que se explica por separado sólo por claridad expositiva. La ley penal rige para el futuro, debe ser previa a la comisión del hecho, que es el momento de la acción y no el del resultado, porque una vez realizada la conducta, el resultado puede no depender de la voluntad del agente. Pero la acción tiene un comienzo y un final. ¿Debe ser anterior al comienzo de la acción o al final de ésta? Si un empleado sustrae una alhaja en un restaurante y la esconde en el baño, para pasar una semana después y llevársela, inicia la acción con el desapoderamiento pero recién la culmina (consume) con el apoderamiento (cuando se la lleva). Si una ley penal aumenta la pena del hurto y entra en vigencia en la semana que la alhaja permanece escondida en el baño ¿Le es aplicable al agente? Se ha sostenido que no hay retroactividad de esa ley, porque se aplica a un tramo de conducta realizado en su vigencia, lo cual es verdad; no obstante, también es verdad que se aplicaría a un tramo de conducta no realizado en su vigencia. Por ello debe decidirse que no es posible aplicar la nueva ley a esa conducta.

Relación con la legalidad

- 2** Una cuestión que suele debatirse es la retroactividad de la ley procesal penal. Suele afirmarse que la irretroactividad es un principio limitado a la ley penal y no aplicable a la procesal penal. (a) Desde un punto de vista lógico es inaceptable: si con la ley procesal vigente al momento del hecho, que tasa el valor de las pruebas, el sujeto sería absuelto, y con la ley posterior, que libra al criterio del tribunal el valor de las pruebas, el sujeto sería condenado, no se aprecia cuál es la diferencia práctica con la ley penal que incrimina; lo mismo sucede si una nueva ley procesal amplía la aplicación de la prisión preventiva al procesado: con una no iría a prisión y con otra sí. (b) Desde la perspectiva constitucional, la

La ley procesal tampoco es retroactiva

duda que pudo generar el art. 18 fue acerca de la prescripción expresa de la legalidad penal, pero no de la procesal, que sólo con un entendimiento muy arbitrario de sus palabras puede negarse que se halla en su fórmula (ver § 28).

**Retroactividad
de la ley
más benigna**

La ley penal es retroactiva cuando es más benigna. Hasta la **3** ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos esta regla sólo tenía carácter legal (art. 2° del CP), pudiendo ser derogada o excepcionada por otra ley de igual naturaleza. Estas leyes eran las que la doctrina llama *excepcionales y temporarias* (son leyes que rigen en determinadas circunstancias o en cierto período de tiempo señalado de antemano). Se sostenía que en estos casos no operaba la retroactividad de la ley penal más benigna. La CADH y el PIDCP (inc. 22 del art. 75 de la CN), ya no admiten excepciones.

**¿Cuál es la
ley penal
más benigna?**

La determinación de la ley más benigna no siempre es clara, **4** porque lo que puede ser más benigno para alguien, puede ser más gravoso para otro. Así, no se trata sólo de magnitud de pena, sino también si es aplicable una nueva justificación, atenuante, si es viable la prueba, condenación condicional, libertad condicional, etc. Para decidir debe imaginarse la solución del caso conforme a cada una de las leyes; no es permitido mezclar disposiciones de ambas, porque se crearía una tercera inexistente. La única ley que se aplica por separado es la que regula el cómputo de la prisión preventiva (arts. 3° y 24 del CP). La ley más benigna se aplica de pleno derecho (art. 2 del CP); no obstante, siempre *debe oírse al interesado*, cuya opinión no es vinculante (no obliga al juez) pero es sin duda necesaria, en especial en los casos dudosos.

**Leyes
intermedias**

Es ley más benigna la que habilita menor ejercicio de poder **5** punitivo (conforme a las particularidades del caso y del agente), puesta en vigencia después del comienzo de ejecución de la conducta típica y antes del agotamiento de los efectos de la pena impuesta. Entre estos momentos pueden sucederse más de dos leyes penales; *siempre se aplica la más benigna, aunque sea la intermedia o una de las intermedias* (no vigente al tiempo de la comisión ni al del agotamiento de los efectos de la condenación o de la pena). Toda ley más benigna sancionada antes del comienzo de ejecución no sería retroactiva sino directamente aplicable al

caso; toda ley posterior al agotamiento de cualquier efecto de la pena impuesta o de la condenación, carecería de materia a la que aplicarse, aunque esto es discutible, si se trata de una cuestión que afecta el honor del agente.

- 6 No cabe duda de que las leyes desincriminatorias son más benignas. Un caso de ley desincriminatoria anómala son las *leyes de amnistía*, que son una especie de reverso de las leyes temporales. El inc. 20 del art. 75 CN establece que es al Congreso a quien corresponde dictar *amnistías generales*. Que la *amnistía* sea general implica que no es personal, sino que levanta la tipicidad (criminalización primaria) de uno o más hechos identificados por características objetivas (aunque correspondan a personas: huérfanos de guerra, viudas, etc.). *Amnistía* importa (como su etimología lo señala) *olvido*. Las conductas abarcadas dejaron de ser delito en el tiempo o respecto de los sujetos que cumplen con los requisitos objetivos. De allí los efectos que le señala el CP: (a) extingue la acción penal (art. 59); (b) hace cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares (art. 61); (c) no se tiene en cuenta para la reincidencia, con independencia de la constitucionalidad de ésta (ver § 299). Las otras consecuencias se derivan de su naturaleza: (a) no puede tomarse en cuenta para negar ningún beneficio; (b) deja atípicas las conductas de cómplices e instigadores; (c) no puede ser rechazada por el beneficiario; (d) opera de pleno derecho y, por ende, de oficio; (e) opera aunque se haya extinguido por completo la pena.

Leyes desincriminatorias anómalas

- 7 No pueden amnistiarse los delitos del art. 29 CN, porque sería un encubrimiento. La ley *de facto* 22.924 de 1983, emanada de la dictadura pocas semanas antes de entregar el gobierno, pretendió amnistiar los crímenes contra la humanidad cometidos en ese régimen. Se trató de una tentativa de encubrimiento con forma de ley *de facto*. El Congreso la anuló por ley 23.040. La ley 23.521 de 1987, conocida como *ley de obediencia debida*, fue también una ley de amnistía encubierta de un modo que viola la CN, porque usurpa funciones del poder judicial (los legisladores no pueden absolver por obediencia debida). Se trata de una ley inconstitucional, por importar lo que los ingleses llaman un *Bill of Attainder*, en que el Parlamento pronuncia una sentencia.

Leyes de amnistía anómalas

§ 30. (c) máxima taxatividad legal e interpretativa

Legalidad estricta

La ley penal se expresa en palabras y éstas siempre dejan 1
dudas interpretativas. El derecho penal debe exigir de los legisla-
dores el mayor esfuerzo de precisión semántica: el juez debe exi-
gir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad sino
la *legalidad estricta*. Las agencias políticas no siempre cumplen
con esta exigencia, de modo que el juez se encuentra con leyes
que con demasiada frecuencia violan la exigencia de estricta lega-
lidad.

Consecuencias de su violación

Frente a estas situaciones, el juez tiene dos posibilidades (dan- 2
do por supuesto que no opta por aprovechar la oferta del legisla-
dor irresponsable y proceder a un uso arbitrario de sus fórmulas
nebulosas): (a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o (b) apli-
car el principio de máxima taxatividad interpretativa y entender
el texto en la forma más restrictiva de poder punitivo posible. La
elección de uno u otro camino no es arbitraria. En la jurisprudencia
es corriente el llamado *postulado de prudencia*, según el cual,
una ley debe ser declarada inconstitucional cuando no exista nin-
guna interpretación que la haga compatible con la CN. Pero en
materia penal este postulado tiene valor relativo, porque los casos
de violación de la legalidad estricta son producto de la irrespon-
sabilidad legislativa y, siendo ésta un vicio, las agencias jurídicas
deben exigir su corrección.

Hipótesis

Hay casos en los cuales es posible inclinarse por la interpre- 3
tación más limitativa del ejercicio del poder punitivo, como cuan-
do la ley se refería a la *secuela del juicio* (ver § 275), pero en otros
no es posible optar por esta solución, porque importa una verda-
dera consagración de la analogía penal, pues obliga al juez a inte-
grar la ley penal, como sucedía con el concepto de mujer *honesta*
del hoy derogado tipo de estupro. No obstante, no faltan casos en
que es imposible declarar la inconstitucionalidad, porque de ha-
cerlo el ámbito de poder punitivo se ampliaría aún más; tal es el
supuesto de la fórmula para la pena del concurso real (ver § 268),
que de invalidarse caería en la mera suma matemática de las
penas, que es la más represiva de todas las soluciones para esa
hipótesis. En tal caso debe integrarse la ley penal hasta hacerla
compatible con la CN.

4 El art. 16 del código civil prescribe que el juez debe integrar por analogía la ley civil cuando ésta no resuelva expresamente el caso, y el art. 15 del mismo cuerpo le prohíbe dejar de juzgar con ese pretexto; el art. 273 del CP pena al juez que viole la norma del art. 15 del código civil. Dado que el *derecho civil* se ocupa de una legislación que pretende regular la totalidad de la vida humana, desde antes del nacimiento hasta después de la muerte, y que debe tener capacidad para resolver todos los conflictos, siendo ésta su manera de proveer seguridad jurídica, no puede tolerar que ningún conflicto quede librado a la fuerza de las partes. Pero el *derecho penal* se ocupa de una legislación que es eminentemente fragmentaria y, por ende, debe ser interpretada estrictamente (ver § 22). De allí que su forma de proveer seguridad jurídica sea, precisamente, absteniéndose de integrar analógicamente la ley penal. Por ello, prácticamente todas las naciones consagran hoy la prohibición de integración analógica de la ley penal, violada otrora en la legislación nazi alemana y en la stalinista soviética. En la actualidad prácticamente sólo la admite la República Popular China, pero sometiendo siempre la sentencia que la aplica al tribunal supremo. La competencia residual para crear delitos por los tribunales ingleses, de la que éstos no hacían uso desde muchos años antes, se declaró extinguida en 1972 por la Cámara de los Lores (corte suprema inglesa).

**Prohibición
de analogía**

5 No debe confundirse la integración analógica con el uso de la analogía dentro de las palabras de la ley; no sería posible ninguna interpretación sin la utilización de los argumentos *ad simile*. Por ende, la analogía como regla de la lógica interpretativa es admisible y recomendable; lo que está prohibido es hacerle decir a la ley lo que ésta no dice en razón de que la situación es análoga a la que la ley resuelve. Así, nadie duda que la violencia del art. 127 del CP es análoga a la del art. 164 del mismo texto; pero no puede considerarse típica del art. 181 la conducta de alterar los planos que señalan los límites de un fundo, argumentando que es análogo a alterar materialmente los límites.

**El argumento
*ad simile***

6 En función del carácter discontinuo y sancionador de la legislación penal (ver § 22) resulta que, en principio, la criminalización es excepcional, en tanto que la no criminalización es la regla; de esto se derivan dos consecuencias: (a) en lo procesal penal, será necesario probar el hecho y que el sujeto es autor y, en caso de duda, debe absolverse; (b) en lo penal, la regla debe ser

**El principio de
interpretación
restrictiva**

la interpretación más restrictiva de punibilidad dentro de todas las que admiten las palabras de la ley (el primero –procesal– es el principio *in dubio pro reo* y el segundo –penal– es el principio *de interpretación estricta o restrictiva de punibilidad*). El segundo principio impone una regla, pero conoce excepciones: éstas tienen lugar cuando su aplicación deriva en un escándalo por su notoria irracionalidad. Así, la *cosa mueble* del art. 162 CP puede entenderse en sentido jurídico civil o en el sentido corriente más amplio, debiendo preferirse el segundo porque, de lo contrario, quedarían impunes los hurtos y robos de inmuebles por accesión (arts. 2315 y 2316 del código civil) y por representación (art. 2317), lo que sería un absurdo inexplicable. De todas maneras, estas excepciones siempre operarán dentro de lo que la ley dice (dentro de sus *límites semánticos*). Por irracional que sea la exclusión, nada está permitido incluir cuando las palabras de la ley no lo toleran.

§ 31. (d) respeto histórico al ámbito de lo prohibido

Ley y contexto

Toda ley es un discurso que se genera en un contexto cultural y civilizatorio. En ciertos casos el cambio muy profundo del contexto puede dejar atípica una conducta; piénsese que es hoy difícil concebir la afectación del bien jurídico en la provocación al duelo del art. 99 CP, porque ha caído en completo desuso y la provocación más que un descrédito para el provocado daría lugar a una ridiculización del provocador. Pero hay otros casos en que un cambio civilizatorio (como una innovación tecnológica), puede conferir a un tipo penal un ámbito de prohibición inusitado respecto del imaginado por la agencia política que criminalizó la conducta. Tal es lo que sucede con el subjuntivo *reproduzca* en el art. 72 de la ley 11.723 de propiedad intelectual. En 1933 sólo se podía *reproducir* con los mismos medios con que se podía *producir*, o sea, mediante una edición clandestina de la obra con tipografía de plomo; hoy la reproducción es corriente debido a la introducción de la técnica fotográfica. El ámbito de personas que todos los días copian páginas de libros o artículos de esta forma es enorme e imposible de criminalizar. El texto conforme a su in-

interpretación literal llevaría hoy a consecuencias absurdas en cuanto a la magnitud de poder punitivo habilitado.

- 2 Se impone de alguna manera que el juez y el intérprete mantengan el ámbito de lo prohibido dentro de lo abarcado originalmente. La criminalización sólo puede ser obra de legislaturas (nacionales, locales, municipales), por acción de éstos, pero nunca por omisión de las mismas; si los parlamentos quedasen impávidos frente a un cambio que produce una desmesura prohibitiva, estarían criminalizando por omisión.

**Se legisla
por acción**

§ 32. Principios contra groseras disfuncionalidades con los derechos humanos: (a) lesividad

- 1 El primer párrafo del art. 19 CN consagra la limitación a la injerencia del poder más definitiva del modelo de estado que regula: *las acciones que no lesionan a nadie están fuera de toda injerencia estatal*. Esta reserva está referida a todo ejercicio de poder estatal, aunque interesa principalmente al poder punitivo. Esto obedece a que es absurdo que se pretenda una coacción reparadora o restitutiva cuando nada se afectó; o que se quiera ejercer una coerción administrativa directa cuando nada está en peligro. Por eso, el poder más manipulable para penetrar la esfera de intangibilidad moral es el punitivo, que no tiene discurso propio y se racionaliza de muchas maneras.

**El primer párrafo
del art. 19 CN**

- 2 El derecho puede ser *personalista* o *transpersonalista*. El primero es un instrumento o herramienta al servicio de la persona, entendida como ente que, por ser humano, está dotado de conciencia moral (ente autodeterminable capaz de decidir acerca de lo bueno y lo malo). El segundo está al servicio de un ente que está más allá de la persona (estado, dictadura del proletariado, seguridad nacional, raza superior, cuerpo social), de modo que la persona se sacrifica a este ídolo; es un derecho que niega a la persona.

**El derecho
personalista**

- 3 Por ser el derecho argentino personalista, debe respetar y garantizar al ámbito moral de todas las personas, lo que implica que *no puede imponer una moral sino garantizar el espacio para el mérito moral*. El derecho personalista garantiza un espacio de liber-

**Derecho moral
e inmoral**

tad para que la persona elija comportarse conforme o contra lo que su conciencia le indica y, con ello, actúe con mérito o demérito moral, virtuosa o pecaminosamente. El derecho transpersonalista pretende imponer una moral, con lo cual quiere negar ese espacio y, por ende, la posibilidad del mérito moral; o sea, que es un *derecho inmoral*. Por eso el derecho no puede reprimir acciones que sólo interesan al ámbito moral. Se expresó con toda precisión que *el derecho es moral, justamente porque es la posibilidad de lo inmoral* (Gustav Radbruch). Dicho de otra manera: *es inmoral el derecho que pretende ejercer poder sobre una conducta que no afecta los derechos de otro*. De allí que, desde los albores de nuestra mejor tradición constitucional, se haya sostenido que para la doctrina argentina el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos (José Manuel Estrada).

**En otras
palabras**

Expliquemos gráficamente lo expuesto: las relaciones sexuales matrimoniales son conforme a la moral dominante. Es contrario a la moral dominante que un matrimonio invite a sus vecinos *voyeuristas* a tomar el té mientras las practican, pero no puede ser ilícito porque no perjudican a nadie, toda vez que los vecinos van porque quieren y experimentan placer en ello. Pero si el mismo matrimonio mantiene relaciones sexuales dejando abierta la ventana que da al jardín donde el vecino cena con toda su familia e invitados, pueden cometer un acto ilícito, por muy moral que sean las relaciones matrimoniales, porque pueden lesionar el pudor o el sentido estético de quienes no están obligados a presenciar un acto íntimo si no lo desean.

**Lesividad como
expresión del
principio
personalista**

El primer párrafo del art. 19 CN consagra el *principio del derecho personalista* cuya más importante expresión la tiene en el derecho penal, con el llamado *principio de lesividad*: *mientras no hay una lesión no hay un conflicto; mientras no hay un conflicto no puede haber un delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse*. El principio de lesividad se introdujo en la construcción del sistema penal con el concepto de *bien jurídico* (mientras no hay lesión a un bien jurídico –sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto– no hay delito). La idea de un derecho penal que sólo admitía la existencia de delitos como violaciones a derechos subjetivos fue desarrollada por Johann Paul Anselm von Feuerbach, autor del código de Baviera de 1813, que fue el modelo del primer código penal argentino (de Carlos Tejedor) (ver § 58), en sintonía con nuestro art. 19 CN. Luego la idea

se perfeccionó pasando del concepto más limitado de derecho subjetivo al más amplio de bien jurídico (el bien jurídico abarca no sólo los derechos subjetivos, sino también los presupuestos necesarios para su ejercicio, como puede ser el estado, que brinda la seguridad necesaria para ello o que, al menos, se supone que debe brindarla).

- 6 El principio de lesividad exige que en todo delito haya un *bien jurídico lesionado*. Esta exigencia es una limitación al poder punitivo. Sin embargo, el discurso legitimante de inmediato manipuló el concepto, racionalizando que si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico y, con este razonamiento se pasó del *bien jurídico lesionado* al *bien jurídico tutelado*, que es tanto como convertir al cordero en lobo. Esto obedecía a que de allí se dedujo que si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debería haber una ley penal para tutelarlos y –como vivimos– en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas.

La alquimia del discurso penal legitimante

- 7 Toda la anterior alquimia discursiva en torno del bien jurídico, que logra convertir al cordero en lobo, es producto de la confusión de elementos deductivos e inductivos. (a) En principio, y aún aceptando que hubiese un bien jurídico tutelado, debe convenirse que sería diferente del afectado, porque la pena no hace nada respecto de esa lesión (no le devuelve la vida al muerto, ni siquiera lo hurtado a la víctima). El bien jurídico tutelado sería un concepto diferente y un tanto espiritualizado (la vida en general, el patrimonio de todos, etc.), en tanto que el lesionado es concreto y particular. (b) Que la ley penal tutela, es una afirmación que presupone que el poder punitivo previene, o sea, una deducción desde una teoría preventiva del poder punitivo. De no aceptarse una teoría preventiva, la deducción no funciona. (c) Lo único verificable es que hay un bien jurídico lesionado y que la agencia política que criminaliza dice que lo hace para tutelarlos. Si esta última afirmación es verdadera o falsa corresponde verificarlo a la ciencia social y no deducirlo de la nada. La ciencia social no lo verifica y la experiencia cotidiana tampoco; si el bien jurídico está lesionado es porque no hubo suficiente tutela. *La tutela no es algo que se deduce, sino un dato que debe verificarse.*

Las confusiones deductivas e inductivas

**Las distintas
vías ensayadas
para la
neutralización**

El derecho penal autoritario trata de desentenderse del bien 8
jurídico lesionado (a) reduciendo todos los bienes jurídicos a uno
(el estado, la sociedad, la nación, el sistema); (b) otras veces niega
el concepto mismo, pretendiendo que el delito es pura violación
del deber, con lo cual también llega a un único bien jurídico (el
derecho del estado a la obediencia); (c) en otros casos apela a la ya
mencionada alquimia de transformarlo en bien jurídico *tutelado* o
protegido; (d) a veces, como la afectación puede ser también por
peligro, inventa el *peligro abstracto* (peligro de peligro, peligros
remotos, presunciones *juris et de jure* de peligros, inversiones de
la carga de la prueba); (e) válido de los mismos conceptos inventa
tipos penales que adelantan la consumación hasta los actos pre-
paratorios, con lo cual se puede penar cualquier conducta por
inofensiva que sea, con tal que sea sospechosa para el estado,
clonando artificialmente los bienes jurídicos; (f) también han in-
ventado la *universalización de la conducta*: la conducta no es lesiva,
pero su eventual universalización lo sería (si todos fumamos ma-
rihuana, si todos orinamos en el río, etc.); no hay ninguna con-
ducta que si se universalizase y todos la practicásemos continua-
mente no destruiría la convivencia.

§ 33. (b) humanidad

**Punición cruel
en abstracto**

El principio de humanidad impone la exclusión de toda cruel- 1
dad inusitada. Está consagrado en la CN con la prohibición de los
azotes y el tormento (art. 18 CN) y en el Derecho Internacional de
los Derechos Humanos con la prohibición de la tortura y las pe-
nas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5° de la DUDH,
7° del PIDCP y 5° de la CADH). Son penas o manifestaciones del
poder punitivo abstractamente crueles, la muerte en cualquiera
de sus formas, las lapidaciones, las marcas en el cuerpo, las
mutilaciones, etc. Son crueles también las penas realmente per-
petuas, una *capitis diminutio* (marcación o registro imborrable en
la vida de la persona) y mucho más la *muerte civil*. Vinculado a
éstas se halla el deterioro irreversible de la persona, que puede
ser por institucionalización prolongada, por malos tratos perma-
nentes, por lesión a la salud, etcétera.

**Crueldad
en concreto**

- 2 En general, las violaciones al principio de humanidad con penas abstractas son cada vez más extrañas en el mundo, salvo algunos países árabes y el uso de la muerte como propaganda demagógica por los políticos republicanos norteamericanos. Las violaciones más frecuentes al principio de humanidad tienen lugar en los casos particulares, cuando penas que abstractamente no lo violan, por características del caso concreto, resultan de inusitada crueldad. (a) Esto sucede, por ejemplo, cuando el agente ha sufrido una *pena natural* (cuando el autor del homicidio imprudente ha sufrido lesiones que lo dejan cuadripléjico, o las víctimas son su propia familia, o cuando estalla la bomba en manos del terrorista y pierde ambos brazos o queda ciego, etc.). (b) También sucede cuando la pena en concreto es inadecuada a las perspectivas de vida del sujeto (no es lo mismo veinte años de prisión para quien tiene veinte años que para quien tiene setenta o para quien sufre una enfermedad crónica y progresiva). (c) Tampoco puede convertirse la prisión en una pena de muerte cierta o probable (si la prisión agrava la enfermedad por depresión, impide el tratamiento, acelera la muerte o pone en peligro la vida). (d) Cuando las condiciones de cumplimiento real de la pena pongan en peligro la vida o la integridad corporal (la inseguridad en las prisiones aumenta el riesgo de muerte violenta en diez o veinte veces respecto de la vida libre).

§ 34. (c) trascendencia mínima

- 1 El terror político siempre piensa que la familia puede vengar al enemigo muerto o que es bueno extender la pena a los parientes para incentivar la delación. Estas penas se imponían en función de una supuesta *corrupción de la sangre*. Nuestra CN rechaza esta forma aberrante de poder punitivo al definir el delito de traición, prohibiendo la trascendencia de la pena (art. 119 CN). Para el derecho penal argentino la pena es personal (no puede pasar –trascender– de la persona del agente). La multa penal, por ejemplo, la debe la persona, y si ésta fallece antes de pagarla, la obligación no pasa a sus herederos. No obstante, es imposible que la pena no trascienda del penado (la familia sufre una caída

**La inevitabilidad
de la
trascendencia**

social; sus dependientes pueden quedar sin trabajo; etc.). Por eso, no se trata de prohibir la trascendencia que, como fenómeno social, es inevitable; tan sólo se trata de reducirla al mínimo posible.

Casos evitables de trascendencia

Son casos de trascendencia de la pena que deben ser resueltos (a) las excesivas medidas de seguridad y abusos que pueden sufrir los visitantes de los presos, especialmente si bordean la vejación. (b) Igualmente, la prohibición de relaciones sexuales a los presos trasciende a su cónyuge o pareja, deviniendo en una pena no autorizada para el propio penado (la pena de prisión no conlleva la de destrucción de la pareja). (c) La posibilidad de un daño patrimonial irreparable que afecte de modo grave a toda la familia o que prive de su fuente de trabajo a dependientes o a terceros.

§ 35. (d) prohibición de doble punición

Casos de doble punición con y sin doble proceso

No se puede juzgar (*ne bis in idem*) ni tampoco penar dos veces a una persona por el mismo hecho. Cuando la doble punición importa también un doble juzgamiento, los casos suelen ser evidentes. Pero hay supuestos menos claros, en que la doble punición opera sin violación del principio procesal, existiendo por lo menos tres grupos de casos de esta naturaleza que merecen particular atención por su frecuencia.

Penas con otro nombre

El primero tiene lugar cuando *la administración –y a veces las personas jurídicas– imponen penas*, tratándose de coerciones que no tienen carácter reparador o restitutivo ni de coacción directa, pero que conforme a los *elementos negativos del discurso penal* (ver § 8.8) no son consideradas penas. Suele tratarse de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones, más graves que algunas penas de la ley manifiestamente punitiva. El remedio adecuado es la inconstitucionalidad de toda punición no manifiesta.

Penas ilícitas ejecutadas

El segundo grupo lo constituyen los casos de *personas que sufren lesiones, enfermedades o perjuicios patrimoniales por acción u omisión de los agentes del estado en la investigación o re-*

presión del delito cometido. Dado que las cárceles no son lugares seguros, pues la prisionización aumenta las probabilidades de suicidio, homicidio, enfermedad y lesiones, no son raros los casos de presos que sufren lesiones graves y gravísimas. Tampoco es extraño que en sede judicial se acrediten torturas, pero que no sea posible individualizar a los autores. Todas esas consecuencias –y otras– forman parte de la punición, o sea, que constituyen penas crueles que, si bien están prohibidas, en los hechos se ejecutan por acción u omisión de funcionarios del estado. La agencia judicial debe tomarlas en cuenta para decidir el conflicto, porque *no puede sostener que lo prohibido no existe ni confundir lo que debió ser con lo que realmente fue.* Si todas esas son penas prohibidas, cuando en la realidad se impusieron y sufrieron, no por prohibidas dejan de ser *penas*. Se trata de un efectivo dolor punitivo que debe descontarse del que se autoriza judicialmente, so pena de incurrir en doble punición. Para establecer criterios de compensación pueden ser útiles las propias escalas penales de los delitos de lesiones.

- 4 El tercer grupo de casos de doble punición tiene lugar cuando se trata de *personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con culturas diferenciadas, tienen su propio sistema de sanciones y de solución de conflictos.* Cuando una persona haya sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece, el estado no puede imponerle una nueva pena o, al menos, debe computar la pena comunitaria como parte de la pena que pretende imponerle, a fin de evitar el riesgo de incurrir en doble punición. El reconocimiento constitucional de la *preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos* (art. 75 inc. 17 CN) obliga a tomarlas en cuenta, pues no puede afirmarse que el derecho no las reconoce cuando lo hace el mismo texto supremo, dado que todo sistema de solución de conflictos es cultural.

**Penas impuestas
en culturas
indígenas**

§ 36. (e) buena fe y pro homine

- 1 Con frecuencia el discurso penal –y más aún el político oportunista– hacen un uso perverso de las disposiciones de la CN y de los tratados, cuando pretenden exaltar los derechos como bienes

**Los derechos
como plexo o
cuerpo único**

jurídicos para legitimar penas inusuales o crueles con pretexto de tutela. Este uso perverso está prohibido en función de los principios de buena fe y *pro homine*. (a) El principio de buena fe exige que los tratados internacionales sean siempre interpretados de buena fe (art. 31° de la Convención de Viena, que es la ley internacional que regula el llamado *derecho de los tratados*); (b) el principio *pro homine* impone que, en caso de duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate. En rigor, el primero es válido para todo el derecho internacional, en tanto que el segundo es su expresión particular en los tratados internacionales de derechos humanos.

¿Por qué se aplican también a los derechos establecidos en la CN?

Los derechos consagrados en nuestras leyes máximas provienen de tres fuentes: (a) textos constitucionales; (b) tratados con jerarquía de norma constitucional; y (c) tratados con jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución. Acabamos de afirmar que los principios que impiden que los tratados sean usados perversamente para limitar los que consagran otros tratados o las leyes internas, son aplicables también a la interpretación del texto constitucional argentino. Esto es así, porque *entre estas fuentes no hay jerarquía, sino que son interdependientes*, o sea, que deben ser consideradas siempre en conjunto (conglobadas), configurando un *plexo* normativo, construido por las *remisiones recíprocas* existentes entre ellas y que configuran prácticamente una red de ligaduras.

Las remisiones recíprocas y la exclusión de la jerarquización

Las fuentes (b) y (c) están vinculadas porque el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe interpretar un tratado de derechos humanos como limitativo de lo dispuesto en otro, por lo que ninguno de ellos puede interpretarse sin tener en cuenta los otros. Las fuentes (a) y (b) también se ligan porque la CN establece que las disposiciones de tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como complementarias de los derechos y garantías en ella reconocidos; y los tratados internacionales establecen que no pueden entenderse como limitativos de derechos consagrados en la CN (art. 29 CADH; art. 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; etc.). Por ello, las aparentes contradicciones entre estas fuentes se eliminan conforme a las reglas de conexión, que por la complementariedad constitucional y la inseparabilidad de los derechos de fuentes internacionales respecto de los consagrados en la CN,

imponen que los principios interpretativos internacionales sean aplicables a los derechos de la misma CN.

§ 37. Límites derivados del principio republicano de gobierno: (a) principios de acotamiento material

1 Lamentablemente no se ha profundizado en principios que limiten materialmente al legislador penal (el principal y casi único es el primer párrafo del art. 19 CN). Predominan netamente los límites formales, lo que prueba que no hay un derecho penal subjetivo o *jus puniendi* del que sea titular el estado, sino una *potentia puniendi* que es necesario limitar para que no nos arrastre al totalitarismo con cualquier pretexto (ver § 18). El art. 29 CN prohíbe la cesión de poder al ejecutivo cuando se hace en un único acto legislativo; pero por sucesivas criminalizaciones, se van entregando a las agencias ejecutivas mayores áreas de selectividad punitiva arbitraria, configurando una entrega de la suma del poder público que no puede dejar indiferentes a las agencias jurídicas. Por supuesto que este intento hallará seria resistencia en las agencias políticas y ejecutivas, que volverán a la carga con los viejos argumentos nazistas de que los jueces son burócratas que no pueden controlar a las agencias políticas y que tampoco tienen origen popular.

**Casi no hay
límites
materiales**

2 Por lo menos hay tres principios de limitación material que las agencias jurídicas debieran oponer a las políticas. El primero puede ser llamado *principio de proscripción de la grosera inidoneidad del poder punitivo*. Si bien la intervención del poder punitivo nunca resuelve ningún conflicto, sino que, en algunos casos seleccionados se limita a suspenderlos (ver § 2.6), hay supuestos en que su intervención no sólo es inadecuada sino burda. Tal sucedería si se pretendiese resolver el problema del alcoholismo con una nueva *ley seca*, o prohibir la venta de aceites y fiambres para evitar la arteriosclerosis, la de distintivos y banderas para evitar riñas, la de preservativos para defender los intereses demográficos de la nación, etc. La burda inidoneidad de la intervención punitiva no puede menos que ser causa de inconstitucionalidad.

**Proscripción de
grosera
inidoneidad del
poder punitivo**

**Grosera
inidoneidad de la
criminalización**

Otro sería el postulado de *proscripción de la grosera 3*
inidoneidad de la criminalización, para el caso en que, pese a existir un modelo efectivo de solución del conflicto, se pretende introducir el modelo punitivo. El inútil reemplazo de un modelo eficaz de solución por otro que por definición no lo es, tiende sólo a reforzar el verticalismo corporativo de la sociedad. A cualquiera se le puede ocurrir criminalizar la falta de pago del servicio telefónico, con el argumento de que si todos hiciésemos lo mismo la empresa quebraría y afectaría las comunicaciones, indispensables para la defensa nacional, por lo que, aplicando la teoría del bien jurídico tutelado combinada con la universalización de la conducta y la tesis del peligro abstracto, se llegaría a la conclusión de que es necesario un tipo penal que criminalice la falta de pago de ese servicio como delito de peligro contra la defensa nacional. Este disparate es perfectamente racionalizable con los argumentos que acabamos de mencionar y que son corrientes en los discursos penales legitimantes.

**Limitación
máxima de la
respuesta
contingente**

El tercero sería el *principio de limitación máxima de la res- 4*
puesta contingente. Es casi inevitable reconocer que la legislación penal se mueve con dos velocidades: una viene desde el siglo XIX, con un número más o menos limitado de tipos penales, relativamente respetado durante la mayor parte del siglo XX, pero desde los años ochenta pasó a funcionar con una segunda velocidad, impulsada en buena medida por políticos empeñados en hacer clientela y por grupos corporativos interesados en hacer honorarios. Esta segunda velocidad lleva a una producción inaudita de leyes penales, bajo los efectos de hechos concretos más o menos sonados en los medios masivos. Es función de la agencia jurídica considerar con otros parámetros el contenido material de estas leyes improvisadas y producidas por intereses pocas veces confesables. Ante ellas debe extremarse la aplicación de los principios limitadores del poder punitivo. La primera ley penal argentina contingente y manifiesta fue la ley antianarquista de 1910, llamada *ley de defensa social* (ley 7.029), sancionada en forma caótica (Rodolfo Moreno (h) afirmó que el debate fue un *torneo de moreirismo oratorio*.) Desde entonces hubo muchas más y la irresponsabilidad legislativa acelera esta segunda velocidad en forma geométrica.

§ 38. (b) principio de superioridad ética del estado

- 1 El estado de derecho tiene al menos una aspiración ética; el de policía sólo tiene racionalizaciones de su fuerza. La diferencia entre el estado de policía y la conflictividad criminalizada es sólo de fuerzas. A medida que en la dialéctica entre modelos de estado va abriéndose camino el del estado policial, el real o histórico se degrada y pierde legitimidad, y cuando este deterioro alcanza niveles considerables, el propio sistema penal se convierte en criminal y va asumiendo el monopolio de algunas formas de criminalidad; el estado pierde toda legitimidad y carece de autoridad ante la opinión pública para exigir comportamientos adecuados al derecho. En el fondo de todo estado de policía late el riesgo de la guerra civil.

**El estado
de policía no
tiene ética**

- 2 Las agencias jurídicas no deben tolerar que el estado se degrade y deteriore su superioridad ética, lo que prepara el camino de la guerra civil. Cuando la ley autoriza formas de ejercicio de poder punitivo realmente inquisitoriales y al margen de toda ética, deben ser descalificadas en función de su incompatibilidad con el principio republicano y declaradas inconstitucionales. Así por ejemplo, las negociaciones con delincuentes para que delaten a sus cómplices o coautores; los llamados agentes encubiertos, en que los jueces mandan cometer delitos para hacer justicia; los agentes provocadores que instigan a cometer delitos para descubrirlos; los testigos secretos; etc., son innovaciones que rebajan el nivel ético del estado al de los propios delincuentes.

**La descalificación
jurídica a la
degradación
estatal**

§ 39. (c) Saneamiento genealógico

- 1 Los tipos penales surgen en un cierto contexto y los legisladores imaginan dentro de ese marco los efectos de la criminalización primaria. Muchas veces se incorporan a los códigos y luego éstos sirven de inspiración a otros legisladores que los adoptan sin conocimiento alguno del contexto originario, o sea, que se opera un *arrastre* de tipos penales y, al cabo de un tiempo, nadie

**Ideología
originaria**

recuerda el contexto originario ni lo que imaginaron los legisladores que los inventaron. En consecuencia, se reiteran tipos con una carga ideológica originaria totalmente desconocida u olvidada.

Efectos de la genealogía incompatible con el estado de derecho

La *investigación genealógica* se vale de la legislación penal **2** comparada, pero no se agota en ella, porque busca la carga ideológica originaria para determinar su grado de compatibilidad con los principios del estado de derecho. Cabe desconfiar de los tipos penales cuya genealogía señala componentes ideológicos antidemocráticos, autoritarios, prejuiciosos, racistas, etc. Frente a ellos cabe extremar el cuidado interpretativo y, al menos, el principio de estricta legalidad; así, el origen antisemita del inc. 2º del art. 174; el origen antiobrero del art. 210.

§ 40. (d) Culpabilidad

Exclusión del *versari in re illicita*

El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de **1** exigencia de respeto a la persona. Puede subdividirse en dos principios: (a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de éste; y (b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no sea exigible otra conducta adecuada al derecho. La violación del primero de estos principios reduce la persona a un *objeto causante*. No es verdad que sea propio del derecho primitivo y que su exclusión sea producto civilizatorio; en los antiguos tiempos, cuando funcionaban modelos de solución de conflictos, era natural que no se tuviesen en cuenta aspectos subjetivos, pues el fin de la sanción era reparador o restitutivo. Pero consumada la confiscación de la víctima, mantuvo vigencia la imputación del resultado por la pura causación a través del principio *versanti in re illicita casus imputatur* (quien quiso la causa quiso el resultado). De esta manera se imputa penalmente el *caso fortuito*, o sea que es la manifestación penal de la llamada *responsabilidad objetiva*. Su exclusión la impone el propio concepto de persona que vincula al derecho por imperio constitucional. Subsisten en la jurisprudencia y en la doctrina algunas manifestaciones del *versari in re illicita*, especialmente en los llamados delitos califica-

dos por el resultado y en estados de inculpabilidad provocados por el propio agente (ver § 162).

- 2** A nadie puede exigirse que se comporte de conformidad con el derecho cuando no dispuso de cierto ámbito de decisión o autodeterminación o cuando no podía saber que lo realizado era ilícito. Esto es exigencia del propio concepto de persona como ente autodeterminable, y así lo considera la CN y la DUDH. No se concibe una democracia si no se presupone que los ciudadanos son entes autodeterminables a los que se convoca a votar porque tienen capacidad de elección. No obstante, en todas las épocas se ha tratado de negar este principio en el derecho penal, por múltiples vías. En las últimas décadas se pretende que es una suerte de ficción que no puede ser verificada, con lo cual se llegaría a la conclusión de que todo el sistema político se asienta en una ficción. Otro camino ha sido *normativizar* de tal manera a la culpabilidad que, en definitiva, termina perdiendo todo contenido de realidad o dato psicológico o subjetivo, para quedar reducida a una exigencia conforme a una razón de estado. En su momento veremos con más precisión estos intentos (ver § 199), pero por ahora lo importante es destacar su raíz constitucional y su vinculación con los fundamentos mismos del sistema político del estado de derecho.

Principio de exigibilidad

CAPÍTULO 5

Interdisciplinariedad del derecho penal con otros saberes

§ 41. Características de la interdisciplinariedad

- 1 Los saberes (o ciencias) abarcan un universo de entes y dejan fuera otros, es decir que todos los seres humanos, por científicos que sean, están condenados a ser tontos, porque respecto de los entes que están fuera de los límites de su saber pueden ser víctimas de los mismos prejuicios que cualquier persona. Así, un gran lingüista puede ahogarse si se cae en una piscina, de modo que será un sabio en lingüística y un idiota nadando. Pero en las ciencias, esta partición de la realidad única, continua y en permanente cambio, es artificial; se realiza porque la capacidad humana no puede abarcar la totalidad de lo existente. Para saber no queda otro remedio que parcelar la realidad en saberes o ciencias. Pero el pedazo de realidad acotado en un saber es parte de la continuidad total de la realidad, y los entes encerrados en esos límites no son autosuficientes; su comprensión requiere también conocimientos acerca de entes que están fuera de ese ámbito. *El conocimiento de un saber (o ciencia) no puede construirse sin el auxilio de otros saberes con los que se conecta en una red de interdisciplinariedad.*

La interdisciplinariedad

- 2 Se trata de interdisciplinariedad constructiva de los saberes y no de meras relaciones (y menos de vínculos de apoderamiento o de subordinación respecto de otras disciplinas). No hay *ciencias auxiliares* del derecho penal: no lo es la medicina legal, por ejemplo, porque del mismo modo se podría decir que si la medicina legal es parte de la medicina, el derecho penal es auxiliar de la medicina (pretendidas relaciones de subordinación). Se trata de saberes que se superponen parcialmente con el objeto abarcado por el saber penal: estos son saberes *secantes* (imaginemos

No hay ciencias serviles

círculos parcialmente superpuestos); o bien de saberes que no se superponen con los entes que abarca el derecho penal, pero que se tocan de modo necesario para su precisión conceptual, que son los saberes *tangentes* (imaginemos círculos que se tocan en un punto). Tanto los saberes secantes como los tangentes pueden ser jurídicos o no jurídicos. Es imposible considerar todos los saberes no jurídicos que el derecho penal puede necesitar como tangentes para la construcción de sus conocimientos, pues en la determinación conceptual de los tipos de la parte especial, casi no hay disciplina que no aporte algo a su conocimiento. Por ello, nos ocuparemos de los saberes jurídicos y no jurídicos secantes, y en los saberes tangentes, sólo nos referiremos a los jurídicos.

**Cuadro general
de saberes secan-
tes y tangentes**

El cuadro general de interdisciplinariedad del derecho penal **3** sería aproximadamente el siguiente:

Interdisciplinariedad con **saberes secantes**:

- (a) *No jurídicos*: { (a) con la política criminal
(b) con la criminología
- (b) *Jurídicos*: { (a) con el derecho procesal
(b) con el derecho de ejecución penal
(c) con el derecho contravencional
(d) con el derecho penal militar
(e) con el derecho penal de niños
y adolescentes

Interdisciplinariedad con **saberes tangentes**:

- (a) *No jurídicos*: { muchísimos
- (b) *Jurídicos*: { (a) con el derecho constitucional
(b) con el derecho internacional público
(derecho internacional penal)
(c) con el derecho internacional de los
derechos humanos
(d) con el derecho internacional humanitario
(e) con el derecho internacional privado
(derecho penal internacional)
(f) con el derecho administrativo

§ 42. Interdisciplinariedad con saberes secantes no jurídicos: (a) con la política

1 El cruce del derecho penal con la política es enorme dado que, en definitiva, un sistema que programa decisiones del poder es un programa político y, por ende, cada teoría penal tiene una inevitable lectura política. Surge en un cierto momento histórico que implica un marco de poder, respecto del cual resulta funcional o crítica. Analizar el discurso penal ignorando los elementos de poder que revela el saber político distorsiona su percepción y oculta una de sus más importantes dimensiones. Se trata de un fenómeno de *alienación o enajenación política* demasiado frecuente.

La alienación política del penalista

2 La alienación política del penalista tiene varias causas: (a) a veces se niega a reconocer el horror político que tiene entre manos (no puede admitir que maneje un sistema que termina en el genocidio); (b) en otras ocasiones no se resigna a admitir que ese sistema fue creado por *buenas personas* (como si todos fuésemos plenamente conscientes de las últimas consecuencias de lo que conocemos); (c) también por holgazanería (cuesta meterse en un campo que no es conocido); (d) o temor (lo desconocido siempre inspira miedo); (e) y, no pocas veces, porque el refugio de lo técnico preserva de los accidentes políticos (el *yo soy técnico, no tengo nada que ver en política*). De cualquier manera, todos estos son mecanismos de fuga, porque en la realidad *la enajenación política no elimina la dimensión política del discurso del derecho penal, sino que sólo la oculta*.

Las causas de la alienación política

3 Aunque la enajenación política siga dominando, es imposible ignorar el programa racista neocolonialista que anidaba detrás del positivismo peligrosista (ver § 74 y ss.), la exaltación del estado propia de los tiempos de Bismarck en el normativismo del siglo XIX (ver § 73), la contención policial como defensa del incipiente estado de bienestar del imperio alemán de preguerra en el positivismo de Liszt (ver § 75), el recurso al refugio técnico de una burocracia en peligro en el auge del neokantismo (ver § 80), la búsqueda de límites éticos al poder punitivo en el ontologismo finalista (ver § 81), la prevención especial positiva confiada en la socialdemocracia alemana de los setenta con el funcionalismo sistémico moderado y la legitimación idealista del poder punitivo ejercido para calmar a la opinión pública en el funcionalismo sistémico radicalizado (ver § 82).

La innegable dimensión política

**El sustituto
de la política: la
política criminal**

Es tan obvio que el derecho penal no puede permanecer separado de la política que, para evitar el escándalo de semejante negación, se inventó un sustituto que da la impresión de mantener la interdisciplinariedad. Para eso se usó la *política criminal*: se apeló a la ya mencionada confusión entre los planos del ser y del deber ser, se inventó una sociedad que no existe, se dio por presupuesta la función preventiva general de la pena y, como resultado de eso se alucinó una *política* que se pretende que funciona como nada funciona en la práctica. Eso sólo sirve para que los políticos sancionen leyes con falsos fines manifiestos (pretendiendo que combaten lo que no combaten) y para aumentar el ámbito de arbitrariedad criminalizante y el de vigilancia policial. Es verdad que siempre existe una *política criminal* aunque la ignoren quienes la protagonizan, pero de ninguna manera es la construcción idealista deducida de las leyes por algunos teóricos y explotada por políticos sin escrúpulos, o racionalizada por algún funcionalismo radicalizado.

§ 43. (b) con la criminología

**La ciencia social
legítima o
deslegítima**

Aunque los científicos sociales no lo quieran, cuando tratan ¹ de explicar toda la realidad social en que se inserta la *cuestión criminal* no pueden menos que legitimar o deslegitimar al poder punitivo. Si éste no sirvió para detener la sífilis o el alcoholismo, no tienen más remedio que decirlo y, por ende, deslegitimar el poder que se ejerció con ese pretexto o con cualquiera de las otras emergencias. Los sociólogos no pueden ocultar la selectividad, y con ello arrojan una mancha deslegitimante sobre el poder punitivo. Siempre el estudio de la realidad social sirve de marco al poder punitivo y la ley penal cumple una función de legitimación o de deslegitimación. Por ello, hubo un saber más o menos oficial acerca de la realidad que acompañó al poder punitivo desde que éste apareció en la edad media: la *criminología*. Claro que no se la llamó así hasta tiempos mucho más recientes, pero aún huérfana de bautismo acompañó siempre al derecho penal, unas veces confundida y otras en conflicto con él.

2 Los criminólogos discuten su nacimiento: (a) para quienes sustentan una versión que se limita a preguntarse sobre las *causas del delito* (criminología *etiológica*), se originó con Cesare Lombroso y el momento positivista (ver § 74.7); (b) para quienes son partidarios de la función crítica respecto del funcionamiento del poder punitivo, su origen está en el iluminismo y el liberalismo de fines del siglo XVIII (ver § 67). En realidad, ambas posiciones son erróneas, porque la criminología acompañó siempre al poder punitivo, desde que *nadie nunca afirmó que lo ejercía porque le daba la gana, sino porque era necesario para evitar un mal*. Por ello, siempre existió una explicación de ese mal y de cómo el poder punitivo lo evitaba o lo reducía; eso y no otra cosa fue la criminología, o sea, el saber real (o pretendidamente real) acerca de la cuestión criminal.

¿Cuándo nació la criminología?

3 Cuando el estado se ocupaba sólo de matar o no matar, bastaba una única agencia o corporación para ello, porque era una tarea sencilla. El discurso criminológico en ese momento fue elaborado por la inquisición y se plasmó por primera vez en el *Malleus Maleficarum* (*Martillo de las brujas*), que fue su manual oficial (1484, reeditado muchas veces). Allí se explica que la causa del mal es el diablo, que no puede actuar solo, por lo que debe asociarse con los humanos más débiles, que son las mujeres, y por ende éstas se convierten en brujas, de lo que se sigue la necesidad de controlarlas muy estrechamente y asegurar su sometimiento al hombre, quemándolas en cuanto se detecta su alianza con el diablo. La inferioridad biológica de la mujer construida a partir de una costilla masculina (que determinaba una vida opuesta a la rectitud del hombre), es causa del mal. El diablo, además, copulaba con las brujas, asumiendo la forma de un muñeco de aire, pero no tenía semen. Por eso, como podía ser incubo o súcubo, seleccionaba a quién le sacaba semen y en qué mujer lo ponía y, de ese modo producía personas con marcada tendencia a la brujería. Cuatrocientos años después se les llamaría *criminales natos* y se les atribuiría la misma etiología biológica. Los autores del *Malleus* eran dos dominicos inquisidores (Sprenger y Kraemer). La primera página del *Malleus* explica quiénes son los mayores herejes y concluye que son quienes niegan la existencia de las brujas; ante cada nueva emergencia en los seiscientos años posteriores se

La agencia madre

dijo lo mismo: los más peligrosos son los que niegan la emergencia (porque niegan la autoridad de los que la explotan: así fueron denostados como peligrosísimos quienes negaron que la culpa de todo la tuviese la droga, el comunismo internacional, el terrorismo, los subversivos, etc.).

**La hegemonía
de filósofos
y juristas**

Cuando el estado pasó a tener funciones más complicadas, 4 es decir, asumió la tarea de regular la vida del *público* (la salud, la economía, la educación públicas, etc.), se dividió en burocracias (el *señor* necesitó secretarios especializados) que fueron inventando sus saberes especializados y también sus dialectos para iniciados (vocabularios técnicos), y preparando a sus pichones para la conservación y reproducción (entrenando a sus operadores más jóvenes para recambio). Surgieron las corporaciones (juristas, académicos, médicos, ingenieros, militares, economistas, etc.). Manejar un área de *política pública* es una cuestión de poder y, por lo tanto, hay competencias de poder dentro de cada corporación (por la conducción o liderato de ésta), y también entre las corporaciones (por apoderarse de ámbitos disputables). La *cuestión criminal* siempre fue un ámbito ambicionado y en cuanto comenzó la lucha por el poder de los burgueses (industriales y comerciantes) contra la nobleza en el siglo XVIII, rápidamente las corporaciones de filósofos y juristas se hicieron cargo de ella, elaborando un discurso racional tendiente a limitar el poder punitivo (de la nobleza). Este es el segundo momento importante, en que el mal es resultado del uso indebido de la libertad y se procede de modo deductivo a explicar el delito.

**La hegemonía
médico/policial**

La limitación del poder punitivo dejó de ser funcional cuando 5 los burgueses consiguieron el poder y en sus ciudades se concentró la población miserable y la riqueza, inventando la policía. La policía se convertía en la agencia más poderosa pero sin discurso. El discurso se lo proveyó otra corporación con la que la policía se asoció: los médicos. Desde muchos años antes éstos tenían interés en apoderarse de la cuestión criminal, hasta el punto que disputaban con los jueces parisinos el destino de las cabezas de los guillotinado. De allí surgió el discurso médico-policial del positivismo criminológico (ver § 74), que era un capítulo del biologismo racista evolucionista de Spencer y otros que categorizó a las personas en superiores e inferiores, y el crimen era el resultado de la inferioridad (barbarie) o de la mezcla (mestización) de

superiores con inferiores. La prohibición de estas mezclas se conoció como *apartheid*. Hubo un *apartheid* y un racismo criminológico que negaron todos los factores sociales de la cuestión criminal y mucho más aún la selectividad y función de poder de las agencias del sistema penal. Algunos autores progresistas se dieron cuenta de lo primero y reivindicaron los *factores* o *causas sociales del delito* (el más importante fue el holandés Bonger en la primera década del siglo XX), pero tardaron muchos años en reconocer que la criminología debía estudiar al propio sistema penal y su operatividad selectiva y violenta.

- 6 A comienzos del siglo XX la criminología tomó diferentes caminos en Europa y en Estados Unidos. En tanto que en Europa la sociología se eclipsó y la criminología quedó en manos de médicos que enseñaban en las facultades de derecho, en América pasaron a ocuparse de ella los sociólogos. No obstante, ninguno de ambos se ocupó del sistema penal: por camino factorial o *etiológico*, pero dejando fuera el sistema penal, todos trataban de explicar el delito. El neokantismo alemán (ver § 80) resolvía el problema apelando a la división de las ciencias: la criminología era la ciencia del *ser* y el derecho penal la del *deber ser*. No podían contaminarse, pero, de modo poco coherente, el derecho penal le señalaba el límite epistemológico a la criminología, o sea, que un Parlamento marcaba los límites de una ciencia natural.

**La
desintegración
servil al
derecho penal**

- 7 Los sociólogos norteamericanos fueron avanzando de modo interesante, enunciando teorías etiológicas dispares, hasta que en un momento quedó claro que el sistema penal (poder punitivo) tenía que ver en la etiología del delito y, más aún, que no podía quedar fuera del campo de la criminología, porque no era para nada neutro sino bien selectivo, violento y corrupto. A partir de este momento, en los años sesenta del siglo XX, comienza a desplazarse el eje del objeto de la criminología del delincuente a la reacción u operatividad del sistema penal, sin pretensiones de teoría general, pero con las revelaciones acerca del poder punitivo que hemos tomado en cuenta en el capítulo introductorio. Esta *criminología de la reacción social* o *criminología liberal* no tenía origen marxista, sino fenomenológico e interaccionista simbólico. Más tarde estas observaciones fueron severamente criticadas por criminólogos más radicalizados, y desde una perspectiva teórica marxista se trató de encuadrarlas en perspectivas teóricas más amplias pero en las que no quedaba mucho espacio para modifi-

**La hegemonía
de los sociólogos**

car la operatividad de las agencias del sistema penal antes de un pretendido cambio revolucionario total y definitivo, que nunca llegó.

El ocaso de la criminología radical

Esta criminología crítica *radical* perdió predicamento en los 8 últimos años, a causa de su esterilidad para orientar a los operadores progresistas de las agencias del sistema penal. Algo parecido pasó en psiquiatría; en un momento se puso de manifiesto la tremenda importancia de la dimensión del poder psiquiátrico, pero luego se radicalizó el discurso hasta llegar a la antipsiquiatría. Poco se avanza tratando de explicarle a un esquizofrénico catatónico que sus males provienen de las contradicciones de clase. Por mucho que eso sea cierto, algo hay que hacer para aliviarlo. Lo mismo sucede con el poder punitivo: por mucho que sea selectivo, violento y corrupto y que esté deslegitimado, existe, y algo hay que hacer para reducirlo y acotarlo. Es absurdo pretender que debemos quedarnos inmóviles esperando la revolución.

Los discursos sin hegemonía en la globalización

Las distintas corporaciones (médicos, juristas, filósofos) siempre 9 tuvieron discursos sobre la cuestión criminal, sólo que únicamente alcanzaron a dominar el campo de este saber cuando fueron funcionales a un *establishment* hegemónico en el momento. Así, en tiempos de la inquisición existieron discursos médicos sobre el origen del delito, también en tiempos del positivismo existieron discursos sociológicos importantes, y hoy subsisten discursos médicos biólogos, compitiendo con psicólogos, sociólogos, etc. También operan discursos deductivos hegelianos y otros, de modo que discursos en el campo criminológico hay a montones, y sólo unos suelen ser hegemónicos, cuando la respectiva corporación logra dominar el campo por su funcionalidad con el *establishment*. Lamentablemente, si bien la hegemonía del discurso criminológico en el ámbito académico la tienen los sociólogos, no puede decirse que ello tenga que ver con la hegemonía social ni con *establishment* alguno, porque el poder punitivo se alimenta de materiales muy endebles y de discursos irracionales elaborados por algunos medios masivos. *No hay criminología hegemónica; la hegemonía la tiene el discurso irracional de los medios masivos de comunicación social, en manos de buscadores de clientes, incitando las peores pulsiones prejuiciosas de todas las poblaciones del mundo, generalizando el ejemplo de los Estados Unidos. Eso obedece a una regla que no admite excepciones: cuanto más irracio-*

nal es un ejercicio de poder, menor nivel de elaboración debe tener el discurso que lo legitima. No hay ningún discurso criminológico, científicamente aceptable, que pueda legitimar el actual ejercicio del poder punitivo. Por ende, la hegemonía académica de la criminología la tienen los sociólogos, pero la hegemonía social del discurso sobre la cuestión criminal la tiene el discurso vindicativo irracional de ciertos medios masivos imitado servilmente por los políticos de éxito.

§ 44. Interdisciplinariedad con saberes secantes jurídicos: (a) con el derecho procesal

- 1 Suele entenderse que el *derecho procesal penal* es el derecho penal *adjetivo*, por oposición al *sustantivo* o *material*. Esta denominación da idea de que el derecho procesal es un complemento del penal. A ello se opusieron varios autores que observaron que *el derecho penal no le toca ni un pelo al delincuente* (Beling), lo que es cierto. Pero también lo es que el derecho procesal penal sin el penal se la pasaría peinando largas cabelleras. El derecho penal y el procesal penal son interdependientes y se rigen por principios paralelos. (a) Un derecho penal de acto, con garantía de legalidad, exige un proceso penal en que se fije el objeto, se debata en equilibrio de partes (acusación y defensa), y decida un tercero (jurisdicción), todos independientes, o sea, un *proceso penal acusatorio*. (b) Por el contrario, un derecho penal sintomático o de autor (que busca al enemigo) no fija ningún objeto y no necesita ningún debate, sino sólo un órgano único del estado investigando y penando, o sea, un *proceso penal inquisitorio*.

**Paralelo con el
derecho penal**

- 2 En nuestro sistema constitucional, por principio, la legislación procesal es competencia de las provincias y la penal del gobierno federal. Sin embargo, en el código penal hay ciertas disposiciones que parecen procesales (ejercicio y extinción de las acciones penales, requisitos de procedibilidad, cuestiones de competencia, conocimiento personal del procesado por el juez). La violación de estas normas da lugar a nulidades, que son las sanciones propias del derecho procesal y no del penal (que es la pena). ¿Son disposiciones inconstitucionales?

**El problema de
la competencia
legislativa**

**El riesgo de la
fractura entre
derecho penal
y procesal**

Por otro lado, si los principios del derecho penal y del derecho procesal penal son paralelos, cuando la legislación penal y la procesal no coinciden el paralelismo se destruye; una legislación penal de acto y de legalidad puede desvirtuarse en la práctica por efecto de un sistema procesal inquisitorio. Además, una ley procesal que use la prisión preventiva con mayor amplitud que otra lesiona el principio de igualdad: dos personas procesadas por el mismo delito serían tratadas de modo diferente (una estaría presa esperando el juicio, la otra en libertad). ¿Todo esto no es inconstitucional?

**El principio
federal
como clave**

La clave de la respuesta a estas cuestiones está en el principio federal de gobierno. La CN prefiere sacrificar cierta medida de igualdad para preservar el principio federal, o sea, el derecho de los habitantes a tener sus gobiernos locales. No obstante, este sacrificio tiene límites y, por complicado que sea, éstos se establecen en algunas reglas procesales de vigencia nacional que se hallan en el CP y en la misma legislación procesal penal federal. En efecto: no puede sostenerse que el arbitrio provincial en materia legislativa procesal sea absoluto; *la legislación procesal penal federal debe operar como un mínimo de garantías que las provincias pueden aumentar pero no disminuir*. De lo contrario se permitiría que las provincias destruyan la legislación penal cancelando por vía procesal las garantías que la propia CN impone.

**La prisión
preventiva**

La *cuadratura del círculo* en la interdisciplinarietà del derecho penal y el procesal la da la *prisión preventiva*. El preso preventivo (o preso sin condena) sufre una prisionización cuya naturaleza para unos es procesal y para otros penal. (a) Para las teorías *procesalistas*, no es pena sino una medida de coerción procesal, semejante al embargo en el proceso civil. Cabe observar que el embargo produce un daño patrimonial reparable en bienes de igual naturaleza (si el accionante sin derecho debe reparar el perjuicio causado por el embargo), pero la prisionización no puede repararse en bienes de igual naturaleza, pues nadie puede restituirle un pedazo de vida al indebidamente preso. Los argumentos usados para legitimarla desde lo procesal (no hay presunción sino estado de inocencia; la justifica la prohibición constitucional del proceso en rebeldía; etc.) se evidencian de escaso convencimiento. (b) Las teorías *sustantivistas* admiten que se trata de una verdadera pena anticipada y así han pretendido legitimarla los positivistas y los nazis (Garófalo, con su grosero autoritarismo

entre los primeros; la legislación nazi y sus defensores entre los segundos, también algunos italianos especialmente fascistas).

- 6 Pero también se abre camino un sustantivismo liberal, que admite el carácter de pena para destacar su incompatibilidad con el principio de inocencia. Son cada vez más los autores que asumen esta posición. En realidad, no hay forma de legitimar la prisión preventiva, fuera de los pocos casos y en forma reducida, en que constituye una verdadera coerción directa administrativa (se la impone para evitar una violencia o un conflicto mayor). Fuera de estos pocos supuestos, es una pena más deslegitimable que las impuestas formalmente al cabo del proceso. Es bastante claro que funciona como pena, que así la manejan los tribunales, y que la mayoría de los presos de nuestro país y de América Latina no están condenados. Los esfuerzos por reducirla no siempre son sanos, porque muchas veces se cae en el juicio sumarísimo, violando todas las garantías procesales, cuando no importando verdaderas extorsiones para los más indefensos (se le ofrece la posibilidad de optar entre un juicio rápido y aceptar una pena reducida o ir a un juicio formal; esta es la forma en que los Estados Unidos tienen pocos presos en prisión preventiva: los condenan sin juicio). A este respecto, también la legislación procesal federal debe operar como marco mínimo frente a las legislaciones provinciales, aunque esto no se respeta y la jurisprudencia es titubeante. Por lo menos se ha reiterado la jurisprudencia que establece la inconstitucionalidad de los llamados *delitos inexcusables*.

**Sustantivismo
liberal**

§ 45. (b) con el derecho de ejecución penal

- 1 No pretendemos filosofar sobre el tiempo, pero todos sabemos que un niño mira a una persona de cuarenta años como un viejo, y que el de cuarenta mira así al de ochenta. También notamos que no es lo mismo esperar diez minutos el colectivo cuando llueve que cuando no llueve. Tampoco es lo mismo un viaje de tres horas regresando de hacer turismo que el mismo viaje porque un pariente está gravísimo y con la angustia de llegar y saber qué sucede. Esto obedece a que, por lo menos, hay dos ideas bien

**El tiempo
lineal
y existencial**

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 ejecución de la sentencia penal altera la materia de ésta

La ejecución de la sentencia civil no altera la materia de lo **2** resuelto en ella y, por eso, ofrece pocos problemas, pero la de la sentencia penal altera totalmente su materia, porque ésta fija una pena en tiempo lineal (de calendario y de reloj) que debe cumplirse necesariamente en el tiempo existencial del penado que, además es dinámico, pues se va modificando al compás de las circunstancias (el sujeto se enferma, desaparece un familiar, se produce una crisis familiar, se deprime, nace un hijo, etc.). No es posible que la sentencia prevea el grado de sufrimiento de cada uno de esos momentos tan diferentes según las personas y por demás dinámicos. Tampoco la ejecución de la sentencia penal ofrecía problemas cuando las penas eran corporales, porque no alteraba la materia, pero con la generalización de la pena de prisión esta complicación es inevitable.

El derecho de ejecución penal

A eso se debe la aparición de una legislación sobre la ejecu- **3** ción de las penas (especialmente de la prisión) y de un saber jurídico a su respecto, que en principio se llamó *derecho penitenciario* y que hoy, más correctamente, se llama *derecho de ejecución penal*. Es el saber acerca de las leyes que regulan la ejecución penal, el orden de los establecimientos, los derechos de los presos, los recursos para hacerlos efectivos, qué derechos son limitados por la pena y en qué medida, cómo debe ser el trato a que se somete a los presos, etc. Todo esto es materia de *leyes de ejecución penal* que deben guardar armonía con el CP y que han alcanzado desarrollo internacional (en 1955, en el Congreso de la ONU de Ginebra, se aprobaron las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*, revisadas en Kyoto en 1970; en Tokio se aprobaron luego las *Reglas mínimas para las medidas no privativas de libertad*).

Autonomía teórica del derecho penal ejecutivo

Los penitenciaristas tienen tradición y próceres científicos **4** propios, a la cabeza de los cuales se halla John Howard, un filántropo del siglo XVIII que recorrió y describió todas las prisiones europeas de su tiempo y murió de peste contraída en su humanitaria tarea. Mención aparte cabe efectuar respecto de Concepción Arenal (1820-1893), quien refleja su preocupación humanitaria en sus aportaciones en materia de derecho penitenciario, además

de haber desarrollado una intensa actividad en las cárceles. El derecho de ejecución penal tiene una enorme literatura y cátedras, o sea, goza de autonomía académica. El problema es saber si tiene verdadera *autonomía teórica*, lo que algunos niegan, asignándole a sus normas naturaleza penal, procesal penal o administrativa. No es ociosa la pregunta, porque si sus normas fuesen administrativas no regirían a su respecto los principios limitadores del derecho penal.



Concepción Arenal

- 5 La ejecución penal no puede desentenderse del objetivo de la pena. Si ésta tiene finalidad preventiva especial (resocializadora suele decirse), la ejecución debe tender a ello. En general, dado que la llamada resocialización es una misión imposible (ver § 12) y que no puede negarse razonablemente el efecto deteriorante y fijador de roles desviados de la prisión, el objetivo de la ejecución penal se ha complicado mucho. En el campo ejecutivo existen hoy (a) quienes insisten en la resocialización a ultranza y (b) quienes postulan que la prisión se reduzca a un depósito deteriorante de personas (posición asumida por las derechas norteamericanas). Este panorama desolador es resultado de la asignación de funciones preventivas a la pena: para los primeros, aunque todo indique lo contrario, debe insistirse en la misión imposible de la prevención especial positiva; para los segundos, aunque no sea cierto, debe asignársele una función de prevención general negativa y operar la ejecución como mera venganza. Los primeros se empeñan en ignorar el efecto deteriorante de la prisión; los segundos lo reconocen y se empeñan en profundizarlo.

**Resocializadores
y retribuidores**

- 6 Desde una teoría agnóstica de la pena, la ejecución penal, simplemente, debe reconocer como realidad la existencia de un número de personas vulnerables prisionizadas a las que debe deparárseles un *trato* que, en una institución estructuralmente deteriorante, debe ser lo menos inhumano y dañino posible. Además, desde esta perspectiva se sabe que la prisionización, la mayoría de las veces, no obedece a lo que los presos han hecho sino a su particular vulnerabilidad al poder punitivo, pues son

**Terapia de la
vulnerabilidad**

muchos más los que realizan acciones más lesivas pero son menos vulnerables. Dada esta circunstancia, al menos a esa gran mayoría, el trato debe ofrecer la posibilidad de que la persona aproveche para aumentar su nivel de invulnerabilidad al poder punitivo. El analfabeto que ingresa a una prisión y egresa como ingeniero electrónico, seguramente cambió la autopercepción y dejó de presentar los caracteres del estereotipo criminal. *Ofrecerle* no es lo mismo que *imponerle*, de modo que el trato no debe ser coactivo. La idea no es mejorar a las personas con la consigna *sed buenos* (como se pretende en la *resocialización*, aunque se sabe que hay otros *peores* que no están allí), sino ayudarlas con la consigna *no seas tontos* (no pongan la cara al poder punitivo con hechos groseros para servir de pretexto).

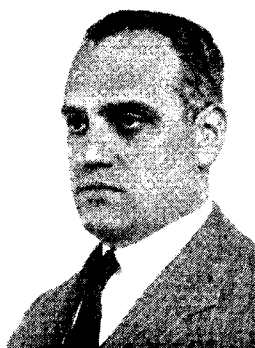
El trato

Cuando los partidarios de la resocialización muestran sus éxi- 7
tos, en general exhiben casos de aumento de la invulnerabilidad, en que se ha hecho prosa sin saberlo. El trato menos inhumano posible en la prisión debe ofrecer una *terapia de la vulnerabilidad* que procure elevar el nivel de invulnerabilidad de la persona prisionizada y la regulación de la ejecución penal debe contemplar este objetivo como eje central. De este modo se elude la ficción de montar la ejecución penal sobre una tarea que es de imposible cumplimiento y de contenido ideológico autoritario (invasivo de la personalidad) como es la ideología del tratamiento, tanto como el empeño en una destrucción sistemática del ser humano en que insisten algunas administraciones y políticos norteamericanos. Este objetivo muestra una peculiaridad de la ejecución, con una materia diferente de la regulada en la sentencia, que explica la autonomía teórica del derecho de ejecución penal. No obstante, es claro que la ejecución regula una materia temporalmente limitada por la sentencia y, en algún sentido, es su proyección en tiempo existencial. Por ello, debe regirse por los mismos principios limitadores del derecho penal y, por ende, no es admisible la retroactividad de la ley penal ejecutiva ni la analogía *in malam partem*. Del mismo modo, su aplicación requiere decisión y control de jueces (el desarrollo de este principio ha dado lugar a juzgados especializados, llamados *de ejecución penal*).

El aporte de Pettinato para un trato más humano

Pettinato fue director del tristemente célebre penal de Ushuaia 8
y fue quien llevó en mano el decreto de clausura al presidente Perón. Su gestión terminó con los presos engrillados, con los viajes de éstos dentro de las bodegas de los buques de Marina, con

los trajes cebrados que sobreviven en las caricaturas pero que eran una triste realidad. Él inauguró el sistema de salidas transitorias y, sobre todo, organizó la Dirección Nacional de Institutos Penales y la Escuela Penitenciaria de la Nación, iniciando una experiencia técnica en la profesión.



Roberto Pettinato

La competencia legislativa en materia de ejecución

- 9 Las leyes que en nuestro país son la materia del derecho de ejecución penal son la ley nacional 24.660 de 1996 y las leyes de ejecución penal de las diferentes provincias argentinas. El art. 228 de esa ley dispone: *La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente.* Cabe preguntarse si la ley de ejecución es competencia del Congreso Nacional o de las legislaturas provinciales. En la práctica han legislado la materia las provincias y nunca se ha pretendido su inconstitucionalidad. No obstante, está claro que *dos penas que se ejecutan de modo diferente son diferentes*, por lo cual se plantea el mismo problema que con la legislación procesal penal. Por ello, el art. 228 de la ley 24.660 no es inconstitucional en la medida en que se lo interprete como un marco mínimo de normas ejecutivas, pudiendo las provincias aumentar los derechos no comprometidos por la ejecución o comprometerlos en menor medida, pero nunca limitarlos por debajo del estándar señalado por la ley 24.660 para el sistema federal.

§ 46. (c) con el derecho contravencional

- 1 Los viejos códigos, seguidores del de Napoleón (ver § 56), dividían las infracciones penales en crímenes, delitos y contravenciones. Eran tres clases de infracciones según su gravedad relativa, que determinaban diferentes competencias jurisdiccionales (juzgadores diferentes). Si bien los códigos penales vigentes al tiempo

Contravenciones federales, provinciales y municipales

de la sanción de la CN respondían a este modelo, la legislación penal argentina fundió en una única categoría los crímenes y delitos (todos son delitos) y nunca legisló en materia contravencional. Puede afirmarse que se estableció un derecho constitucional consuetudinario en función del cual el estado federal no tiene el monopolio de la legislación contravencional, que mayoritariamente corresponde a las legislaturas locales. Por otra parte, la competencia legislativa federal para todas las contravenciones sería contraria al principio federal, porque dejaría sin sanción penal la violación de las leyes provinciales y municipales. Cabe entender que cada una de las competencias legislativas tiene también la correspondiente competencia para tipificar como contravenciones las violaciones a las normas que dicta: así, si el estado federal es competente para sancionar ciertas leyes de policía sanitaria animal, también lo es para criminalizar como contravenciones sus infracciones; si la materia de caza es propia de las provincias, corresponde a éstas la tipificación de las contravenciones de caza; y si las condiciones de seguridad de los locales es cuestión de competencia municipal, corresponde a los municipios la sanción de las infracciones a esta legislación.

**La trampa de la
minimización
de las garantías**

El derecho contravencional tiene enorme importancia confi- 2
guradora en la sociedad: como instrumento de vigilancia, el poder punitivo ejercido a través de la legislación contravencional o con pretexto de ésta, es mucho más importante que el que se ejerce con motivo o pretexto penal. Por eso, desde el punto de vista del poder político llega a ser más importante que el código penal. No es frecuente que alguien sea privado de libertad por sospechoso de terrorismo o de parricidio, pero la mayoría de la población de la ciudad de Buenos Aires ha vivenciado una privación arbitraria de libertad por sospecha de contravención o por simple decisión de la autoridad policial de seguridad. Por eso precisamente, es funcional al poder de vigilancia minimizar las garantías en las infracciones menores, de modo que tenga más garantías el parricida o el terrorista que el contraventor, pues con ello se obtiene, justamente, lesionar las garantías de todos y facilitar la vigilancia y el reparto arbitrario del poder punitivo. El aberrante argumento de que se deben aumentar las garantías conforme a la gravedad de las penas amenazadas, oculta, en el fondo, la facilitación del ejercicio del poder punitivo arbitrario sobre los sectores más amplios de la población (es mucho más fácil y creíble acusar a alguien de una contravención que de un crimen de terrorismo o de parricidio).

3 Aunque ninguna duda cabe, históricamente, acerca de que las contravenciones son infracciones de naturaleza penal, se pretendió darles carácter administrativo, especialmente en la Argentina, tomando ideas importadas de teorías producidas en el imperio alemán y que nada tienen que ver con nuestro orden constitucional. De ese modo se justificó lo que siempre fue injustificable, o sea, que los jefes de policía fuesen jueces contravencionales. En realidad, el estado peligroso sin delito (eliminación de molestos para la policía) nunca fue legislado por el Congreso federal, pero rigió siempre por omisión de éste y de las legislaturas provinciales. Desde las viejas leyes de leva (incorporación forzada a los ejércitos de los vagos y malentretidos) se pasó a los códigos rurales, y los jueces de paz y comisarios mandaron a muchos Martín Fierro a la frontera en función de estas leyes de peligrosidad. Cuando el control social pasó a la ciudad, desapareció el juez de paz, y quedó sólo el jefe de policía, en la ciudad de Buenos Aires como legislador y juez de contravenciones: legislaba por edictos, sentenciaba y también podía indultar, es decir, que ejercía las funciones de los tres poderes. Era un funcionario monárquico absoluto, nombrado por el poder ejecutivo, que tiene expresamente vedado por la CN el ejercicio del poder judicial.

**El poder punitivo
contravencional
como estado
peligroso
sin delito**

4 En el segundo gobierno del Gral. Perón las damas de beneficencia, pertenecientes a los sectores más elitistas de la ciudad, en conflicto con el ejecutivo y con la Fundación Eva Perón, se reunieron a cantar el Himno Nacional en la calle Florida y fueron sancionadas con arresto por el edicto de escándalo público. La Corte Suprema *de facto* estaba en 1956 a punto de declarar la inconstitucionalidad de la potestad policial de legislar la materia contravencional, cuando para evitar el vacío legislativo el ejecutivo de facto emitió el decreto-ley n° 17.189/56, haciendo ley nacional el texto de esos edictos inconstitucionales. Esta fue la legislación que quedó vigente hasta la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, guardando gran similitud con las recopilaciones coloniales, o sea, plagada de inconstitucionalidades y complacientemente tolerada por la jurisprudencia de todos los niveles. El art. 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires consagró expresamente la naturaleza penal de las contravenciones y el código contravencional de la ciudad, sancionado en 1998, estableció el fuero contravencional y enmarcó constitucionalmente esta legislación, con gran resistencia del poder corporativo policial.

**De la monarquía
a la república**

§ 47. (d) con el derecho penal militar

El derecho penal militar es derecho penal

El derecho penal militar es una rama especializada del derecho penal, que tiene por base el Código de Justicia Militar. No vale la pena detenerse en todas las incoherencias que se han sostenido a su respecto, porque son francamente indefendibles. La más grave y reiterada es que se trata de derecho penal administrativo. Si así fuese, en la Argentina se podría aplicar la pena de muerte por decisión administrativa. Esta tesis se sostiene para defender la legalidad de los consejos de guerra, que son tribunales militares inconstitucionales, porque están integrados por funcionarios que dependen jerárquicamente del poder ejecutivo y, por ende, no son independientes. En el mundo entero, nadie duda que el derecho penal militar es derecho penal y lo tratan con el considerable desarrollo teórico que merece. Por supuesto que el propio CJM contiene disposiciones de derecho militar disciplinario, que es administrativo, adecuadamente diferenciadas y que, por ende, nada tienen que ver con los delitos militares. La legislación procesal penal militar vigente viola todas las garantías constitucionales, limitando de modo incomprensible el derecho de defensa, en forma tal que el soldado argentino en tiempo de paz tiene menos garantías de defensa que el prisionero enemigo en tiempo de guerra, conforme al derecho de Ginebra: no sólo lo juzga un tribunal inconstitucional, compuesto por funcionarios del ejecutivo, sino que no tiene derecho a elegir defensor de confianza.

La pena de muerte en el CJM

El CJM contiene unas cincuenta previsiones respecto de la pena de muerte. Como ésta es en general inconstitucional (ver § 276.6), cabe preguntarse sobre el sentido de estas normas. Casi todas las previsiones son alternativas con otra pena. En algunos casos no se trata de pena de muerte, sino de medidas de coerción directa inmediata, que se justifican en función del estado de necesidad. Fuera de estos supuestos, no existe justificación para considerarlas constitucionales.

La necesidad terrible no es ley marcial

Los arts. 131 a 139 del CJM regulan una situación de necesidad terrible, propia de situación bélica o de desastre, que errónea o perversamente se la ha conocido como *ley marcial*. No se trata de una verdadera ley marcial, pues ésta es inconstitucional en el sistema argentino, que opta por el estado de sitio en la

CN y no por la ley marcial (institución inglesa que la CN no incorporó). Se trata de disposiciones que precisan el alcance muy estricto de una situación de extrema necesidad, por otra parte bastante bien definida en la ley. Lamentablemente, estas disposiciones dieron pie a toda clase de abusos que poco o nada tienen que ver con ellas, como las ejecuciones sin proceso legal llevadas a cabo por la dictadura de Uriburu en 1930 y 1931. Los fusilamientos realizados en 1956 por la dictadura militar de ese momento, ni siquiera invocaron estas normas, pues fueron dispuestos por el poder ejecutivo desconociendo lo que habían resuelto los propios consejos de guerra, que no habían impuesto penas de muerte.

- 4 La correcta interpretación de las disposiciones de los arts. 131 a 139 del CJM impone que éstas sean entendidas dentro de los estrictos límites del estado de necesidad y que sólo se legisle por bando en la zona cuando la ley ordinaria no sea suficientemente precisa, que se decida sólo cuando no sea posible la intervención de un tribunal del poder judicial, y que no se aplique más violencia que la estrictamente necesaria, o sea, siguiendo los principios de la coerción administrativa directa. Es muy interesante y ratifica lo señalado, la disposición sabia del art. 137 del CJM, que sólo autoriza el empleo de armas cuando en el bando se haya advertido sobre la muerte y el saqueador o violador, incendiario, etc., fuese sorprendido en flagrancia y no se entregase al primer aviso o hiciese armas contra la autoridad. Esta norma tiene valor general y orientador para todo el derecho argentino sobre el límite en que el estado puede privar de la vida: *si en guerra y en zona de operaciones, al criminal incendiario, saqueador, violador, etc., sólo puede disparársele en esas condiciones; eso significa que, con mayor razón, fuera de ellas, no puede dispararse contra nadie en la vida ordinaria*. El art. 137 del CJM es, en consecuencia, una regla de oro que pone límites a cualquier violencia del poder punitivo.

**Coerción
administrativa
directa y
nada más**

- 5 El vigente CJM fue sancionado en 1951 (ley 14.029) sobre un proyecto del ejecutivo redactado por Oscar Ricardo Sacheri remitido en 1949. Dado que la CN de 1949 parecía permitir el sometimiento de civiles a consejos de guerra, el CJM contenía algunas previsiones al respecto, aunque muy prudentes. Fueron derogadas por la ley 23.049. De cualquier manera cabe advertir que la dictadura militar de 1976-1983 sometió a civiles a consejos de guerra fuera de todas las previsiones del CJM, que nunca autorizaron semejante creación de un sistema penal paralelo.

**La ley
militar vigente**

§ 48. (e) con el derecho penal de niños y adolescentes

El autoritarismo tutelar

Respecto de los niños y adolescentes el poder punitivo muestra sus mayores contradicciones, su ineficacia preventiva, su inhumanidad, su violencia, su corrupción; todo surge con meridiana claridad y, por ende, ha optado por encubrirse bajo el manto tutelar y ser allí más autoritario que respecto de los adultos. En ocasiones se quita la máscara y aspira a reprimir la precocidad y a sostener que todos los niños infractores son hijos de delincuentes que se reproducen, y se lanza a un sistema penal subterráneo de ejecuciones sin proceso y escuadrones de la muerte. Pero durante años se ha cubierto con una máscara de piedad y ha pretendido que los niños y adolescentes debían quedar fuera del derecho penal, *tutelados* con *medidas* educativas y formadoras. En realidad, la inquisición y el positivismo triunfaron más ampliamente y durante muchos más años en el campo de los niños, con este llamado *derecho del menor* de pretendida naturaleza tutelar. Con el pretexto de la tutela (ideología mundial al respecto consagrada desde comienzos del siglo XX) los niños y adolescentes eran prisionizados sin proceso ni defensa, por decisiones arbitrarias de jueces e incluso de autoridades administrativas. Su incapacidad hacía que no hubiese obligación alguna de escucharlos y menos aún de atender sus demandas. Como las *medidas* eran tomadas en su favor, no eran necesarias las garantías.

Y el niño llega a ser persona

El proceso de rejuridización comenzó en los años sesenta, con el famoso caso Gault en los Estados Unidos (un niño que hacía llamadas para proferir expresiones soeces contra su vecina fue internado hasta los veintiún años) y culminó en las últimas décadas del siglo pasado con la *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, las *Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil* (conocidas como *Reglas de Beijing*), las *Reglas mínimas de Naciones Unidas para jóvenes privados de libertad* y las *Directrices de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil* (conocidas como *Directrices de Riad*). Con todo este arsenal, los niños y adolescentes entraron nuevamente a ser personas, cuyas garantías debe respetar cualquier ejercicio de poder punitivo. La idea central de este aparato normativo es que ningún niño puede estar en peor situación penal ni procesal que un adulto que hubiese realizado la misma con-

ducta delictiva. Es muy elemental, pero costó un siglo lograrlo. La primera ley continental en este marco fue el *Estatuto del niño y del adolescente* de Brasil, de 1990.

- 3 El derecho penal argentino de niños y adolescentes se halla regulado en la ley *de facto* 22.278, que modificó la ley 14.394 y que, a su vez, fue modificada por otras leyes posteriores (22.803; 23.264; 23.742), conservando un fuerte acento inquisitivo (tutelar) incompatible con la CN y con las convenciones incorporadas a ella (inc. 22 del art. 75 CN). La ley *de facto* 21.338 modificó la vieja ley 14.394, bajando la edad de diez y seis a catorce años y de diez y ocho a diez y seis, respectivamente. Los mismos dictadores se percataron de la aberración y con la llamada ley 22.278 volvieron a los límites etarios de siempre. No obstante, ante emergencias o casos más o menos sonados, inmediatamente alzan sus voces los irresponsables habituales proponiendo la vuelta a los límites que la misma dictadura debió rever.

**La legislación
nacional
inconstitucional**

- 4 En el sistema vigente en el país los niños no son responsables penalmente hasta los diez y seis años, pero el art. 10 de la llamada ley 22.278, entendido literalmente, dispone en síntesis que el juez puede hacer con el niño lo que quiera, es decir, internarlo hasta los veintiún años, entregarlo a los padres, o sea, *disponer* del *menor* (expresión que evoca el derecho de propiedad). Esto es resultado de algo reiterado en la doctrina: los menores de diez y seis años *son inimputables*. Esto no es verdad: los menores de diez y seis años pueden o no ser inimputables, pero si no lo son, opera en su favor una causa personal de exclusión de pena, que es otra cosa muy diferente. Además, incluso siendo inimputables, tienen el derecho de ser oídos y de beneficiarse con todas las eximentes y atenuantes que operan en favor de los adultos que hubiesen cometido los mismos hechos, por imperio de la convención con jerarquía constitucional. Así, si un niño de quince años comete un parricidio justificado por la legítima defensa de su madre, el juez no puede imponerle una pena hasta los veintiún años invocando que la ley lo faculta cuando el niño tuviese *problemas de conducta*. La nebulosa apelación a los *problemas de conducta* para permitir la imposición de una pena de prisión por años, es una cláusula similar a la reforma nacionalsocialista de 1933 al código alemán, en cuanto a la introducción de la analogía.

**La
inadmisibilidad
de la
arbitrariedad
judicial**

**El adolescente
como sujeto
punible**

Los adolescentes entre diez y seis y diez y ocho años, por delitos que no sean de acción privada o muy leves, están sometidos plenamente a la ley penal y se ejerce sobre ellos poder punitivo al igual que respecto del adulto, sólo que el juez puede dictarles sentencia condenatoria después de los diez y ocho años y la pena será disminuida conforme a la escala de la tentativa. Esta atenuación de la pena responde a una menor culpabilidad del adolescente, que no obedece a menor inteligencia, sino a la inmadurez propia de la etapa evolutiva adolescente en nuestra cultura. No se trata de que el adolescente no comprende, sino que ejerce menor juicio crítico sobre su comportamiento: si entre adolescentes se arrojan tizas en el aula, se imponen medidas disciplinarias; si lo hace un adulto en una reunión oficial se lo vincula a un psiquiatra, porque no parece ser normal.

5

**§ 49. Interdisciplinariedad con saberes jurídicos tangentes:
(a) con el derecho constitucional**

**¿Es tangente
o secante?**

La consideración del saber del derecho constitucional como ¹ tangente del penal es problemática, porque a él pertenecen las normas fundamentales del propio saber del derecho penal. No obstante, se trata de una disciplina completamente autónoma y que en definitiva abarca las bases de todas las ramas del saber jurídico. Por ello, con la previa advertencia de la íntima interdisciplinariedad, preferimos considerarlo tangente del saber penal. Su *vinculación formal* con el derecho penal deriva del principio de supremacía constitucional (art. 31 CN); su *vinculación funcional o material* radica en la tarea de protección del estado constitucional de derecho que corresponde al derecho penal y que lo hace *apéndice del derecho constitucional* (ver § 18.12). Esta concreta interdisciplinariedad se irá viendo en cada tema puntual. Aquí sólo cabe subrayar algunas normas concretas de la CN que hacen directa referencia a la materia penal, sin perjuicio de insistir más adelante en ellas.

**Penas
prohibidas**

(a) En principio, la CN prohíbe algunas penas desde su texto ² originario de 1853/1860. El art. 18 CN declara abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, y toda clase de tor-

mentos y los azotes. La prohibición de la llamada pena de muerte se halla más ampliamente consagrada en la actualidad; los pocos casos que sobreviven son del CJM. El concepto de *causa política* está indicando que se trata de una definición subjetiva de delito político (son los delitos que tienen *motivación política*) y no sólo los objetivamente políticos (delitos contra los poderes del estado). Esto es lógico, porque el privilegio para el delito político abarca al que actúa con motivación política, pero no al mercenario que lo hace por precio. Las otras prohibiciones están ratificadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y más genéricamente enunciadas. El art. 17 CN establece que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del código penal argentino; se trata de la confiscación general y no de la medida prevista en el art. 23 CP, ni de otras penas pecuniarias.

- 3 (b) Además de la prohibición de estas penas, la CN contiene una serie de disposiciones referidas a delitos en particular. Se trata de los llamados delitos constitucionalizados, o figuras penales que han sido expresamente incluidas en la CN. Tales son los casos de los arts. 15, 22, 29, 36, 119 y 127. (c) El art. 32 CN prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la competencia federal. Se ha sostenido una tesis restrictiva en cuanto a esta norma y, por ende, el CP tipifica delitos que se cometen por medio de la prensa, lo que es de dudosa constitucionalidad. (d) La CN ordenó el establecimiento del juicio por jurados. La reforma de 1994 no alteró este mandato, con lo cual se entiende que lo ratificó. No obstante, nunca se ha cumplido y tampoco se ha explicado razonablemente la causa.

**Delitos constitu-
cionalizados,
leyes de prensa y
juicio por jurados**

- 4 El art. 16 CN enuncia el principio de igualdad ante la ley. Empero, hay ciertos actos realizados por algunas personas que desempeñan funciones cuyo satisfactorio desempeño requiere especiales garantías, que quedan fuera del alcance inmediato del poder punitivo. Algunos actos quedan excluidos del poder punitivo, o sea, que gozan de *indemnidad*. Otros pueden ser sometidos al ejercicio del poder punitivo, pero para ello requieren un procedimiento previo a cargo de un órgano del estado (desafuero, juicio político y destitución); se trata de personas que gozan de *inmunidad*. Tanto la indemnidad como la inmunidad deben ser establecidas por la CN y por las constituciones provinciales y de la ciudad de Buenos Aires o por el derecho internacional, pero no pueden ser ampliadas por la ley ordinaria. La CN (art. 68) se ocupa de la

**Indemnidades
e inmunidades**

indemnidad de las opiniones parlamentarias. No es un privilegio personal, sino de sus actos; no se trata de una inmunidad sino directamente de indemnidad. Su naturaleza es la de una atipicidad, es decir que el acto mismo se halla fuera de toda criminalización primaria. El legislador que en un discurso parlamentario injuria o calumnia, revela secretos, etc., realiza acciones que no son típicas (no están criminalizadas). El único acto legislativo que es típico y punible por expresa disposición constitucional es el del art. 29 CN.

Inmunidades parlamentarias

Las inmunidades parlamentarias surgen en lo federal del art. 5 69 CN. El legislador sólo puede ser detenido cuando es sorprendido en flagrancia cometiendo un delito grave. Las penas que la CN menciona han desaparecido y nada indica que deban mantenerse esas penas para hacer efectiva esta garantía, porque la CN sólo quería indicar con ellas cierta gravedad del delito y en modo alguno recomendar semejantes penas. Por ello, debe entenderse que se trata de delitos por los que no podría imponerse condenación condicional ni ningún otro beneficio que le permitiese eludir la prisión efectiva. En los restantes casos (cuando es sorprendido cometiendo delitos de menor gravedad o cuando no sea sorprendido en flagrancia, cualquiera sea la gravedad del hecho), sólo puede ser sometido al poder punitivo previo desafuero (art. 70 CN). El desafuero es indispensable, aunque el legislador quiera someterse al arresto, porque no es un privilegio renunciable, dado que es funcional, y la decisión es de la Cámara y no de la persona. Sin desafuero puede ser sometido a proceso, pero no se puede disponer su detención ni su prisión preventiva; la inmunidad es *de arresto* y no *de proceso*, porque éste no amenaza el ejercicio de la función.

Inmunidades de funcionarios

Se ha entendido que todos los funcionarios cuya destitución 6 sólo puede producirse por juicio político, gozan de inmunidad hasta el momento en que el Senado decide su remoción. Se entiende que en este caso no sólo se trata de una inmunidad de arresto sino también de proceso. En rigor, la CN no dispone esto expresamente, sino que ha sido deducido de algunas normas de la misma. La base constitucional más razonable sería la necesidad de considerar igualitariamente a los poderes del gobierno y de garantizar su separación evitando intromisiones.

§ 50. (b) con el derecho internacional público

1 El derecho internacional público *rige las relaciones entre estados* (lo que cada vez es más complicado en un mundo *globalizado*), tratando de controlar el uso indiscriminado de la fuerza en beneficio de los más poderosos. Al dejar la *lucha* como forma de resolver los conflictos entre particulares y pasar al ejercicio vertical de poder, o sea, al establecerse el poder punitivo en la sociedad (corporativizarla como ejército), se formaron los estados nacionales (se superó el feudalismo) y la lucha fue reservada a los estados entre sí (lucha entre monarcas o señores). El derecho internacional público trata de contener estas luchas, lo que pareciera tender a un gobierno mundial, que se ha ido jalonando con organismos mundiales (*Liga de las Naciones* entre las guerras; ONU desde mediados del siglo pasado), pero con escaso poder. La costumbre internacional y los tratados (bilaterales y multilaterales) son la ley internacional. El *derecho internacional penal* surge en este esfuerzo, a partir del final de la primera guerra (1914-1918), para ocuparse de la delincuencia entre estados y de la responsabilidad criminal internacional de los gobernantes. Comenzó en el siglo XX con la tentativa fallida de criminalizar al emperador de Alemania en el Tratado de Versalles, que puso fin a esa guerra. Hubo luego varios proyectos de códigos de delitos internacionales, pero la cuestión cobró mucha relevancia a partir de los juicios de Nuremberg y Tokio, en que se condenó a los criminales de la segunda guerra (1939-1945).

**Derecho
internacional
penal**

2 Los juicios de Nuremberg y Tokio son muy discutidos. Desde la perspectiva del derecho penal liberal, es claro que esos juicios violaban los principios del juez nombrado por la ley antes del hecho de la causa (el llamado juez natural) y de legalidad de la pena. Sin embargo, cada vez que se cuestiona al poder punitivo y se lo deslegítima, se apela al ejemplo de los genocidios para demostrar su necesidad. No obstante, la historia nos enseña que sólo fueron condenados unos pocos genocidas a lo largo de todo el curso de la humanidad. Es obvio que han quedado muchos genocidios impunes, antes y después de Nuremberg y Tokio. Si todas las teorías de la pena fracasan frente al llamado delito común, ante los crímenes de guerra y contra la humanidad es mucho más evidente

**Ninguna teoría
positiva de la
pena legítima la
punción del
genocidio**

su incapacidad legitimante: no puede pretenderse que disuada (¿Quién puede disuadir a quien dispone de un poder inmenso?), menos que resocialice (¿Se puede pensar en resocializar a Hitler?), ni siquiera que impida la reiteración por parte de los autores (son juzgados sólo cuando han perdido el poder), y menos aún cualquier pretensión retributiva (aunque las vidas no se cuentan, porque toda vida es un absoluto, no hay pena que pueda retribuir la atrocidad del genocidio). Por otra parte, los genocidas se valen del propio sistema penal que, descontrolado, ejerce un poder punitivo ilimitado y comete los peores crímenes, y luego trata de relegitimarse pretendiendo penar a unos pocos criminales cuando ya han perdido el poder. Los criminales genocidas cometen sus atrocidades ejerciendo un poder punitivo que abjura de todo límite liberal o garantizador, y luego pretende que es útil penando a unos pocos perdedores violando los mismos principios. Realmente, por este camino no parece resolverse nada, sino entrar en un mar de contradicciones sin salida.

**La legitimación
de la punición
del genocidio
a través de la
teoría agnóstica**

¿Significa esto que los criminales internacionales deben quedar impunes? No, la legitimidad de Nuremberg y Tokio exige un sinceramiento del poder punitivo que las teorías positivas de la pena no pueden satisfacer. Justamente, y aunque parezca una paradoja frente a los argumentos tradicionales, es a través de la deslegitimación del poder punitivo que surge la legitimidad de las sanciones a genocidas y criminales contra la humanidad, y criminales de guerra. En efecto: la atrocidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad es tal que reduce enormemente el reproche que pueda formularse a cualquiera que se tome venganza por mano propia. Para cualquier juez sería difícil imponer una pena en el caso de una víctima que tomase venganza contra un jerarca de las SS o del Kmer Rojo que hubiese aniquilado a su familia. Quizá para lo que usualmente se dice (*no sentar el precedente*) buscaría una pena mínima o inventaría una incapacidad psíquica, pero eso no pasaría de ser una solución tópica (primero tomaría la decisión y luego buscaría racionalizarla, inventar el argumento) (ver § 89.3 y ss.). La razón es que el criminal contra la humanidad realiza tal esfuerzo para alcanzar la vulnerabilidad, que al derecho penal le queda muy poca fuerza ética para contener el poder punitivo, que sale de las manos del estado y pasa a toda la sociedad. De hecho se produce una suerte de *pérdida de la paz* (expulsión de la comunidad), y renace en los hechos esta sanción antigua.

4 Prueba de lo anterior son los propios hechos que tuvieron lugar al finalizar la segunda guerra. En el norte de Italia, los nazistas habían creado la república títere de Salò. Vencida Alemania los partisanos ejecutaron, sin proceso alguno, a Mussolini, a su compañera, al hermano de ésta y a los últimos jefes del fascismo cuando trataban de alcanzar la frontera suiza. Estos hechos dieron lugar a un proceso penal que veinte años después culminó en un sobreesimiento por considerarse que había sido un hecho de guerra, dado que la república de Salò no había firmado ningún armisticio con los aliados. En realidad, mal podía firmar un armisticio una república que ya no existía, pues sus jefes estaban en fuga. Fue una solución claramente tópica. En el fondo, la razón verdadera es que el derecho penal carecía de fuerza ética para contener el poder punitivo socializado contra esos jefes. Nuremberg y Tokio son en sustancia lo mismo, sólo que tratando de ejercer un poder mínimo de contención, que evitó que fuesen ejecutadas las amantes y los cuñados. El derecho penal no tenía fuerza ética para hacer valer todas las garantías propias de un modelo liberal, eso es todo. Evitó aberraciones, pero no pudo en tales casos ejercer el mismo poder contentor y reductor que en circunstancias menos extraordinarias.

**La experiencia
histórica italiana**

5 Desde mediados del siglo pasado cobraron fuerza dos tendencias: (a) los tratados que imponen la obligación de sancionar ciertos crímenes internacionales; y (b) las tentativas de establecer una jurisdicción penal internacional. El primer texto de posguerra que obliga a penar un crimen internacional es la *Convención sobre genocidio* de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1948. La obligación de penar crímenes de guerra y de lesa humanidad suele plantear un serio problema, que es la cuestión de la prescripción (ver § 273). En general, en un derecho penal de garantías, la ley que establece la prescripción no puede ser derogada con efecto retroactivo, pese a los argumentos que se usaron para neutralizarla en la República Federal Alemana, para no dejar impunes crímenes del nazismo. En la actualidad rige la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 1968, ratificada por la Argentina en 1995. En rigor no se trata de una aplicación retroactiva de esta convención, sino que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad estaba ya consagrada por el derecho internacional consuetudinario, toda vez que en esta rama del derecho la costumbre

**Los crímenes
internacionales
y la prescripción**

opera como fuente. La Convención no hace más que convertir en ley y precisar lo que antes era costumbre internacional, o sea, de cualquier manera, derecho vigente (*jus cogens*).

Gestación de las normas sobre crímenes internacionales

Las normas internacionales que obligan a perseguir delitos 6 internacionales se gestan de diferente manera: (a) una es la progresiva acumulación de obligaciones internacionales (deber de reprimir la esclavitud y la trata de mujeres y niños, el tráfico internacional de estupefacientes, la piratería, el secuestro de aeronaves, el terrorismo, el secuestro de personas que gocen de protección internacional, etc.). (b) Otra son tratados que no se desarrollan ni acumulan progresivamente (la convención de la Unión Postal Universal sobre transporte de material peligroso). (c) La tercera la constituyen las convenciones referidas directamente a los estados (la convención sobre genocidio, contra el *apartheid* de 1972 y contra la tortura).

La jurisdicción internacional

Hubo muchas tentativas de establecer un código de crímenes 7 internacionales, pero más éxito tuvieron las de establecer una jurisdicción internacional. A partir de 1992 fue preparándose en la ONU, por encargo de la Asamblea General, un proyecto de estatuto para una corte penal internacional, que culminó en la redacción de una convención internacional en Roma, que completó la ratificación del número de países necesarios para cobrar vigencia. El impulso para su establecimiento proviene de la creación del tribunal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, al que siguió el de Rwanda, lo que había dividido las opiniones entre quienes prefieren que los crímenes internacionales sean juzgados por tribunales *ad hoc* y quienes defienden la creación de una corte o tribunal penal internacional de carácter permanente. También se dividen las opiniones entre los que pretenden reducirlos al juzgamiento de los delitos establecidos por el derecho internacional y quienes aspiran a extenderlos a otros delitos, cuando no hubiese competencia nacional (conflicto negativo) o ésta se negase a juzgarlos. Si bien los tribunales internacionales (permanentes o *ad hoc*) reproducirán estructuras punitivas selectivas y, al igual que los tribunales nacionales, no tendrán otro poder que el de decidir la continuación o interrupción de una criminalización en curso, tendrán también el mismo efecto, o sea, el de garantizar un cierto grado de menor irracionalidad, en que el derecho penal podrá contener al poder punitivo en la medida de su reducido espacio para el caso y, especialmente, garantizarán que éste no alcance a inocentes.

Complejidad de la jurisdicción y el poder punitivo internacionalizado

8 Se asiste a una dinámica muy particular del poder mundial, en que (a) los estados pierden parte de su poder de decisión, sitiados por unos centenares de macrocorporaciones transnacionales que operan con cálculos de rendimiento inmediato; (b) la concentración de riqueza se acentúa y asume características estructurales; (c) la distancia entre el centro y la periferia del poder mundial se amplía; (d) el poder se contenta con mercados que excluyen a sectores cada vez más amplios de las poblaciones; (e) la capacidad de planificación a largo plazo está neutralizada; (f) el discurso penal inquisitorio vuelve arropado en criterios que pretenden prescindir de ideologías (mal llamados *pragmáticos*); (g) en el plano internacional se asiste a actos de abierta intervención punitiva y la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante la consagración del principio *male captus bene detentus*, legitima la competencia para secuestrar en territorio extranjero; (h) los organismos internacionales se encuentran en una peligrosa situación de fragilidad. En estas condiciones, cabe pensar que los tribunales penales internacionales serán útiles para limitar lo que, de otra manera, va configurando el ejercicio de un poder punitivo internacional sin límite alguno. Sin duda que reproducirán el enfrentamiento entre poder punitivo y derecho penal, por lo cual, no faltarán tentativas políticas de mediatización para legitimar lo que hasta el momento son actos unilaterales de intervención de algunos estados. Nunca la justicia penal es aséptica al poder y menos aún cuando ocupará un lugar tan destacado dentro del esquema de poder mundial: serán tribunales destinados a decidir cuestiones en las que siempre estará involucrado el poder en tan alta dimensión.

Inmunidades internacionales

9 Por último, cabe señalar como tema propio de esta interdisciplinariedad, las inmunidades de los jefes de estado extranjeros, de los diplomáticos y de los cónsules. Se trata de *inmunidades* (ver § 272) y no de la vieja ficción de que las embajadas sean territorios extranjeros. Las inmunidades amparan a las personas señaladas por la ley internacional, pero los partícipes no se benefician. Benefician a los jefes de estado extranjeros que se hallen en territorio nacional, en función del derecho internacional consuetudinario y de la *Convención sobre Misiones Especiales* del 16 de diciembre de 1969; en visita oficial ampara también a su familia y comitiva. También tienen inmunidad los representantes de países extranjeros; el estado receptor sólo puede declararlo per-

sona no grata. Los arts. 116 y 117 de la Constitución establecen la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema en las causas que conciernen a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, tanto como sujetos activos o pasivos de un delito.

Las convenciones sobre inmunidades diplomáticas y consulares

En la actualidad la inmunidad diplomática se encuentra re- 10
glada por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, del 18 de abril de 1961 (ratificada por nuestro país en 1963). El art. 29 establece que *la persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.* El art. 31 establece que *el agente diplomático gozará de inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor.* Se extiende a los correos diplomáticos, a la familia del diplomático y, siempre que no sean nacionales ni residentes permanentes, al personal técnico, administrativo y aun de servicio. El art. 31 párrafo 4 expresa que *la inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.* El art. 32 dispone que *el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad.* Como la inmunidad es funcional, sólo puede renunciar el estado acreditante y no el diplomático. La situación de los cónsules está regida por la *Convención de Viena sobre relaciones consulares*, del 24 de abril de 1963 (ley de facto 17.081 de 1966). Las inmunidades de los cónsules son más limitadas: *Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de autoridad judicial competente* (art. 1º). No obstante, *los funcionarios y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares* (art. 43). Al igual que en el caso de los diplomáticos, la inmunidad puede ser renunciada por el Estado acreditante.

§ 51. (c) con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La gestación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Desde la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (10 de 1
diciembre de 1948) se desarrolló con considerable esfuerzo una rama particular del derecho internacional, que es el Derecho In-

ternacional de los Derechos Humanos, que *tiene por objeto garantizar un mínimo de derechos a cualquier ser humano, por el mero hecho de serlo, cualquiera sea su nacionalidad o situación*. Pero la declaración no era un tratado, o sea, no era ley internacional. Se consideró que lo era, por su incorporación a la Carta de la ONU, pero sólo muchos años después. (a) Los instrumentos mundiales que dan base legal al *sistema universal de derechos humanos* (o sea, las leyes propiamente dichas) son los Pactos Internacionales (*de Derechos Civiles y Políticos*, y *de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*) vigentes desde 1976. El organismo creado por los Pactos es el Comité de Derechos Humanos de la ONU con sede en Ginebra, que no tiene carácter jurisdiccional. (b) El primer *sistema regional de derechos humanos* fue el europeo, basado en la *Convención de Roma* de 1950. El sistema americano se origina en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 1948, incorporada a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y se perfeccionó con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica* de 1969, vigente desde 1978. Los organismos regionales americanos son: (a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington) creada por la OEA y que sirve también como comisión prevista en el Pacto de San José; y (b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José), que es el organismo jurisdiccional que opera cuando la comisión considera que el caso debe ser decidido en esa sede o cuando los estados someten el caso a consulta.

- 2** En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no rige la cláusula *rebus sic stantibus* (la violación de un tratado por una de las partes no desobliga a las otras). También se introduce a la persona en el derecho internacional, al reconocerle personería para denunciar y litigar. Tampoco rige la cláusula *rebus sic stantibus* entre los estados y sus habitantes, porque *las violaciones de derechos humanos sólo las cometen los estados y no sus habitantes, que sólo pueden cometer delitos*. Lo contrario es sostenido por todos los dictadores, que pretenden que pueden violar los derechos humanos porque sus habitantes lo hacen, razonamiento que importa la supresión de éstos.

- 3** La Argentina ratificó la Convención Americana en 1984 (ley 23.054) y los Pactos en 1986 (ley 23.313), por lo que está plenamente integrada en el sistema mundial y en el regional. En el

**Particularidades
diferenciales
del derecho
internacional
común**

**El monismo
y el dualismo**

derecho internacional se sostuvieron históricamente dos posiciones respecto de la vigencia interna de los tratados: (a) para una (tesis monista o del derecho único) los tratados son también ley interna; (b) para otra (dualista o del doble derecho) los tratados obligan a los estados pero no son derecho interno. La tesis dualista, otrora sostenida por Gran Bretaña para no aplicar la Convención de Roma a sus colonias, perdió predicamento, pues obliga a los jueces a decidir siempre de manera ilícita (si aplican la ley interna contraria al tratado, cometen un ilícito internacional; si hacen lo contrario cometen un ilícito interno). La tradición monista argentina se remonta a Juan Bautista Alberdi.

La cláusula
constitucional:
inc. 22 del
art. 75 CN

La jurisprudencia nacional no fue clara, pero en 1992 ⁴ sorpresivamente la Corte Suprema se pronunció por el monismo (en la famosa causa Ekmekdjian). Como la Corte podía cambiar su criterio, en 1994 se incorporó el monismo a la CN, en el inc. 22 del art. 75. Esa disposición en realidad es redundante, porque la ley internacional siempre está por sobre la Constitución (los estados no pueden invocar su derecho interno para violar obligaciones internacionales), pero se incluyó esta norma para prevenir cualquier futuro dislate interpretativo. De este modo, no hay duda que las normas de los tratados de derechos humanos completan las leyes de superior jerarquía que deben aplicarse en la construcción teórica del derecho penal.

§ 52. (d) con el derecho internacional humanitario

Conceptos de
derecho
internacional
humanitario

El *derecho internacional humanitario* es el que se ocupa de las ¹ *normas internacionales de origen convencional o consuetudinario que están específicamente destinadas a regular los problemas humanitarios directamente derivados de los conflictos armados, internacionales o no, y que restringen, por razones humanitarias, el derecho de las partes en el conflicto a utilizar los métodos y medios de su elección, o que protegen a la personas y bienes afectados por el conflicto.* De su materia nos interesa en especial lo referido a la protección a los militares cuando ya no están en condiciones de actuar, a los prisioneros y náufragos y a la población civil (el lla-

mado *Derecho de Ginebra*, por estar regido por los Convenios de Ginebra). Entre sus múltiples conexiones interdisciplinarias con el saber penal, cabe destacar tres: (a) la actual perspectiva general del *jus in bello* que, como se ha visto, es aleccionadora para el penalismo (ver § 17); (b) las disposiciones de interés penal respecto de los prisioneros de guerra y (c) respecto de las poblaciones civiles.

2 El *Convenio de Ginebra* del 12 de agosto de 1949, *relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* dispone en su capítulo III las *Sanciones penales y disciplinarias* (arts. 82 a 108) con una verdadera codificación penal y procesal penal que impone el respeto a las garantías mínimas en el ejercicio del poder punitivo sobre éstos (igualdad con los propios militares de la potencia detentora; no pueden ser penados por delitos propios de prisioneros; se los somete a los mismos tribunales que a los militares detentores y no pueden ser sancionados con otras penas que las de éstos; serán beneficiados por no tener deber de lealtad a la detentora; las sanciones disciplinarias no pueden superar los treinta días; la evasión simple no es punible; se les garantiza defensa calificada y de confianza; la sentencia de muerte no se ejecuta hasta seis meses después de comunicada a la potencia protectora; se exige independencia e imparcialidad del tribunal).

**Prisioneros
de guerra**

3 El vigente CJM no garantiza a los militares argentinos, ni siquiera en tiempo de paz, los requisitos mínimos que el Convenio impone para los prisioneros enemigos en tiempo de guerra (ver § 47). Si bien el Convenio no tiene por objeto proteger los derechos de los militares de las potencias detentoras, la complementariedad del derecho humanitario con los derechos humanos, el desarrollo enorme de este último después del Convenio, la violación de normas concretas de todos los instrumentos internacionales por el CJM, y el expreso reconocimiento constitucional de los derechos humanos, además del escándalo del privilegio de los prisioneros frente a los militares argentinos, son razones que llevan a concluir que la única solución viable es la inconstitucionalidad del vigente CJM que, por lo menos, debe garantizar a los militares nacionales los mismos derechos que a los prisioneros de guerra.

**Incompatibilidad
con el CJM**

4 En cuanto a “la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra”, los arts. 64 a 78 del *Convenio de Ginebra* esta-

**Poblaciones
civiles**

blecen límites al poder punitivo sobre poblaciones de territorio ocupado (la legislación penal territorial queda vigente, en limitada medida puede reformarse por el ocupante, garantizando los principios generales, la irretroactividad legal y la proporcionalidad de las penas). Se limita la punición por actos contra la potencia ocupante y se autoriza la pena de muerte sólo para casos graves y siempre que ya estuviese prevista en el derecho del ocupado. La potencia ocupante no puede imponer penas por hechos cometidos antes de la ocupación ni penar a sus propios nacionales que hubiesen buscado refugio en el territorio ocupado por actos anteriores al comienzo de las hostilidades, salvo por delitos comunes que hubiesen dado lugar a extradición. Se establecen una serie de garantías procesales (debido proceso, tribunales independientes, defensa, recursos, etc.). Nuevamente se plantea el problema de su compatibilidad con el CJM. Es claro que las disposiciones del CJM interpretadas perversamente (como *ley marcial*) no son compatibles con el Convenio, lo que llevaría al absurdo de que los habitantes del territorio argentino en caso de necesidad tendrían menos derechos que si fuesen ocupados en caso de guerra internacional.

§ 53. (e) con el derecho internacional privado

Principios

Suele considerarse esta interdisciplinariedad como *ámbito de validez espacial o validez espacial de la ley penal*, pero no se trata de una materia del derecho penal, sino de un capítulo del *derecho internacional privado*, al que debe remitirse para su completo tratamiento. Al respecto existen cuatro principios ideales en el derecho comparado, que en la realidad las legislaciones nacionales (códigos) e internacionales (tratados) combinan en soluciones complejas. Por otra parte, tanto pueden emplearse para determinar la ley aplicable (para resolver conflictos de leyes penales) como para resolver conflictos de competencia jurisdiccional (qué país debe juzgar), cuestiones que es necesario distinguir, puesto que es factible que un tribunal aplique ley penal extranjera. Los referidos principios son los siguientes:

Territorialidad	la ley penal rige en todo el territorio del estado y en los lugares sometidos a su jurisdicción sin que importe el lugar del hecho
Nacionalidad o Personalidad	(a) se aplica la ley penal del país del cual es nacional el autor (personalidad activa) (b) o del país del que es nacional el sujeto pasivo (personalidad pasiva)
Real o de Defensa	la ley aplicable es la del estado titular del bien jurídico lesionado o en el que habita la persona que es titular del mismo
Universal o de Justicia Universal	el estado que aprehende al autor le aplica su ley sin que importe el lugar del hecho ni la nacionalidad de los sujetos o la pertenencia del bien jurídico

2 Si bien estos principios se combinan, ninguna ley puede prescindir del principio de territorialidad. Los tres restantes son formas de limitar o extender la aplicación territorial. Como las disposiciones de derecho penal internacional son nacionales, cada país combina los principios mencionados en forma particular y los conflictos que se producen al respecto no tienen solución. De este modo, en función del principio de personalidad pasiva, la justicia europea ha podido conocer casos de delitos cometidos en la Argentina contra ciudadanos de sus nacionalidades, por hechos cometidos bajo la dictadura de 1976-1983.

3 El CP argentino regula la materia (art. 1°) en forma poco limitante del principio de territorialidad. El concepto de territorio lo proporciona el derecho internacional público, con la consiguiente problemática respecto del espacio aéreo y del mar territorial. Si bien no es admisible actualmente la ficción de que los lugares sometidos a la jurisdicción son territorio nacional, se asimilan a éste para estos efectos. Es importante determinar la ley aplicable cuando la conducta tiene lugar en un ámbito territorial y el resultado en otro (los llamados *delitos a distancia*). Como no hay solución expresa en la ley, debe entenderse que la voz *efectos* consagra la llamada regla de ubicuidad, conforme a la cual rige tanto la ley del lugar de la acción como la del lugar del resultado. Esta regla tampoco resuelve el problema, sino que sólo evita un conflicto negativo

Por qué tribunales europeos juzgan criminales argentinos

El principio de territorialidad en el CP

de competencia que provoque impunidad (cuando la acción se realiza en un territorio regido por la ley del resultado y el resultado en uno regido por la ley de la acción). Una razonable reconstrucción dogmática del art. 1° del CP, permite concluir que (a) la ley argentina se aplica, en primer término, a las acciones que se realizan en el territorio nacional; (b) en caso de conflicto negativo, también se aplica si en el territorio ha tenido efecto el resultado.

El principio real o de defensa en el CP

Se ha sostenido que la ley no admite el principio real o de 4 defensa. La solución depende del alcance de la palabra *efectos* del art. 1° CP. Creemos que esa voz es demasiado amplia para pretender que se limita a *resultados* (que sólo abarcaría los *delitos a distancia*), siendo forzado sostener que no comprende las consecuencias jurídicas lesivas para un bien jurídico garantizado territorialmente. Este principio no debe confundirse con el de la personalidad pasiva: la ley nacional no alcanza a todos los delitos cometidos en el extranjero contra ciudadanos argentinos, sino sólo a los que afectan bienes jurídicos que se hallan en el país, sean sus titulares ciudadanos nacionales o extranjeros (se trata de un defecto de la ley vigente: el homicida de un argentino en el extranjero, que no haya sido juzgado en el país del hecho, podría pasarse por el nuestro impunemente).

El principio de personalidad en la legislación nacional

Mucha menor incidencia tiene el principio de *personalidad o 5 nacionalidad*. Se considera que la no extradición del nacional es una manifestación de este principio. La vigente ley 24.767 (art. 12) establece que el nacional puede hacer opción para ser juzgado por los tribunales nacionales, en cuyo caso será aplicable la ley argentina, siempre que el estado requirente preste conformidad. En caso que un tratado admita la extradición de nacionales, el nacional puede formular igual opción, pero queda a criterio del poder ejecutivo decidir al respecto. Cabe preguntarse si la extradición de un nacional contra su voluntad, por lo menos en algunos casos, no importa una pena de expatriación, no prevista en las leyes.

El principio universal en la legislación nacional e internacional

El *principio universal* se consagra en tratados como el de *derecho penal internacional de Montevideo* de 1889 y en las convenciones sobre piratería, tortura, trata de esclavos, trata de personas y protección de cables submarinos. Lo admite la CN, cuyo art. 118 establece que, cuando el delito *se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por 6*

una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. En función de este principio reclamó la justicia española el juzgamiento de dictadores latinoamericanos.

- 7 Claras cuestiones de derecho internacional son la extradición y el asilo, pero no por ello la *extradición* pierde su carácter de institución procesal penal, como tampoco ésta excluye su consecuencia material (contenido penoso) ni los presupuestos de derecho penal que requiere. Por ello, no es admisible a su respecto la tesis de que puede regirse retroactivamente aduciendo que el derecho internacional no prohíbe la retroactividad ni tampoco que es admisible por no tener carácter penal material. En cuanto al *asilo*, tiene una estrecha relación con el derecho internacional de *refugiados*, que ha adquirido un formidable desarrollo a partir de la creación del *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para refugiados*. El único concepto penal que interesa a estos institutos es el de *delito y delincuente político*, que excluye la extradición y ampara con el asilo.

**La extradición,
el asilo
y los refugiados**

§ 54. (f) con el derecho administrativo

- 1 Se define al derecho administrativo como *la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta*, pero también se reconoce que esta idea es producto de una evolución, que parte del derecho administrativo del estado de policía, o sea, de una concepción en que prácticamente lo regía una única norma básica: el estado todo lo puede (Gordillo). Como se ha visto, esta dinámica no es lineal, sino que el estado de policía siempre permanece enquistado dentro del estado de derecho, en puja permanente con su modelo, con tendencia constante a abusar de la coacción directa fuera de todo control jurisdiccional y a ejercer poder punitivo y de vigilancia por cuenta propia, penetrando todos los ámbitos. El discurso con que la administración racionaliza el ejercicio del poder punitivo siempre invoca la necesidad y la defensa de un supuesto *orden público* que se independiza de la ley para cobrar existencia supralegal propia, y de este modo permite que funcionarios eje-

**La tensión
constante con
el derecho penal**

cutivos de menor rango impongan penas. Cuando el derecho administrativo falla en su función protectora judicial frente a la administración, la tendencia punitiva del poder administrador no es contenida y el estado de policía avanza. Un derecho penal de contención, que reclame el principio de judicialidad para cualquier sanción real o eventualmente penal, se hallará siempre en tensión con el poder de la administración, cuya esencia fagocitaria la impulsa a absorber toda la función punitiva. Esta difícil relación tiene lugar en múltiples campos (se lo ha visto respecto del derecho penal contravencional y del derecho penal militar), y existen muchísimos puntos en disputa.

Yuxtaposiciones sancionatorias

La acelerada producción legislativa da lugar a leyes que amalgaman sanciones de diversa naturaleza en yuxtaposiciones legislativas de sanciones restitutivas y reparadoras, de medidas de coacción directa y de penas. Dejando de lado las que sólo responden a defectos técnicos o a propósito de impacto en la opinión, las áreas en que las yuxtaposiciones son más utilizadas son el llamado *derecho penal económico* (particularmente fiscal), el también llamado *derecho empresario o de los negocios* y el *derecho ecológico o del medio ambiente*. Por tradición las disciplinas jurídicas se delimitan conforme al modo en que sus sanciones procuran resolver o decidir los conflictos. Cuando se renuncia a ese criterio para definir un área jurídica, se produce una inevitable yuxtaposición de sanciones y, por ende, se mezclan las disciplinas jurídicas delimitadas conforme a éstas. Esto sucede cuando se habla de derecho nuclear, de derecho del trabajo en sentido total (abarcativo del derecho contractual laboral y del derecho sindical y de la previsión social, de los delitos relacionados, etc.), de derecho del transporte, de derecho electoral, etcétera.

La función contentora de la jurisdicción y del derecho penal

Es necesario trazar una cuidadosa distinción entre las sanciones conforme a su naturaleza: la coacción directa la impone la necesidad de interrumpir una actividad o una omisión (la clausura para interrumpir un peligro en curso o como medio coercitivo para que se cumpla un deber y hasta que se lo haga); la multa como coacción administrativa, o sea, un incentivo que coerciona al cumplimiento (como la amenaza de intereses punitivos lo hace en el derecho privado), no confundiéndola con la pena de multa ni con la multa que procura reparar la lesión que ha sufrido el fisco a causa de la omisión (reparadora). No existe inconveniente en

englobar todas estas sanciones en una planificación legislativa común y coherente, pero siempre que las agencias jurídicas ejerzan un control permanente sobre la legislación con función eventualmente penal, a efectos de evitar violaciones al principio de judicialidad y a la prohibición del doble juzgamiento y de la doble punición. El control de la legislación con función tácita y eventualmente penal (ver § 7) es una de las más importantes funciones del derecho penal de garantías, pues su omisión fortalece el modelo de estado de policía al ocultar el carácter penal de una sanción.

- 4 Otro aspecto harto conflictivo tiene lugar en torno del llamado *derecho disciplinario*, que se ocupa de las normas que prescriben sanciones para los integrantes de un cuerpo, administración u organismo público o paraestatal, que tiene por objeto proveer la solución de conflictos necesaria para permitir el buen funcionamiento de la administración o el buen desempeño de sus componentes o de órganos políticos (parlamentos) o entes de creación pública (colegios públicos). En el funcionamiento de una administración o cuerpo pueden surgir conflictos que no tengan solución efectiva y, en tal caso, el único camino es la decisión por el modelo punitivo. Esto sucede cuando el derecho disciplinario resuelve la exclusión de la persona del cuerpo o administración y, más aún, cuando esa exclusión importa también una interdicción o una inhabilitación para su reingreso a éste o para ese u otro ejercicio profesional. La exclusión y la interdicción, según la naturaleza del servicio (actividad productiva, transporte, etc.), puede ser una sanción laboral. En tal caso el estado no puede erigirse en empleador privilegiado en perjuicio de sus empleados, esgrimiendo el derecho disciplinario como pretexto. Pero en el caso de cuerpos profesionales (colegios públicos) y de carreras administrativas para servicios propios del estado, la exclusión implica la frustración de todo el proyecto de vida de la persona, es decir, el abandono definitivo de una actividad profesional, lo que pone de manifiesto su naturaleza de pena eliminatoria, dado que es una interdicción (*de jure o de facto*).

- 5 Las sanciones que consisten en pequeñas multas o descuentos (multas coercitivas para que cumpla el deber de servicio), las multas reparadoras para la administración (de alguna manera reparan la omisión), son formas de multas coercitivas; los aperci-

**El derecho
disciplinario**

**Sanciones
disciplinarias,
laborales
y penales**

bimientos y llamados de atención, las suspensiones en plazos razonables, las suspensiones para impedir la continuación de una actividad lesiva o para restablecer un servicio interrumpido o deteriorado, son formas de coacción directa de ejecución instantánea, y todo esto encuadra dentro de lo racional, siempre que la decisión administrativa sea controlable por parte de la agencia judicial y respete el principio de proporcionalidad. Pero la exclusión (exoneración, cesantía, baja, que no constituya sanción laboral), la interdicción y la inhabilitación, son penas y, como tales, no las puede decidir otra agencia que no sea judicial.

Las detenciones administrativas

Igualmente punitivas son las sanciones privativas de la libertad cuando no se imponen por estricta necesidad de coacción directa o con objetivos puramente simbólicos. Si bien en los servicios militares y de seguridad pueden admitirse con efecto simbólico cuando son brevísimas, no pueden tolerarse cuando su duración excede claramente ese objetivo. Las facultades de disponer detenciones que tienen los jueces y presidentes de cuerpos colegiados, únicamente se justifican en función de coacción directa y no forman parte del derecho disciplinario, porque éste sólo es aplicable al *intraneus*, pero no al *extraneus*, dado que el ciudadano no tiene ningún especial deber de sujeción o fidelidad al señor. En síntesis, *el derecho disciplinario es una legislación que tiene funciones tácitas eventualmente penales*. Las agencias jurídicas deben controlarlo para evitar que impongan penas. En cuanto al resto del poder disciplinario le basta con controlar su racionalidad, las elementales garantías que corresponden a cualquier sanción y, además, incumbe al derecho laboral vigilar que este poder no se convierta en un pretexto para que el estado se erija en un empleador privilegiado. 6

Los juicios políticos

Las únicas exclusiones constitucionalmente admitidas como 7 no aplicables por las agencias jurídicas, son las reservadas al Congreso de la Nación y las que, en función del principio republicano y federal, las constituciones provinciales y de la ciudad de Buenos Aires reservan a sus legislaturas. Debe quedar claro que éstas se refieren únicamente a las personas que la Constitución menciona y no pueden extenderse a terceros. Las Cámaras legislativas tienen atribuciones para ejercer el poder de coacción directa respecto de terceros que perturben su actividad, pero no el de imponer penas, y lo mismo puede decirse de las facultades

disciplinarias de los jueces en los tribunales. En el siglo XIX se atribuyeron facultades de arresto prolongado por violación de privilegios, inspirados en la tradición inglesa, donde el poder del parlamento es ilimitado.

- 8 Un tercer ámbito conflictivo y muy poco observado es el de leyes nacionales y provinciales, decretos, reglamentos y resoluciones ministeriales nacionales y provinciales, ordenanzas municipales, acordadas judiciales y, en general, normativas de cualquier jerarquía que establecen consecuencias punitivas de las condenas que no están previstas en las leyes penales manifiestas. Tales son la interdicción del condenado y muchas veces del procesado para desempeñar funciones públicas, trabajar en empresas estatales, obtener licencias, ejercer una profesión, etc. (por ej., el condenado por cualquier delito al que se le niega la licencia de taxista.) Todos los habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad (art. 16 CN) y los requisitos, por supuesto, incluyen que no se encuentren penados con inhabilitación o interdicción, pero no es requisito de idoneidad que nunca haya sido penado ni que no se halle procesado, pues estas interdicciones son penas no previstas en la ley penal ni judicialmente decididas, además de que, en cuanto a procesados, violan el principio de inocencia.

**Interdicciones
inconstitucionales**

CAPÍTULO 6

Dinámica histórica de la legislación penal

§ 55. La confiscación del conflicto y el mercantilismo

1 La historia del poder punitivo se investiga con viejos expedientes, con testimonios literarios, revisando archivos, listas de detenidos, ejecutados, memorias de personajes históricos, sentencias, correspondencia oficial y privada, etc. Todo esto nos revela cómo se ejercía el poder punitivo en la realidad. Las leyes penales son sólo un dato que no hace más que reflejar lo que los legisladores (políticos) de cada época resolvieron y cómo pensaban o imaginaban configurar la realidad a través de la criminalización primaria, es decir, como abrían los espacios de arbitrariedad al ejercicio de ese poder, pero en modo alguno nos proporcionan datos reales sobre cómo se ejerció en cada época el poder punitivo. Aquí nos ocuparemos sólo de esta programación criminalizante de los políticos de cada tiempo y lugar (emperadores, príncipes, consejeros, parlamentos, dictadores, autoridades democráticas, etc.). La realidad del poder punitivo en cada uno de esos momentos es tarea para historiadores y, aunque las referencias a ella son ineludibles, debe advertirse que se trata de una cuestión en la que hay mucho por investigar, pese a los esfuerzos de las últimas décadas.

2 Es común que la historia de la criminalización primaria: (a) se relate como *historia del derecho penal* y que se pase por alto que no es la historia verdadera del ejercicio del poder punitivo, sino sólo de una programación política que siempre se ejerce en forma selectiva. (b) Además, suele relatarse como un bucólico cuento de progreso humanitario, que partiría de penas ilimitadas (venganza privada) seguiría con penas limitadas (venganza públi-

La historia de la legislación no es la historia del poder punitivo

La falsificación del progreso

ca), pasando a otras más limitadas (humanización) para culminar en la *etapa actual*, a la que el analista histórico intenta presentar como el momento más avanzado de la evolución. (c) Por último suele destacarse que la incorporación de exigencias subjetivas también es signo de progreso y raciocinio. Acabamos de ver que la identificación con la historia del derecho penal y del poder punitivo es falsa, veremos que también lo es la del progreso lineal y que la incorporación de la subjetividad no siempre fue un signo de racionalidad.

Los modelos políticos: de partes y de confiscación

En realidad, durante siglos hubo una lucha de modelos políticos de programación punitiva: (a) uno era el modelo de partes, con la víctima presente como persona; (b) el otro era el modelo de confiscación de la víctima, en que el estado la sustituía y la degradaba a una cosa. En rigor, cuando se estudia la legislación penal de civilizaciones muy lejanas, se hace referencia a avances del segundo modelo: quizá la más antigua sea el famoso código babilónico del rey Hammurabi del siglo XXIII a. C., pero suelen mencionarse también las Leyes de Manú en la India, la Ley Mosaica, etc. Dejando de lado los detalles de leyes confiscatorias de la víctima, tan antiguas y, más aún, de los datos que pueden proporcionar los antropólogos, cabe sintetizar estos avatares señalando que los avances de este modelo sobre el de partes fueron contenidos y revertidos por retornos al modelo de partes a lo largo de varios siglos, hasta que en la república romana hubo delitos públicos perseguidos por iniciativa del estado y delitos privados perseguidos sólo por iniciativa de los particulares, pero en el imperio todos terminaron siendo perseguidos por el estado. Este modelo de confiscación del conflicto retrocedió nuevamente con la caída del imperio romano, y los germanos impusieron su modelo de partes.

¿Cómo funcionaba el modelo de partes?

El modelo de partes más conocido (por haber sido el que en Europa precedió inmediatamente a la instalación del modelo de confiscación de la víctima, vigente en los últimos ocho siglos) fue el germano. Cuando un germano lesionaba a otro, se refugiaba en la iglesia (asilo eclesiástico), con lo cual eludía las consecuencias del primer inevitable impulso vindicativo. Se producía la *Faida* o *enemistad* entre los clanes de la víctima y del victimario, que obligaba a la venganza a los miembros del clan de la víctima (la llamada *venganza de la sangre* o *Blutrache*). Pero los clanes eran unidades económicas y militares, de modo que perder a un germano significaba un perjuicio para la producción y la defensa del clan. La guerra con el otro clan, por su parte, también importaba

un costo muy alto; por ello, los jefes de ambos clanes se reunían y trataban de evitarla, es decir, de resolver el conflicto, mediante una indemnización (*Wertgeld* o valor pecuniario) o bien se decidía la cuestión por un procedimiento de lucha u *ordalía* (la *prueba de Dios*, generalmente un duelo, en donde quien ganaba tenía la razón). Como es natural, no interesaba mucho el aspecto subjetivo de la infracción, porque se apuntaba a reparar la lesión que sufría el clan (como tampoco es tan decisivo para la responsabilidad civil en la actualidad). Normalmente se resolvía por la *Wertgeld* o bien por la verdad establecida mediante lucha (el duelo u *ordalía*), nada menos que por Dios, que señalaba al vencedor. En este último caso, la función del juez consistía en cuidar la igualdad de las partes para que no se impidiese o dificultase el juicio divino, o sea, que se parecía más a la función de un árbitro deportivo que a la de un juez actual. Los únicos casos de penas públicas eran contra los traidores al clan.

- 5 A partir de los siglos XII y XIII, los señores europeos comenzaron a percatarse que era un buen negocio reemplazar a las víctimas; impusieron el modelo de confiscación de la víctima. Como no tenían leyes ni códigos, comenzaron a aplicar las viejas leyes romanas imperiales y documentos legislativos locales, como los *Espejos* alemanes, los *fueros* locales ibéricos, los *estatutos* italianos y las *costumbres* francesas. A medida que cundía el modelo de confiscación de la víctima (o sea, mientras la víctima desaparecía como persona) se prohibía el combate judicial y se establecía el procedimiento por inquisición (ver § 61). En Alemania aparecieron las *Constituciones*, primero la de Bamberg en 1507 y luego la famosa *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V en 1532, que fue la base del derecho penal común alemán hasta la codificación del siglo XIX. Al mismo tiempo, el derecho canónico medieval iba dando entrada a los aspectos subjetivos del delito, pero esto no era porque lo humanizaba, sino porque el inquisitorio es un derecho de *enemigos*, ya que *no pena para reparar sino para neutralizar enemigos*, y al enemigo se lo individualiza subjetivamente.

**El camino de
la confiscación
inquisitoria**

- 6 Del siglo XII data la tentativa más acabada del derecho penal foral ibérico, con el *Fuero Juzgo* o *Libro de los jueces* (*Liber Judiciorum*) que, además, asienta la lengua castellana. El avance más decisivo de la confiscación de la víctima lo representan las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio (1263), cuya partida séptima

**La legislación
penal confiscato-
ria en España
y Portugal**

codificaba las leyes penales. La legislación española siguió recopilándose en las *Ordenanzas Reales de Castilla* de los Reyes Católicos (1485) completada por las *Leyes de Toro* de Juana la loca (1505). En estas últimas surge la tendencia a reprimir a moros y judíos, ajena a la anterior legislación medieval. De 1567 es la *Nueva Recopilación* de Felipe II, cuyo libro cuarto estaba dedicado a leyes penales. Tardíamente, en 1805, aparece la *Novísima Recopilación*, obra completamente anacrónica. En Portugal, después de los fueros apareció la primera recopilación en 1447, conocida como *Ordenações Alfonsinas*, reemplazadas en 1521 por las *Ordenações Manuelinas* y finalmente en 1603, Felipe II de España –en ese momento también rey de Portugal–, sanciona las *Ordenações Filipinas*, cuyas disposiciones penales se mantuvieron en vigencia hasta la codificación del siglo XIX. La *Nueva Recopilación* española (1567) y las *Ordenações Filipinas* (1603) –en el caso español complementadas por la *Recopilación de leyes de Indias* y en el portugués por leyes más inorgánicas–, fueron la legislación penal básica de casi toda nuestra región iberoamericana.

La pena como neutralización del enemigo

Cuando el delito pasó de ser *lesión contra la víctima* a *crimen* 7 *contra el soberano* (de lesión a un ser humano pasó a ser ofensa al señor), perdió importancia la lesión y se fue subjetivizando como *enemistad* con el soberano. Como la pena no procuraba la reparación sino la neutralización del enemigo, la lesión era un mero síntoma de enemistad. Lo excepcional en el derecho germánico (la comunidad accionando contra el traidor) se convirtió en regla: *todo infractor devino un traidor, un enemigo del soberano*. La Iglesia (depositaria de la tradición jurídica romana imperial, adquirida con su romanización) practicaba la indagación para provocar la confesión, que era el modo de revertir el *estado de pecado*, entendido como dato subjetivo que la infracción no hacía más que poner de manifiesto. Como la herejía amenazaba la verticalidad eclesiástica, se extendió aquella práctica con la creación de la inquisición europea (1215) para perseguirla. Dos siglos más tarde pasaría a centrar su persecución sobre las mujeres (las brujas). Mucho después se creó la inquisición española (por bula de Sixto IV en 1478, abolida sólo en 1834). El *proceso inquisitorio* fue la vía lógica de averiguación de la enemistad, y la confesión no ha sido más que la confirmación de lo averiguado. La pena neutralizaba al enemigo del soberano y disciplinaba por el terror. Cuan-

tas más pruebas se reunían contra alguien, más clara era la manifestación de su enemistad contra el soberano y, por ende, mayor debía ser la pena.

- 8 El disciplinamiento de la primera etapa de la confiscación de la víctima es el propio de la guerra, con una tecnología bastante rudimentaria, pero que dio lugar a los estados nacionales como sociedades jerarquizadas. El saber basado en los números de la India, el álgebra, la astronomía y la navegación de los árabes, y el papel, la brújula y la pólvora de los chinos, permitió a Europa concretar la *revolución mercantil* (siglo XV), que extendió su poder por todo el planeta con el *colonialismo*. Pero con este saber los países del centro y norte europeos hicieron avanzar la tecnología de producción, de guerra y el saber *empírico*, dejando atrasados a España y Portugal, anclados en la tecnología y el disciplinamiento propios de la *conquista* contra los musulmanes y los indios, mientras Europa central y del norte se desplazó del mercantilismo al *industrialismo*. Cuando a mediados del siglo XVIII el industrialismo comenzó a provocar transformaciones significativas (la *revolución industrial*), España y Portugal perdieron la hegemonía europea y planetaria, y la civilización industrial impuso una nueva etapa de poder planetario dominada por Gran Bretaña (el *neocolonialismo*).

**Del mercantilismo
al industrialismo**

§ 56. De la revolución industrial (siglo XVIII) a la revolución tecnológica (siglo XXI)

- 1 El industrialismo necesitaba previsibilidad, orden, disciplina, domesticación para el trabajo fabril, sobriedad, ahorro, es decir que no buscaba conquistar sino explotar, no buscaba eliminar enemigos sino disciplinar a las masas. Su *humanismo* fue el abandono de las penas aterradoras y la proyección de penas de domesticación, fundamentalmente la prisión. Los señores europeos más lúcidos que cayeron en la cuenta de la necesidad de modificar las cosas, pues de lo contrario la marea los arrastraba (los llamados *déspotas ilustrados*), promovieron reformas a las leyes penales en la segunda mitad del siglo XVIII. En esta línea se ins-

**El industrialismo
y la contención
del poder punitivo**

cribe la *Instrucción* de Catalina II de Rusia (1767), y le siguen los primeros códigos penales modernos: el de Pedro Leopoldo de Toscana (1786), el de José II de Austria llamado *Código Josefino* (1787) y el *Landrecht* de Prusia, de Federico II (1794). La Revolución Francesa sancionó un código (1791) técnicamente muy deficiente, con penas fijas.

**De la enciclopedia
a la codificación
penal
generalizada**

El enciclopedismo fue un movimiento del siglo XVIII que trató ² de sintetizar y organizar todo el saber humano por ramas; cada sección pretendía resumir ordenadamente lo que se sabía de esa materia. Una tendencia paralela se dio en el campo legislativo, con el *movimiento codificador*. Se distinguen *dos conceptos de código*: (a) el tradicional o antiguo, de Justiniano, que denota una *recopilación de leyes* ordenada; y (b) el moderno, hermano del enciclopedismo, que trata de resumir y ordenar toda la materia referente a una rama particular del derecho, en una *única ley*. Este es el movimiento que nace a fines del siglo XVIII, iniciado por Pedro Leopoldo de Toscana en el campo penal en 1786. En el curso del siglo XX toda Europa y América sancionaron sus códigos penales en el sentido moderno.

**Los códigos del
siglo XIX**

a) El primer código importante del nuevo siglo fue el de ³ *Napoleón de 1810*. Estuvo vigente con reformas en Francia hasta 1994 y fue modelo del código de Prusia de 1851, adoptado como código del Imperio Alemán después de la unidad en 1870, vigente allí hasta 1974. Era un código duro, con penas severas, que no relevaba el estado de necesidad, de base pragmática y cuya parte especial comenzaba con los delitos contra el estado. El orden de los códigos antiguos seguía al Decálogo, comenzando con las leyes que penaban los delitos contra la religión. En el código de Napoleón y en todos los que siguieron su modelo, Dios (la religión) es reemplazado por el estado. (b) Con este código confronta otro de verdadera inspiración alemana, que fue el de *Baviera de 1813*, obra de Feuerbach (ver § 67). Era un código técnicamente muy superior, de gran precisión conceptual, de base liberal contractualista, cuya parte especial se abría con los delitos contra la vida (el ser humano). Es el texto que inspiró el Código de Tejedor en nuestro país. (c) El *código de las Dos Sicilias* (1819) no se alejaba mucho del modelo napoleónico, y junto con éste inspiró el *primer código español* (1822), que casi no tuvo vigencia en España, pues fue restaurado el absolutismo y la arcaica *Novísima Recopilación*

de 1805. No obstante el código de 1822 fue sancionado en varios países latinoamericanos, entre ellos en El Salvador en 1826 (primer código penal de América) y en Bolivia en 1831 (*Código Santa Cruz*), estando vigente allí hasta 1973. (d) En 1830 el Imperio del Brasil sancionó su *Código Criminal*, inspirado en Bentham y Livingstone. Este texto de penas fijas, con atenuantes y agravantes matemáticamente tabuladas, estuvo vigente hasta 1890. Fue traducido al francés y al castellano e inspiró en buena medida al *código español de 1848/50* que, en versión original o en la reformada de 1870, fue sancionado por gran parte de los países latinoamericanos; estuvo vigente en España hasta 1995, y rige casi textualmente hasta hoy en Chile. (e) En 1825 el político y jurista norteamericano Edward Livingstone proyectó para Louisiana una legislación penal, procesal y penitenciaria, que más tarde presentó también como proyecto federal para los Estados Unidos. Sus teorías eran cercanas a las de Bentham y su obra fue la primera que dedicó un amplio espacio a la ejecución penal. El proyecto no fue adoptado en los Estados Unidos, pero tuvo importancia por su influencia posterior, siendo sancionado en Guatemala y en Nicaragua en 1837.

- 4 En la segunda mitad del siglo XIX se produjo una nueva generación de códigos europeos, siendo de destacar por su posterior influencia los códigos: (a) belga de 1867 (obra de J. J. Haus) y (b) holandes de 1881 (obra de Modderman), aunque Holanda había tenido un ensayo de codificación derogado por la invasión bonapartista que es elogiado por G. A. van Hamel y por otros autores nacionales por considerársele de gran nivel en varios sentidos. El código belga fue adoptado como código penal ecuatoriano en 1872 (*Código García Moreno*). A la misma generación pertenece el código húngaro de 1878. (c) En Italia habían sido sancionados diversos códigos locales pero con la unidad se generalizó el código sardo hasta que fue reemplazado por el primer código sancionado para todo el reino, que fue el de 1888.

**Los códigos de la
segunda mitad
del siglo XIX**



Modderman



G. A. van Hamel

**Códigos liberales
y vuelta al
derecho penal
de enemigos**

conocido como *codice Zanardelli*. Se trata de un texto construido sobre la admisión expresa del libre albedrío: el agente debía tener conciencia y libertad de sus actos. Perdió vigencia en 1931, aunque continúa siendo el código penal del Estado Vaticano. Estos textos influyeron el proyecto argentino de 1891 y el Zanardelli fue modelo del vigente código de Venezuela.

Los códigos del siglo XIX fueron li- 5

berales. Arrastraban las ideas de la modernidad y del enorme esfuerzo intelectual por contener el poder punitivo del antiguo régimen. Constituyeron la legislación penal del viejo liberalismo, o sea, de la burguesía europea que procuraba asentarse en el poder. Estas leyes trataron de reforzar la idea de delito como hecho, de exigir la lesión como requisito inexcusable de la punición y de restaurar el proceso de partes. Se trató de un momento de limitación del poder de las agencias. Pero en esa segunda mitad del siglo, la burguesía europea, ya asentada en el poder, necesitaba facilitar la explotación de las clases subalternas y para ello reclamaba la remoción de los límites colocados por los viejos liberales, de modo que dio comienzo a un movimiento regresivo contra los *enemigos* (no ya del *soberano* sino de la *sociedad*) e *indisciplinados*, que por lo menos se remonta a la Carolina con la persecución de los vagabundos. *Fruto de esta pugna entre el semiacusatorio limitador y retributivo (los viejos liberales) y el inquisitorio disciplinante o eliminatorio (los positivistas y otros autoritarios) será la heterogénea legislación del siglo XX.*

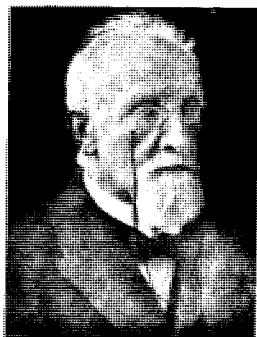
**Códigos muy
diferentes y
realidades muy
semejantes**

Cabe insistir en que los textos legales y el ejercicio del poder 6 punitivo (la realidad de la criminalización secundaria) son cosas diferentes, a veces abiertamente contrapuestas. La criminalización primaria del mercantilismo sólo pudo ser llevada a la práctica mínimamente, porque de lo contrario hubiese bastado con la mera delincuencia sexual para diezmar a las poblaciones notoriamente reducidas por enfermedades y pestes. De igual modo, la contención de ese poder que pretendieron llevar a cabo los códigos del viejo liberalismo fue muy relativa, con predominio de presos sin condena y con prisiones altamente deteriorantes y de efectos

letales. Fueron mucho menores los cambios en el ejercicio del poder punitivo que en su planificación: *el discurso penal siempre cambia mucho más que la práctica criminalizante, justamente porque en buena medida es sólo un discurso de legitimación.*

- 7 (a) El siglo XX se inicia bajo el signo de una ideología médico/policial (ver § 74) que se fue reflejando en la legislación penal. En 1921 Enrico Ferri elaboró un proyecto italiano sobre la base de la neutralización y domesticación de *peligrosos*. Como los *peligrosos* se reconocían empíricamente por la policía, no era necesario esperar al delito y, por ello, cundieron *leyes de estado peligroso sin delito* (penas sin delito). Sólo un paso faltaba para hacer un código penal sin parte especial; siguiendo esa línea hasta sus últimas consecuencias lo hizo el proyecto ruso de Krylenko. (b) El fascismo concretó su ideología penal en el código de Rocco (1930) que, con muchas reformas, sigue vigente en Italia. Combina penas retributivas con medidas neutralizantes. Ejerció influencia sobre el código uruguayo de 1933 (*Código de Irureta Goyena*) y sobre el brasileño de 1940 (*Código Vargas*). (c) También mezcló penas retributivas y medidas neutralizantes el código suizo sancionado en 1937 y vigente desde 1940. Fue obra de Karl Stooss y comenzó a elaborarse en 1890. Como proyecto influyó en el código peruano de 1924 y en alguna medida en nuestro código. (d) En la posguerra comenzó a trabajarse un proyecto de código alemán, pero los trabajos se demoraron. En 1962 se presentó un proyecto oficial de tendencia preventivista general; en 1966 se presentó otro, llamado *alternativo*, con tendencia preventivista especial. Finalmente se sancionó el código de 1974, que recepta elementos de ambos. (e) La larga discusión alemana fue aprovechada en Austria, que el mismo año sancionó también un nuevo código, obra de Nowakowski. Siguiendo las líneas de la reforma alemana y austríaca sancionaron nuevos códigos penales Portugal (1983) y España (1995). Francia reemplazó el viejo código de Napoleón (1994).

**Los códigos
del siglo XX**



Karl Stooss

PRIMEROS CÓDIGOS:	
Código Toscano (Pedro Leopoldo, 1786)	
Código Austríaco (José II, <i>Código Josefino</i> , 1787)	
Código Francés Revolucionario (1791)	
<i>Landrecht</i> de Prusia (Federico II, 1794)	
PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX	
Código Napoleón (1810)	Código de Baviera (Feuerbach, 1813)
Código de las Dos Sicilias (1819)	Código Español (1822)
Código Livingstone (1825)	Código del Brasil (1830)
SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX	
Código Belga (Haus, 1867)	Código Húngaro (1878)
Código Holandés (Modermann, 1881)	Código Italiano (Zanardelli, 1888)
PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX	
Proyecto Italiano (Ferri, 1921)	Proyecto Krylenko (1922)
Código Italiano (Rocco, 1930)	Código Suizo (Stooss, 1937)
SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX	
Código Alemán (1974)	Código Austríaco (1974)
Código Portugués (1983)	Código Francés (1994)
Código Español (1995)	

La descodificación globalizadora

La actual *etapa globalizadora* provoca desocupación estructural y equiparación salarial con los niveles más bajos del planeta, en tanto el poder se desplaza de los estados a monopolios u oligopolios transnacionales. El estado se reduce a una función recaudadora, concebida como empresa regida por criterios de *eficacia*. Las necesidades del poder de este momento son contradictorias: (a) quiere eliminar todo obstáculo al ejercicio del poder de estos oligopolios y disciplinar o eliminar a los excluidos para que no perturben, lo que requiere ejercicio arbitrario del poder punitivo, que genera inseguridad para los oligopolios. (b) Quiere fomentar una economía de mercado que la comunicación hace crecer en competencia y complejidad y, por ende, en indisciplina, que el propio mercado resuelve abriendo espacios a actividades económicas ilícitas organizadas; el combate a estas actividades requiere intervencionismo, pero cada intento intervencionista produce efectos que responden a las propias leyes de mercado, es decir, potencian la actividad ilícita, provocando la elevación de sus niveles de sofisticación, organización, centralización y rentabilidad.

No es de extrañar que la nota característica de la legislación penal sea hoy la *contradicción* bajo la apariencia de *pragmatismo*; la emergencia del momento es el *crimen organizado* y su ideología se traduce en leyes que se transnacionalizan sin poder realizarse en criminalización secundaria de alguna relevancia, porque destruiría el mercado; la represión conforme a la ideología de *seguridad urbana* (demagogia legislativa) produce leyes que cancelan garantías, corrompen a las agencias y acaban en destrucción institucional con inseguridad para la inversión; las leyes nacionales e internacionales que *prohíben servicios* (distribución de tóxicos, armas, personas, etc.) son útiles para aumentar el precio de éstos en mercados de servicios prohibidos, que no pueden desbaratarse sin inferir daños imprevisibles al sistema financiero mundial, a economías regionales y a sistemas políticos; la *corrupción* que afecta la seguridad de inversión productiva, no puede controlarse sino mediante el restablecimiento efectivo de instituciones democráticas, pero éstas necesitan abrir el espacio social a los excluidos del sistema; la *impotencia de los operadores políticos* que, debido al desapoderamiento de los estados no pueden resolver problemas con cambios reales, fomenta las respuestas a las demandas de solución mediante leyes penales cada vez más disparatadas. Mientras en los niveles nacionales se produce la descodificación del derecho penal, en los supranacionales (Unión Europea, Mercosur) se impulsa la codificación regional, como síntoma del desconcierto y contradicción del momento. Pareciera que la vieja propuesta de Radbruch (*no un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal*) se está invirtiendo en la legislación reciente, aunque ni siquiera se apela a mejores leyes penales, sino sólo a más leyes penales. No es de extrañar que *la legislación penal contemporánea haya abandonado prácticamente la idea de codificación y se produzcan leyes penales inexplicables, motivadas en todos estos impulsos que, por contradictorios, son irreductibles a cualquier racionalidad, incluso a la meramente funcional.*

§ 57. Las dudosas tendencias de la codificación penal latinoamericana

- 1 La codificación de América Latina ha seguido tendencias contradictorias. Si se prescinde de los ensayos locales que no tuvieron éxito legislativo, como el proyecto de Manuel de Vidaurre para

La internacionalización penal del siglo XIX

el Perú (1812), en sus orígenes fueron adoptados como modelos, el código español de 1822 en El Salvador, México, Ecuador y Bolivia, y el código Napoleón en Haití y República Dominicana. Bolivia siguió con ese texto hasta 1973, y Haití y Dominicana siguen hasta el presente con el texto francés. En un segundo momento se extendió el modelo del código español de 1848/1850/1870, salvo Ecuador (que adoptó el código belga) y la Argentina y Paraguay (siguieron el código bávaro). Con posterioridad llegaron los códigos europeos de segunda generación: el italiano de Zanardelli—hasta hoy vigente en Venezuela— y el suizo que impacta en el código peruano de 1924. Brasil sancionó su código imperial ya mencionado en 1830; en 1890, la *República Velha* sancionó el segundo código penal brasileño, que era un código liberal del estilo de los europeos de segunda generación, injustamente criticado por la doctrina positivista dominante. El desorden legislativo posterior determinó que se adoptase sobre su base una *Consolidação* y luego, a partir de un proyecto oficial, se elaborase el código penal de 1940 (llamado *código Vargas*), con claro sello del código de Rocco de 1930, que ya había desembarcado en Uruguay con el código de Irureta Goyena en 1933.

Un código para América Latina

Desde 1963 se fue elaborando el llamado *código penal tipo 2 latinoamericano* como texto redactado sobre base tecnocrática (cuidadas definiciones dogmáticas incorporadas al texto legal) y cuyas penas combinan retribución con neutralización, penas y medidas, conforme a la doble vía y al sistema vicariante, todo de un modo peligroso y muy poco limitador. El código tipo fue seguido por varios países centroamericanos y Panamá. También se reconoce su huella en el código de Bolivia de 1973 (*Código Banzer*). Se apartaron del mismo, el código colombiano de 1980, la reforma brasileña de 1984 (que liberaliza considerablemente el texto de 1940), el código peruano de 1991, el paraguayo de 1997 y las reformas parciales argentina de 1984 y uruguaya de 1985. Venezuela y Bolivia mantienen leyes de estado peligroso sin delito. Ecuador reformó su código en 1938, pero mantiene la estructura del código belga y, por ende, no reconoce las *medidas*. Algo análogo sucede con el código chileno, que sigue al español de 1870. México sancionó un código propio en el siglo XIX (*Código de Martínez de Castro* o *Código Juárez*) y, después de la Revolución, puso en vigencia un texto de neto corte positivista (*Código Almaraz*) hasta que en 1931 se sancionó un código que combina elementos

del español de 1870, del de Rocco, del argentino y del proyecto Ferri, reformado en los años ochenta con sentido más garantizador. Cuba se orientó hacia el positivismo con su *Código de Defensa Social* de 1936; después de la Revolución mantuvo su vigencia con reformas, hasta que en 1979 fue reemplazado por un código terriblemente severo, reemplazado en 1987 con contenidos más mesurados.

- 3 Este mosaico de códigos, que refleja la influencia heterogénea de textos europeos de diferentes épocas, da lugar a una notoria disparidad en la planificación de la criminalización secundaria, pero que no parece tener importancia práctica, porque las posibilidades de realización son limitadísimas. En Latinoamérica el disciplinamiento industrial no tiene mucho sentido y, en la práctica, renace la idea de un derecho penal de guerra que busca la supresión del enemigo de modo parecido al mercantilismo pre-industrial, llevada a cabo por policías con poder propio autonomizado que se impone al judicial y al político. Una vieja tradición política deja la criminalización secundaria de las clases subalternas al arbitrio de agencias policiales deterioradas, a las que les garantiza autonomía de recaudación ilícita, lo que distorsiona todo el funcionamiento de los sistemas penales de la región.

**La primacía del
estado policial en
América Latina**

- 4 Existe en toda la región una legislación penal especial que supera ampliamente la materia codificada y que se amontona en la vieja forma de las *recopiladas* u *ordenadas* coloniales, aunque no conserva la pureza de la lengua ni la elegancia de éstas. Se produce un grave proceso de decodificación de la legislación penal. Entre estas leyes cabe mencionar, por el particular desarrollo en los últimos lustros, las llamadas *leyes antidrogas*, con tipos, sanciones y normas procesales que ignoran todos los límites constitucionales e internacionales.

**Hacia la
decodificación
penal**

§ 58. La criminalización primaria en la Argentina hasta el código de 1886

- 1 La primera tentativa de codificación tuvo lugar en Buenos Aires, en la época de Dorrego, que encargó un proyecto a un jurista francés (Guret de Bellemare), cuyo texto se ha perdido. El control

**El control social
de los gauchos**

social punitivo durante muchos años se ejerció en función de leyes especiales contra cuatrerros, vagos y *malentretenidos*, a los que se incorporaba forzosamente al ejército, con una pena de relegación, pues se los destinaba a la frontera por decisión de los jueces de paz del lugar, es decir, a la *lucha contra el indio*, a quien cada vez se le robaban más tierras. Eran penas dirigidas contra los *gauchos* (mes-tizos) y por su naturaleza garantizaban que no podían afectar a las otras clases sociales. La policía tenía funciones omnímodas en Buenos Aires, porque Rivadavia, al suprimir los cabildos, organizó la policía, siguiendo el modelo militarizado francés.

La ley 49

Sancionada la Constitución Nacional (1853) e incorporada la 2 Provincia de Buenos Aires (1860), adviene la guerra del Paraguay y la guerra civil en la región centronorte y Cuyo. Como resultado de esta última guerra, en 1863 se sancionó la ley 49. Consistía en un *listado de tipos de delitos federales* sin parte general, que junto con la ley 29 de 1862 y las leyes 48 y 50 (procesal), establecía la justicia federal. La parte general y los delitos de competencia ordinaria quedaban sometidos a una especie de *common law* regido por las viejas leyes españolas coloniales, en todo lo que no fuera incompatible con la Constitución Nacional, según jurisprudencia de la primera Corte Suprema.

Los códigos de Tejedor y de Villegas, Ugarriza y García

(a) En 1864, por delegación del Congreso, el poder ejecutivo 3 encargó la elaboración del proyecto de código penal a Carlos Tejedor (1817-1903), que era profesor de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires desde 1857, y que en 1860 había publicado su *Curso de Derecho Criminal*, que fue la primera obra orgánica sobre la materia en la bibliografía argentina. (b) El proyecto de Tejedor fue publicado en 1868 y el Congreso lo sometió a la revisión de una comisión finalmente integrada por Sixto Villegas (1831-1881), Andrés Ugarriza (1835-1917) y Juan Agustín García (1831-1907), que con trece años de demora, se expidió en 1881 elevando un proyecto completamente diferente al de Tejedor. (c) Ante las dificultades que presentaba una ley penal prácticamente inexistente, el proyecto de Tejedor fue sancionado por las provincias de La Rioja (1876), Buenos Aires (1877), Entre Ríos, San Juan, Corrientes, San Luis y Catamarca (1878), Mendoza (1879), Santa Fe y Salta (1880) y Tucumán (1881). En 1880 fue sancionado como código penal de la República del Paraguay y, en 1881, el Congreso Nacional lo sancionó como ley local de la Capital (Orgánica de los Tribunales de la Capital, Ley 1.144). Córdoba fue la única provincia que sancionó en 1882 el proyecto Villegas-Ugarriza y García. Santiago del Estero

y Jujuy continuaron con la legislación colonial. Conforme a estos datos es correcto hablar de *código de Tejedor* y de *código Villegas-Ugarriza y García*, dado que ambos tuvieron vigencia. (d) El código de Tejedor tomó como modelo al de Baviera de Feuerbach de 1813 a través de la traducción francesa de Ch. Vattel de 1852, lo que fue un acierto de su autor. El texto de Villegas-Ugarriza y García no era obra de teóricos, sino de tres magistrados que optaron por el modelo español (1848-1850) en la versión de 1870. Los numerosos comentarios españoles hacían más accesible este texto que el de Tejedor, dado que el pensamiento de Feuerbach no estaba vertido a ninguna lengua corriente en el país.



Carlos Tejedor

**El primer
código nacional:
1886**

- 4 Desde 1880, con Roca, se puso en marcha un proyecto de país agroexportador, con un programa de transporte masivo de población, regido por un orden verticalizante que se manifestó, entre otras cosas, en el establecimiento del ejército regular (que no podía admitir el *enganche* forzoso), la creación de los manicomios masivos para encerrar la locura (que no podía tolerarse en las calles), y las cárceles en las que encerró no sólo a los delincuentes sino también a los indisciplinados (la *mala vida*). No es de extrañar que el ejecutivo presionase al Congreso para que sancionase un código penal, lo que finalmente se hizo en 1886 por ley 1920, con un texto que tenía por base el código de Tejedor con reformas bastante incoherentes. Este fue el primer código penal nacional, pero legislaba únicamente delitos de competencia ordinaria, pues para los federales siguió vigente la ley 49.

§ 59. La criminalización primaria desde 1886 hasta el código de 1922

- 1 En 1885 se había sancionado en Francia la segunda ley de deportación, cuyo objetivo no eran los delincuentes condenados por delitos graves, sino los indisciplinados, es decir, los condenados varias veces por pequeños delitos. Esta ley fue copiada por el

**El proyecto
Rivarola, Piñero
y Matienzo
de 1891**



Rodolfo Rivarola

proyecto de 1891, que mantenía también la pena de muerte. Este proyecto fue elaborado por Rodolfo Rivarola (1857-1943), Norberto Piñero (1858-1938) y José Nicolás Matienzo (1860-1936). El proyecto de 1891 fue el primero que proponía unificar la legislación penal. Pese a serle criticable la incorporación de la deportación y el mantenimiento de la pena de muerte, en general, tuvo la virtud de combinar la racionalidad y el sentido liberal del código de Tejedor con otros textos adelantados de su época. Rivarola había

sido el más lúcido comentador del código de 1886. En el proyecto abundan las referencias a los entonces recientes códigos italiano, holandés y húngaro. Introducía la libertad condicional (ver § 281).

El proyecto Segovia; la ley Bermejo; la reforma policial de 1903; la ley de 1910

(a) Lisandro Segovia (1842-1923) publicó en 1895 un proyecto 2
to privado, sin alejarse sustancialmente del proyecto de 1891. La más importante innovación era la incorporación de la condena condicional (ver § 282). (b) En 1895 se sancionó la llamada *ley Bermejo* (3335), que fue la primera ley argentina de deportación que establecía que los reincidentes por segunda vez cumplirían su condena en el sur, pero no tuvo resultado práctico, porque las condenas eran cortas. (c) A instancias de la jefatura de policía de la Capital, en 1903 se reformó el código de 1886 mediante la ley 4.189, que introdujo la deportación en la forma proyectada en 1891 (es decir, conforme a la ley francesa de 1885, con la que se relegó a Dreyffus). La reforma de 1903 se enmarca en un general proyecto represivo del que formaron parte la llamada *ley de residencia* (4.144) y la ley de *juegos de azar*, ambas de 1902. La primera autorizaba al poder ejecutivo a expulsar extranjeros y la segunda al jefe de policía a allanar domicilios, en ambos casos sin orden judicial. (d) En 1910, por efecto del atentado en que muriera el jefe de policía y del estallido de un explosivo en el Teatro Colón, se sancionó una ley antianarquista, llamada *de defensa social* (ley 7.029), que fue la primera manifestación de legislación penal de emergencia en el país.

El proyecto de 1906: Rivarola y Herrera

En 1904 el poder ejecutivo designó una comisión integrada 3
por seis miembros: tres profesores de derecho penal (Rodolfo

Rivarola, Norberto Piñero y Cornelio Moyano Gacitúa), un juez (Diego Saavedra), un abogado ex jefe de policía (Francisco Beazley) y un médico (José María Ramos Mejía). El proyecto que elevó la comisión en 1906 fue remitido al Congreso, pero no fue tratado. Introducía la condena y la libertad condicionales y, al igual que el proyecto de 1891, proponía unificar la legislación penal, siguiendo en general su línea y mejorándola. El más completo estudio crítico de este proyecto lo llevó a cabo Julio Herrera (1856-



Julio Herrera

1927), en una obra notable para su época (*La reforma penal*, 1911), que tuvo gran influencia sobre los posteriores trabajos legislativos. Si hasta 1906 la labor de proyección del código parece haber sido orientada en general por Rivarola, se completó luego con las atinadas observaciones de Julio Herrera, magistrado, senador nacional y luego gobernador de su provincia (Catamarca), quien tuvo el mérito de haber hecho esta tarea sin que nunca hubiese ocupado una cátedra universitaria.

- 4 (a) El diputado Rodolfo Moreno (h) (1878-1953) presentó a la Cámara en 1916 el proyecto de 1906 con escasas modificaciones. En 1916 la Cámara de Diputados nombró una comisión presidida por Moreno para estudiar el proyecto. La Comisión realizó una encuesta a profesores universitarios y legisladores. (b) Habiendo recibido un respetable número de respuestas (la mayoría interesante, pero algunas disparatadas), la comisión produjo despacho presentando lo que se conoce como proyecto de 1917. (c) Después de un largo trámite, durante el cual la comisión de la Cámara de Senadores introdujo algunas reformas, el 30 de setiembre de 1921 el Congreso Nacional sancionó la ley 11.179, que estableció el código penal vigente; el 29 de octubre del mismo año, el Presi-

**Proyectos de
1916, 1917 y
sanción de 1921**



Rodolfo Moreno

dente Hipólito Yrigoyen lo promulgó y casi dos años después, la ley 11.221 declaró auténtica la edición oficial, con las correcciones *fe de erratas* que le introdujo. El código penal entró en vigencia seis meses después de su promulgación, es decir, el 29 de abril de 1922.

**Síntesis
ideológica de
esta dinámica**

Sintetizando la evolución legislativa nacional hasta la sanción del código vigente, se puede afirmar que el código Tejedor marcó una línea orientadora, dentro de la que se movió la codificación posterior, excepción hecha del proyecto de Villegas, Ugarriza y García. Los principales momentos de esta evolución lo marcan los proyectos de 1891 y de 1906. El autor a quien cupo la mayor labor en los mismos fue Rodolfo Rívarola. De las críticas de Julio Herrera al proyecto de 1906 y de la labor coordinadora y del hábil impulso legislativo dado por Rodolfo Moreno (h) surgió el proyecto de 1917 que, con variantes, pasó a ser el código penal de 1921. Como evaluación general del código vigente puede afirmarse que: (a) además de abolir la pena de muerte y de introducir la condena- 5 ción y la libertad condicionales, (b) supo escapar a la influencia positivista del ambiente, siendo escueto y racional. (c) Tiene el mérito de haber sido el primer código que unificó la legislación penal, antes escindida entre la ley 49 y el código de 1886. (d) Con su sobriedad, el código de 1921 posibilitó el desarrollo de la dogmática jurídica. Es de notar que en estos años descollaron en la tarea dos gobernadores de la provincia de Buenos Aires que estuvieron seriamente postulados a la presidencia de la República (Tejedor y Moreno), un gobernador de Catamarca y senador nacional (Herrera) y los tres fundadores de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (Rívarola, Piñero y Matienzo), uno de ellos candidato a la vicepresidencia de la República (Matienzo). La reforma que culminó en el vigente código penal de 1921 no fue coronada por la sanción de la legislación complementaria: no se sancionó un código procesal penal acorde al nuevo texto ni tampoco la consiguiente ley de ejecución. Desde la sanción del código de 1921 prácticamente se intentó destruir su texto mediante leyes complementarias impulsadas por los jefes de la policía de la Capital. A dicha tendencia respondieron los proyectos de *estado peligroso* que se prepararon durante la presidencia de Alvear, aunque ninguno obtuvo sanción legislativa.

§ 60. Proyectos y reformas posteriores

- 1 (a) El golpe de estado de setiembre de 1930 sometió a civiles a la *ley marcial* y fusiló a dos anarquistas italianos, además de varias ejecuciones *in situ*. (b) Prácticamente, desde la sanción de 1921 se intentó destruir el CP mediante leyes impulsadas por los jefes de la policía de la Capital. A esta tendencia respondieron los proyectos de *estado peligroso* que se prepararon durante la presidencia de Alvear (proyecto de *estado peligroso sin delito* en 1924 y de *estado peligroso posdelictual* en 1928). En 1932 el poder ejecutivo remitió al senado un proyecto que reiteraba los de estado peligroso de 1928 y reformaba represivamente varias disposiciones del código penal, que fue debatido por el senado en 1933, siendo aprobado por éste que, no conforme, le agregó la pena de muerte por electrocución (silla eléctrica, última adquisición de la tecnología norteamericana de la época). No fue tratado por la Cámara de Diputados. (c) En 1936 el poder ejecutivo encomendó a Eusebio Gómez (1883-1954) y a Jorge Eduardo Coll la redacción de un proyecto integral de código penal, que éstos elevaron en 1937, con clara tendencia peligrosista y que no fue considerado. (d) En 1941, José Peco (1895-1966), profesor de La Plata y diputado opositor, presentó a la Cámara que integraba, un proyecto que había elaborado sin comisión alguna y que definía como *neopositivista*, acompañado de una extensa y documentada exposición. (e) En línea cercana a la del proyecto de 1941 se movieron los proyectos de 1951 y de 1953. El proyecto de 1951 fue elaborado por Isidoro De Benedetti, profesor de Santa Fe (1909-1991), su texto mantenía un marcado corte positivista, aunque mitigaba notoriamente la ortodoxia del

**Dictadura de 1930,
estado peligroso,
proyectos
Coll-Gómez, Peco,
De Benedetti,
Levene y reformas
penitenciarias**



José Peco



Isidoro De Benedetti



Ricardo Levene (h)

proyecto de 1937. Tal orientación se expresaba con claridad en la importancia que asignaba a la personalidad del autor tanto para medir la significación del hecho delictuoso como a los fines de individualizar la pena. (f) El proyecto de 1953 fue encomendado el año anterior a una comisión de tres miembros, aunque culminó su elaboración Ricardo Levene (h) (1913-2000), dado que los otros integrantes (Francisco Laplaza y Horacio R. Maldonado) se alejaron de la tarea por diferentes

motivos. (g) En esos años tuvieron lugar importantes reformas penitenciarias, entre las cuales debe contarse el cierre del penal de Ushuaia en 1947, la supresión de los grillos y trajes cebrados, y la creación de la Dirección Nacional de Institutos Penales, cuyo titular fue Roberto Pettinato.

**Proyecto Soler:
1960**



Sebastián Soler

En 1958 se designó a Sebastián 2 Soler (1900-1980) para redactar un nuevo proyecto, que fue elevado al poder ejecutivo en 1960. Producida la disolución de las Cámaras en 1962, quedó sin tratar. Era un texto de línea muy retributiva, fundado en la legislación y proyectos europeos de la primera posguerra. Mantenía la relegación y la pena de reclusión y era análogo al que el autor había elaborado para Guatemala unos años antes (en 1954) y que tampoco fue sancionado.

**La primera
reforma masiva
de facto**

El código no sufrió ninguna reforma sustancial en su parte 3 general hasta los años sesenta. Las más importantes habían sido las referidas a menores (derogando los arts. 36 a 39, reemplazados por la ley 14.394), la modificación de los arts. 50, 52 y 53 (decreto-ley 20.942/44 ratificado por la ley 12.997) y la del art. 67 (ley 13.569). En 1962, el gobierno *de facto* designó una comisión para proyectar reformas, integrada por José F. Argibay Molina, Mario A. Oderigo, Angel E. González Millán y Gerardo Peña Guzmán; con posterioridad sancionó los decretos leyes 788/63 y

4.778/63, que modificaban más de cien artículos del código penal. Fue el primer intento de reforma masiva por ley *de facto*.

- 4 (a) Restablecido el gobierno constitucional en 1963, el Congreso derogó ambos decretos-leyes y casi toda la legislación penal *de facto* (ley 16.648). (b) En 1966 un nuevo régimen *de facto* designó a Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, quienes proyectaron una reforma que fue sancionada por la ley *de facto* 17.567 de ese año. Abarcaba muchos artículos y fue criticada tanto por la forma de sanción como por su contenido. Justo es decir que algunas de las modificaciones que introducía respondían a necesidades antes relevadas por la crítica doctrinaria. (c) La ley *de facto* 18.934 criminalizó la usura (art. 175 bis). (d) Las leyes *de facto* 18.701 de 1970 y 18.953 de 1971 restablecieron la pena de muerte (con motivo del homicidio de un ex presidente *de facto*) derogada por la ley *de facto* 20.043 de diciembre de 1972.

Contrarreforma y segunda reforma *de facto*

- 5 (a) Restaurado el funcionamiento de las cámaras legislativas en 1973, se sancionó la ley 20.509 que derogó toda la legislación penal *de facto* introducida a partir de 1966, con unas pocas excepciones. (b) La ley 20.509 también previó la reforma de la legislación penal, en cuyo cumplimiento el poder ejecutivo designó una comisión que integraron Jesús E. Porto, Enrique R. Aftalión, Enrique Bacigalupo, Carlos Acevedo, Ricardo Levene (h) y Alfredo Massi, que presentó un proyecto de parte general de código penal que fue parcialmente reelaborado en 1975. Contenía una serie de medidas de seguridad cercanas al modelo alemán de ese año, aunque teñidas con marcados ecos positivistas, luego moderados.

Segunda contrarreforma y proyecto de 1974/1975

- 6 Desde 1974 avanzaron leyes de neto corte policial, como la 20.771 (estupefacientes), 20.840 (terrorismo) y la 20.642, que agravaba algunas penas siguiendo a la ley *de facto* 17.567. La dictadura establecida en marzo de 1976 sancionó la ley *de facto* 21.338, que restableció casi todas las reformas de la 17.567, considerablemente empeoradas (pena de muerte para ciertos delitos, menor edad para la responsabilidad, agravantes por elementos subjetivos terroristas, etc.). Este régimen estableció dos sistemas penales al margen de los jueces: un sistema penal subterráneo con campos de concentración y ejecuciones sin proceso y desapariciones forzadas de personas y un sistema penal paralelo con

Tercera reforma masiva *de facto*

penas impuestas por el poder ejecutivo, so pretexto de estado de sitio. En 1979 se conoció un proyecto de código penal elaborado por una comisión integrada por Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrio, Luis C. Cabral y Luis M. Rizzi, que no innovaba respecto del proyecto de 1960.

**Proyecto de los
jueces, tercera
contrarreforma y
Proyecto
Perl-Fappiano**

(a) Restablecido el orden constitucional en 1983 se presentó 7 al Senado un proyecto de reformas a la parte general elaborado sin encargo oficial por un grupo de jueces de primera instancia de la Capital, que introducía penas alternativas, procurando reducir la privación de libertad a último recurso. Algunas de sus normas fueron tomadas en cuenta en la ley 23.057 que modificó los arts. 50 al 53, reemplazando la reincidencia ficta por la real, y los arts. 26 y 27, ampliando la condenación condicional a penas hasta tres años de prisión. (b) La ley 23.077 derogó casi todas las reformas introducidas por el régimen militar y la ley 23.097 incorporó reformas en materia de torturas. (c) En 1987 los diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano presentaron un proyecto de parte general que seguía la línea del proyecto de los jueces de 1983.

**Embate
autoritario, leyes
inconstitucionales
y curiosidades**

(a) Desde 1985 se viene perfilando un embate bajo el signo de 8 la *ideología de la seguridad ciudadana*, apoyado por campañas publicitarias emprendidas por comunicadores mercenarios y operadores políticos clientelistas. Fruto de este movimiento son las tentativas de revertir parte de la legislación de 1984 y algunos brotes de sistema penal subterráneo traducido en ejecuciones sin proceso y legitimación discursiva de torturas y apremios, aumento de muertes en las cárceles, deterioro progresivo de la situación carcelaria, regresión legislativa procesal, etc. (b) En lo legislativo la ideología de la seguridad urbana o ciudadana se tradujo en la ley 23.737 de 1989 en materia de estupefacientes (gravemente empeorada en forma inconstitucional en 1995 con la introducción del premio al delator, de la autorización judicial para cometer delitos por parte de funcionarios investigadores y de la *conspiracy*, que es una supuesta forma de participación en la que puede estar incurso cualquiera aunque no haya hecho nada) y en los reiterados proyectos de reducción de la edad de los adolescentes para ser penados como adultos. (c) Como curiosidad cabe destacar que el único proyecto de reforma integral que obtuvo media sanción fue una manifestación carente de toda técnica, presentada por el senador Jiménez Montilla. Otra curiosidad fue el proyecto del poder ejecutivo de 1990, pudorosamente retirado, que

proponía restablecer la pena de muerte, apelando a una *denuncia parcial* de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- 9 En 1991 en el ámbito del ministerio de justicia se proyectó una reforma de la parte general del código penal, que concluyó en un texto que se hallaba en la línea del proyecto de los jueces de 1983 y del Perl-Fappiano de 1987. Este proyecto fue remitido con algunas reformas al Senado en 1994, sin que fuera tratado. En ese mismo año se introdujo muy limitadamente la *probation* y se incorporaron algunas reformas al cómputo de la prisión preventiva, luego derogadas por efecto de una campaña publicitaria orquestada por una radiodifusora mercantil de origen poco claro, en la línea escandalosa y demagógica copiada a los modelos de la derecha fascista y del partido republicano de los Estados Unidos.

**Proyecto
de 1994**

- 10 En los últimos años se ha producido un agudo brote de legislación penal autoritaria que desbarata el prudente equilibrio del Código Penal Argentino. Impulsado por un discurso único de carácter publicitario y vindicativo impuesto por los medios de comunicación masiva (especialmente la televisión), los políticos, atrapados entre el miedo y el oportunismo, sancionaron numerosas leyes de reforma a la legislación penal, algunas abiertamente inconstitucionales y casi todas irracionales, que introducen un gravísimo desorden en la legislación penal. El discurso único no se impone por el poder político a los medios a la manera totalitaria de entreguerras (ver § 78), sino por los medios masivos al poder político. Carece de sustento académico y es inútil para proveer seguridad pública, aunque es eficaz para producir inseguridad jurídica. Se trata de un discurso meramente publicitario que provoca un fenómeno parcialmente nuevo: introduce un autoritarismo superficial y televisivo a la moda, que puede caracterizarse como autoritarismo penal *cool*.

**La legislación
autoritaria
reciente**

- 11 En rigor, en la planificación de la criminalización secundaria –o sea, en la criminalización primaria o legislación penal– en la Argentina existió una tendencia que puede considerarse fiel a la línea iniciada por el código de Tejedor, contra otra, sucesivamente encabezada por los jefes de policía de Buenos Aires, por los positivistas, por los dictadores militares y sus asesores, y por algunos comunicadores y políticos demagogos, oportunistas o irresponsables en la actualidad. Para verificar la posición asumida ante la línea divisoria entre quienes se inclinaron por el estado de

**Las líneas no
corresponden
a partidos**

derecho y distinguirlos de los que prefirieron el estado de policía, poco importa el discurso político general en que se enmarca. Lo cierto es que de un lado están quienes quisieron fortalecer el poder jurídico y debilitar el del estado de policía y, del otro, quienes muchas veces con el mismo marco ideológico general, quisieron lo contrario.

Sección Segunda:
El pensamiento penal:
pensar y no pensar en el derecho penal

CAPÍTULO 7

Genealogía del pensamiento penal

§ 61. Derecho penal y filosofía

1 Como vimos (ver § 55), hasta la confiscación de la víctima la *verdad* procesal se establecía por lucha (duelo). Las partes nombraban a sus caballeros que, cargados de hierros intentaban atravesarse; Dios decidía quién terminaba atravesando al otro y con esto señalaba que decía la verdad; *era Dios mismo quien asignaba el triunfo a quien decía la verdad*.

**De la lucha
al interrogatorio**

Pero esto no sucedía sólo en el derecho, sino que toda la verdad científica se obtenía mediante luchas con las cosas o con la naturaleza para arrancarles sus secretos: la astrología, la alquimia, la fisionómica y otros saberes semejantes, luchaban contra la naturaleza. Incluso en filosofía, se cultivaba el arte de cuestionarse recíprocamente en un duelo entre sabios (las *cuestiones*).

Cuando se confiscó a la víctima y el soberano o señor usurpó su lugar en el proceso penal, fue innecesario garantizar la imparcialidad para que Dios exprese su voluntad, porque no había lucha entre partes, sino lucha entre el bien (en manos del señor) y el mal (enemigos del señor). No sólo se confiscó a la víctima, sino que se secuestró a Dios, porque a partir de ese momento no podía estar sino del lado del bien (que, por supuesto, era del señor). El juez dejó de ser el árbitro de boxeo que cuida sólo que nadie viole las reglas de la lucha, sino que con la víctima confiscada y Dios secuestrado, pasó a actuar en nombre de Dios y del señor.

Dado que el juez siempre estaba del lado del bien, no podía imponérsele limitación alguna en su lucha contra el mal. ¿Para qué limitar al que siempre hacía bien? No eran necesarios

acusadores ni defensores. ¿Para qué, si Dios y el señor sólo buscaban el bien? ¿De quién había que defender al acusado, si Dios y el señor lo tutelan y protegen buscando su bien?

**El poder
verticalizador
de la inquisición**

En la búsqueda del bien, el poder punitivo (el señor) debía 2 arrancarle la verdad al sospechoso del mal, y era natural que si éste no quería responder usase la violencia (tortura), por su propio bien (trataba de salvarle el alma, aunque le destruyese el cuerpo, que era lo menos importante frente a la eternidad).

Este poder tenía una impresionante fuerza verticalizadora de la sociedad; la organizaba en forma de ejército disciplinado, por que daba a la autoridad un poder formidable sobre disidentes y enemigos. De allí que no resulte extraño que el Papado, en un momento de gran disolución (clero corrupto, innumerables sectas apelando a la mística directa), la haya asimilado para reforzar su autoridad central, combatiendo las disidencias (herejías). Así fue que en 1215 se oficializó la inquisición como tribunal dependiente del Papado, que eliminaba toda otra competencia en materias de fe y ortodoxia.

**La inquisición
como método
para conocer la
verdad científica**

Pero este paso de la *disputatio* o lucha a la *inquisitio* o interro- 3 gatorio *no se produjo sólo en el campo del poder punitivo, sino también en todas las formas de establecer la verdad en el conocimiento o ciencia*: de la alquimia se pasó a la química, de la astrología a la astronomía, de la fisionomía a la antropología física, etc., o sea que, siempre que se necesitaba saber una verdad, comenzó a interrogarse a todos los entes de esta misma manera brutal.

El bien siempre está del lado del interrogador, del investigador, del científico, que para eso se coloca en posición de superioridad respecto del ente o cosa a la que interroga. El interrogado es dominado por el interrogador: cuando se tortura a otro para sacarle la verdad, se lo domina. En otras palabras: el paso de la *disputatio* a la *inquisitio* como procedimiento para saber la verdad, fue general, y dio lugar a un saber adquirido a base de interrogatorios violentos que no son sólo policiales o inquisitoriales, sino propios de todo saber científico.

No es fácil comprender que haya similitud entre quienes aplican la picana eléctrica en un sótano policial y el científico que observa en el microscopio, pero si al último lo reemplazamos por

el que practica una vivisección, quizá no resulte tan difícil comprenderlo. Siempre el interrogador se ubica en un plano superior respecto del interrogado (lo domina); éste es *cosificado* (degradado a ente proveedor de datos o información). Por eso el saber de la *inquisitio* es un saber señorial (de *dominus*). Y cuando el *dominus* pregunta algo al ser humano, la cuestión no cambia, pues lo reduce a una cosa, porque cualquier ente interrogado es una cosa.

- 4 La interrogación a los entes siempre es funcional. No se interroga porque sí, sino para dominar al ente. *Saber es poder* y, por ende, se quiere saber la verdad para ejercer poder sobre el ente. Si se interroga a la vaca, no se lo hace por curiosidad, sino para saber cómo sacarle más leche. Es un saber que es funcional al poder. La selección de los entes interrogados y de las preguntas siempre tiene una intención para el poder. Por eso el ente es ubicado en un plano inferior al del interrogador (el señor o sus delegados).

**El señor
ejerce poder
preguntando**

Este saber funcional adquirido por preguntas intencionales fue dando lugar a conocimientos técnicos o *tecnología* (es muy difícil hoy separar la *ciencia* de la *tecnología*), que se fue acumulando y permitiendo grandes transformaciones planetarias. Sus éxitos hicieron que muchos la considerasen como la única forma de establecer verdades, y que el único saber era empírico, fundado en respuestas violentamente obtenidas en interrogatorios intencionales a los entes, mientras que todo lo demás era despreciable.

- 5 Este saber tecnocientífico funciona por acumulación. Sus cultores viven en un mundo lineal, de progreso continuo y en una civilización en que el tiempo es lineal, en forma de flecha. Este saber presupone que el ser humano progresa (va hacia delante, *pro gressio*) sobre una recta (el tiempo). Por eso la civilización industrial tiene una idea lineal del tiempo, a diferencia de las ideas circulares o puntuales de otras culturas (aunque la física contemporánea se exprese de otro modo, la vivencia cultural es la de un tiempo lineal).

**La idea lineal
del tiempo**

- 6 Imaginemos que vamos en un tren, nos quedamos dormidos y nos pasamos de la estación en que apearnos. Nos indignamos con nosotros mismos y bajamos en la siguiente para tomar el tren de regreso. Pero imaginemos que no hay tren de regreso, que jamás habrá un tren de regreso, que nunca podremos volver, ni en

**La venganza es
una consecuencia
de la idea lineal
del tiempo**

tren ni a pie ni de ningún otro modo a nuestra estación perdida. Nos desesperaríamos, descargaríamos nuestra ira sobre cualquiera que pensamos que debía despertarnos, aunque eso fuese irracional. Nada muy diferente nos pasa cuando vivimos en un tiempo lineal, pues cada instante es una estación que pasa sin volver jamás. Por eso el tiempo lineal está unido a la venganza. Entre las intuiciones del genio no muy sano de Nietzsche, es certera la que pone en boca de Zarathustra: este personaje se libera cuando se desprende de la idea lineal del tiempo y con ello de la venganza. Porque *la venganza es siempre contra el tiempo, contra algo que pasó y ya no es posible hacer que no haya pasado, porque la linealidad del tiempo lo impide*. (En el tiempo circular vuelve a pasar, en el puntual ya pasó y se cerró, en el lineal pasó pero queda abierto, seguimos en el mismo tiempo, en el tren, pero no podemos hacer nada).

Es imposible librarse de la venganza mientras se conserve la idea lineal del tiempo, porque lo que pasó escapó sin remedio. Y *la pena y todas sus racionalizaciones no pueden ocultar que en el fondo siempre se halla la venganza*. Cuando se dice que *se cobra*, que *se retribuye*, que *paga su culpa*, no se dice otra cosa que *el hecho es vengado*. *El poder punitivo se sostiene en buena medida, porque apela al general sentimiento de venganza, que no puede suprimirse sin cancelar la idea lineal del tiempo, que está en la base de la propia civilización industrial, y es parte del equipo psicológico con que ésta nos condiciona* (no podemos pensar de otra manera dentro de nuestra civilización industrial). Ninguna de las respuestas legitimantes del poder punitivo logra ocultar la *venganza*.

**La jerarquización
y la
autonomización
de la técnica**

La inferiorización del ente interrogado dentro de esta estructura señorial de establecimiento de la verdad, produce dos consecuencias importantísimas:

(a) Cuando el ente es otro humano, impone la jerarquización de seres humanos y, por ende, la discriminación (de género, de edades, de salud, de culturas, de color de piel, de rasgos étnicos, de capacidades, de forma física, de elección sexual, de lengua, de clase social, de instrucción, etc.), lo que obedece a que también interroga al humano para saber cómo dominarlo mejor. Por eso nuestra civilización desarrolló una formidable imaginación para establecer jerarquías discriminatorias entre los seres humanos y ha protagonizado los genocidios más brutales de la historia.

(b) El ente interrogado ignora la intencionalidad del interrogador (la vaca no se entera de que se la interroga sólo para saber cómo producir más leche) y, por ende, responde con toda su entidad o esencia (su *vaquidad*, por así decir, o sea, que responde mugiendo). El interrogador no está preparado para recibir semejante respuesta, porque sólo está dispuesto a escuchar lo que interesa a su intencionalidad (sólo escucha los datos lácteos), el resto no lo puede digerir (procesar) y ni siquiera lo comprende, no sabe oír ni siquiera los gemidos del ente interrogado. Las respuestas se acumulan sobre el interrogador y lo van aplastando. Usualmente se dice que *la tecnología domina al ser humano*. El peso de las respuestas no oídas lo aplasta, lo empuja hacia abajo, lo *sujeta*. Eso decimos cuando llamamos *sujeto* al interrogador (*subjectus*, empujado hacia abajo) y *objeto* al ente interrogado (*objectus*, es lo que se *yecta* o *lanza* en contra, y la respuesta no oída se le arroja en contra). Todo obedece a que *la forma de establecer la verdad no permite oír y menos comprender a la vaca*.

8 Frente a este fenómeno de generalización de la *inquisitio* hubo –como siempre– *integrados* y *apocalípticos*, como diría Umberto Eco. Los *integrados* se entusiasmaron con la idea de progreso y, por varios caminos veían una evolución lineal. Así, Hegel veía un triádico avance del espíritu de la humanidad, Spencer creía en la evolución de ésta como un organismo biológico, y Marx un avance hacia la historia, o sea, hacia el comunismo como fin de la prehistoria y comienzo de la historia. En la vereda opuesta se pararon los *apocalípticos*, que sólo veían el desastre: Nietzsche, con tonos muy sombríos, advertía metafóricamente que *el desierto avanza*, y Spengler (en la tónica pesimista de una Europa destruida por la guerra de 1914) sólo percibía decadencia y ocaso.

9 Pero la *disputatio* no desapareció del todo. En la filosofía se siguió disputando para establecer la verdad, aunque no se usen las fórmulas estrictas de las *cuestiones* de la escolástica medieval. Las preguntas fundamentales de la filosofía siempre siguieron formulándose, pese a los detractores. No basta con tener los datos lácteos de la vaca. Siempre alguien se preguntará qué es lo que hace que la vaca *sea*, o que yo *sea*, o que la vaca y yo y todo *sea*. ¿Por qué ser? ¿Por qué no mejor nada? ¿Qué es ser?

La pregunta por el *ser* no se puede obviar. Esa indagación acerca del *ser* es la *ontología*. Es la pregunta metafísica por exce-

**Fanáticos:
integrados
y apocalípticos**

**Las preguntas
fundamentales
siempre vuelven**

lencia, y lo de *metafísica* no significa que sea algo que esté *más allá* de la *física*, sino que obedece simplemente a que Aristóteles escribió sobre esas cuestiones en un tratado que, en el orden de sus obras, sigue al tratado sobre la física.

**Las preguntas
por el ser
y por lo humano**

La pregunta fundamental por el *ser* u *ontología* es la cuestión 10 central de la filosofía y está vinculada estrechamente a la pregunta por lo *humano* o *antropología filosófica*. Esto obedece a que la cuestión ontológica tiene necesariamente forma humana (el *ser humano* se pregunta por el *ser* con lenguaje humano). También porque del concepto que se tenga de lo humano dependerá hasta dónde pueda indagar y esclarecer la cuestión ontológica, dado que el *ser humano* es un ente limitado.

No se pueden esquivar las preguntas fundamentales de la filosofía (¿Qué es *ser*? ¿Qué es lo *humano*?), es decir, no se puede eludir la ontología ni la antropología filosófica, porque —como lo explicó Aristóteles—, si bien es posible negar la filosofía, para hacerlo es necesario filosofar, luego, *siempre es necesario filosofar*. *La negación de la pregunta ontológica no es más que una teoría ontológica*.

Cuando los positivistas dicen que la pregunta sobre el *ser* es un error, porque *ser* es siempre *ser de algo* (el *ser* es el *ser de la vaca*), no están negando la ontología, sino formulando una teoría ontológica. Por eso, las preguntas fundamentales vuelven una y otra vez, y con ellas la *disputatio*, que nunca desaparece del todo. El triunfo de la *inquisitio*, por ende, siempre es relativo, porque la *disputatio* conserva el campo de las preguntas fundamentales (el campo de la *filosofía*).

**La ciencia
no piensa**

La *inquisitio* y el *saber de señores* a que da lugar tiende a 11 excluir e ignorar la *disputatio* que queda arrinconada nada menos que en el campo de la filosofía. Martin Heidegger (1889-1976) fue un curioso caso de linterna ciega del pensamiento, con potentísima luz sobre lo ontológico y con la más terrible tiniebla en lo político. En su parte de luz dejó una frase que suele reiterarse, aunque no siempre se comprende bien su sentido: *la ciencia no piensa*. Efectivamente, el *saber señorial* no piensa. Piensa en la medida en que ese *saber* incorpora vínculos con las preguntas fundamentales de la filosofía (especialmente de la ontología y de la antropología filosófica).

Cualquier saber adquiere contenido pensante en la medida en que se halla fundado en una ontología y en una antropología. Mal puede un saber ocuparse adecuadamente de un conjunto de entes que delimita en su horizonte epistemológico y explicar el *ser* de esos entes, si no asume una posición frente a la pregunta por el *ser* en general. Todo saber (o *ciencia* si se prefiere), podría decirse que es una ontología *regional*, y no puede desarrollarse con coherencia como tal si no establece puentes con la ontología a secas.

§ 62. El derecho penal no siempre piensa: bartolismo, emergencias y derecho penal pensante

- 1 La regla según la cual el contenido pensante de un saber depende de su apoyo en las respuestas a preguntas fundamentales (en el pensamiento) es particularmente importante cuando el saber está íntimamente vinculado al poder y al control social. Un discurso jurídico-penal que elude la pregunta antropológica o que se asienta en un concepto humano reduccionista (biologista, economicista, convertido en una cosa más entre las cosas, etc.) tiene un bajo contenido pensante, que en palabras de Heidegger sería un saber penal *que no piensa*.

**El progreso
del pensamiento
penal no es lineal**

Y *el derecho penal no siempre pensó*. Hubo marchas y retrocesos a lo largo de los siglos de existencia del saber jurídico penal. Sería infantil pretender un *progreso lineal* del pensamiento en dicho saber, si por tal se entiende un continuo ascenso. Si bien puede afirmarse que hay una *progresión*, eso no permite ser gratuitamente optimista, porque se da en forma de curva con caídas estrepitosas y en modo alguno estamos a salvo de nuevos retrocesos de su contenido pensante.

- 2 En rigor, hay tres momentos históricos que inauguraron las estructuras de los discursos penales que luego se reiterarían para pensar y no pensar. El derecho penal puede *no pensar*, (a) ya sea eludiendo las preguntas fundamentales o bien, (b) respondiéndolas groseramente, o, por el contrario, (c) puede *pensar*, con un discurso antropológicamente fundado con seriedad, que inevitablemente es crítico. *Los momentos de aparición de estas tres estructuras pueden señalarse del siguiente modo:*

**Las tres estruc-
turas discursivas
básicas:
bartolistas,
emergentistas
y críticos**

(a) El discurso legitimante que elude las preguntas fundamentales puede decirse que fue fundado por Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), en los balbuceos del saber penal generado por la última y hasta hoy no revertida confiscación de la víctima.

(b) El discurso legitimante de emergencia, que responde con grosería las preguntas fundamentales, se forma lentamente, pero alcanza su primera expresión altamente orgánica en 1484, con el *Malleus maleficarum*, de Sprenger y Kraemer.

(c) La reacción crítica tiene varios exponentes, pero el discurso donde se prefigura con mayor claridad por vez primera la estructura reductora y deslegitimante surge de la obra *Cautio Criminalis*, de 1631, de Friedrich Spee von Langenfeld.

**Se mantienen
las estructuras,
cambian sólo
los contenidos**

Desde esos momentos quedaron configuradas sus *estructuras* y se mantienen inalteradas hasta la fecha, cambiando sólo los contenidos. Parece extraña esta afirmación, pero sin embargo, todo la confirma. La estructura de un discurso es algo así como un programa de computación; los contenidos son los datos que se le insertan. Los últimos cambian, pero el programa se mantiene. Un delirio de persecución, por ejemplo, es un signo patológico que mantiene su estructura, pero los delirantes cambian los contenidos según las épocas: hoy no hay pacientes que se creen Napoleón y se sienten perseguidos por Nelson, pero los hay que se creen Bush y se sienten perseguidos por los terroristas.

En derecho penal sucede lo mismo: hay programas para discursos que no piensan porque ocultan las preguntas fundamentales bajo una enorme información más o menos articulada; hay otros programas para discursos penales que tampoco piensan, porque las responden en forma grosera y primitiva; y, por último, también hay programas para quienes critican y se ven obligados a replantear la legitimidad y los límites del poder punitivo, para lo cual deben pensar.

**El origen del
discurso penal
como deducción
poco pensante
por eludir las
preguntas
fundamentales**

El discurso que elude las preguntas fundamentales fue el primero en aparecer. Cuando los señores confiscaron a la víctima no tenían leyes penales (siglos XI y XII), y por eso buscaron asidero resucitando la legislación de la última confiscación previa y desaparecida siglos antes, o sea, en la legislación romana y en

particular en los llamados *Libris terribilis* del *Digesto* de Justiniano, que eran las leyes penales de un imperio que había desaparecido (la llamada *recepción del derecho romano*). De inmediato comenzó el saber penal a construir una interpretación de esos textos que, muchas veces, no era más que una elaboración libre de soluciones a casos particulares. Los primeros científicos del saber penal fueron los *glosadores*, que teorizaban sin sistemática. El historiador Salvio ha dicho –tal vez un poco exageradamente– que *con el ejercicio metódico de estos instrumentos dialécticos, acompañado por un número infinito de citas de autoridad, invocadas la mayor parte de las veces sin razón y tanto en pro como en contra, se diría que hacían un verdadero esfuerzo de estudio por arrojar la duda y la confusión en el pensamiento*. Su elaboración no estaba regida por ningún principio constructivo general ni se asentaba en una posición filosófica; su método pretendía ser deductivo, aunque en la práctica traicionaba con demasiada frecuencia sus premisas (decían lo que les parecía con el pretexto de deducirlo del texto que comentaban).

Uno de los más importantes glosadores fue Bárto, al punto de que suele identificarse a los glosadores también como *bartolistas*. El método deductivo aplicado de modo más o menos arbitrario continuó durante siglos, por obra de los *posglosadores* y luego de los *prácticos*, que fueron perfeccionando cierta sistemática en el análisis del delito, fundamentalmente tendiendo a examinar primero los aspectos objetivos y luego los subjetivos.

5 A lo largo de los siglos el bartolismo se fue dividiendo entre:

**El desdoblamiento
de la tradición
bartolista**

(a) *bartolistas puros*, que elaboran un discurso jurídico-penal que pretende ser exclusivamente *técnico*, ideológicamente *aséptico*, *no contaminado* con la política, *libre* de filosofía, etc., y

(b) *bartolistas sofisticados*, que racionalizan (tratan de justificar y legitimar más o menos filosóficamente) cómo escapar a las preguntas fundamentales.

Los *puros*, como no explicitan sus respuestas, pueden ser inorgánicos y combinar ideas incompatibles. Como punto culminante de esta vertiente en el siglo XX quizá pueda señalarse la obra monumental de Vincenzo Manzini en Italia. Los *sofisticados* tuvieron varias manifestaciones en el pasado siglo; aunque es difícil señalar una cumbre más notoria, quizá pueda identificarse como tal a Edmund Mezger.

**Las emergencias:
las respuestas
groseras que
explotan y
fomentan el
pánico social**

La segunda estructura discursiva –la de las *emergencias*– no tardó en aparecer y en los ocho siglos siguientes hubo múltiples impulsos del poder represivo so pretexto de males gravísimos que amenazan la existencia de la especie. Sus discursos se elaboran siempre de la misma manera:

- (a) identifican algo dañoso que produzca miedo a la gente;
- (b) refuerzan los miedos y los prejuicios a su respecto;
- (c) magnifican el peligro hasta generar pánico social;
- (d) imputan el peligro a grupos vulnerables considerados siempre inferiores y hasta *subhumanos*;
- (e) desautorizan y estigmatizan a quienes niegan sus exageraciones o invenciones;
- (f) neutralizan los argumentos de autoridad que provienen de su propia fuente;
- (g) presentan al poder punitivo como el único medio para conjurar el peligro;
- (h) descalifican también a quienes niegan que con el poder punitivo pueda resolverse el problema;
- (i) se presentan como inmunes al mal que pretenden conjurar y a cualquier forma de corrupción;
- (j) señalan como enemigos públicos a quienes denuncian su corrupción;
- (k) frente a la amenaza de un peligro tan enorme que puede hacer desaparecer a la especie, muestran como razonable que el poder punitivo se ejerza sin límites frente a ella, o sea, que surge un poder de excepción sólo para estos casos;
- (l) el último paso es convertir la excepción en regla y cancelar los límites para todo el poder punitivo.

**Las múltiples
emergencias
que el poder
punitivo
nunca resolvió**

Las emergencias fueron muchísimas a lo largo de los últimos ochocientos años: las brujas, el demonio, la sífilis, el alcoholismo, el comunismo internacional, los tóxicos prohibidos (drogas), la criminalidad nuclear, el terrorismo, la criminalidad organizada.

la *degeneración de la raza*, la *corrupción*, la pornografía infantil, la inseguridad urbana, la sinarquía internacional, la herejía, la pedofilia, el anarquismo, la subversión, la inmigración ilegal, la disolución de los valores occidentales, etc.

Nunca el poder punitivo resolvió ninguna de estas *emergencias* y –como siempre– tampoco le interesó realmente resolverlas. Unas eran casi exclusivo resultado de los prejuicios y se disolvieron solas, otras las resolvieron otros factores (los antibióticos, por ejemplo), y otras no se solucionaron nunca y siguen siendo problemas sociales.

En los momentos en que el poder punitivo avanza por efecto de una emergencia, el contenido pensante de su discurso cae en forma alarmante. Cuanto mayor es su irracionalidad, menor contenido pensante tiene el discurso legitimante.

- 8 En la medida en que el ejercicio del poder punitivo se legitima argumentando que está deteniendo un proceso lesivo en curso o inminente, se convierte en coerción directa de tipo administrativo (lo que antes los administrativistas llamaban *poder de policía*) y el propio discurso jurídico-penal pasa a tener el carácter de una legitimación ilimitada del poder de coerción directa frente a una amenaza descomunal. En una palabra, se *administrativiza* el derecho penal. En síntesis: *con las emergencias el poder punitivo carece de límites y el derecho penal se convierte en coerción directa del derecho administrativo y reduce su contenido pensante a niveles muy bajos.*

La administrativización del derecho penal en las emergencias

Fue demasiado evidente que el poder punitivo no era el medio más adecuado para luchar contra el diablo, pero sin embargo este poder explotó la emergencia diabólica casi quinientos años, lo que es muchísimo tiempo comparado con la celeridad con que hoy se suceden las emergencias, que se arman y olvidan por efecto de la comunicación masiva.

- 9 Cada emergencia es impulsada por una corporación como *empresaria*. Pero hay muchas corporaciones y compiten entre sí. En cierto momento surge una competencia de *empresarios morales* y otra corporación, que quiere arrebatarle el poder a la primera, inventa una nueva emergencia y pone de manifiesto la irracionalidad de la anterior. Por eso, en cierto momento se abren las críticas y:

El discurso jurídico-penal pensante o crítico

- (a) se atacan los prejuicios y se debilitan los miedos por vía de la razón y del ridículo;
- (b) se pone de manifiesto la insensatez del pánico social;
- (c) comienzan a ser escuchados quienes niegan las exageraciones o invenciones;
- (d) se demuestra la incapacidad del poder punitivo para resolver el problema;
- (e) se muestra la falsedad de la pretendida inmunidad de quienes quieren conjurar represivamente el mal;
- (f) se reprocha la crueldad increíble del poder punitivo sin límites;
- (g) se exhibe el real objetivo de ese ejercicio de poder, y
- (h) sobre todo, se exhibe su alto nivel de corrupción.

Estos planteamientos críticos del poder punitivo dan lugar a teorizaciones que se replantean más o menos radicalmente la cuestión penal y que, para dar respuestas con cierta racionalidad, no tienen otro recurso que consolidar el discurso mediante su afirmación en una concepción antropológica, o sea, en la filosofía. Por ello, deslegitima la administratización del derecho penal y trata de poner límites al poder punitivo. Estos son los momentos de mayor contenido pensante del derecho penal.

§ 63. La fundación del discurso de emergencia que responde groserías: el *Malleus maleficarum*

La emergencia diabólica

La primera aparición del discurso de emergencia tuvo lugar ¹ contra el diablo, que perdía las almas llevándolas a disentir con la autoridad (herejías). No obstante, sus poderes terrenales se consideraban muy limitados. Un antiguo texto eclesiástico —el *Canon episcopi*— afirmaba que los viajes de las brujas eran sólo sueños inspirados por el diablo, que carecía de poder para causar otros males. No obstante, comenzó la inquisición a perseguir brujas y a quemarlas y los dominicos (llamados *perros del Señor*, o sea, la corporación de *empresarios morales* contra las brujas) se encar-

garon con singular empeño de esta combustión. Se desató un debate entre los *demonólogos* (científicos de su tiempo), sosteniendo: (a) unos la falsedad del *Canon Episcopi*, (b) otros que se refería a otra brujería diferente y (c) otros, finalmente, decían que aunque las brujas no volasen, debían quemarlas porque hacían pacto con el diablo.

El debate se cerró brutalmente con una bula papal que consagró oficialmente un libro como manual inquisitorial contra brujas, afirmando la realidad de los poderes del diablo y de las brujas, con un sofisticado desarrollo teórico, extenso y articulado. Fue el *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las brujas*, de 1484, escrito por dos inquisidores fanáticos y alucinados: Heinrich Kraemer y James Sprenger. Este libro no sólo funda el discurso legitimante de emergencia, sino también el del propio poder punitivo en la etapa de su consolidación definitiva.

Es la primera gran obra sistemática de derecho penal integrado con la criminología, el procesal penal y la criminalística. Fuera del interés penal, proporciona una cosmovisión de la edad media como contracara de la *Divina Comedia*. Aunque sería un escándalo cualquier comparación entre estos torturadores y Dante, lo cierto es que ambas obras son necesarias para obtener una visión cultural completa del medioevo.

El *Martillo* fue un *best seller* con más de treinta ediciones. Esto significa un éxito editorial para su tiempo, muy superior a lo que hoy serían las ediciones de las obras de un Premio Nobel de literatura.

- 2 Llama poderosamente la atención el olvido en que posteriormente cayó el *Malleus* y la nula atención que le dedicaron los penalistas y criminólogos. Esto se explica porque el saber jurídico-penal moderno –que cubre al poder punitivo con los fines más excelsos– no podía mostrar como obra fundacional un trabajo que racionaliza crueldades increíbles sustentadas en disparates.

**Texto
repugnantemente
misógino**

Tampoco podía reconocer su origen en un texto de repugnante misoginia. Como cualquier conocimiento adquirido por la *inquisitio* (saber de *dominus*) presupone que el inquisidor inferiorice al ente que interroga, en este caso redujo a las mujeres (mitad de la especie) a una condición subhumana, lo que explicaba que conspirasen con el diablo.

Se trata de una *visión policial del saber* que luego se convertirá en *visión policial de la historia*, que siempre halla la causa del mal en un grupo inferior o subhumano que conspira. Esta *causalidad diabólica* se laicizará acabando en los genocidios de los siglos posteriores.



Quema de Brujas

El *Malleus* afirmaba que las mujeres se complotaban con el diablo, justificando así su control brutal por el hombre. Los actos de *brujería* (el mal) se explicaban por la *inferioridad genética* en la mujer, atribuida a que ésta fue hecha a partir de una costilla que, por curva, se contrapone a la rectitud propia del hombre. Esta inferioridad genética la hacía más débil que el hombre en la fe, lo que se reafirmaba con una falsa etimología de *femina*, derivada de *fe* y *minus*.

La misoginia del *Malleus* parece provenir de que el poder punitivo percibía en la mujer una amenaza para su consolidación. *La confiscación de la víctima y este control brutal de la mujer como ser inferior, son contemporáneos*. En la baja edad media la cultura pagana sobrevivía en toda Europa. La mujer es la transmisora generacional de cultura y, por ende, si se quería cortar con la cultura anterior e imponer una nueva, el acento controlador debía ponerse en la mujer.

Las características estructurales de la emergencia

El *Malleus* muestra con claridad las características estructurales del discurso de emergencia y las fija de una vez para todo el curso de los siglos posteriores. En (a), (b), (c) –ver cuadro de p. 196– se afirma la existencia de las brujas y su poder casi omnimodo, la gravedad del crimen *hediondo* (sostienen que es más grave que el pecado de Adán) y la necesidad de detenerlo para evitar que sucumba la humanidad. (d) Imputan el peligro a grupos vulnerables considerados siempre inferiores o *subhumanos*, para lo cual inauguran la *criminología etiológica plurifactorial*, pues para poder responsabilizar a las brujas no era posible admitir una explicación monocausal; no lo podían atribuir exclusivamente a las brujas (se pondría en duda el poder divino), ni a los astros o a las hierbas (no habría responsabilidad de las brujas), ni sólo al diablo

(no serían responsables las brujas y el poder diabólico sería superior al divino). Por ello, explicaban una complicada etiología del delito, en que el diablo difunde el mal, afectando a personas débiles o inferiores (las mujeres), pero actuando con permiso divino (cuyos designios son siempre inescrutables). Esta compleja arquitectura intelectual rechaza también que hubiese seres humanos engendrados por el demonio, pese a la copulación de los diablos (íncubos y súcubos) con las brujas y los brujos. Sostienen entonces que los diablos pueden transportar semen pero no producirlo, porque son *aire concentrado*. De este modo se rechazaba una *brujería nata*, lo que también hubiese impedido la responsabilidad de las brujas. Se enuncia así la teoría de la degeneración: el diablo, con su ciencia, selecciona el semen que recoge y la bruja a quien insemina, para gestar personas proclives a sus fines. Cuatrocientos años más tarde el positivismo biólogo sostendrá lo mismo (ver § 74). (e) Descalifica a quienes niegan el mal: los peores herejes son quienes ponen en duda el poder de las brujas. (f) Niega los propios argumentos de autoridad, dado que desconoce el valor del *Canon episcopi*. (g) No duda que el poder punitivo es el único medio para conjurar el peligro, erradicando el crimen hediondo. (h) No se ocupan mucho de desautorizar a quienes negasen la anterior premisa, porque practicaban el ideal de toda empresa moral de emergencia: matar a quienes niegan la emergencia y también a quienes niegan la eficacia del poder punitivo. (i) Pretenden ser inmunes al mal y a cualquier forma de corrupción, con el simple argumento de que Dios no podía permitirlo, o sea, que eran divinamente inmunes. (j) Cualquiera que denunciase la corrupción y los intereses de los dominicos, los príncipes y los ejecutores, hubiese sido eliminado, de modo que el texto no se ocupa de eso. (k) Suprimen todo límite al poder punitivo, que se administrativiza totalmente. (l) Por último, si bien se refiere sólo a sus procesos por brujería, el método contamina a todo el ejercicio del poder punitivo de su tiempo y sirve de modelo general.

- 4 El derecho penal del *Malleus* es una versión de autor tan extrema que no distingue entre una teoría del delito y una teoría del autor. Responde a la lógica última de todo derecho penal de peligrosidad, que en el siglo XX se reeditará con el proyecto soviético de Krylenko (ver § 56). Explican detalladamente los procedimientos de las brujas: cómo se inician, pactan con el maligno, son transportadas, copulan, se valen de los sacramentos, obstaculi-

**El derecho penal
de autor puro**

zan la función procreadora, consiguen neutralizar la potencia masculina, convierten a los hombres en animales, provocan enfermedades, epidemias, tormentas, catástrofes, matan niños (en especial las parteras) y los ofrecen al diablo. Se trata de una parte especial enunciativa, porque como el derecho penal de autor sólo se ocupa de signos de una inferioridad, su catálogo queda siempre abierto. En el *Malleus* éste es tan amplio que no queda ninguna conducta que no sea sospechosa.

El proceso inquisitorial

A semejante teoría del autor (o del delito) debe seguir un *pro-* 5
ceso que no requiere acusador y menos defensor, sino únicamente un tribunal que investigue. La tortura es interpretada de modo que el procesado no tenga escapatoria: si la bruja admitía sus actos, igualmente había que torturarla para que delatase a sus cómplices; como su declaración configuraba prueba contra éstos, la reproducción de procesos era geométrica. Si pese a la tortura no confesaba, eso probaba que tenía pacto con el maligno y por ello resistía el dolor. La bruja debía identificar a sus enemigos mortales con anterioridad al juicio, de modo que cualquier testigo que no hubiese sido mencionado oportunamente no podía luego ser objetado. Es una constante que un poder punitivo que identifica signos, opere con amplísima libertad para buscarlos y que, en la medida en que más signos encuentre, mayor pena (remedio) imponga. Entre las mujeres, las más peligrosas eran las viejas odiadas por los vecinos, las adúlteras, las fornicadoras y las concubinas. Trataba con ellas de construir un enorme tipo de autor (estereotipo), seleccionar a cualquiera sin que tuviese ningún derecho de defensa, lo que constituye la ambición última de todo ideólogo del estado de policía. De este modo expresa *las constan-*
tes de cualquier teoría de defensa social ilimitada.

§ 64. La fundación de la estructura discursiva crítica del poder punitivo: la *Cautio criminalis*

El espacio para la crítica: la sustitución de emergencias

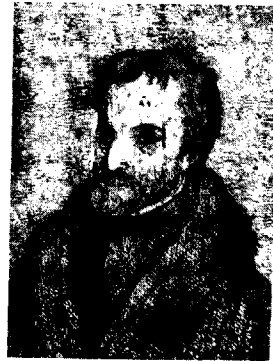
La crítica al *Malleus* y a la combustión de mujeres se fue ex- 1
 tinguiendo en la medida en que la emergencia de las brujas y el diablo se reemplazaba por otra; la disidencia tomó cuerpo en va-

rios países con el afianzamiento de iglesias separadas (la *Reforma*) y esa fue la nueva emergencia, que en el siglo XVI dio lugar a que desde la Europa católica se respondiese con la *Contrarreforma*, encabezada por los jesuitas contra los protestantes. La inquisición romana estaba muy decadente y con la nueva emergencia renació copiando el modelo de la inquisición española (que era una policía del rey sumamente eficaz, completamente separada de la romana). Una nueva corporación era la empresaria moral de la nueva emergencia. En el siglo XVI hubo una obra muy valiente del médico Johannes Wier (o Weier) (1516-1588), publicada en Basilea en 1563 y traducida al francés en 1570, que sostenía que las brujas eran enfermas; puede considerarse el *intento pionero de la corporación médica por apoderarse de la cuestión penal*, objetivo que recién logrará con el positivismo del siglo XIX. Pero las críticas más severas arreciaron desde el campo jesuita, con Adam Tanner (1572-1632) en su *Theologia scolastica* y Paul Laymann (1574-1635) en su *Theologia moralis*. De cualquier manera, era difícil y peligroso hacer estas críticas, pues no pocos inquisidores consideraron que había que quemar a Tanner. Pero el espacio de crítica se iba abriendo como resultado de la sustitución de emergencias y de la consiguiente lucha de corporaciones (dominicos y jesuitas).

- 2 El primer libro enteramente dedicado a la crítica del Malleus y de la práctica inquisitorial fue publicado en 1631 con el título de *Cautio criminalis*, escrito por Friedrich Spee von Langenfeld (1591-1635). Si bien la combustión de brujas había decaído en la inquisición romana, se llevaba a cabo con ensañamiento en la región germana centroeuropea. Spee era un jesuita que fue nombrado confesor de las mujeres condenadas a la combustión por inquisidores alemanes, y la vivencia de esas atrocidades le indignaron y le decidieron a escribir este libro, que inaugura la estructura del discurso penal crítico.

El libro le trajo problemas incluso dentro su propia orden, pero finalmente fue reivindicado y permaneció en ella hasta su muerte, producida por haberse contagiado atendiendo enfermos durante una

**La Cautio
criminalis**



**Friedrich Spee von
Langenfeld**

epidemia. Si bien el libro era funcional a los intereses de la nueva emergencia, que quería acabar con la anterior, las líneas no estaban aún del todo claras y, además, la crítica de Spee era muy dura y susceptible de extenderse a otros aspectos del poder punitivo, lo que revela un alto grado de valentía y una sincera indignación, teniendo en cuenta la fácil combustión de su tiempo.

Las características críticas del discurso

En la *Cautio criminalis* se observa la estructura crítica del 3 discurso penal con meridiana claridad. En términos estructurales, poco se ha agregado al programa originario de Spee. (a) Comienza señalando que la responsabilidad de los crímenes de la inquisición correspondía en primer lugar al prejuicio y a la ignorancia, o sea, a la *explotación de una opinión pública falsamente informada*. (b) Considera insensatas las creencias en los poderes de las brujas y del diablo, y falsa la extensión del fenómeno. Explica la pretendida extensión como resultado de considerar prueba de cargo la mención que de la acusada hiciese otra obligada a dar algún nombre por el dolor de la tortura. (c) Cita a los teólogos jesuitas que se le habían adelantado en sus obras generales a mostrar la crueldad de la tortura y la condena de inocentes. (d) Pone de manifiesto la pobreza y vulnerabilidad de las víctimas de la inquisición y su impotencia frente a ese ejercicio de poder punitivo arbitrario e irracional. Afirma que si por medios violentos los políticos (príncipes) pretenden erradicar todo el mal, sólo conseguirán convertir sus tierras en un desierto. (e) No admite la inmunidad de los inquisidores, a los que considera responsables de pecados gravísimos. (f) Señala el brutal grado de crueldad de las torturas de la inquisición y la imposibilidad de resistir el dolor, que lleva a confesar cualquier cosa y a nombrar a cualquier persona. (g) Demuestra que el poder punitivo de la inquisición, en definitiva, servía para fortalecer a los autores de discursos oficiales de la Iglesia (doctrinarios de ese tiempo) y para proveer de chivos expiatorios a los príncipes, que de ese modo podían atribuir todos los males al diablo y a las brujas y eximirse de toda responsabilidad (tres siglos más tarde, los positivistas atribuirán todo a la biología). (h) Pero lo fundamental, es que Spee puso de manifiesto la *corrupción* de ese poder inquisitorial, revelando que los participantes cobraban por bruja quemada y, además, puerta a puerta solicitaban contribuciones *voluntarias* para la inquisición y sus funcionarios, extorsión que hoy se denomina *venta de protección*.

- 4 La obra de Spee no tuvo efecto inmediato, pero las ejecuciones por brujería fueron disminuyendo y el golpe de gracia discursivo más fuerte lo recibirá de Christian Thomasius en 1701, que en su famosa tesis (*Sobre los procesos a brujas*) destruye prácticamente al *Malleus*, que desde entonces deja de ser citado.

El origen de los límites liberales

La obra de Spee parece haber tenido un gran peso sobre Thomasius. Además, en la *Cautio criminalis* puede encontrarse la primera argumentación orgánica contra la tortura y el proceso inquisitorio, que desarrollarán luego los autores del iluminismo y del liberalismo, o sea, el origen mismo de los límites reclamados por el pensamiento penal liberal.

Spee invoca en forma obsesiva la *razón*, y si bien lo hace desde una perspectiva escolástica, no es menos cierto que en el campo estrictamente penal las garantías surgen porque había que detener un poder formidable, y la primera crítica orgánica se formula en esta obra, cuyo autor no fue un doctrinario, sino un participante indignado y valiente.

§ 65. El surgimiento de la policía, la prisión y el contractualismo

- 1 El poder planetario comenzó con la revolución mercantil (siglo XV) que, con el colonialismo, posibilitó materias primas y medios de pago (oro y plata), que fueron indispensables para la Revolución Industrial (siglo XVIII). Como consecuencia de la revolución industrial se produjo la pérdida de poder de la nobleza y el ascenso de los industriales.

Las clases peligrosas y la policía

En Europa la quiebra de la relación de servicio/protección entre siervos y nobles y la racionalización de la producción agrícola y ganadera empujó a las ciudades a grandes masas campesinas empobrecidas, que no podían insertarse laboralmente por su baja productividad y por la escasez de capital. La oferta de trabajo superaba la demanda y el capital se acumulaba con atraso respecto a la concentración de población. Este descompás creó un nuevo problema: apareció la marginalidad de los ciudadanos como clase peligrosa, obligada a convivir en el estrecho espacio geográfico urbano.

Contra ella no fue efectivo el poder punitivo ejemplarizante y se puso de manifiesto el escasísimo poder negativo del sistema penal, inaugurándose así un periodo de esplendor en la explotación de su formidable poder positivo o configurador (de vigilancia), con la creación de las policías, inspiradas básicamente en la policía borbónica (verticalista, militarizada, centralizada), pues el modelo norteamericano de policía (descentralizada, municipal, con funcionarios electos) no serviría para esos fines.

Las policías comenzaron a cumplir su cometido enfrentando a las *clases peligrosas* (que vivían de pequeños delitos) –con las que eventualmente se simbiotizaban– y a los disidentes políticos (sindicalistas, socialistas y anarquistas).

La prisión como pena única

Este proceso –que se desarrolló desde la segunda mitad del **2** siglo XVIII hasta las postrimerías del siglo XIX– consagró la prisión casi como única pena. Las personas molestas no podían ser eliminadas por medio de la pena de muerte (no cometían hechos muy graves), las pestes se reducían, la población aumentaba, las posibilidades de deportación se limitaban con la pérdida de colonias o con el enriquecimiento de sus habitantes.

En este marco se generalizó el uso de la prisión y del manicomio, como instituciones fiscales o de secuestro. La prisión urbana consiguió una convivencia forzada de guardias y presos, con un acuerdo respetuoso de jerarquías, pero fue causa de alta mortalidad y morbilidad; se llenó de presos preventivos, reforzó su efecto reproductor y consagró el comercio interno de tóxicos como fuente de recursos (en el siglo XIX de tabaco y alcohol).

El paradigma del organismo y el del contrato

El poder punitivo ilimitado de los príncipes se explicaba me- **3**
diante una idea de la sociedad como *organismo*, que lo ejercía en forma *natural*, casi como una función biológica. Nadie discute las funciones del estómago, por ejemplo, porque *Dios nos hizo* con estómago; igualmente *divino* era el poder punitivo de los príncipes, que recibían esa potestad de Dios, que había creado la sociedad como un organismo con esas funciones y a cuya cabeza los había puesto.

Pero la clase industrial en ascenso necesitaba limitar el poder de la nobleza para controlarla y luego desplazarla. Para ello se valió de la idea de sociedad como *contrato*. A un modelo social *natural* (organicista) le opuso un modelo *artificial* (contractualista)

y, por ende, eminentemente modificable. El paradigma del organismo fue reemplazado por el del contrato, de modo que todos necesitaron discutir en el marco de ese nuevo paradigma, incluso los defensores del absolutismo, pero también los del socialismo y del anarquismo.

- 4 La idea del contrato social fue *el paradigma de la disputa política en el espacio abierto por la revolución industrial. En el campo penal, en tanto que el paradigma organicista había pedido prestado su discurso de legitimación a la coacción directa policial o administrativa, el paradigma del contrato se inclinó por pedirlo a la coacción reparadora (obligación civil que tiene por fuente el contrato), en función de una retribución cuya mayor dificultad consistía en que no se imponía en favor de la víctima.*

**El derecho penal
deja el derecho
administrativo
y se vuelca hacia
el derecho civil**

El sujeto debía *reparar* (pagar) el daño causado con su violación al contrato social y, para ello, se le embargaba cierta cantidad de trabajo que podía ofrecer en un hipotético mercado laboral, lo que explica la reducción de todas las penas a tiempo de privación de libertad.

- 5 Pero dentro del nuevo paradigma contractualista las opiniones se dividieron. En principio, hubo quienes apelaron al contrato para rechazar toda salida revolucionaria y quienes lo hicieron para justificarla.

**Las divisiones
dentro del
contractualismo**

(a) La primera posición corresponde a quienes consideraron que el estado anterior al contrato social (*estado natural*) era *de guerra* y no había derechos, por lo cual éstos son creados por el contrato. Su exponente inglés fue Thomas Hobbes (1588-1679) y puede señalarse a Immanuel Kant (1724-1804) como su continuador alemán.

(b) La segunda la sostuvieron quienes afirmaban que el estado previo al contrato era *de paz* y de ejercicio natural de los derechos, celebrándose el contrato sólo para reasegurar su ejercicio. Es la vertiente liberal del teórico del parlamentarismo inglés de John Locke (1632-1704), seguido cercanamente por P. A. R. von Feuerbach (1775-1833) en Alemania.

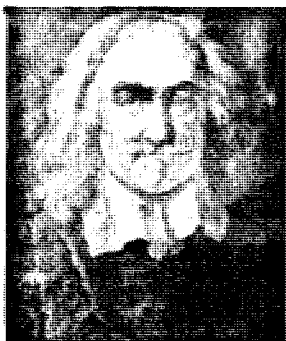
(c) Pero también hubo dentro del contractualismo quien sostuvo que el contrato se había desvirtuado, destruyendo la primitiva igualdad, por lo cual se hacía necesario concertar un nuevo contrato sobre base igualitaria. Tal fue la tesis de Jean Paul-Marat.

(d) Por último, no faltaron quienes, observando que el contrato no había servido para garantizar los derechos anteriores al mismo (William Godwin) o que no había servido para superar la guerra (Max Stirner), negaban la conveniencia de un nuevo contrato igualitario y proponían su cancelación anarquista.

En síntesis, el contractualismo fue un paradigma en el que transitaron corrientes políticamente muy diferentes:

- (a) el despotismo ilustrado con Hobbes y Kant;
- (b) el liberalismo con Locke y Feuerbach;
- (c) el socialismo con Marat; y
- (d) el anarquismo con Godwin y Stirner.

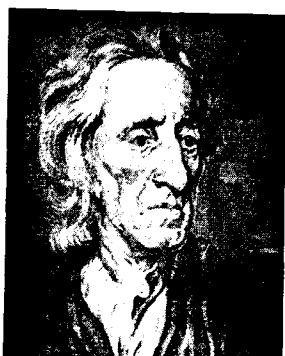
La imagen bélica
del estado de
naturaleza



Thomas Hobbes

El último gran defensor del abso- 6
lutismo inglés fue Thomas Hobbes, quien se vio forzado a disputar políticamente dentro del nuevo paradigma, concibiendo al estado anterior al contrato social (estado de naturaleza) como una situación de guerra entre todos los hombres (*vellum omnium contra omnes*). Dicho estado sólo podía cesar en virtud de un acuerdo entre ellos para depositar su poder en el soberano, encargado de imponer la paz mediante una clara y precisa definición de lo prohibido (*millum crimen sine lege*), y el derecho de resistir a la opresión resultaba inadmisibles porque implicaba un retorno a la situación de guerra.

La inversión del
planteamiento
hobbesiano: Locke



John Locke

John Locke fue el gran contrac- 7
tualista de la burguesía inglesa y el ideólogo del parlamentarismo. El estado de naturaleza, según él, no era de guerra sino de libertad, lo cual implicaba que los hombres ya gozaban de derechos en esa situación precontractual y el estado civil no hacía más que facilitarlos, removiendo los inconvenientes de su ejercicio. Pero el discurso cayó también en la defensa social para legitimar el poder punitivo y

el pretexto confiscatorio consistía en que el derecho de defensa era irrenunciable para la sociedad a partir del momento en que cada hombre se lo transfería por medio del contrato. Es por ello que el daño causado por el delincuente no sólo incumbía a la víctima, sino que se transforma en fuente de una obligación de castigar para la sociedad. No obstante, desde su concepción del estado natural la defensa social en Locke es mucho más limitada.

§ 66. El contractualismo penal del despotismo ilustrado alemán: Kant

1 El debate inglés entre Hobbes (antes del contrato era la guerra de todos contra todos y no había derechos para nadie) y Locke (antes del contrato había derechos y éste sólo los asegura) pasó al continente en el siglo XVIII, al que se conoce como siglo de las *luces* o de la *ilustración*, pero también de la *razón*. Como el pensamiento de la revolución industrial confiaba tanto en la razón, era lógico que su momento teórico más alto fuese una profunda reflexión sobre la razón misma. Este punto culminante lo alcanzó con *Immanuel Kant*, cuyas obras fundamentales se llamaron justamente *críticas* (de la *razón pura* y de la *razón práctica*), o sea, *investigaciones*.

**La cuestión
de la razón**



Immanuel Kant

2 Kant partió de la regla de que el humano debía ser considerado como un fin en sí mismo y que su utilización como medio es contraria a la moral (*imperativo categórico*), pero cuando abordó la cuestión de la pena se halló frente a un problema: la pena, en la medida en que quiera tener algún fin que la trascienda, es inmoral, porque *usa a un humano como medio, incluso en el caso en que lo sea para su propio mejoramiento*. Kant creyó resolver esta contradicción asignándole a la pena el carácter de un medio que garantiza el propio imperativo categórico: dedujo que sin la pena cae directamente la garantía del humano como fin en sí mismo.

**La pena es inmoral
si usa a un ser
humano como
medio**

Kant no sólo se enfrentaba al problema de legitimar la pena sin usar al ser humano como medio, sino también a la necesidad de poner un límite o medida a la pena. Este límite lo establecía con el talión (la misma cantidad de dolor), lo que, por otra parte, era una obsesión de su tiempo (Bentham proyectó una máquina de azotar y los franceses, la guillotina).

La pena es indispensable para defender al estado social

Para Kant el estado debía retribuir talionalmente (ojo por ojo y diente por diente) para no quebrar el contrato social y volver al estado de naturaleza (guerra). Por ende, es falso que la teoría de la pena de Kant sea *absoluta* porque no persiga ninguna finalidad, porque para Kant *la ley penal no es menos defensorista social que para los restantes contractualistas*: la pena es un *deber* del estado civil, al punto de que *debe* imponerse siempre que se comete un delito; si se resolviese rescindir el pacto, antes de hacerlo *debería* imponerse la pena al último de los delincuentes, porque de lo contrario el pacto no se rescindiría, sino que se quebrantaría por incumplimiento.

No admitía la resistencia a la opresión

El estado de naturaleza de Kant era muy cercano al de Hobbes: **4** en el *estado de naturaleza* no había paz, sino que, más bien, era un estado de guerra, es decir, de permanente hostilidad. Como consecuencia de esta idea, al igual que Hobbes, *no admitía el derecho de resistencia a la opresión* (el derecho a la revolución). La teoría kantiana de la pena, lejos de ser una teoría absoluta porque ésta sea un fin en sí misma, es *la más radical de las teorías de la defensa social*, pues la venganza talional es directamente condición del estado civil, fuera del cual el humano no era respetado como fin en sí mismo.

Kant no aceptaba ningún argumento empírico

Esta condición era apriorística, o sea que no admitía **5** ninguna prueba empírica en contrario, porque se deducía de que justamente para eso se constituyó el estado civil, contra el que no reconocía ningún derecho de resistencia. Pese a que suele señalarse a Kant como el garante del derecho penal liberal; es mucho más cercano al despotismo ilustrado, que pretendía introducir las reformas dentro del absolutismo y por autoridad de los déspotas (*todo por el pueblo, todo para el pueblo, pero sin el pueblo*).

§ 67. El contractualismo penal liberal en alemania: Feuerbach

- 1 El seguidor de la línea de Locke en Alemania y, por ende, más merecidamente garante del liberalismo penal, fue el filósofo y penalista *Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach* (1775-1833), para quien, cualquiera sea la situación externa en que un humano se encuentre, ante la razón sigue siendo libre. Por ello, en la obra en que se separaba de Kant y de Hobbes (precisamente llamada *Anti-Hobbes*, 1797), sostenía que el humano no sólo tiene derechos que existen antes de todo contrato, sino que también, mediante su razón, puede saber cuáles son los derechos que la condición natural no le garantiza, pero en su esencia tampoco los afecta.



J.P.A. Ritter von Feuerbach

**Derechos
anteriores al
contrato**

- 2 Kant había distinguido nítidamente entre la razón pura o teórica, que no alcanzaba las cosas en sí, porque todo estaba dado al ser humano en tiempo y espacio, y la razón práctica o de la acción (ética), siendo esta última la que le permitía conocer el deber moral (la acción que respondía a un imperativo categórico o no condicionado, porque la conciencia muestra que eso es lo debido, sin consideración de conveniencia). Dentro de esta razón práctica, Feuerbach distinguió entre la razón práctica moral (que permite reconocer el deber moral) y la razón práctica jurídica (que permite reconocer el ámbito de derechos, o sea, el espacio inalienable en el que se pueden incluso realizar acciones no morales).
- 3 Por ende, el humano, mediante su razón, puede reconocer cuál es su deber moral, pero también puede reconocer cuál es el límite de su derecho a actuar de modo diferente a ese deber, con lo que marca mejor la diferencia entre la moral y el derecho.

**Razón práctica
moral y razón
práctica
jurídica**

**Consecuencias
de su diferencia
con Kant**

En síntesis, la diferencia entre ambos sería la siguiente:

(a) Para Kant, cuando mi conciencia práctica moral me indica que debo prestarle dinero a un amigo a quien debo favores y lo necesita, debo hacerlo, pero si para que no me moleste le suelto los perros que lo muerden, como mi conducta lesiona el imperativo categórico, el estado me muerde por haberlo hecho.

(b) En lugar, para Feuerbach, si bien mi conciencia práctica moral me indica que debo prestarle el dinero, mi conciencia práctica jurídica me indica que tengo derecho a no hacerlo, pero también que no tengo derecho a soltarle los perros y lesionarlo.

El aporte de Feuerbach

La contribución de Feuerbach al derecho penal liberal consistió, precisamente, en la profundización de la distinción entre moral y derecho, que inaugurara Christian Thomasius, y en el perfeccionamiento de la imagen antropológica en el saber penal. Dada la diferencia entre moral y derecho, la pena podía tener un fin práctico, sin que obstase a esto el imperativo categórico. Por eso construyó su teoría de la pena como *coacción psicológica*, que es la menos feliz y la más divulgada de sus tesis, lo que ha ocultado durante muchos años la profundidad y el alto nivel de pensamiento de este autor, especialmente en el mundo penal de lengua neolatina.

La defensa social expresa de Romagnosi



Giandomenico Romagnosi

En la *Génesis del Derecho Penal* de Giandomenico Romagnosi (1761-1835) se hace expresa por primera vez la tesis de la defensa social, sobre la base de que la sociedad es un ente distinto a la suma de sus miembros. En efecto, según él, la sociedad no es un mero agregado de individuos sino una realidad diferente que se inserta como tal en una ley universal que llamó de la competencia y en cuya virtud toda ocasión quiere una reacción; principio éste al que no puede sustraerse la ley positiva por ser expresión de aquella regla universal

§ 68. El contractualismo penal socialista: Marat

El contractualismo no es un puro instrumento ideológico de la clase industrial

El contractualismo fue el paradigma que sirvió a la clase industrial en el momento de su lucha ascendente contra la nobleza hegemónica, pero dentro de ese espacio no siempre se pensó a la medida de esos intereses, por lo que también mostró su potencial

peligroso para ellos. Uno de esos caminos no coincidentes con los de la clase industrial fue el transitado por el revolucionario francés *Jean-Paul Marat* (1743-1793) quien, pese a no ser jurista (era médico), en su tiempo de exilio presentó un *Plan de legislación criminal* para un concurso abierto en Suiza en 1779, que no agradó al jurado.



Jean-Paul Marat

**La crítica
socialista al
talión kantiano**

- 2 En su *Plan*, Marat formulaba una crítica revolucionaria y socialista al talión kantiano, pese a admitir que la pena más justa era la talional. Admitía la tesis contractualista afirmando que los hombres se reunieron en sociedad para garantizarse su derecho, pero observaba que a través de las generaciones, la falta de todo freno al aumento de las fortunas hizo que unos se enriqueciesen a costa de los otros y que un pequeño número de familias acumulase la riqueza, al tiempo que una enorme masa fue quedando en la indigencia, viviendo en tierra ocupada por los otros y sin poder adueñarse de nada.

Se preguntaba si en tal situación, los individuos que sólo obtenían desventajas de la sociedad estaban obligados a respetar las leyes, y respondía negativamente: *No, sin género de duda; si la sociedad los abandona vuelven al estado natural y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ello es tiránica, y el juez que los condene a muerte no es más que un vil asesino.*

§ 69. El contractualismo penal anarquista: Godwin y Stirner

- 1 Pero la experiencia histórica demostraba que, pese al contrato social, en la realidad: (a) para quienes creían en los derechos naturales anteriores al contrato (siguiendo a Locke y a Feuerbach), éstos no se habían garantizado mucho con el estado social creado por el contrato; (b) por otra parte, para quienes creían en el estado

**El contrato
no sirvió
para nada**

de guerra como estado de naturaleza (siguiendo a Hobbes y a Kant), tampoco parecía que éste se hubiese superado demasiado por el contrato.

**No aseguró
los derechos**

Entre los primeros: -(a)- hubo quien pensó que el poder político no facilitaba sino que dificultaba el respeto a estos derechos e impedía su reconocimiento racional. Esta fue la tesis anarquista racionalista de *William Godwin* (1756-1836), expuesta principalmente en su obra *Enquiry concerning Political Justice* (1793): si existen derechos naturales, éstos no pueden realizarse en una *sociedad artificial*, sino en una *natural*, en que la educación permita a cada hombre reconocer esos derechos mediante el recurso a su razón. El anarquismo de Godwin es una suerte de deslegitimación del pacto de Locke y de Feuerbach. Por el camino de un racionalismo jusnaturalista transitó también Bakunin: *La libertad del hombre consiste en que obedezca únicamente a las leyes naturales, que él mismo reconoció tales, y no porque le fueran exteriormente impuestas por una voluntad extraña, humana o divina, colectiva o individual cualesquiera.*

**No evitó
la guerra**

Entre los segundos: -(b)- hubo quienes, verificando que el contrato no lograba la superación de la guerra, glorificaron ésta en la firme creencia de que llevaría a un estado final de equilibrio. Esta fue la tesis anarquista del alemán *Johann Caspar Schmidt*, quien escribió con el pseudónimo de *Max Stirner* (1806-1856) y publicó en 1843 su libro *Der Einzige* (*El único*).

§ 70. Los penalistas del contractualismo

**Entre limitación
y legitimación
del poder punitivo**

Los penalistas del contractualismo se movieron entre la necesidad contradictoria de legitimar y de limitar el poder punitivo. Pero no fueron sólo los penalistas quienes se ocuparon de la cuestión penal en tiempos modernos, sino todos los que pensaron la política desde la filosofía, lo que demuestra que la consideraron una cuestión central del poder político, lo que contrasta mucho con los científicos políticos del siglo XX, que minimizaron el tema hasta dejarlo oculto, al tiempo que los penalistas opacaban también la dimensión política fundante de sus planteamientos.

Los autores iluministas y liberales que dominaron el discurso durante todo el tiempo de ascenso de las clases industriales y comerciantes, (a) representaron un momento de auténtico pensamiento en el saber penal y su aporte, es decir, (b) la *versión fundacional del derecho penal liberal*, les garantizó un lugar de preferencia en la historia. (c) Pero el lastre de su pensamiento lo constituye su teoría de la defensa social: la pena era para ellos necesaria por efecto mismo del contrato. Esta supuesta necesidad establecida por vía del idealismo deductivo, pasó por alto la selectividad estructural, lo que desbarata el aspecto legitimante de su discurso y pone los gérmenes de su propia destrucción.

- 2 Hubo dos momentos dentro del penalismo racionalista: (a) uno político-criminal y (b) otro propiamente penal. En tanto que el primero enunció los principios liberales, el segundo los incorporó al derecho penal, usando la sistemática constructiva de los prácticos.

**El momento
político y el
jurídico-penal**

El autor más conocido del período político-criminal fue *Cesare Bonesana, marqués de Beccaria* (1738-1794), a quien todos tomaron como referencia para coincidir o polemizar. Su obra, *De los delitos y de las penas* (1764), es un producto de juventud que tiene mucho más de discurso político que de estudio jurídico o científico, pero fue un libro sumamente oportuno y sus resultados fueron extraordinariamente positivos. Su pensamiento pertenece más a la vertiente revolucionaria que al despotismo ilustrado. La primera edición del libro fue anónima y Beccaria no volvió a ocuparse de la cuestión penal, sino de temas económicos y técnico-financieros, pasando el resto de sus días en cargos burocráticos.



Marqués de Beccaria

Su pensamiento fue cercano a Rousseau en cuanto al contractualismo y de ello derivaba la necesidad de legalidad del delito y de la pena. Consideraba que las penas debían ser proporcionales al daño social causado y rechazaba duramente la crueldad inusitada de éstas y de la tortura, que era el medio de prueba más usual. Sostenía que debía abolirse la pena de muerte, basa-

do en que nadie había cedido en el contrato el derecho a la vida, lo que le criticó Kant. Su obra fue rápidamente traducida a varias lenguas e influyó en todas las reformas penales de los déspotas ilustrados de su tiempo. El impulso difusor más importante se lo proporcionó Voltaire, quien le dedicó un importante comentario consagratorio en Francia. Voltaire –hombre del iluminismo– había asumido la defensa *post mortem* de un protestante francés –Juan Calas– acusado de asesinar a su hijo por querer convertirse al catolicismo y condenado al suplicio de la rueda. Dos años después de la ejecución de Calas, Voltaire obtuvo la declaración judicial de su inocencia, con el consiguiente escándalo. En ese momento llegó a Francia la obra de Beccaria, y Voltaire no perdió la ocasión de difundirla. Como resultado de esta prédica fueron desapareciendo las penas atroces de la legislación, al menos formalmente.

El iluminismo penal en la Península Ibérica

Si bien el liberalismo fue demonizado en España y en Portugal, también hubo en estos países equivalentes de Beccaria.



Manuel de Lardizábal y Uribe

(a) En España fue Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), quien había nacido en México, por lo que bien puede ser considerado *el primer penalista de la América española*, aunque también lo reivindica como propio el País Vasco. Fue hombre de la ilustración y su mejor obra, el *Discurso sobre las penas* (1782) responde a esta corriente. Su formación jurídica era superior a la de Beccaria y su erudición se manifestó en la presentación de la edición del *Fuero Juzgo* de la Real Academia.

(b) En Portugal fue Pascual José de Mello Freire dos Reis (1738-1798), catedrático de Coimbra desde 1781. Su obra científica consiste en una trilogía: una historia del derecho portugués, unas instituciones de derecho civil y sus *Institutiones Juris Criminalis Lusitani* (1789). En 1792 recibió el encargo de proyectar dos códigos, uno de derecho público y otro criminal. Su posición, cercana a la de Beccaria y Filangieri, le acarreó la enemistad de los revisores de sus proyectos y de los censores de sus obras. Su proyecto

era extraordinariamente avanzado en relación con la atrasadísima legislación portuguesa a la sazón vigente (las *Ordenações Filipinas*).

- 4 Mención aparte merece el napolitano *Gaetano Filangieri* (1752-1788), cuya *Scienza della Legislazione* recibió una marcada influencia de Locke y de Beccaria e inspiró a legisladores y proyectistas españoles y portugueses y, por ende, a la primera codificación penal latinoamericana. Su mérito fundamental consistió en haber extraído las consecuencias del contractualismo y pretender con ellas construir un sistema perfecto de legislación que resultase la impresión del espíritu de los nuevos tiempos, a partir de una metodología que se valía de un preciso arsenal técnico-jurídico.



Gaetano Filangieri

**Filangieri,
Hommel**

En lengua alemana cabe recordar también al traductor alemán de Beccaria, *Karl Ferdinand Hommel* (1722-1781), quien expuso una interesante concepción liberal contractualista basada en el determinismo. En efecto, pese a su condición de "ilustrado", Hommel parte del presupuesto contrario al de la ilustración alemana que era indeterminista. Asumía una concepción relativa de la pena (básicamente de prevención general), afirmando que ella debía servir para determinar al hombre, lo cual suponía por ende tanto la determinación como la determinabilidad.



Karl Ferdinand Hommel

- 5 En Francia puede decirse que *Michel de Servan* (1739-1807) fue el teórico francés del despotismo ilustrado. También *Pellegrino Rossi* (1787-1848), quien desde el eclecticismo historicista no se apartó de la huella liberal generalizada. En la misma corriente puede considerarse al norteamericano *Edward Livingstone* (1764-1836), quien comenzó su proyecto de legislación para Lousiana

**Servan, Rossi,
Livingstone**

siguiendo cercanamente a Bentham, pero que luego dio un marcado giro al racionalismo.

Sonnenfels



Josef von Sonnenfels

**El momento
jurídico:
Feuerbach en
Alemania y la
Escuela Toscana
en Italia**



Giovanni Carmignani

En Austria no puede omitirse a **6**
Josef von Sonnenfels (1733-1817),
quien impulsó la abolición de la tortu-
ra y las reformas legislativas de prin-
cipios del siglo XIX.

En el segundo momento, las ideas **7**
de los anteriores cobraron vida jurídi-
ca en exposiciones sistemáticas del
derecho penal, que reconstruyeron el
discurso usando la técnica de los prác-
ticos pero con el objetivo político libe-
ral. En lengua alemana esta tarea la
asumió Feuerbach. En Italia floreció
la *Escuela Toscana*, cuyo primer ex-
positor fue *Giovanni Carmignani* (1768-
1847), con sus *Elementos de Derecho*
Criminal. Su principal característca era
la deducción del derecho penal de la
razón, llegando a una concepción pre-
ventiva de la pena y, en otra obra
posterior (*Teoría de las leyes de la se-
guridad social*, de 1831-1832) propu-
so directamente el reemplazo de *delito*
y *pena por ofensa y defensa*. Su siste-
ma debía derivarlo de la razón porque
la anarquía legislativa italiana y la
falta de una constitución o código po-
lítico garantizador al estilo norteameri-

cano, le obligaban a buscar los límites en la supralegalidad. Desde
esta premisa deductiva construyó un sistema del derecho penal,
erigiéndose de ese modo en *el puente necesario para incorporar al*
discurso del derecho penal los principios liberales expuestos en los
trabajos de política criminal o de crítica, como el de Beccaria. Logró
vestir con técnica dogmática tomada de los prácticos los princi-
pios liberales y, de ese modo, volverlos útiles para los jueces, ob-
jetivo al que contribuía su activo ejercicio de la abogacía.

Francesco Carrara (1805-1888) fue desde 1848 profesor en
Lucca, su ciudad natal, hasta que en 1859 pasó a la cátedra de

Pisa. Siguió ideológicamente a Carmignani, enriqueciendo y ampliando la construcción de un sistema mucho más desarrollado, que expone en su monumental *Programma del Corso di Diritto Criminale*, cuya publicación inició al ocupar la cátedra de Pisa. Con Carrara la construcción del sistema alcanzó un elevado nivel técnico, al punto de señalársele en esta vertiente como la cumbre del derecho penal liberal en su versión fundacional. Al extinguirse la vida de Carrara ya aparecían los signos de la decadencia del pensamiento en el derecho penal, es decir, que se había puesto en marcha el franco proceso de demolición de la construcción liberal. Carrara no tuvo tiempo de discutir directamente con los positivistas, pero lo hizo con los románticos del idealismo alemán (Röder), intuyendo claramente por dónde venía el peligro.



Francesco Carrara

Finalmente en el pensamiento italiano no cabe omitir al napolitano Francesco Mario Pagano (1748-1799), que intentó la construcción de un sistema, especialmente en sus *Principios del Código Penal*, publicados póstumamente en 1803. En su obra se muestra de modo contrario al contractualismo y, en general, trata de exhibir una posición opuesta a la del utilitarismo iluminista, aunque no sin caer en ciertas contradicciones.



Francesco Mario Pagano

CAPÍTULO 8

La decadencia del pensamiento

§ 71. Los pasos en el proceso de caída del impulso pensante

- 1 La clase industrial puso límites al poder punitivo durante su ascenso como dirección de la sociedad, pero cuando en el siglo XIX logró la hegemonía, al igual que todas, quiso borrar todo límite al poder punitivo. *Lo que le había sido útil para ascender le molestaba cuando había llegado al poder.* Como consecuencia, el contenido pensante de los discursos jurídicos fue empobreciéndose.

La clase industrial cambia su reclamo cuando llega al poder

La nueva clase dominante necesitaba legitimar discursivamente un poder punitivo sin límites para ejercer el control disciplinante de la creciente población urbana, impedir sus acuerdos y hacerla trabajar por salarios insignificantes. Esto requería que los jueces manejasen un derecho penal policial y vigilante, que se fue generando a lo largo de un proceso de deterioro pensante.

- 2 El dogma de la *defensa social*, sostenido por el derecho penal liberal tanto para limitar como para legitimar el poder punitivo, era una racionalización con fuerte pulsión a la quiebra de toda barrera.

La colonia como gran prisión o la prisión como pequeña colonia

Comenzó la decadencia del pensamiento en el discurso político y penal con la identificación del viejo *estado de naturaleza precontractual* con el *salvajismo* o con la *barbarie* de los colonizados en la periferia y de los asalariados en los propios países europeos. Los autores contractualistas prepararon la transición ubicando en América a los *humanos en estado de naturaleza precontractual*. Unos pusieron aquí un paraíso bucólico y otros

una guerra salvaje, pero en cualquier caso un *estado de inferioridad*; en la versión bucólica (Locke) era un paraíso del *hombre puro*, pero en estado natural, o sea, sin capacidad de pecado, no libre y, por ende, incapaz de moralidad; en la versión salvaje (Hobbes), la guerra de todos contra todos revelaba inferioridad respecto de una coexistencia que se consideraba a sí misma como pacífica.

Casi insensiblemente se pasó a considerar al delincuente como un ser *regresivo, atávico*, o sea, un *salvaje nacido en medio de una civilización superior, que tiende a desordenarla*. Las revoluciones políticas europeas de 1789, 1830, 1848 pero fundamentalmente la Comuna de París (1871) dieron la nota que faltaba, con las masas consideradas primitivas y semejantes a los colonizados que se revelaban.

En definitiva, la prisión para esos salvajes que emergían en los países civilizados no tenía un fundamento muy diferente del legitimante del neocolonialismo, cuyo punto culminante fue el arbitrario reparto de África. Dicho más claramente: *la colonia era una gigantesca institución total (campo de concentración), de dimensiones descomunales, cuya pequeña réplica en los países centrales era la prisión*.

El camino del deterioro del pensamiento

En definitiva, se clasificó a los seres humanos en *civilizados y salvajes*. Los civilizados eran los de la clase hegemónica y sus aliados, que de vez en cuando cometían delitos y en tal caso debían ser penados con medida; los salvajes debían ser contenidos para mantenerlos a raya, es decir que *el talión penal sólo se reservaría para los civilizados, en tanto que los salvajes quedaban fuera del juego, debiendo ser controlados, tutelados o colonizados*, pero no se les podía reconocer la *dignidad* que presupone la retribución talional, porque eran incapaces de libertad.

La máxima elaboración de este racionalismo penal romántico fue el pensamiento de Hegel, que provocó una serie de reacciones de rechazo en el campo filosófico. Entre ellas se destacaron como significativas para el saber penal las siguientes: (a) la abiertamente irracionalista (Nietzsche); (b) la que cayó en un rechazo parcial por la vía de la dialéctica materialista (Marx); y (c) la que se desplazó por el sendero romántico, pero al margen del estado (Krause).

- 4 Hasta aquí el debate conservaba cierto nivel pensante, pese a su tendencia decadente. El paso sucesivo fue la abierta apelación a un discurso reduccionista biologista, jerarquizante de seres humanos, racista, o sea, un verdadero *apartheid* convertido en discurso jurídico-penal, por obra de la alianza de una corporación nueva sin discurso (la policía) y una corporación vieja sin poder (médicos). Los médicos ofrecieron su discurso a las policías y éstas pasaron a comandar el sistema penal con la nueva bandera del positivismo penal y criminológico. El derecho penal retomó la estructura discursiva inquisitorial y la pena volvió a administrativizarse, como coerción directa destinada a detener la amenaza de la degeneración de la raza. Este discurso era funcional a las dos exigencias básicas del poder planetario surgido de la Revolución Industrial: (a) en los países que se iban industrializando (centro y norte de Europa) para contener a las masas miserables que se concentraban en las ciudades y disciplinarlas para el trabajo; (b) en los países periféricos para sostener la producción de materias primas y medios de pago y unas elites dirigentes (oligarquías) que cumpliesen las condiciones impuestas por los países importadores de esos insumos.

**La culminación
del deterioro**

§ 72. El hegelianismo penal

- 1 Para clasificar a los humanos era necesario definir un *ser humano modelo o civilizado* como opuesto a los *salvajes inferiores*. Este *modelo* era el ciudadano de la clase industrial de los países centrales, por oposición a los asalariados y los colonizados.

**Clasificación
de los
seres humanos**

Los valores de esta clase social se universalizaron y la *cultura* fue sólo la de ellos (*etnocentrismo*: la única cultura es la propia y todo lo demás es inferior). Se consagró la gran distinción entre la *gente como uno* (superior) y los *salvajes* (inferiores) internos (asalariados) y externos (colonizados).

- 2 En su megalomanía, este ser humano superior se definió a sí mismo como un ente con potencialidades ilimitadas. El ser humano como ente limitado del racionalismo liberal o ilustrado (Kant), fue reemplazado por un ente lanzado a una carrera hacia lo infinito. *La filosofía dejaba de buscar los límites humanos para*

**El ser humano
superior se
vuelve ilimitado**

pasar a indagar los principios infinitos. Esta fue tarea del romanticismo en sentido amplio.



G. W. F. Hegel

Este paso al ser humano con posibilidades infinitas lo cumplió G.W.F. Hegel (1770-1831), para quien lo infinito era la razón, pero no ya como una forma de conocer, sino como principio activo y configurador, o sea, como fuerza propulsora o motora.

Sean cuales fueren los méritos puramente filosóficos de Hegel, lo cierto es que *en el campo penal (el del control social interno) y en el antropológico (el del control planetario) las tesis hegelianas se manipularon con considerable habilidad.*

El progreso de la humanidad

Para Hegel la *humanidad* progresa, es decir, avanza su *Geist* ³ (espíritu) en la historia empujado por la razón. La idea del *espíritu de la humanidad* es orgánica, o sea, que toda la especie es una unidad cuyo espíritu avanza. Este avance es dialéctico, o sea que la razón va contraponiendo a cada tesis una antítesis, lo que da por resultado una síntesis (en que ambas están destruidas y conservadas al mismo tiempo) que, a su vez, será una nueva tesis.

El avance triádico (dialéctico) del espíritu de la humanidad en la historia, va dejando al margen del camino a todas las civilizaciones consideradas inferiores: los árabes por fanáticos, decadentes y sin límite; los judíos, cuya religión les impide alcanzar la libertad por sumergirlos en el *servicio ríguoso*; los latinos, que no supieron alcanzar el espíritu de libertad germánico; etc. Otros, ni siquiera son alcanzados por la historia, como los negros, considerados como apenas superiores al animal y carentes de moral; algunos asiáticos sólo un poco más avanzados que éstos; y los latinoamericanos, que aún carecen de historia y sólo tienen futuro. Hegel se basaba en los enciclopedistas, que pensaban que la inferioridad americana era geográfica (continentes de formación más reciente), había más humedad (lo que aumentaba los animales pequeños pero impedía el desarrollo de los grandes), la humedad pudría todo y debilitaba a todos los animales, incluso al humano europeo.

- 4 El espíritu avanzaba también a través de tres estadios: el subjetivo (tesis), en que el humano logra la libertad porque alcanza la conciencia de sí mismo (autoconciencia); el objetivo (antítesis), en que el humano ya libre se relaciona con otros humanos también libres; y el del espíritu absoluto (síntesis), en que el espíritu de la humanidad se eleva por sobre el mundo.

**Los estadios del
espíritu de la
humanidad**

- 5 El derecho pertenece al estadio del espíritu objetivo (relación entre humanos libres), en tanto que al del espíritu absoluto pertenecen la religión, el arte, etc. Como consecuencia de este pensamiento, el humano que no había superado el estadio subjetivo no era libre y no podía actuar con relevancia jurídica, lo que permitía clasificar a los humanos entre quienes pertenecían a la *comunidad jurídica* o *espiritual* y quienes no formaban parte de ella.

**Los libres
superiores
y los no libres
inferiores**

Los que no eran *libres* podían ser colonizados (para ser *liberados*) y no cometían delitos, porque no podían actuar con relevancia jurídica. Los indios, los negros, los locos y los que con su vida mostraban que no compartían los valores de la comunidad espiritual o jurídica, no eran libres (autoconscientes) y eran *sujetos de tutela* y no *dignos de pena*.

- 6 Para el pensamiento penal hegeliano el contrato social no abarcaba a toda la especie humana, sino sólo a la parte en que el *espíritu de la humanidad* se hallaba más *evolucionado*, por compartir la cultura de la clase hegemónica (etnocentrismo). En los países colonizadores, quienes no daban signos de pertenecer a la comunidad jurídica no merecían la dignidad de la pena retributiva, lo que permite abandonar la pena proporcional al delito para *reincidentes* y *habituales*, a los que destinan medidas de coerción directa indeterminada.

**Los no libres
no pueden ser
penados**

- 7 La eticidad se concreta en Hegel en el estado racional, que es el único que le quita al castigo el carácter de venganza. Sólo con la confiscación de la víctima para él la pena pierde su irracionalidad y pasa a ser ética y el poder del señor (del *estado racional*) es el único que puede llevar la pena a la condición de cancelación del injusto y de consiguiente reafirmación del derecho. *El delito, como negación del derecho, es cancelado con la pena como negación del delito (la negación de la negación es la afirmación) y, por ende, como afirmación del derecho, sólo en el estado racional.*

**El estado racional
y el bien jurídico
único**

El bien jurídico se opacó, pues *el estado, como garante de la eticidad, quedaba como único titular de los bienes jurídicos*. Su

idea del estado no es la de una voluntad común, sino de una voluntad universal, que lo coloca muy por sobre la persona, como intérprete único del espíritu del mundo. Por eso no impugnaba la pena de muerte como lo había hecho Beccaria.

**El estado nacional
y el estado real**

Pero el *estado racional* de Hegel es una utopía. No se trata de un estado realizado y concreto. En verdad, Hegel fue el primer filósofo que se planteó plenamente el problema de la modernidad, o sea, el de la coexistencia racional, pero interrumpía el avance de la razón en el estado.

Hegel racionalizó como ninguno antes la empresa planetaria de la civilización industrial y en su centro puso al poder punitivo, pues veía con claridad que éste es clave para la civilización tecnocientífica, que requiere tener en sus manos el estado y confiscar a la víctima, pero como no puede admitir su ejercicio sin límites por el estado, la única salida la halla imaginando un estado racional, lo que en realidad es un *cierre* utópico y no explicado del camino de la *razón*.

**Hegelianismo
autoritario
y liberal**

Hegel es susceptible de muchas interpretaciones, pero al igual que los iluministas y liberales se debate en la contradicción entre legitimar y limitar, con la particularidad de que el límite lo remite a la utopía. Por eso los hegelianos se dividieron entre quienes:

(a) prefirieron la legitimación, identificando el estado racional con el estado real (es el *hegelianismo autoritario y reaccionario*); y

(b) quienes acentuaron la necesidad de modificar el estado real, llevándolo hacia el estado racional (es el *hegelianismo liberal y el de izquierda*).

**Divergencias
interpretativas**

No sería correcto decir que con Hegel decae el pensamiento, pero sin duda lo dejó al borde de un abismo.

(a) Por un lado, permitió racionalizar el estado con la burguesía consolidada como oligarquía, dejando fuera del contrato a las *clases peligrosas* y a los colonizados periféricos.

Su traducción penal es el llamado *sistema vicariante* de penas y *medidas de seguridad*: los autoconscientes son penados dentro de los límites de la retribución racional, los no autoconscientes (no libres) son neutralizados por las medidas; en los casos dudosos, el juez decide si el sujeto es libre o no libre y, en el último caso, hace que la pena sea reemplazada (vicariada) por la medida.

(b) Por otro lado, los hegelianos liberales o de izquierda, afirman que eso es una deformación de su pensamiento y que, en realidad, Hegel abrió la gran disputa en torno de la construcción del estado racional ético, lo que implica una transformación política revolucionaria.

§ 73. Las respuestas al hegelianismo

- 1 El hegelianismo desató varias respuestas. En el campo filosófico, quizá la más importante haya sido la de *Friedrich Nietzsche* (1844-1900), que fue un demolidor de ruinas filosóficas, pero la oscuridad de muchas de sus expresiones, la aberración de otras y no pocas tergiversaciones, dieron lugar a arbitrarias lecturas y a una burda manipulación nazista de sus textos.

**La respuesta
de Nietzsche**

Nietzsche se dedicó a demoler el tema central de Hegel (el estado y la venganza) en su obra de mayor alcance (*Así habló Zaratustra*). Tanto Hegel como Nietzsche buscaban liberarse de la venganza, pero el primero lo hacía en su utopía de estado racional y en éste interrumpía el camino de la razón al infinito; su progreso lineal fue idea común a toda la ilustración y correspondía a un tiempo que *avanza* según una idea lineal del tiempo, de la que nace la prisión como pena. Nietzsche retomó el tema y ridiculizó al estado racional hegeliano, señalando que al humano lo esclaviza la venganza y en lo que Hegel veía la salida, él no veía más que una *alianza de vengadores*, tratando de destruir al que pretendiese superar la venganza, es decir a su *Übermensch* (superhumano).

- 2 Hemos visto que Nietzsche concluía en que la venganza se dirigía contra el tiempo entendido a partir de una concepción lineal en la cual el pasado es irremisible (ver § 61). Aunque no lo dice, es sugestivo que cuando *el desierto avanza* (es decir *cae el pensamiento*), la pena se convierte en una medida témporolineal, como si se desnudase como venganza.

**Sólo un cambio
civilizatorio
libera de la
venganza**

En definitiva, hallaba la superación en una diferente concepción del tiempo, no lineal sino circular, retomando la idea estoica

del eterno retorno. Esto significa que para Nietzsche *la venganza sólo se superaría con un cambio civilizatorio*, y sin duda esta ha sido su más importante contribución, válida hasta el presente. Se trataba de una deslegitimación de la pena como parte esencial de la crítica a la civilización industrial, por lo cual, no es raro que *no haya habido penalismo nietzscheano*. Nunca pudo sentirse más huérfano de protección el discurso legitimante del poder punitivo que en el pensamiento de Nietzsche. Pese a sus exabruptos y oscuridades, *lo que sin duda cabe rescatar de su pensamiento es la conexión entre tiempo y venganza, harto esencial para el discurso penal*.

La respuesta de Krause

Otra respuesta al hegelianismo fue la de *Karl Christian Friedrich Krause* (1781-1831/2). Fue tan romántico como su contemporáneo Hegel, pero tuvo mucho menos éxito personal, hasta el punto de pasar casi ignorado en Alemania, aunque su pensamiento prendió en España y pasó a América Latina, donde tuvo seguidores a fines del siglo XIX y comienzos del XX.

Krause partía de la afirmación de que *todo es en lo absoluto y tiende hacia lo absoluto* (era *panenteísta*: todo en Dios, por oposición al *panteísmo*, todo es Dios). Como todo está en Dios y tiende hacia Dios, deducía una ética de felicidad que impone marchar conforme a la tendencia universal hacia lo absoluto, en un constante movimiento de amor entre los humanos que asume la forma de una gran cofradía. Esta tendencia universal (cósmica) abarcaba para Krause todos los entes y no sólo a los humanos: el derecho sería el favorecimiento de esta tendencia. Esta fue la base del *jusnaturalismo krausista*.

El estado bueno en desaparición

El estado se acercaba a una corporación fraternal e iría desapareciendo a medida que los seres humanos fuesen progresando moralmente por interiorización de su tendencia a lo absoluto. El krausismo sostenía así una especie de liberalismo ético y libertario, cuya concepción cósmica imponía un respeto considerable a la naturaleza. La idea del tiempo, en una ética semejante a la estoica, tampoco era lineal, sino una suerte de movimiento de expansión y contracción.

Debe destacarse del krausismo su disposición dialogal cósmica, al punto de enraizar con el pensamiento más actual en ma-

teria de derechos de los animales. Como todo el movimiento idealista en que se insertaba, el racionalismo armónico (así se llamaba la doctrina de Krause) también intentaba liberarse de la venganza. Lo hacía mediante una actitud fraternal universal que propugnaba un mejoramiento moral.

- 5 La aplicación de esta filosofía al saber penal dio por resultado la *concepción de la pena como mejoramiento moral*, versión que corresponde a *Karl David August Röder* (1806-1879), autor de la llamada *teoría del mejoramiento* (también llamada *correcionalista*).

La traducción penal del racionalismo armónico reintroducía una confusión entre moral y derecho, justamente porque también olvidó el estado real y concreto. Krause concebía un estado bueno, en vías de contracción y final desaparición, que no era el estado prusiano verticalizado de su tiempo.

Krause promovía una profunda revolución subjetiva, que no puede alucinarse en un marco de poder diferente y que tampoco podía legitimar la pena del estado prusiano ni de ninguno hasta el presente. En definitiva, Krause deslegitimaba el poder punitivo y lo reemplazaba por un poder ético en vías de extinción por la progresiva internalización de su ética fraternal. Pero su empleo en forma legitimante, como lo hizo Röder, si bien fue útil por eliminar la pena de muerte y favorecer institutos tales como la libertad condicional, podía ser nefasto para las garantías, porque alucinaba el *estado bueno* que no existía, dado que las clases hegemónicas tendían a suprimir todo límite al poder punitivo.

- 6 El pensamiento krausista es rico y sugestivo, pero el estado bueno krausista es tan irreal como el estado racional de Hegel. *Esto se reitera siempre que el pensamiento propone modelos de sociedad y alguien alucina la posibilidad de realizar sus aspectos penales omitiendo el contexto de total transformación social, con lo*

**El mejoramiento
como objetivo
de la pena**



Karl David August Röder

**El riesgo de
alucinar cambios
civilizatorios
no realizados**

cual puede llegarse a resultados aberrantes. Este era el peligro del correccionalismo de Röder, aunque su base filosófica sea generosa y tenga muchos aspectos que cobran actualidad. Con razón Carrara le discutió su teoría.

La respuesta de Marx

Otra reacción al hegelianismo, políticamente la más importante, fue la de *Karl Marx* (1818-1883), quien proporcionó un pensamiento que enfrentaba la terrible situación de los asalariados de su tiempo y lo convirtió en bandera de lucha, función que pugnarón por cumplirla el marxismo y el anarquismo.

Marx tomó de Hegel el tiempo lineal, la dialéctica y el progreso, la alienación y la *idolatría*, sólo que el motor de la historia no era la abstracción que Hegel llamaba *razón*, sino la lucha de clases. Sostenía que el hombre nace condicionado por las relaciones de producción, pero que puede actuar sobre ellas y modificarlas.

La dialéctica marxista

La alienación hegeliana tenía lugar cuando el hombre dejaba de ser para sí mismo y pasaba a ser *para las cosas*, en tanto que para Marx la alienación la producen las relaciones de producción de la economía capitalista. La dialéctica marxista tenía una visión de la historia cuyo motor –la lucha de clases– iba generando un avance triádico (de la *esclavitud* a la *servidumbre* y de ésta al *capitalismo*). La misma dialéctica de la lucha de clases llevaría del capitalismo al *comunismo*, donde a Marx –al igual que a Hegel– se le cierra la dialéctica. Así como Hegel terminaba en la utopía del *estado racional*, Krause en el *estado bueno* o Nietzsche en el *superhumano*, Marx terminaba en el *comunismo*: a partir de ese momento el ser humano estaría libre de la alienación y comenzaría la historia, en una sociedad sin clases; pues lo hasta entonces vivido sería para él una *prehistoria*.

La minimización del derecho y la dictadura del proletariado

El derecho es, para Marx, una superestructura ideológica 9 de dominio de la clase opresora. *Ideología* tenía en Marx el sentido negativo de una manipulación discursiva que oculta la realidad. Marx no tomó seriamente en cuenta el poder del discurso. Su preocupación deslegitimante lo llevó a no considerarlo de gran significación. El estado no sería más que una estructura necesaria para mantener y reproducir una sociedad de clases, pero tanto éste como el derecho irían desapareciendo a medida que la lucha de clases terminara, hasta ser innecesarios en una sociedad sin explotadores ni explotados.

Para llegar al comunismo, consideraba necesario pasar por una dictadura del proletariado, es decir, que la lucha de clases debería terminar con la toma del poder por la clase proletaria, encargada de configurar una sociedad sin clases. El componente romántico de la dictadura como paso previo al comunismo –que fue su desencuentro más notorio con Bakunin y con todo el anarquismo– es peligroso por ser fácilmente manipulable. Su pensamiento no se aparta del etnocentrismo hegeliano, al punto de considerar que el colonialismo es un fenómeno positivo que incorpora a la historia a los países colonizados.

- 10 En rigor, el pensamiento marxista tiene un importante contenido antropológico, su *alienación* mejora el concepto hegeliano y lo hace más real, la importancia de las relaciones de producción se hacen evidentes, pero no altera el etnocentrismo hegeliano (base ideológica del dominio neocolonialista), genera el riesgo de su manipulación autoritaria y corta tan abruptamente como Hegel el camino de salida de la venganza: delito y pena son producto de relaciones de cambio, que desaparecerán en el comunismo, cuando imperen relaciones de solidaridad.

**Méritos y
dificultades de
la reacción
marxista**

La autoconsciencia hegeliana pasó a ser en Marx la consciencia de clase proletaria, lo que le permitió introducir una distinción entre el proletariado consciente y el proletariado sucio (*Lumpenproletariat*) que era la marginación (la *mala vida*) de las ciudades europeas, a la que consideraba con desprecio por ser aliada de la burguesía, definiéndola como la *putrefacción de los estratos más bajos de la vieja sociedad* o el conjunto de sujetos *depravados de todas las clases*.

- 11 A partir de Marx se genera el *marxismo*, que es un conjunto de teorías que pretenden ser la continuación de su pensamiento o de su método. Para el análisis de las múltiples corrientes marxistas debe tenerse en cuenta una polarización primaria entre:

**Los
marxismos**

(a) las que son tributarias del *romanticismo marxista*, que es el llamado marxismo ideológico y que, por regla general, han servido para que en el marxismo institucionalizado se fortaleciese el estado totalitario; y

(b) las que insisten en el aspecto metodológico o de *análisis marxista*, que tienen la virtud de subrayar la necesidad de considerar a cualquier fenómeno social en una dimensión económica y

respecto de un cierto sistema de producción, lo cual muestra conflictos que de otro modo no se percibirían con claridad. La importancia de tales conflictos en el fenómeno criminal no puede hoy negarse con seriedad, como tampoco el papel que desempeñan en la ideología penal. El riesgo de *algunos análisis marxistas* es su simplismo determinista, que puede desembocar en un reduccionismo economicista.

**Síntesis de
las reacciones
al hegelianismo**

Hegel y sus críticos, por diferentes, incompatibles e insos- 12
pechadas vías, descubrieron la *centralidad del tema del tiempo, la venganza y la necesidad de su superación*. Esta posición central la sigue ocupando hasta hoy ese complejo. Según Hegel, la superación de la venganza se daría con la utopía del estado racional que la eliminaría, fortaleciendo la confiscación de la víctima como indispensable para aquélla. Nietzsche lograba superarla con su superhumano que destruiría la coalición de los humanos que sufrían la esclavitud de la venganza y que querían eternizarla. Krause la disolvía en una tendencia cósmica hacia lo absoluto, puesta de manifiesto en un creciente amor y fraternidad universal entre hombres y cosas. Marx la superaba con la disolución de las relaciones de cambio capitalistas y el advenimiento del comunismo y sus relaciones de solidaridad.

En Marx y Hegel el tiempo seguía siendo lineal; en Nietzsche y Krause asumía otras formas. Los primeros no tienen otro recurso que cortar la historia (Hegel en el estado racional, Marx en el comunismo). La pena medida en tiempo es parte de estas ideologías lineales, que pretendieron darle la respuesta más refinada y elaborada.

La centralidad expuesta por estos pensadores es lo que explica el enorme potencial simbólico del poder punitivo, por arbitrario e irracional que resulte. Es el sustrato sobre el que construyen su discurso de poder contradictorio y competitivo todas las agencias del sistema penal. Además, la venganza y su irracional canalización es el sustrato manipulado por todos los autoritarismos. Desde este gran debate interrumpido se pudo explicar la increíble fascinación de la venganza, que impide a las propias víctimas percibir la cuestión con un mínimo de claridad. El debate no pudo continuar, porque el espacio se estaba cerrando. El pensamiento sufrió una caída perpendicular y en lo penal alcanzó pronto su punto más bajo; se degradó a simple racionalización simplista del vigilantismo. *El desierto avanzó.*

§ 74. El pensamiento penal en su límite más bajo: la racionalización del control policial racista

- 1 En momentos en que la técnica en base a conocimientos verificables revolucionaban las comunicaciones (ferrocarril, navegación a vapor, telégrafo, canal de Suez, etc.), todo saber quería disfrazarse de ciencia. No es raro que el discurso penal pretendiese también basarse sólo en lo empírico.

Jeremy Bentham (1748-1832) intentó esto con su *pragmatismo*. Fundaba la pena en un cálculo de felicidad social: la legitimaba en la medida en que ahorrraba dolor porque prevenía, y la limitaba a la estricta inflicción del mismo dolor que el infractor había provocado. Estaba tan obsesionado con ese principio que llegó a imaginar una máquina de azotar para evitar el arbitrio del verdugo (sobre esa idea los franceses inventaron la guillotina).



Jeremy Bentham

Como Bentham no distinguía la moral del derecho (no se podía penalizar todo lo inmoral sólo por los inconvenientes que acarreaba), concibió a la pena como un entrenamiento para la producción industrial e inventó el *panóptico*, o sea, un edificio radial, con pabellones a partir de un centro común, donde se lograra el máximo de control con un mínimo de esfuerzo, porque desde el centro, un único guardia podía observar todos los pabellones, sabiendo los presos que en todo momento podían ser controlados. Su similitud con la fábrica de la época era notoria, aunque los panópticos que se construyeron nunca funcionaron como Bentham lo había imaginado. Pero las tesis de Bentham eran limitadas, pues no elaboraba una cosmovisión que permitiese legitimar el poder político y planetario de su tiempo.

- 2 Gran Bretaña y el resto de Europa debían justificar su imperio colonial, para lo cual el neocolonialismo del siglo XIX optó por la *verdad científica*, pero excediendo en mucho los limitados propósitos de Bentham. Se disfrazaron como verdades empíri-

**La verdad
empírica y el
pragmatismo
de Bentham**

**Las ciencias
racistas**

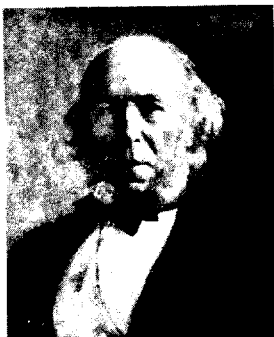
cas elementos idealistas y se inventaron *ciencias* encargadas de demostrar que había *razas superiores y razas inferiores en sentido biológico*, como también que los hombres eran superiores a las mujeres, los adultos a los niños y a los ancianos, los sanos a los enfermos, los colonizadores a los colonizados, los lindos a los feos, los heterosexuales a los homosexuales, los cuerdos a los locos y, por supuesto, los no presos a los presos. Se elaboró un catálogo de jerarquización biológica de la especie humana, y se patologizó todo lo diferente, incluyendo a los *genios díscolos*.

Gobineau y el viejo mito germano no servían al nuevo racismo

El racismo era muy anterior. El mito germano es de casi toda Europa y cuando la lingüística descubrió la raíz indoeuropea, se inventó una *raza aria* superior, compitiendo entre quienes pretendían conservarla más pura en su población. Esta fabulación la desarrolló un conde francés de dudosa nobleza, literato y diplomático: *Joseph Arthur de Gobineau* (1818-1882). Este racismo era *pesimista*, pues la inferioridad de los colonizados era irremisible y la única solución era su eliminación. Además, no permitía deslegitimar la esclavitud, que había dejado de convenir a los ingleses, convertidos en esa época en campeones del antiesclavismo.

La nueva potencia neocolonial era Gran Bretaña y necesitaba un discurso que legitimase componentes que no era fácil compatibilizar: el liberalismo económico, el control sin límite de las *clases peligrosas*, el neocolonialismo, las oligarquías en los países dependientes y, al mismo tiempo, deslegitimar la esclavitud, y todo a través de la *ciencia*. No era Gobineau y el viejo mito germano ese discurso, aunque su fábula fue copiada después por *Alfred Rosenberg*, considerado el teórico del racismo nacionalsocialista.

El racismo optimista de Spencer



Herbert Spencer

El arquitecto de una versión **racista funcional** a la legitimación del poder real fue Herbert Spencer (1820-1903), un ingeniero de ferrocarriles que, con elementos de Darwin (quien nunca sostuvo esas atrocidades) vació de todo pensamiento la versión de la historia de Hegel: el espíritu se convirtió en *organismo*, la dialéctica pasó a ser *la lucha, la supervivencia de los más aptos*, el motor de la evolución bio-

lógica y el etnocentrismo derivó en *racismo puro*, todo con pretensiones empíricas y científicas.

El racismo de Spencer era *optimista*. La humanidad era un organismo en evolución que cumplía también la ley de selección natural. Su cosmovisión era violentísima, partiendo de que toda evolución se producía a fuerza de luchas, cataclismos y selección violenta de los más aptos.

Sostenía que a medida que avanzaba la civilización se reducía el apetito sexual y surgía la moral. Para ello había inventado una biología ridícula: según él las células cerebrales y sexuales consumen el mismo alimento; cuanto más se usan las primeras, menos se usan las segundas y, como la función hace al órgano, más se desarrolla el cerebro. De allí la diferencia entre la alta moral victoriana inglesa y la *frecuencia* amoral de los trópicos colonizados.

En la lucha competitiva se fortalecían los débiles; por ende, no debía ayudarse a los pobres, porque se debilitaban. El estado debía intervenir lo menos posible, para no interferir en su esfuerzo por fortalecerse.

- 5 Para Spencer el colonialismo era casi una tutela piadosa de los pueblos menos evolucionados para que alcanzasen el grado de civilización de los europeos (después de varios milenios de protección orientadora). A diferencia de Gobineau, los colonizados no eran degenerados por degradación de una raza superior, sino primitivos que aún no habían evolucionado.

**Quien tiene poder
es superior**

No es posible verificar que la sociedad o la humanidad es un organismo en evolución. Sólo si se considera que el saber tecnocientífico es la medida del *progreso* (es decir, el *saber para poder* de Bacon), existe un presupuesto *objetivo*: el que tiene más poder es más *evolucionado*. Como el que más poder tiene es más *evolucionado*, tiene derecho a tutelar a los más atrasados. En síntesis: por tener poder tiene derecho a dominar.

Pese a semejante premisa, como se disfrazaba de *ciencia* no podía discutirse lo que se convirtió en una suerte de *censura policial* que eliminó el pensamiento. Esta ideología fue rápidamente aceptada por las elites latinoamericanas en los tiempos de las *repúblicas oligárquicas* de fines del siglo XIX y comienzos del XX.

El spencerianismo penal

Era natural que el saber penal se adaptase a este marco para 6
legitimar el poder punitivo. La cuestión penal se replanteó con un
discurso que tomó el nombre de *criminología* (al principio *antropo-
logía criminal*). La raza humana se consideraba más evolucionada
en Europa, y la criminalidad europea era un accidente biológico
que hacía que alguien naciese sin alcanzar el estadio de evolución
biológica correspondiente a su civilización y, por ende, fuese una
suerte de salvaje o célula primitiva, en medio del tejido formado
por las células más nobles del género humano.

Cesare Lombroso y el delincuente nato



Cesare Lombroso

Las ideas de Spencer fueron de- 7
sarrolladas orgánicamente en la cues-
tión criminal por *Cesare Lombroso*
(1835-1909), que fue el médico alie-
nista italiano cuyo libro más impor-
tante, publicado en 1878, *L'uomo
delinquente*, se considera la obra
fundacional de la criminología etioló-
gica, lo que se ha visto que no es co-
rrecto, pues ésta se originó con el
Malleus Maleficarum.

Para Lombroso el delincuente era
un ser atávico, un europeo que no cul-
minaba su desarrollo embriofetal, o sea, un europeo que nacía
mal terminado y por eso se parecía al salvaje colonizado. No tenía
moral, se parecía físicamente al indio o al negro, era insensible al
dolor, *infantil*, perverso, etc. El estado de guerra hobbesiano se
había *cientificado* y era el de los colonizados y los delincuentes. A
este delincuente caracterizado como atávico o salvaje, por sugere-
ncia de Ferri lo llamó *delincuente nato*, expresión plagiada a un
frenólogo español: Cubí y Soler.

Por curiosa que pueda parecer hoy su teoría, lo cierto es
que en su tiempo tenía tal éxito que se le disputaba el primado y,
con razón se le señalan importantes antecedentes en la *frenolo-
gía* de Gall, aunque proviene más directamente de la vieja
fisiognomía.

Con la biologización del delito, la criminología nacía académi-
camente como un saber que se dedicaba a señalar signos y sínto-
mas de una *specie generis humani* inferior, como capítulo de la
antropología física. Su objeto estaba bien delimitado: se trataba
del estudio de un grupo humano biológicamente inferior.

- 8 Pero Lombroso era un gran observador y era verdad que los presos europeos de su tiempo se parecían a los colonizados. Hoy sabemos que la selección criminalizante se efectúa conforme a estereotipos y gracias a Lombroso también sabemos que los de su tiempo se nutrían de los caracteres físicos de los colonizados: todo malo era feo como un indio o un africano. *La policía seleccionaba personas con esos caracteres y las prisionizaba y Lombroso verificaba que los presos tenían esos caracteres. La conclusión de Lombroso era que esas características eran la causa del delito, cuando en realidad eran sólo la causa de la prisionización.*

**Lombroso
observaba
bien**

- 9 Como había menos mujeres prisionizadas, se concluía que en la mujer la prostitución operaba como un *equivalente* del delito. Cabe observar que el delito parecía una categoría reservada a los hombres como seres biológicamente superiores, en tanto que en los inferiores, como las mujeres, los animales y las plantas, cundían los *equivalentes*.

**Los equivalentes
del delito**

Se hallaban caracteres patológicos y atávicos en los delinquentes políticos —especialmente anarquistas—, en particular los que lideraban los delitos de las multitudes, ejemplificando con los líderes de la Comuna de París.

- 10 La elaboración teórica de este pensamiento en términos de sociología spenceriana y su traducción jurídica la llevó a cabo *Enrico Ferri* (1856-1929), el expositor más polémico de la llamada *escuela positivista*. Ferri retomó la famosa *defensa social* donde la había dejado Romagnosi y concibió a la pena como represión necesaria para neutralizar la *peligrosidad*. La responsabilidad penal era objetiva y se debía sólo a que el infractor era una *célula* del organismo social.



Enrico Ferri

**Las elaboraciones
de Enrico Ferri**

- 11 En muchos sentidos Ferri fue original, como al tratar de compatibilizar el socialismo con el spencerianismo. Pero su mayor genialidad fue la invención de una inexistente *escuela clásica* del derecho penal, supuestamente integrada por todos los autores no positivistas, fundada por Beccaria y capitaneada por Carrara, abar-

**La invención
de la
escuela clásica**

cando iluministas, revolucionarios franceses, idealistas alemanes, aristotélicos y tomistas, criticistas y kantianos, hegelianos, krausistas, etcétera.

Semejante *escuela*, que más parecía un parlamento pluripartidista, nunca existió, sino que a Ferri le resultó cómodo ponerle un *rótulo común a todos los penalistas que no compartían sus puntos de vista*. No pasa de ser la actitud autoritaria de quien se considera el único poseedor de la verdad *científica* y caracteriza como *metafísicos*, *precientíficos* o *clásicos* a quienes aún no alcanzaron los niveles de su verdad. Si bien hoy se sigue mencionando una *escuela clásica* como antagónica a la *escuela positivista*, lo cierto es que la primera sólo fue una cómoda rotulación autoritaria de Ferri.

En realidad, lo que hubo fue un enfrentamiento entre la concepción reduccionista biológica del ser humano (positivista) y las distintas concepciones antropológicas sostenidas por sus opositores, que trataban de darle la dignidad de persona. Pero nada autoriza a considerar a todas las posiciones antropológicas que fundan la dignidad de la persona como una corriente unitaria, salvo el positivismo romántico, que creía tocar el infinito con una ciencia fundada en la física newtoniana y en un reduccionismo biológico racista.

La peligrosidad ferriana

Dentro de la concepción positivista de Ferri, el delito era el ¹² signo de un mecanismo descompuesto: *el delito es síntoma de peligrosidad; luego, la medida de la pena estaba dada por la medida de la peligrosidad*. Es análogo al desperfecto en un artefacto mecánico: cuando funciona mal, el operador lo quita de circulación para repararlo (*sanción resocializadora*) y, si eso es imposible, lo tira (*sanción eliminatoria*).

Pero puesto que el delito es síntoma, no tiene por qué ser único; de allí que postulasen la búsqueda de otros síntomas, que por la época se llamaron *mala vida*, que era un confuso conjunto de todos los comportamientos que no respondían a la disciplina vertical policial de la sociedad industrial, traducido en la libre punición del mero portador de los signos del estereotipo. A eso se lo llamó *estado peligroso sin delito*, pretendiendo penar a los vagos, mendigos, ebrios, consumidores de tóxicos.

prostitutas, homosexuales, jugadores, rufianes, *gigolós*, adivinos, magos, curanderos, religiosos no convencionales, etc., sin que cometiesen delito, sólo en función de su pretendida *peligrosidad predelictual*.

- 13** El tercer representante del positivismo italiano fue *Rafael Garófalo* (1851-1934), cuya principal obra fue la *Criminología*. A diferencia de Ferri —que era un político socialista que terminó como senador fascista— y de Lombroso —que era un científico de familia judía—, Garófalo fue un aristócrata y alto magistrado. No oculta su autoritarismo, su índole esencialmente antidemocrática ni la extrema frialdad genocida de su pensamiento. Con Garófalo queda clara la tesis de la *guerra al delincuente* y el positivismo italiano alcanza su más ínfimo nivel de contenido pensante.



Rafael Garófalo

**El pensamiento
penal autoritario
de Garófalo**

- 14** Garófalo representó una clarísima vertiente jusnaturalista pretendiendo llegar a la objetividad valorativa por una vía que presumía de científica, en busca del *delito natural*.

**El jusnaturalismo
reaccionario**

Percibió que no hay conducta que siempre y en todas las culturas haya sido considerada criminal. Como por ese camino no podía llegar a su deseado *delito natural*, se lanzó a su búsqueda apelando al análisis de los sentimientos, o sea, por una vía irracional. Abandonó así el camino positivista, en que Haeckel y Lombroso habían tratado de hallar el *delito natural* en los *equivalentes* entre los animales y las plantas, y emprendió la búsqueda por la vía de los *sentimientos*, cayendo en el etnocentrismo más ingenuo y en el racismo más grosero. Para Garófalo *las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores y que eran a la humanidad lo que el delincuente es a la sociedad, esto es, seres inferiores y degenerados*.

Garófalo sostenía que hay dos sentimientos básicos, que son los de piedad y de justicia, que van evolucionando y refinándose. Afirmaba que el delito lesiona alguno de ellos en el nivel medio de

cada sociedad. Por eso, construía una clasificación *natural* de los delitos, según el sentimiento que lesionasen. Concluía que quienes carecen de estos sentimientos deben ser expulsados de la sociedad. No se detenía ante la pena de muerte, que consideraba más piadosa que la prisión perpetua para los *irrecuperables*. Sostenía la necesidad de una guerra santa cultural contra la criminalidad, afirmando con singular sinceridad que *con una matanza en el campo de batalla la Nación se defiende de sus enemigos exteriores y con una pena capital de sus enemigos interiores*.

En Garófalo se hallan todos los argumentos que habrían de ser usados por los totalitarismos, pues culminaba en un derecho penal idealista, con una tabla de valores que él conocía por pertenecer a la civilización superior, y que quien desconociese debía ser aislado o muerto, en caso que no se le pudiese neutralizar por otros medios. Según Garófalo la ley segregatoria y eliminadora de los delincuentes cumplía en la sociedad la función que Darwin asignaba a la selección natural. Este platonismo burdo fue instrumentado políticamente en Alemania por Nicolai en 1933, en su panfleto *La teoría jurídica conforme a la ley de las razas*.

**Las brutales
consecuencias
penales del
positivismo**

No siempre se ponen de manifiesto las consecuencias prácticas del *spencerianismo penal* o *positivismo criminológico* y a ello se debe que continúe vigente el concepto de *peligrosidad*, como si fuese un producto neutro o inofensivo del discurso, cuya genealogía y sentido se olvidan. El positivismo peligrosista representa una clara vuelta al paradigma organicista y, por ende, a la estructura del *Malleus maleficarum*, en una versión en la que el mal cósmico que amenaza a la humanidad es su *degeneración*, decadencia biológica o atraso en el proceso evolutivo. 15

En la versión spenceriana del racismo, cualquier concesión que obstaculizaba la crueldad lineal de su planteamiento, implicaba un riesgo inadmisibles de que los *inferiores* controlasen y destruyesen lo que los *superiores* habían logrado. En sus versiones más transparentes, el desorden y la rebelión eran expresión de inferioridad biológica: eran *inferiores biológicos* los líderes de la Comuna de París, los anarquistas y los bolcheviques.

Su lógica consecuencia fueron las penas eliminatorias (muerte, deportación) y las de castración y esterilización (de delincuentes y de otros *peligrosos*, particularmente enfermos mentales). Por supuesto que la responsabilidad en estas penas son de todo el positivismo y no sólo del italiano, pues la comparte con el spencerianismo penal inglés (que inventó la *eugenesia* con Galton) y con los predecesores y continuadores franceses de Gobineau, que se remontan a la psiquiatría racista de Bénédict August Morel (1809-1873). Hubo leyes de esterilización en la mayoría de los estados norteamericanos, en algún cantón suizo, en Suecia, en Dinamarca y, mucho más tarde, en la Alemania nazi.

- 16 El positivismo criminológico fue resultado de la irrupción de la agencia médica en el sistema penal, que en alianza con las corporaciones policiales, impuso su discurso a las agencias jurídicas. La pugna entre las agencias médicas y jurídicas se presentó con caracteres coyunturales diferentes en cada país y puede remontarse a la tentativa de Wier de medicalizar a las brujas en el siglo XVI.

**La alianza
entre las
agencias médica
y policial**

La concentración urbana llevó riqueza y miseria a las ciudades y fue necesario inventar las policías, primero con ladrones contratados por el estado y luego con funcionarios empíricos, cuyo poder fue creciendo de modo tan formidable que pronto superó a las agencias jurídicas y entró en competencia con las políticas, pero que, aun antes de los sucesos de 1848, había detectado que las limitaciones liberales le impedían operar con eficacia represiva contra las *clases peligrosas*, que fueron las que luego se abarcarían en el discurso de la *mala vida*.

Como las agencias policiales no tenían discurso propio, éste fue facilitado por el poder médico y produjeron el vaciamiento pensante del discurso penal, legitimando del ejercicio de su poder hasta lo insólito, para lo cual archivaron el paradigma del contrato y volvieron al organismo, resurgiendo la total identificación de la pena con la coerción policial y la integración del derecho penal y procesal penal con la criminología y la criminalística, en un nuevo modelo integrado que reproducía el esquema del *Malleus*, conforme al cual el derecho penal positivista se lanzaba a la búsqueda libre de los *signos del mal* (*peligrosidad*), pasándose a despreciar la legalidad como un obstáculo formal; a considerar a la

defensa y a la acusación como colaboradores del tribunal, que debían asistirlo para que perciba mejor los signos y síntomas de la peligrosidad; a propugnar la prisión preventiva para cualquier delito.

Inquisición y apartheid

El discurso jurídico-tutelar de los incapaces o inferiores se 17 transfirió a todo el sistema penal, porque, en definitiva, el delincuente era también un *inferior* (identificación del niño, el salvaje y el delincuente). Todo límite al programa policial de eliminación de la población molesta y diferente fue considerado un prejuicio liberal y cualquier razonamiento jurídico una *abstrucción alemana*. Toda persona diferente era considerada peligrosa y debía ser patologizada y eliminada, incluso por su propio bien.

La sociedad debía disciplinarse y homogeneizarse y el poder punitivo era el encargado de llevar a cabo esta empresa civilizada, removiendo los obstáculos que los atávicos y colonizados oponían al progreso. La degradación del derecho penal a discurso de corrupción policial fue inevitable. Nunca fue tan cierto que *la ciencia no piensa* como en esta vuelta al *Malleus*. El discurso jurídico-penal se redujo a una combinación de ideología inquisitorial con *apartheid*.

§ 75. Versiones positivistas con tendencia al pensamiento

El positivismo de von Liszt



Franz von Liszt

Hubo discursos que, pese a mo- 1 verse dentro del paradigma positivista de la época, no cayeron tan bajo en su contenido pensante. Los más importantes fueron el positivismo alemán en la versión de von Liszt y el positivismo español de Dorado Montero.

Franz von Liszt (1851-1919) concibió una ciencia total del derecho penal que se encargaba de tres tareas: (a) criminológica: indagaba las causas

del delito y el efecto de las penas; (b) político-criminal: valoraba lo que surgía como resultado de la anterior; y (c) derecho penal (dogmática): ponía límites a la política criminal.

En tanto que para el positivismo italiano había únicamente una causalidad material o física (monismo), para Liszt había dos cadenas causales paralelas: una física y otra espiritual (dualismo). En el plano teórico, esto le permitía a Liszt disponer de otra causalidad con la cual limitar la imputación.

- 2 La mayor originalidad de Liszt consistía en concebir a la dogmática como limitadora de la política criminal. Esta estaba legitimada sólo en los límites de la dogmática, que era, en palabras del autor, la *Carta Magna del delincuente*. La pena cumplía una función de prevención especial, pero siempre dentro de los límites dogmáticos. Esta percepción de von Liszt en cuanto a concebir al poder punitivo enfrentado a la dogmática penal es algo que debe rescatarse porque conserva plena vigencia.

**La dogmática
enfrentada al
poder punitivo**

Liszt no podía perder de vista que Montesquieu no era un ingenuo. No obstante, su positivismo le llevaba a elevar a la criminología al nivel de verdadera ciencia y a degradar al derecho penal al de un arte práctico que se imponía por pura necesidad política. El carácter científico de su criminología etiológica legitimaba el poder punitivo que en ella se fundaba.

- 3 El principal contradictor de Liszt fue Karl Binding (1841-1920), cuya obra más importante fue la monumental *Las normas y su infracción*. Binding sostenía la tesis de la pena como retribución y se refugiaba en el positivismo jurídico. Su crítica al positivismo criminológico era de una claridad admirable: *Cuando los sociólogos consideran al delito en su dañosa consecuencia social, se hallan cerca de estimarlo como síntoma de la peligrosidad social de su autor. Este aparece, pues, como un incapacitado social, como portador de disposición asocial o antisocial y por ello como peligroso para el futuro. Este juicio de peligro lo dicta la socie-*



Karl Binding

**La crítica
de Binding
al peligrosismo**

dad cuidando su futura seguridad: es un juicio de miedo. ... El llamado culpable se ha cambiado en un peligroso sin culpa. Pero contra su peligrosidad, la sociedad debe asegurarse, y lo hará con su intervención policial en lugar de la judicial, aunque señale el mal reputado nombre de la medida policial con la antigua dignidad de la pena, ocultando así su horror al lego ignorante, la reconocibilidad de su quiebra radical con el concepto histórico-jurídico. ¡Y lo cierto es que el pobre tiene mucho más motivo para aterrizar ante los que luchan contra la peligrosidad que ante los peligrosos, es decir, ante los «soi-disant» criminales! ... Una teoría de tamaña injusticia e ilimitada arbitrariedad policial, prescindiendo del presente, no ha encontrado secuaces fuera de los tiempos en que el terror ha dominado. De tener éxito esta teoría, desencadenaría un tempestuoso movimiento con el fin de lograr un nuevo reconocimiento de los derechos fundamentales de la personalidad.

**El positivismo
de
Dorado Montero**



Dorado Montero

Pedro García Dorado Montero ⁴
(1861-1919) fue profesor en la Universidad de Salamanca y su obra más difundida es una recopilación titulada *El derecho protector de los criminales*. Dorado recibió la influencia filosófica del krausismo recién importado a España y del positivismo criminológico italiano, a lo que sumó su inclinación política al anarquismo con algunos acentos socialistas y su originaria formación católica. Este torbellino de influencias dio por resultado que Dorado fuese *el más coherente de los positivistas*.

**No existe
delito natural,
responsabilidad
ni defensa social**

Exactamente a la inversa de Garófalo, Dorado negaba que ⁵ hubiese delito natural, pues todos los delitos son creaciones del estado. Por otro lado, era determinista, por lo que toda persona está determinada a realizar ciertas acciones. Concluía que cuando el estado decide criminalizar algunas de esas acciones, no tiene ningún derecho a defenderse, sino, cuanto más, a educar al humano para que no las realice. Allí está el contacto de Dorado con el correccionalismo: no hay responsabilidad penal, hay sólo

un derecho del delincuente a ser mejorado por la sociedad, y, por ello, reemplaza al derecho penal por su famoso *derecho protector de los criminales*.

Su coherencia era impecable, pues partiendo de los mismos postulados positivistas, sólo que sin pretender que la comprobación empírica de datos indique los valores o desvalores, como aspiraba el positivismo italiano, llegaba a un resultado exactamente inverso a éste. El planteo no podía ser más claro: puesto que el estado quiere prohibir determinadas conductas y hay personas que están determinadas a realizarlas, éstas deben ser educadas para no caer en ellas, no siendo éste un derecho del estado sino de quienes viven en sociedad. Por supuesto que estas tesis casi no tuvieron seguidores.

§ 76. La crisis del positivismo

- 1 El positivismo entró en crisis por *acontecimientos políticos* y también por *razones científicas*. Los primeros fueron los siguientes: (a) La primera gran crisis recesiva del capitalismo moderno en 1890. (b) Japón venció a Rusia y desde 1905 pasó a desempeñar el papel de potencia, lo que rompía la hegemonía hasta entonces europea. (c) La Primera Guerra Mundial (1914-1918) acabó con el sueño del progreso continuo. (d) A partir de la Revolución Mexicana (1910) comenzó la crisis de las repúblicas oligárquicas latinoamericanas. (e) La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) archivó el paradigma racista, formalizado con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

**Razones
políticas de
la crisis**

- 2 Las razones científicas fueron las siguientes: (a) La crisis de la física mecánica o newtoniana y la aparición de la física cuántica, que lo privó de base a su visión cósmica. (b) Los avances de la biología destruyeron sus invenciones racistas. (c) En sociología aparecieron los conceptos sistémicos por obra de *Emile Durkheim* (1855-1917), lo que implicaba un importante cambio respecto del organicismo positivista: ya no se trataba de la imagen de un organismo que expulsa a células enfermas en forma mecánica, sino que el delito, visto como fatalidad social desde la totalidad de la

**Razones
científicas
de la crisis**

sociedad, al igual que todos los fenómenos sociales, presenta también una función positiva, que consiste en fortalecer la conciencia colectiva mediante el rechazo que provoca. Aunque con Durkheim no se abandonaba completamente el paradigma organicista, dado que todo funcionalismo sistémico tiende a provocar respuestas análogas a las organicistas, lo cierto es que se apartaba notoriamente del maniqueísmo positivista (análogo al del *Malleus*) y de la certeza que fundaba su crueldad genocida. (d) El tiempo lineal se puso en crisis con la relatividad.

CAPÍTULO 9

El impulso pensante y sus obstáculos

§ 77. Modernidad, crítica a la modernidad y estado de derecho

1 El tema del estado de derecho no se abandonó nunca; el positivismo peligrosista fue sólo el más poderoso discurso de legitimación del estado de policía. En la eterna dialéctica entre estado de derecho y de policía, propia de todo estado real o histórico, el positivismo operó durante un siglo a favor de las pulsiones del estado de policía y, como discurso médico-policial disfrazado de científico, trató de ridiculizar la discusión acerca de los límites del poder punitivo (o sea, los argumentos del estado de derecho) como *metafísica, espiritista, anticuada, anticientífica, irracional*, etcétera.

**El positivismo
como discurso
del estado
de policía**

2 Cuando el discurso penal se liberó de esa censura autoritaria, el problema, que nunca había desaparecido de la teoría política, volvió al centro del discurso jurídico-penal y fue necesario retomarlo a partir de Hegel, porque fue el pensador que expresó más acabadamente la cuestión de la modernidad. Por cierto que Hegel no la inventó, pero la planteó en términos filosóficos, de modo que su referencia es inevitable. No se trata de aceptar sus respuestas, sino de analizar los grupos de respuestas a sus preguntas, porque fue quien más claramente las formuló, lo que quizá sea su mayor mérito.

**Las reacciones
frente al
estado racional
de Hegel**

Cuando Hegel imaginó la utopía del estado racional abrió el camino hacia el estado de derecho y la polémica sobre su realización histórica, o sea, planteó la cuestión clave de la modernidad, que es la coexistencia pacífica. Por eso, es posible esquematizar el debate posterior, como el *enfrentamiento entre antihegelianos y hegelianos de izquierda y de derecha*: (a) para los primeros la modernidad sería un *proyecto irrealizable*; (b) para los segundos

un *proyecto aún no realizado*; y (c) para los terceros un *proyecto ya realizado*.

**La negación
estática del
estado de
derecho**

Como vimos (ver § 5), el estado de derecho perfecto no existe, 3 sino a través de una constante tensión entre el estado de derecho y el de policía, que siempre queda encerrado en su interior. Si bien esta dialéctica es comprensible desde una visión dinámica, resulta incomprensible desde una perspectiva estática, donde lo único que se verifica es que el estado de derecho (en que todos están sometidos por igual ante la ley), tomado al pie de la letra no existe. En rigor, esto es una ilusión, porque la realidad es siempre dinámica: si se fijase la imagen del corazón en el momento de sístole, prescindiendo de la dinámica cardíaca, se lo definiría como músculo contraído; si se viese una vaca echada en el campo y se la fijase en ese momento, se la definiría como un mamífero incapaz de caminar.

**Las reacciones
frente a la
negación del
estado de derecho**

Pero lo cierto es que frente a esta ilusión se producen reaccio- 4 nes dispares:

(a) Unos constatan que el estado de derecho no existe, que es irrealizable (en el discurso teórico) o que resulta impotente para superar las crisis que él mismo genera (en el discurso político). Son los discursos de los estados de policía antimodernos. Niegan las tradiciones revolucionarias que provienen de las revoluciones burguesas (1776, 1789).

(b) Otros están seguros de que el estado racional ideal es realizable y del camino para hacerlo; en el enfrentamiento que ello genera declaran enemigos a los que disienten. Es una paradoja, pero con discurso revolucionario y para alcanzar el estado racional se edificó (supuestamente en forma provisoria) un estado de policía antimoderno.

(c) Por último, no faltan quienes sin dejar la ilusión estática pero invirtiéndola, creen que el estado de derecho es el que realmente existe, o bien, operan partiendo de la ficción de su existencia de modo perfecto, o se desentienden de todo dato sobre su imperfección dialéctica.

Los primeros son *enemigos externos* de la modernidad, porque combaten directamente su discurso (no se puede alcanzar la coexistencia pacífica, la única solución es la violencia extrema organizada desde arriba). Los segundos son *enemigos internos*,

que aparentemente acogen el discurso, pero en la realidad desbaratan la modernidad y acaban apuntalando estados de policía cercanos a los enemigos externos (para alcanzar la coexistencia pacífica es necesario poner a marchar a todos por ese camino, y los que se resisten deben ser obligados a garrotazos). Los terceros son también *enemigos internos*, porque en cualquier caso amenazan al estado de derecho real, *restándole fuerza para su reforzamiento dialéctico frente a los embates del estado de policía (nadie lucha por realizar lo que está realizando)* y, en casos extremos, llegó a funcionar como ficción en el marco de un auténtico estado real de policía (la coexistencia pacífica es la que existe y quien no lo comprenda debe ser disciplinado también a garrotazos).

En síntesis, los garrotazos se justificaron del siguiente modo:

(a) Por quienes entienden que no es posible el estado de derecho y la única solución es el viejo estado que imponía la voluntad del que manda a garrotazos (su modelo real fue el estado nazista, las dictaduras y los estados fascistas; son los *estados de policía antimodernos*).

(b) Por quienes saben que se puede realizar y cómo se llega más rápido y quieren realizarlo a garrotazos sobre los que no siguen el camino por ellos indicado (su modelo real fueron los estados stalinistas, o sea, *estados de policía revolucionarios*).

(c) Los que actúan como si estuviese realizado o no se preguntan si lo está, aunque en la realidad sólo haya garrotazos del que manda (en esta línea se movieron los discursos del neokantismo penal, la etización ontologista, los funcionalismos, la nueva defensa social, el nuevo realismo de derecha norteamericano y algunas corrientes del neocontractualismo liberal, funcionales a *estados de derecho amenazados* y al *encubrimiento discursivo de estados de policía*).

- 5 En cualquier caso, siempre se justifican los garrotazos. De este modo se desarrollaron los discursos del poder en general y del punitivo en particular en los estados durante el siglo XX. No es raro que estos discursos hayan dado lugar a una crítica de la modernidad y recientemente a una búsqueda de su superación (la *posmodernidad*). De esto nos ocuparemos en la última parte de este capítulo.

El análisis de las reacciones y de la superación de la modernidad

§ 78. Estados de policía antimodernos

La máxima
expresión fue
el nazismo

El discurso antimoderno puede remontarse a la ideología de ¹ la restauración (De Bonald, De Maistre, Donoso Cortés), o sea, del período europeo posterior a la caída de Napoleón, pero en el siglo XX –aunque en parte es reiterativo–, aquel discurso ensaya caminos relativamente nuevos.

La manifestación máxima de antimodernismo fue el estado nacionalsocialista alemán, cuyo discurso se nutría de las ideologías premodernas por un lado y del positivismo racista por otro, combinando las vertientes más reaccionarias del spencerianismo, especialmente la del divulgador Haeckel, con las ideas de Gobineau, renovadas por el ideólogo Alfred Rosenberg, ejecutado como criminal de guerra en Nuremberg. También hizo su aporte a ese discurso el pensamiento reaccionario de Carl Schmitt (1888-1985), con su negación de un derecho que abarcase a todos, en razón de considerar inevitable la línea de separación de los amigos y los enemigos. Fue quien desde esta vertiente explotó al máximo la verificación de que el estado de derecho ideal no existe.

El poder
punitivo del
nazismo

El poder punitivo del nacionalsocialismo, enraizado en el se- ² ñalado antimodernismo, llegó a extremos no conocidos por el fascismo, aunque no se materializó en un código.

Basadas en la *comunidad del pueblo*, fundadas sobre la *comunidad de sangre y suelo*, las leyes nazis defendían la pureza racial contra la contaminación de genes inferiores. La pena no tenía contenido preventivo, sino sólo de defensa, pues cualquier delito era considerado un ataque al pueblo alemán.

Se penó el mero proyecto de algunos delitos; se equipararon las penas a los atentados a jefes del partido y a los funcionarios; se criminalizó a quienes mantuviesen bienes fuera del país; se penó el sexo y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos políticos, que eran juzgados por tribunales especiales (el *tribunal del pueblo* establecido en 1934). En 1933 se introdujo la esterilización como *medida de seguridad* y la castración para algunos delitos sexuales.

En 1935 se eliminó el principio de legalidad con la consagración legal de la analogía en el artículo 2° del código penal, por el siguiente texto: *Es punible el que comete un acto declarado punible por la ley o que, conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo, merece ser punido. Si ninguna ley penal es directamente aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley que se aplique más ajustadamente a la idea fundamental.*

- 3 El *sano sentimiento del pueblo* garantizó la dictadura de la costumbre, volviendo a la confusión premoderna entre delito y pecado. Se lo teorizó como criterio para la determinación de la legítima defensa, del estado de necesidad y del error de derecho. Los tribunales no hicieron uso desmesurado de este pseudoconcepto en cuanto a la tipicidad, pero lo emplearon en otros estratos analíticos del delito, en que la remisión a pautas éticas fue un fácil expediente.

La dictadura de la costumbre

- 4 El discurso penal nazi propiamente dicho fue el de la llamada *escuela de Kiel*, de Friedrich Schaffstein y Georg Dahm, que apelaban a un intuicionismo totalista del delito, sin categorías dogmáticas. Edmund Mezger trató de demostrar en 1938 que sus construcciones dogmáticas eran más funcionales a la legislación nazi.

Los panfletos de la escuela de Kiel

En realidad, la llamada *escuela de Kiel* produjo unos panfletos partidistas sin posible aplicación práctica, pues en los tribunales se seguía aplicando el saber penal neokantiano con elementos autoritarios moralinos.

- 5 El discurso penal nazista se orientó demagógicamente contra la delincuencia común en aumento después de la crisis económica provocada por la derrota y las exigencias de los vencedores en los años veinte.

La demagogia preventivista

Con la consigna *antes, ninguna pena sin ley; ahora, ningún delito sin pena*, no se distinguió de lo que propugnan todos los discursos a favor del estado de policía: restricciones a la condena y a la libertad condicionales, negación de todo derecho personal oponible al estado, derecho penal de peligro *abstracto* ilimitado (penas a peligros remotos o *peligros de peligros de peligros*), identificación de penas y medidas, legitimadas como prevención general positiva, pues se asignaba a ambas la función de dar

confianza al pueblo, porque éste cree que produce miedo en los que piensan delinquir, aunque no lo produzca. Quizá fue la más clara concepción de la prevención general positiva funcionalista.

Pero la doctrina nacionalsocialista y su manifestación en el derecho penal nazi deben tanto al racismo como al sistema de ideas anterior, y más elaborado, que representó el fascismo italiano.

El neoidealismo actual

Si bien las raíces ideológicas del fascismo son múltiples, el penalismo del estado fascista se nutrió con elementos del positivismo y del *neoidealismo*, en especial de *Giovanni Gentile* (1875-1944). El neoidealismo es una derivación del hegelianismo, que había entrado a Italia por Nápoles en el siglo XIX, como ideología que reforzaba al estado en la etapa inmediata posterior a la unidad, en que necesitaba una fuerte legitimación para oponerla a la Iglesia en el largo conflicto con el Vaticano.

Para Gentile *toda acción era pensamiento y todo pensamiento era acción*, de modo que no hay acción que en alguna medida no sea libre, aunque la libertad absoluta sólo sea divina. Los humanos, pues, realizan acciones más o menos libres. Ello permite legitimar las penas retributivas (cuando las acciones son predominantemente libres) y las medidas neutralizantes (cuando éstas son poco libres), reservando para las que quedan entre ambos extremos una suma de penas retributivas y medidas neutralizantes (*doppio binario*): se imponía una pena que retribuía la libertad y luego se ejecutaba una medida que neutralizaba la peligrosidad, o sea, que el sujeto cumplía varios años de pena cierta y luego quedaba preso por una pena incierta bautizada como *medida*. En definitiva, queda preso por tiempo indeterminado: se le dan garrotazos como retribución y también como neutralización.

El estado fascista

El estado totalitario fascista está caracterizado en la *Proluzione* al código penal de 1930, en que se sostiene una concepción antropomórfica, que representa todas las generaciones pasadas, presentes y futuras y que, por ende, adquiere una existencia separada del conjunto de sus habitantes, con vida y necesidades propias, a las que deben sacrificarse las de cualquiera de sus parcialidades, puesto que éstas son transitorias, por oposición a las estatales, que son eternas.

El código fascista

El código de 1930 o *Codice Rocco* fue el gran monumento penal del fascismo. El derecho penal fascista, que en él plasmó su

ideología, se caracterizaba por asignarse la finalidad de proteger al estado, establecer gravísimas penas para los delitos políticos, proteger al partido único y apelar ampliamente a la prevención policial mediante la intimidación.

La circunstancia de que la pena se oriente a la protección del estado obedece a que, en esta ideología, es el estado el que lleva adelante a la nación (inversamente al nazismo). La tutela del estado requiere una definición del delito político atendiendo a la motivación, pero no para privilegiarlo (como en el derecho penal liberal) sino para agravarlo. Se confundían el estado y el gobierno: era delito contra la personalidad del estado la injuria al honor o prestigio del jefe de gobierno. Estos delitos eran sometidos a una jurisdicción especial (el *tribunal especial para la defensa del estado*, creado en 1926).

- 9 Se tipificaban delitos que son criminalizados en cualquier código, pero con sentido particularmente autoritario, como la violación considerada *delito contra la moralidad pública y las buenas costumbres* y no contra la libertad sexual; la moralidad sexual no era un sentimiento de recato, sino un *elemento de la nacionalidad*. El aborto no era un delito contra la persona, sino contra la *sanidad y la integridad de la estirpe*, como bien jurídico de la nación: pasaba a primer término el interés demográfico del estado y lo tipificaba conjuntamente con la producción de la propia impotencia *generandi*, de la propaganda neomalthusiana y del contagio venéreo. Algo análogo sucede con los delitos contra la religión, donde se pena la blasfemia, pero no como lesión al sentimiento religioso, sino como agresión al estado mediante el ataque a su *religión*, al punto de que la pena se disminuye cuando se comete contra un culto diferente al del estado.

**Todos los
delitos son
contra el estado**

- 10 Además, el *Codice Rocco* extiende desmesuradamente la punibilidad: no distingue entre actos preparatorios y de tentativa; impone medidas de seguridad a los complotados sin que se inicie la ejecución del hecho; equipara los autores a los partícipes. Por supuesto, establecía la pena de muerte para los delitos contra el estado y para algunos delitos contra las personas. En su momento fue ponderado por los reaccionarios de toda Europa y despertó admiración en América Latina. El código de Rocco permanece vigente aunque con notorias reformas en las últimas décadas, a impulso de la Corte Constitucional, que fue declarando sus dis-

**La irracional
represividad**

posiciones incompatibles con la Constitución de la República. Su irracional sistema de penas y medidas fue compensado con la legislación penal ejecutiva que, en la práctica, las reduce notoriamente.

La doctrina de la seguridad nacional

La ideología antimoderna siempre vuelve a ser invocada por algún estado de policía. Una de sus más crueles manifestaciones políticas fue la *doctrina de la seguridad nacional*, asumida por estados de policía en la periferia del poder mundial. Originaria de autores franceses, que la enunciaron con motivo de la guerra argelina en los años cincuenta, fue difundida en los ejércitos de América desde la escuela militar de Panamá. Fue una tesis simplista que alucinaba un estado de guerra permanente que comprometía a todo el planeta. Los estados policiales se reservaban la función de determinar quién era en cada caso el enemigo, militarizando toda la sociedad y subordinando todos los derechos a la defensa del *modelo occidental*. 11

Los tres sistemas penales de seguridad nacional

Al amparo de esta alucinación surgieron estados de emergencia, estatutos de seguridad, organismos y agencias políticas *de facto* en reemplazo de los *de jure* y de la representación popular, tribunales especiales, penas impuestas por la administración, cuerpos y grupos de exterminio. El poder punitivo se ejerció a través de tres sistemas penales: (a) el formal; (b) el administrativo, mediante prisiones dispuestas por el ejecutivo (en nuestro país con pretexto del art. 23 constitucional); y (c) el subterráneo, mediante homicidios, secuestros, torturas, campos de concentración y desaparición de personas, al margen de toda legalidad. 12

Como cualquier delito –y no sólo el político– ponía en peligro la *unidad del frente interno* en la guerra alucinada, todo delincuente era considerado una suerte de traidor a la patria de segundo grado.

§ 79. Estados de policía revolucionarios

Los revolucionarios iluminados

El siglo XX conoció desarrollos discursivos de visionarios que, 1 pretendiendo partir de la modernidad, iluminados por la certeza absoluta respecto del camino de la humanidad y el destino de la

sociedad, sacrificaron todo para alcanzar las metas lo antes posible. Estos discursos visionarios se adaptaron a transformaciones rápidas del poder; toda revolución o pretensión de revolución adoptó en definitiva un discurso de certeza absoluta respecto del sentido de la historia. Sin embargo, todos los estados que asumieron la forma de dictaduras del proletariado o campesino-proletarias, como formas de transición al socialismo, no pudieron superar en los hechos y en el discurso (posterior a la revolución) la forma típica de un estado de policía.

- 2 El control social punitivo en la Unión Soviética se enmarcó durante la guerra civil y en la dictadura posterior, con el sello personal primero de Lenin y luego de Stalin, en el objetivo declarado de detener la amenaza imperialista en el exterior y en la eliminación de los valores no proletarios hacia el interior de la sociedad. El vocabulario del discurso predominante fue marxista, aunque en versión de Engels, acentuadamente positivista, que en algunos momentos derivó en abierto positivismo peligrosista, completamente extraño al marxismo, del que sólo tomaba componentes discursivos autoritarios que cerraban el debate.

**El disfraz marxista
del positivismo
peligrosista**

En cierto sentido, a través de la negación del racismo tradicional, la ideología soviética llegó a un nuevo racismo (racismo condicionado). Un dogma stalinista fue el de la transmisión genética de los caracteres adquiridos, sostenida por el biólogo Lyssenko y que hizo perder cosechas enteras. Aplicando ese dogma la sociedad soviética erradicaría el delito al corregir los caracteres criminales heredados de la sociedad capitalista.

- 3 El control punitivo fue de ferocidad superior al fascismo y comparable al nazismo. En los primeros tiempos los jueces podían apelar a su *conciencia socialista*, sobre la base de unas directivas legales muy difusas; se creó la *Tcheka* (policía y tribunal político), hasta que en 1922 se sancionó el primer código penal, que establecía expresamente que la función de la punición era la defensa del estado durante la transición al comunismo, criterio que reiteraron todos los códigos posteriores. Siguiendo a Ferri eliminaba la palabra *pena* y los jueces eran libres para construir analógicamente los tipos penales conforme a su *conciencia socialista*. En 1924 se sancionaron nuevos *Principios*, que prodigaban la *suprema medida de defensa social*, eufemismo con el que se designaba la pena de muerte. Conforme a los *Principios* se elaboró

**La analogía,
el proyecto
Krylenko**

el código ruso de 1926, cuyo art. 16° establecía que si el acto era socialmente peligroso y no estaba tipificado, se penaba conforme a los actos previstos de naturaleza más semejante. Por el mismo tiempo se elaboraba el famoso *proyecto Krylenko*, que directamente carecía de parte especial y que en buena medida se nutría de las ideas del proyecto Ferri de 1921.

**Paschukanis
y las purgas
stalinistas**

Cuando Stalin decidió un *retiro táctico* del estatismo económico (vuelta a formas elementales de iniciativa privada) que alcanzó su apogeo hacia 1925, requirió un mínimo de garantías de estabilidad para la pequeña industria, que no proporcionaba el proyecto de Krylenko, el cual fue archivado. El pensador más importante de esta época fue *Eugenij B. Paschukanis*, quien atribuía al derecho el carácter de fenómeno propio de la sociedad capitalista, determinado por sus relaciones de *cambio-valor*, que iría desapareciendo a medida que predominasen las relaciones de solidaridad socialista. Paschukanis y su desvaloración del derecho chocaron frontalmente con la fuerte centralización de Stalin, cuya voz penal fue el fiscal *Vysinskij*, encargado de las terribles purgas (asesinatos) de 1936, en las que desapareció el mismo Paschukanis.

**La aproximación
al estado
de derecho**

Después de 1956 se inició un nuevo período en la legislación penal soviética, inaugurado por los *Principios de Legislación Penal* de 1958, con los que desaparecieron los tribunales especiales y la analogía. En 1960 la República Rusa sancionó su código penal, que sirvió de modelo a las restantes. En alguna ocasión se aplicó retroactivamente la ley penal, a título de excepción autorizada por el Soviet Supremo. El acercamiento soviético a los principios del estado de derecho, operado a partir de 1958-1960, fue explicado ideológicamente sosteniendo que la Unión Soviética estaba madura para iniciar la etapa del comunismo, en que comenzaría la paulatina desaparición del estado por haber cesado la lucha de clases. Esta legislación permaneció vigente hasta la disolución de la Unión Soviética.

**La teoría
del delito**

La teoría soviética del delito no se distinguía mucho de la sostenida por von Liszt. Su concepto material de delito se fundaba en la peligrosidad social; la justificación sociológica de la inimputabilidad residía en que el inimputable vivía fuera de las relaciones, no participaba en la lucha de clases, lo que se acercaba al concepto de *comunidad jurídica y partícipe del derecho* del hegelia-

nismo. Lo paradójico es que tanto *la doctrina penal soviética* como *la fascista se nutrieron del positivismo e idealismo*. Modernidad y antimodernidad en sus diferentes desarrollos y orígenes hacen causa común cuando necesitan orden y garrotazos.

§ 80. Estados de derecho amenazados por ficciones de modernidad consumada: a) el neokantismo

- 1 Desde el *hegelianismo de derecha* se abrió paso la tendencia a considerar el proyecto de modernidad como algo realizado o consumado, es decir, a desconocer la disparidad entre el estado de derecho como proyecto y la realidad, lo que equivale a *anular la dialéctica propia de todo estado de derecho histórico o real*: al cancelar la tensión entre el estado de policía que permanece en el interior de todo estado de derecho real y el proyecto de estado de derecho ideal, se cierra toda posibilidad de apelar a la realización progresiva como principio regulativo, al tiempo que desaparece directamente el estado de derecho real, reemplazado por una ficción que, en ocasiones resulta indignante.

**Las ficciones
de modernidad
consumada y
su peligro**

Con muy diferentes recursos metódicos, a lo largo del siglo XX han proliferado teorías que *identificaron el ser con lo que debe ser*, en la mayoría de los casos dándolo por cierto como presupuesto (*dogma implícito*) o evitando su tratamiento (*dogma por elusión*). En definitiva, se trata de la negación de los defectos de los estados de derecho reales y, por ende, de las características del poder punitivo en la realidad. De este modo se puede construir una teoría del derecho penal como si esos defectos no existiesen, y como si el estado real fuese análogo al ideal.

Sea como fuere, ponen en serio peligro los estados de derecho reales, porque establecen la racionalidad de sus propuestas a partir de una ficción de estado ideal, sea porque lo dan por realizado, porque no se plantean su realización o porque, renunciando al ideal, dan por ideal lo existente.

- 2 El positivismo peligrosista era un refugio seguro para el discurso legitimante del poder punitivo, porque cada cosa se hallaba en su lugar en un universo jerarquizado por la biología. Pero cuan-

**La crisis del
positivismo y el
neokantismo**

do entró en crisis provocó un desconcierto en los discursos penales legitimantes del poder punitivo, que pronto comprendieron que *si la realidad no era como se necesitaba que fuese para legitimar la pena, era necesario ignorar los datos de la realidad*. En otras palabras: el positivismo alucinó una realidad legitimante; cuando la alucinación se volvió insostenible, como lo importante no era la realidad sino la función legitimante, se optó por negarla o ignorarla, con un discurso que pretendía ser *técnico* y presentable como *ideológicamente aséptico*.

La particular capacidad del neokantismo para inventar el mundo

Aunque esta actitud es propia de todos los discursos que pretenden ser meramente técnicos y políticamente asépticos, como el tecnicismo jurídico italiano de Arturo Rocco o la monumental obra de Vincenzo Manzini, el mayor desarrollo de esta tendencia tuvo lugar en Alemania, con la adopción del *neokantismo*, que dio un gran impulso a la elaboración dogmática del derecho penal. 3

Su singular éxito se debió a su formidable idoneidad para los fines buscados: su meticulosa separación entre el universo jurídico y el real le permitió mantener gran parte del paradigma positivista criminológico y, al mismo tiempo, desarrollar un positivismo legal, haciendo caso omiso de los datos sociales y manteniendo a la criminología en posición subordinada, neutralizando cualquier información social molesta a través de una arbitraria selección de datos de la realidad: los datos que molestaban eran remitidos a la *ciencia natural*, en tanto que los que legitimaban se incorporaban al discurso como *ciencia jurídica*. Toda pretensión de incorporar los datos molestos a la ciencia jurídica era estigmatizada como *reduccionismo*.

Retomaba lo peor del idealismo para salvar al positivismo, en una tradición que conserva vigencia hasta el presente.

La escuela de Baden y el mundo como caos

Para Kant las cosas *en sí* existen, pero no son accesibles. 4 porque no podemos conocer nada fuera del tiempo y del espacio. Para los neokantianos las cosas *en sí*, directamente no existen. Por ende, el neokantismo fue abiertamente idealista, aunque se dividió en escuelas con diferente grado de idealismo. Para la llamada escuela de *Marburg* (en la que puede contarse a Kelsen), el método crea el objeto, con lo que sus construcciones y su metafísica se agotan en lógica metódica. Pero esta escuela no tuvo seria repercusión penal.

La escuela neokantiana que sirvió para proporcionar el discurso penal de mayor éxito fue la de *Baden*, para la cual la realidad sería una especie de caos al que no se podría penetrar sino por medio de los valores. De esta manera, el valor no se limita a agregar un dato a una cosa, sino que permite el acceso a la cosa misma, que sin ese valor sería incomprensible.

- 5 Esta característica de cualquier conocimiento en que intervienen los valores le permitió una división tajante entre las ciencias *de la cultura o del espíritu* y las ciencias *naturales*, que sólo aparentemente pueden ocuparse del mismo objeto, porque en realidad una cosa vista a través del valor no sería la misma de las ciencias naturales. Esto les permitió enfocar al delito *naturalmente* (positivismo) por medio de la criminología y *valorativa o normativamente* (idealismo) desde el derecho penal, como dos cosas diferentes.

Las ciencias de la cultura seleccionan los datos que no molestan

De este modo, el derecho penal como ciencia de la cultura o del espíritu, excluía de su discurso los datos perturbadores de la realidad. Lo curioso es que la criminología también los excluía (especialmente el sistema penal), porque el derecho penal la limitaba al estudio de las causas de lo que éste definía como delito. Pero esto no evitaba la contradicción interna insalvable: una ciencia natural que estaba delimitada por una ciencia valorativa, o mejor dicho, por la decisión de un legislador. Era el precio que debía pagar para evitar que la criminología se interrogase sobre la naturaleza del poder punitivo; nadie se ocupaba de indagar cómo opera en la realidad el sistema penal y cómo se ejerce el poder punitivo.

- 6 La arbitraria selección de datos de la realidad permitió al neokantismo inventar un mundo inexistente, en el que podía legitimar el poder punitivo por medio de la prevención general, de la especial o de ambas, apelar a penas y medidas, distinguirlas artificialmente, aceptar la doble vía o el sistema vicariante o ambos, etc. Nada impedía a los neokantianos crear nuevos conceptos, cuando eran necesarios para explicar la ley, ni construir *conceptos jurídicos* como falso de cualquier dato de la realidad, con lo cual podían cambiar el mundo a la medida de las necesidades legitimantes.

Los conceptos jurídicos artificiales

El saber penal pudo construir de este modo un discurso que sirvió a la burocracia judicial alemana para pasar sin mayores problemas por sobre los terribles acontecimientos políticos de su

época, desde la caída de la monarquía hasta el nazismo y la catástrofe, sin inmutarse y sin darse por enterado de los mayores crímenes de la historia del siglo XX.

§ 81. b) el ontologismo

El retorno
al jusnaturalismo



Giuseppe Bettiol

En los primeros tiempos de pos- 1
guerra comenzaron los esfuerzos de reconstrucción de los estados de derecho europeos y hubo un verdadero renacimiento de tendencias jusnaturalistas en Alemania, especialmente en la forma de pensamiento de la *naturaleza de las cosas*, y en Italia dichas tendencias se manifestaron particularmente mediante el teleologismo de Giuseppe Bettiol. Se trataba de hallar un criterio que pusiese límites al poder del legislador.

Las estructuras
lógico-reales

En el campo penal, la más importante expresión de esta tenden- 2
cia fue la de *Hans Welzel* (1905-1977), quien lo hizo en forma de jusnaturalismo *mínimo* conforme a su teoría de las *estructuras lógico-reales* (ver § 91.9), que puede sintetizarse de la siguiente manera:

(a) A diferencia del neokantismo, no concibe al mundo como un caos sino como un conjunto de órdenes (físico, geográfico, zoológico, etc.). El orden jurídico es uno más entre todos ellos.

(b) El objeto desvalorado no es creado por la desvaloración, sino que es anterior a ella, existe con independencia de la misma y pertenece a un orden; el derecho, cuando lo desvalora no lo crea, pues existe independientemente del desvalor jurídico (de que sea bueno o malo para el derecho).

(c) La desvaloración debe respetar la estructura del ente que desvalora, puesto que su desconocimiento la hará recaer sobre un objeto distinto o en el vacío. Un perro es un perro y no puede inventarse un *perro jurídico* definiendo como tal a un yacaré.

(d) *Estructuras lógico-objetivas* son, pues, las que vinculan al legislador con el ser de lo que desvalora, que está relacionado con él pero que no puede estar alterado.

(e) Cuando desconoce una estructura de esta naturaleza, la legislación es ineficaz, pero no por ello inválida, porque la valoración sigue siendo tal aunque recaiga sobre un objeto diferente. Sólo que el resultado será diferente y paradójico: quien salga a pasear con un yacaré encadenado, posiblemente vaya a dar al manicomio, especialmente si al ser interrogado dice que se trata de un perro.

(f) No obstante, habría un límite en que *ese desconocimiento invalidaría directamente la norma*: cuando lo que desconoce es la estructura del ser humano como persona (ente responsable).

- 3 Lo que se extrae de esta teoría es una cierta limitación de la potestad punitiva, pero no se trata de un jusnaturalismo en sentido estricto, por lo cual se la ha caracterizado –no sin razón– como un *derecho natural negativo*, que sirve para *indicar lo que no es derecho, pero en modo alguno pretende definir acabadamente cómo debe ser el derecho*.

**La etización del
derecho penal
violaba la estruc-
tura lógico-real**

Si bien una posición tan moderada no podría tener significación jusnaturalista en sentido idealista, Welzel excedió el marco en el uso de la misma, al pretender que el poder punitivo tiene por función tutelar una ética social mínima, con lo que enunciaba una teoría de prevención general positiva etizante.

Con esto Welzel infringía sus propias premisas, pues la aplicación estricta de la teoría de las estructuras lógico-reales hubiese obligado a tomar en cuenta la selectividad del poder punitivo, lo que implica una severa falta de eticidad en el propio estado y en ese ejercicio del poder. También hubiese puesto de manifiesto la inevitable intencionalidad política de la propia construcción discursiva.

Durante treinta años esta concepción fue la alternativa al derecho penal neokantiano, produciendo el famoso debate *finalismo-causalismo*, que no fue inútil, porque: (a) *hoy se conocen los graves riesgos de pretender que lo óntico puede imponernos conceptos jurídicos, porque éstos inevitablemente se construyen en función de ciertos objetivos políticos, como parte que son de un discurso político, lo que también es una estructura lógico-real*; (b) *pero también se sabe que los datos de la realidad son un límite que debe observarse en la construcción de los conceptos, sin lo cual se cae en un delirio con alteraciones peligrosas de la sensopercepción, y*

cualquier objetivo político se desvirtúa hasta el punto de ignorar el horror.

§ 82. c) el funcionalismo sistémico

Las concepciones orgánicas de la sociedad

Las concepciones orgánicas de la sociedad son muy antiguas, 1 incluso las menciona Aristóteles, y algo análogo puede decirse del análisis funcional, donde se explica una institución o modelo de conducta en razón de sus consecuencias para una estructura o para una dominación. En la sociología del siglo XX renacieron las concepciones orgánicas de la sociedad en la forma de *funcionalismo sistémico*, que declaran descender de Durkheim, y el discurso jurídico-penal de las últimas décadas tomó en préstamo algunos elementos para su construcción.

No hay verificación posible

El derecho penal, que con el neokantismo despreciaba los 2 datos de la sociología, estaba al borde del ridículo, por lo cual se intentó cubrir ese vacío. Para ello se apeló a la sociología sistémica, aunque no siempre se incorporaron los datos sociales, respecto de los que se mantiene el criterio selectivo neokantiano en forma tácita.

En otras palabras: nada permite probar que la sociedad sea un organismo ni un sistema (concepción sistémica), como tampoco que sea sólo un conjunto de grupos en conflicto (concepción conflictivista), de modo que tanto el concepto sistémico como el conflictivista son válidos en sociología como marcos interpretativos de hechos o datos sociales. Al sistémico le es difícil explicar el cambio social, en tanto que al conflictivista le es difícil explicar los elementos de permanencia. Pero, en cualquier caso, éstos son los armarios en los que los sociólogos meten sus tazas y platos. El penalismo sistémico tomó los armarios, pero dejó fuera demasiadas tazas y platos.

El pensamiento funcionalista sistémico en sociología

El acento sobre los datos de estabilidad es lo que le permite a 3 toda teoría sistémica de la sociedad concebirla como un sistema, muchas veces demasiado cerca de un organismo. Dominaron la sociología en los años treinta y cuarenta, norteamericanos, cuyo representante más conocido fue *Talcott Parsons* (1902-1979). Era

propia del *welfare state*, equivalente sociológico del *keynesianismo* en economía, ambas funcionales al *new deal* norteamericano.

Modernamente se diferencian del organicismo, y sostienen que la sociedad no es un organismo, pero que, al igual que éste, puede analizarse como un sistema: no es un animal pero funciona según las mismas leyes. La misma idea será extremada por el radicalizado funcionalismo alemán de Luhmann, que biologizó el planteo mediante la transferencia de la *autopoiesis* (sostenida por los biólogos chilenos Varela y Maturana) de lo orgánico a lo social.

- 4 Para Parsons la sociedad es un sistema y la socialización del humano tiene lugar por obra de agentes que podríamos llamar *normales*, como la familia, la escuela, los viejos, las iglesias, etc., pero cuando estos agentes fallan, entran en juego otros que reaseguran la resocialización, como son los del sistema penal o los de salud mental, llamando *control social* sólo al ejercido por estos últimos. Parsons requería siempre una reacción moderada por parte de la sociedad frente a estos fracasos (desviaciones de conducta), porque de lo contrario se produciría una sobreactuación que tendría un efecto paradójal: esa misma sobreactuación produciría una reafirmación del desviado en su desviación, porque estaría indicando que algo cierto habría en su punto de vista. La sanción inflexible, en lugar de debilitar el componente alienativo del *ego*, lo reforzaría, pues percibiría que hay algo en *alter* que aprueba su tendencia y que se pone de manifiesto en su propia ambivalencia, expresada tanto en la exageración de las sanciones como en la equivocidad de la actitud. Como teórico del *welfare state*, su teoría social se compadece perfectamente con un orden que con bondad reparte roles y domestica, reservando el control social como red de seguridad que recoge a los pocos que no comprenden. En general, su pensamiento, con todas sus condicionantes históricas, era democrático. La sociedad se componía de humanos y, dado que el estado de bienestar mejoraba las condiciones de socialización, los casos de desviación residuales serían preferentemente causados por razones individuales, lo que llevaba a una legitimación del poder punitivo por vía preferente de prevención especial positiva (resocialización).

- 5 Niklass Luhmann, al recepcionar y radicalizar el funcionalismo en Alemania, distinguió entre el sistema y los subsistemas, que seríamos los seres humanos. El sistema debe responder a las

**El funcionalismo
norteamericano
de Parsons**

**El funcionalismo
alemán de
Luhmann**

demandas de los subsistemas, porque si son demasiadas lo desestabilizan. Al igual que los animales, debe mantenerse equilibrado y conservar la capacidad de reproducirse (*autopoiesis*). Para eso, debe reducir las demandas, para lo cual tiene que producir *consenso*, que en realidad es *ausencia de disenso*. Es como si se tratara de una estación de ferrocarril, en que los pasajeros deben optar por contentarse con cuatro trenes programados y no pedir un quinto, porque de lo contrario, se desprogramaría toda la estación. Para ello debe reforzar los roles sociales, haciendo previsibles los comportamientos de los subsistemas (humanos).

Las simplificaciones para pensar menos

Los humanos actuarían funcionalmente en la medida en que se adaptasen a roles cuya función sería la de equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para sostener su equilibrio. Luhmann afirma que estas relaciones normativas (simplificadoras) no hacen más que *facilitar* la elección de los humanos, librándolos del peso de actuar con consciencia de todo a cada momento, lo que no es lejano a la resignación frente a la invención de la realidad y la manipulación.

La funcionalidad como valor supremo

El único valor sería la funcionalidad para el equilibrio del sistema. Por eso, el discurso jurídico no puede tomar en cuenta datos de la realidad (como que casi nunca se mueve frente a las victimizaciones), porque perdería funcionalidad, es decir, que el discurso jurídico penal es *verdadero* porque es *falso*. Esta paradoja obedece a que no hace depender la legitimidad del valor de verdad, sino sólo de la eficacia para el sistema. Por eso, para Luhmann el derecho es sólo una normación generalizada que debe ser aceptada mecánicamente, sin requerir motivación alguna: se legitima sólo porque es aceptado.

Algo parece no convencer en una teoría que sostiene que *el derecho se legitima porque es aceptado, pero no se deslegitima porque en la inmensa mayoría de los casos no opera*. Lo único importante es que se lo acepte, sin preguntarse por qué ni para qué. La aceptación estabilizante de la normación jurídica se opera por distracción (no pensar en ello).

Incompatibilidad con el estado de derecho

La versión más radicalizada del funcionalismo sistémico llega a extremos no compatibles con el estado de derecho, al menos en las consecuencias que extraen quienes lo llevan al derecho penal.

(a) Interrumpe cualquier diálogo, pues pretende que quien acepta la necesidad de un poder estatal eficaz, no puede discutir su legitimidad, o sea, que el poder punitivo existe o no existe y, cuando existe, debe admitirse y legitimarse sin más. Es la máxima expresión de quienes pretenden que el programa moderno está realizado: *lo que es, es como debe ser* o, dicho de otra manera, *debe ser porque es*. Consiste en una singular interpretación del principio hegeliano fundada en leyes extraídas de la biología.

(b) Admite las características estructurales del sistema penal (selectividad, violencia, corrupción, etc.), pero las considera positivas por su función estabilizante, por lo que se convierte en una teoría *antiética*: el único valor es el sistema y los otros valores son meros instrumentos. Presupone la *ficción de absoluta racionalidad del estado real*, pues de lo contrario sería aberrante: por *reductio ad absurdum*, en una sociedad fundamentalista serían funcionales quienes violasen mujeres que no usan velo, porque reducirían las expectativas de media población y contribuirían a la función autopoiética de reequilibrio del sistema. La quema de brujas fue estabilizante para el sistema en la edad media, porque la gente creía que con eso evitaba todos los males. La persecución de judíos fue estabilizante en el estado nazista, porque la gente creía que eran responsables de todos los males.

Contra esto se argumenta que *el funcionalismo no niega los problemas de legitimación, sino que los considera previos*. Con ello se erige en una teoría radicalmente positivista, como un nuevo recurso para preservar al derecho penal de toda *contaminación crítica*, dejada en un nebuloso campo previo (político). El estado habría comprado el aparato penal del cual el juez es parte, y de su empleo perverso sería responsable sólo la política. El derecho penal sería una suerte de picana eléctrica, que puede ser útil para arriar ganado, pero también para torturar al vecino; todo depende de quién lo compre. Puede afirmarse que el derecho penal funcionalista es un equivalente reelaborado del neokantismo.

(c) Lleva la ficción de modernidad realizada hasta el límite de lo antimoderno, llegando a ser *antiilustrado*: no garantiza al humano un espacio social de decisión y realización, sino todo lo contrario, es decir, limita ese espacio con el pretexto de la sobrecarga. El fomento de la reducción de expectativas promoviendo un

actuar sin pensar es expresión de la antropología del pensamiento de la restauración: el humano libre provoca el caos; sólo la reducción de sus espacios provoca orden.

(d) Este modernismo opera en los límites del antimodernismo, al punto de que su mero fomento de la producción de *consenso como mero no disenso y no pensar*, quiere homogeneizar la población, en forma de *igualación* que, para el nazismo era la verdadera igualdad y que, por definición, se contrapone con el *derecho a ser diferente*, que es el enunciado del derecho a la igualdad de raigambre liberal.

**El llamado
derecho penal
de riesgo**

Como la globalización aumenta los conflictos sociales y los 9
vuelve incontrollables, dando lugar a la llamada *sociedad de riesgo*, se pretende ahora crear la sensación de seguridad mediante un *derecho penal de riesgo*, que desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. Se convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar la producción del resultado. El derecho penal de riesgo alcanzó su desarrollo máximo en la legislación nazista. Se lo legitima ahora aduciendo que cuando la sociedad se alarma es necesario hacer leyes penales, como se hizo siempre que se invocó una emergencia. La diferencia radica en que hoy se lo legitima sabiendo que sólo sirve para calmar a la opinión coyuntural, llegándose a sostener que sería imposible volver al *bueno y viejo derecho penal liberal* como un derecho penal mínimo. Se llega a afirmar que éste era el mero contrapeso de penas muy graves, pretendiendo deducir de allí que cuando las penas no son tan graves, es menos necesario poner límites al poder punitivo, lo que siempre ha sido el clásico argumento para facilitar el control policial de la vida cotidiana.

**El derecho penal
como campaña
publicitaria
fraudulenta**

El poder punitivo sólo tendría un efecto *simbólico*, con lo cual 10
se acaba en un *derecho penal de riesgo simbólico*, o sea, que no se neutralizan los riesgos, sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, *se miente*. El derecho penal sería parte de una enorme campaña publicitaria promocionante de un producto con falsas calidades, es decir, que se lo degrada a una *campaña publicitaria fraudulenta*.

§ 83. d) La ficción de modernidad acabada en la ideología de la seguridad total

- 1 En los años cincuenta del siglo pasado y siempre desde la ficción del estado racional como realidad acabada, apareció la llamada *nueva defensa social*, como corriente paternalista, en alguna medida tributaria del positivismo peligrosista, tratando de equilibrarlo con los derechos humanos, en una versión político-criminal que aspiraba a un derecho penal tutelar de rostro bondadoso por obra de *Marc Ancel* y a una versión cercana a la de Dorado Montero por obra de *Filippo Gramatica*. Pero estas no son las corrientes que predominan hoy en la política criminal.

**La nueva
derecha
norteamericana**

En efecto: el derecho penal sufre el embate de teorías que parten de la *ficción del estado racional realizado* y que renuevan las ideas de Garófalo (§ 74.8): si el estado racional está realizado, el poder no tiene elementos criminógenos y todo crimen es producto de una decisión individual que, por lo menos, debe ser retribuida.

Esta tesis, en formulación muy rudimentaria, corresponde a la política criminal que en los años setenta y ochenta se llamó *nueva derecha norteamericana*, enemiga del derecho penal liberal.

- 2 Este embate autoritario se monta sobre una nueva emergencia, que es la *inseguridad urbana*. La población mundial se ha concentrado en ciudades y esto planteó el problema de la *seguridad urbana*, entendida como la seguridad frente al delito. La violencia urbana aumenta en las sociedades que adoptan el modelo del *fundamentalismo de mercado*, puesto que polariza riqueza, aumenta la tasa de desempleo, deteriora los servicios sociales, difunde valores culturales egoístas, divulga la tecnología lesiva, genera vivencias de exclusión y, en definitiva, potencia toda la conflictividad social.

**La inseguridad
urbana como
nueva emergencia**

- 3 Lo cierto es que en los Estados Unidos crece el número de presos y de personas controladas penalmente, hasta índices increíbles, en su mayoría condenados con negociaciones extorsivas y con alta selección racista. El sistema penal se sobredimensionó hasta jugar un papel en la tasa de desempleo. Los operadores políticos se pliegan y disputan clientela electoral prometiendo mayor represión.

**Prisionización
masiva y racista**

Un modelo no tradicional

Este modelo no es tradicional en los Estados Unidos, sino pro- 4
ducto de las últimas décadas y obedece a varios factores: la terci-
zación económica, la necesidad de crear demanda de servicios, la
incapacidad para reducir la conflictividad, la inescrupulosidad po-
lítica, la demagogia comunicacional, el recorte de programas socia-
les, la carga cultural racista, la formidable inversión en represión,
etcétera.

La nueva emergencia y el control total de la población

Si bien la seguridad es un problema real, es tomado como 5
pretexto para legitimar una clara tendencia al *control total de la*
población, lo que técnicamente es posible por vía del control elec-
trónico de conducta. La creciente violencia urbana proporciona el
mínimo de realidad necesario para la construcción paranoica de
un nuevo objeto amenazante, tematizado en un discurso de emer-
gencia que legitima el estado policial. De este modo se desarrolla
una confusa *ideología de seguridad total* que anuncia una nueva
forma de aparición del totalitarismo.

La vuelta de la inquisición

Parte de esta ideología es la llamada *criminalidad organizada*, 6
pseudoconcepto útil para introducir institutos inquisitoriales pro-
pios de los viejos estados policiales y que son los mismos *procedi-*
mientos extraordinarios que siempre se ordinarizaron: penas
desproporcionadas; funciones judiciales a las policías; tipos de
autor; analogía; jueces, testigos y fiscales anónimos; procesos
inquisitivos; desprecio por los principios liberales; militarización
social; ampliación de ámbitos de corrupción; etcétera.

El síndrome de Weimar

Aunque pensamientos rudimentarios como los de la *nueva* 7
derecha norteamericana pudieron ser funcionales a esta tenden-
cia, lo cierto es que ésta no tiene desarrollo teórico. La *ideología*
de la seguridad total es un ejercicio de poder que se vale de men-
sajes emocionales simplistas aunque eficaces, mientras los políti-
cos no perciben el riesgo, ocupados en sus luchas competitivas.
Antes de la aparición de los estados de policía del siglo XX, los
políticos también fueron complacientes con los discursos irracio-
nales: el caso paradigmático lo representó la República de Weimar.

Derecho penal del enemigo

En el año 2003, el profesor de Bonn, Günther Jakobs, ante la 8
notoria legislación penal de "lucha" (el autoritarismo penal *cool*),
postuló la conveniencia de separar un *derecho penal del ciudada-*
no y un *derecho penal del enemigo*, como medio para evitar que
este último contamine toda la materia. En tanto que el derecho
penal *del ciudadano* sería el que se ocupa del delincuente común,
el del enemigo se ocuparía, por ejemplo, de los terroristas. El pri-

mero aplicaría penas y respetaría los principios liberales, en tanto que el segundo impondría medidas de contención basadas en la peligrosidad. Para ello, sostiene la distinción entre *ciudadanos* y *enemigos* basada en Hobbes y en Kant (ver § 66), o sea, en la corriente contractualista no liberal (opuesta a Locke y a Feuerbach).

- 9 La propuesta de Jakobs resulta inadmisible porque: (a) históricamente se verifica que el derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y ordinariza. (b) No es posible distinguir nítidamente entre la pena que contiene y la que se pretende que cumple cualquier otra función. (c) Que cunda en la actualidad una legislación penal autoritaria no significa que deba legitimársela y aceptársela sin resistencia jurídica. (d) El derecho penal del enemigo tiene una marcada raigambre antiliberal, que entronca con la teorización política del mejor jurista del nazismo, Carl Schmitt. (e) En lo penal también evoca la legislación nazista sobre “extraños a la comunidad”, proyectada por Edmund Mezger que pretendía internar a todos los disidentes en campos de concentración.

Inviabilidad de la propuesta

En síntesis, Jakobs trata de construir un derecho penal especial (*del enemigo*) compatible con un estado de derecho, pero no lo logra, pues toda teorización en tal sentido es por esencia autoritaria.

§ 84. La crítica a la modernidad y el olvido del ser

- 1 La modernidad está asociada a la idea de progreso y liberación humanas, seriamente cuestionada desde la destrucción de ruinas filosóficas por parte de Nietzsche. En el mismo sentido pensó en el siglo XX Martin Heidegger: consideró que la lucha por el dominio de la tierra y la explotación de los recursos humanos, en pos de una ilimitada voluntad de poder, expresan una racionalidad al servicio del cálculo y la técnica, y que únicamente restaurando la filosofía se puede conjurar esta razón instrumental. Sostenía que el idealismo filosófico inició el camino del *olvido del ser*, porque produjo un abismo entre el ente aparente aquí abajo y el ente como idea, que fue elevado a un lugar suprasensible.

Nietzsche y Heidegger

**Gramsci
y Weber**

Desde la prisión fascista, Gramsci meditó sobre la crisis de la idea de progreso, concluyendo que no era la idea misma la que había naufragado, sino que sus portadores, en la lucha con la naturaleza que la idea impone, desataron fuerzas tan amenazadoras que ellos mismos se volvieron *naturaleza*. La sociología también había advertido sobre el carácter dialéctico de la modernidad, pues para Max Weber, la forma de organización que tiene por objeto asegurar la racionalidad con arreglo a fines llevaba a la burocratización de la sociedad, lo que conducía a la parcelación del alma y al especialista sin espíritu. Estas críticas fueron reasumidas por la llamada *escuela de Frankfurt*, especialmente Horkheimer y Adorno, oponiendo al pesimismo weberiano la utopía de una sociedad no regida por la razón instrumental. **2**

**Descripción
y valoración**

La máxima expresión de la razón instrumental es el funcionalismo, pero dentro de éste debe distinguirse entre el (a) simplemente descriptivo y (b) el valorativo. **3**

Hay funcionalidades que son verificables, o sea, que puede describirse que un tenedor sirve para comer (es una descripción). Pero cuando de allí se pretende deducir que por eso es bueno usarlo y su funcionalidad pasa a ser el criterio valorativo acerca de lo descripto, se da un salto muy peligroso, pasando por alto que eso dependerá de lo que se coma, que bien puede ser comida envenenada. Se llega por este camino no pensante a la apoteosis de la razón instrumental pura.

Casi todas las críticas a la modernidad, en definitiva, no atacan el descubrimiento de las funcionalidades descriptivas, sino el salto valorativo. No se niega la técnica, sino la *tecnocracia*: nunca puede ser la mera funcionalidad lo que indica el valor de una cosa. Eso implica el *olvido del ser*, importa no pensar.

**La crítica
criminológica
como parte de la
crítica a la razón
instrumental**

La crítica de la razón instrumental no podía menos que impactar a la cuestión criminal. Eso sucedió en los años sesenta y setenta del siglo pasado desde la criminología. Desde la sociología norteamericana el *interaccionismo simbólico* y la *fenomenología* quebraron los mitos de los fines manifiestos de la pena y la asepsia del sistema penal. La sociología deslegitimó los discursos penales que, para sobrevivir, no tuvieron otro recurso que encerrarse en el idealismo. **4**

- 5 Toda la crítica a la modernidad y a su idea de progreso, al igual que la crítica al derecho y al poder punitivo, se basan en el hecho de que, si bien el desarrollo de las instituciones sociales modernas ha creado mayores oportunidades que cualquier otra época para los humanos, es innegable que esa misma modernidad tiene un lado sombrío, dado por las guerras, genocidios, catástrofes y matanzas del siglo XX, en que el número de vidas perdidas ha sido notoriamente mayor que en los dos siglos precedentes.

**Críticas
progresistas
y reaccionarias**

Pero en el enorme montón de críticas es fácil perderse, por lo que deben distinguirse, como mínimo, dos intenciones críticas bien diferentes: las *reaccionarias* y las *progresistas*. Para las primeras, siempre se vuelve al pensamiento de la restauración, o sea, al estado de policía, al proceso inquisitorio y al poder punitivo ilimitado. *Para las críticas progresistas, con todos los matices, la modernidad es entendida como un proyecto inacabado, inconcluso, de realización progresiva, inagotable: un deber ser que todavía no es, pero que por el carácter dialéctico del ser, nunca será del todo como debe ser.*

§ 85. Las críticas optimistas y prudentes

- 1 Una crítica enunciada desde la sociología general, es la de Jürgen Habermas, que retomando el camino del hegelianismo de izquierda (*teoriza sobre el estado de derecho que debe ser pero que aún no es*), realiza un notorio esfuerzo para oponer a la razón instrumental un nuevo concepto, de naturaleza comunicativa (*teoría de la acción comunicativa*), fundado en el acuerdo intersubjetivo sin coacciones. Para este autor, el derecho debería fomentar el entendimiento y el acuerdo por el diálogo, sustituir la fuerza institucional por una organización de liberación social vinculada por la comunicación libre de toda coerción.

**Teoría de la
acción
comunicativa**

Habermas no describe la sociedad contemporánea, sino que construye un modelo ideal al que debe tenderse, de forma que la Constitución siempre sería un proyecto, por lo cual el estado de derecho nunca está realizado del todo, sino necesitado de permanente revisión. La misión del control de constitucionalidad sería, precisamente, asegurar el progreso de este proceso hacia su realización ideal. Si bien cabe reconocer el acierto de Habermas al con-

cebir al estado de derecho como un proyecto no del todo realizado (*consecuente con su idea de la modernidad como proyecto inacabado*), su optimismo parece excesivo, pues aspira a un ideal de comunicación y participación consciente, sin mencionar las contradicciones de toda sociedad. La razón comunicativa reemplazaría a la razón instrumental, pero lo cierto es que ésta no parece desaparecer espontáneamente, sino todo lo contrario. El poder punitivo es un producto de la razón instrumental, que se difunde y amplía.

El minimalismo de Baratta



Alessandro Baratta

una verdadera liberación de la imaginación sociológica y política frente a una cultura de lo penal que coloniza ampliamente el modo de percibir y construir los conflictos y problemas sociales en nuestra sociedad. Dado que prácticamente no hay orden conflictivo que la imaginación sociológica no pueda sustraer al sistema penal y hallarle otras soluciones, cabe pensar que el minimalismo de Baratta se inclina a una contracción del poder punitivo como signo de progreso social.

El minimalismo de Ferrajoli

Desde el ámbito de lo jurídico-penal, una de las más importantes críticas corresponde a *Luigi Ferrajoli*. Para este autor la deslegitimación del poder punitivo, sólo alcanza a su actual ejercicio, pero no puede abarcar un futuro en que puede ejercerse de modo mucho más racional. Por ello, entiende que la única deslegitimación que merece ese nombre, sería la del abolicionismo, o sea, la de quienes sostienen la imposibilidad radical de legitimar cualquier sistema penal, presente o futuro, por mínimo que sea. Afirma que en una sociedad mucho más democrática e igualitaria, sería necesario un *derecho penal mínimo*, como único medio de evitar males mayores (la venganza ilimitada).

Desde el campo de la cuestión criminal, quizá la más profunda reflexión se deba a *Alessandro Baratta*, quien ensayó una línea propia de *derecho penal mínimo* en que la ley penal respetase los derechos humanos, asignando a éstos tanto una función negativa de límite como una positiva de indicación de posibles objetos de tutela. Baratta clasificó sus principios en *intra* y *extrasistemáticos*. Los últimos son los que se refieren a la decisión política y los subdivide entre los que orientan la decriminalización y otros, que implican

2

3

- 4 Como Ferrajoli no distingue entre poder punitivo y derecho penal a estos efectos, un derecho penal mínimo –poder punitivo mínimo– se legitimaría por razones utilitarias, porque serviría para prevenir reacciones más violentas contra el delito. Considera que el derecho penal nace de la sustitución de una relación bilateral entre la víctima y el ofensor, por una trilateral que coloca a la autoridad judicial en una posición imparcial. Desde este ángulo, propicia un poder punitivo mínimo que propone una doble función: la prevención del delito, que indicaría el límite mínimo de la pena, y la prevención de las reacciones desproporcionadas, que señalaría su límite máximo. De esta manera, afirma Ferrajoli que el poder punitivo siempre estaría del lado del más débil: de la víctima frente al delincuente y del delincuente ante la venganza. Su *derecho penal mínimo* sería un programa de *ley del más débil*. La pena se legitimaría siempre como el mal menor, debiendo establecerse a partir de un cálculo de costos: el costo del poder punitivo frente al de la anarquía punitiva. Su relegitimación del poder punitivo en esa sociedad, reducido al mínimo, importa la propuesta de un modelo completamente diferente de ejercicio del poder y de estructura social en general. Aunque no haya razones históricas que permitan sostener que el poder punitivo alguna vez vaya a estar del lado del más débil, la discusión con el abolicionismo se convierte en una disputa sobre un modelo acabado de transformación social, pero no se ocupa de la clave teórica para elaborar el derecho penal vigente.

Un proyecto de poder punitivo al servicio del más débil

§ 86. El pensamiento posmoderno: ni ser ni deber ser

- 1 La *posmodernidad* es el movimiento que pretende superar la modernidad usando las herramientas de ésta, con las que descubre que *modernidad* también significó barbarie y proyecto de exclusión. La gran promesa de un mundo racional, civilizador y humanista del siglo XVIII se desvaneció en el siglo XX con sus matanzas y genocidios. La historia de las ideas modernas, como claves de un proyecto ilustrado, abarcando las que legitiman el poder punitivo, se hallaría concluida. Pone en crisis los grandes discursos que ordenaron el proyecto de la modernidad, verificando que no hay menos guerras ni hambre, ni tampoco menos violencia por mediación del poder punitivo.

La crítica a la modernidad con medios modernos

Deconstrucción de los grandes discursos

La posmodernidad, entendida como agotamiento de la modernidad y, por ende, de su legado institucional, es lógico que desemboque en una negación y deconstrucción, tanto del discurso como de la legitimidad del ejercicio del poder instituido. En la filosofía, es el discurso de *Bataille* que retoma de Nietzsche su perfil libertario, con predominante rechazo a toda autoridad. No muy lejano están *Gilles Deleuze* y *F. Guattari*, con su concepción de que las instituciones se basan en el *deseo paranoide*, por oposición al *deseo productivo* o revolucionario, todo lo cual reconoce antecedentes en viejos proyectos utópicos, ya revalorados en los años sesenta. Aunque muchos de sus partidarios no se reconocen como posmodernos, la más importante manifestación penal de este movimiento es el *abolicionismo*, cuyas posiciones no son necesariamente anarquistas.

El abolicionismo penal

El abolicionismo es un movimiento impulsado por autores del norte de Europa, con repercusiones en Canadá, Estados Unidos y América Latina. Partiendo de la deslegitimación del poder punitivo y de su incapacidad para resolver conflictos, postula la desaparición del sistema penal y su reemplazo por modelos de solución de conflictos alternativos, de preferencia informales. Sus mentores parten de diferentes bases ideológicas, pudiendo señalarse la fenomenológica de *Louk Hulsman*, la marxista del primer *Thomas Mathiesen*, la fenomenológico-histórica de *Nils Christie* y, aunque formalmente no integró el movimiento, no es aventurado incluir en éste la estructuralista de *Michel Foucault* (1926-1984).

Imaginar una sociedad diferente y verificar las dificultades de su realización

Frente a toda concepción negativa del poder punitivo es posible asumir dos posiciones diferentes:

(a) una consistente en poner entre paréntesis todos los datos reales del poder y llevar el pensamiento negativo hasta sus últimas consecuencias lógicas (imaginar directamente la sociedad sin poder punitivo);

(b) la otra importa asumirla, pero reconocer la complejidad del poder en la historia (es difícil construir esa sociedad) y, en especial, la clara consciencia de que eso implica un completo cambio civilizatorio.

No se trata de actitudes incompatibles, pues con la primera se obtiene el objetivo estratégico; con la segunda, la praxis política para lograrlo. La primera orienta a la segunda y le impide perderse.

El abolicionismo, como pensamiento desarrollado con lógica ahistórica, lleva a la abolición del poder punitivo como objetivo estratégico; como táctica, sus pensadores proporcionan algunas pistas, pero pese a ello, es innegable que el abolicionismo deja a los operadores del sistema penal bastante huérfanos de indicaciones prácticas. *Una vez más aparece la similitud entre el poder punitivo y la guerra: el abolicionismo se asemeja al pacifismo.* Es la aventura del pensamiento penal que se anima a hacer el máximo esfuerzo pensante para neutralizar el poder, pero de momento es pobre como táctica. Muchas de las críticas corrientes que se le formulan se disipan cuando se aclara que el objeto de la abolición no es el derecho penal, sino el poder punitivo, pero esto no lo exime de su deuda táctica.

§ 87. Síntesis: el ser que no debe ser

- 1 Desde la posguerra, la sociología parece dividida entre los *sistémicos* y los *teóricos del conflicto*. Los sistémicos asientan su percepción de la realidad en la estabilidad, en tanto que los teóricos del conflicto lo hacen en las contradicciones. Estos últimos proponen el abandono de la explicación de la sociedad como un sistema equilibrado normal (y el conflicto como una desviación del mismo), para explicar el conflicto como un componente normal de toda sociedad. Quizá, muy en el fondo, se trate de la versión sociológica del problema ontológico: *Parménides o Heráclito*.

**Parménides
y Heráclito**

Es común imputar a los teóricos del conflicto un compromiso político con el cambio, en tanto que también lo es reprochar a los sistémicos un compromiso con el *statu quo*. Lo cierto es que no hay ninguna prueba empírica que permita afirmar que la sociedad es un sistema, al igual que no la había cuando Spencer pretendía que era un organismo. No en vano se ha señalado la analogía del funcionalismo sistémico con el organicismo social.

El poder punitivo se ha legitimado primero por el discurso del *estado de pecado* (teocrático) y luego por el *estado de peligro* (cientificista), no siendo menos sospechoso el actual *estado de irreductibilidad funcional al sistema*, y que la *normalización* equivalga a la *expiación teocrática* y a la *neutralización científicista*.

**Los penalistas
no leen bien a
los sociólogos**

Además, cabe observar que no parece que los sociólogos fun- 2
cionalistas sostengan todo lo que sus seguidores penales les atribuyen. Muchos sociólogos funcionalistas rechazarían la lectura penalista de sus teorías. Aunque los sistémicos no se hayan preocupado únicamente por la estabilidad, lo cierto es que la lectura que de ellos hacen los penalistas está referida sólo a estos aspectos: como se ha dicho, se inclinan a apoderarse de los armarios y dejan las tazas y los platos. No es posible negar que, incluso desde una teoría sistémica de la sociedad, pueda percibirse como disfuncional para el sistema el ejercicio del poder punitivo, pero es claro que esa no es la lectura penalista del funcionalismo.

**Los conflictivistas
son poco útiles
para legitimar**

Cabe preguntarse por la razón de las preferencias penales 3
por las teorías sistémicas. Parece claro que, al menos en su particular lectura penal, son funcionales para la legitimación del poder punitivo, lo que no sucedería con las teorías conflictivistas, que pondrían de manifiesto que el poder punitivo es una válvula de escape institucional que desvía el conflicto de su objeto, que sirve para canalizar tensiones sin resolver los conflictos, que trata de neutralizar la conflictividad dinámica de la sociedad, que es enemigo natural de la idea de estado de derecho, etcétera.

Esta opción confirma que cuando el discurso penal legitimante del poder punitivo agotó su esfuerzo idealista para evitar todo contacto con los datos sociales, se aproximó a la sociología a través de una interpretación organicista de la sociedad, incluso haciendo una lectura arbitraria de los sociólogos o seleccionando a los más organicistas de los sistémicos.

Pero lo cierto es que, tanto las teorías conflictivistas de la sociedad como las sistémicas tienen vigencia plena en la sociología actual, sin que exista ninguna razón válida —como no sea la funcionalidad política legitimante— para preferir las teorías sistémicas a las conflictivistas a la hora de tender un puente con el derecho penal. De allí que, con perfecta legitimidad científica, optemos en este desarrollo por la perspectiva conflictivista de la sociedad.

**El conflictivismo
y la antropología
jurídica**

La opción por el conflictivismo importa una toma de posición 4
respecto de la sociedad y, por ende, del ser humano. En otras palabras: la opción por el puente conflictivista con las ciencias sociales exige del derecho penal una opción antropológica (un concep-

to de lo humano). Esta debe respetar el marco de la antropología jurídica, que está positivizado en el artículo 1° de la Declaración Universal.

Esta opción excluye todo planteo de un derecho penal transpersonalista (que ponga al ser humano como medio para el estado, la raza, la clase o el sistema), lo que sólo es posible mediante un poder social orientado conforme al principio del estado de derecho, entendido como principio regulativo de las actitudes ante la conflictividad social y el poder de las agencias estatales (del estado real o histórico).

- 5** La antropología fundamental y el principio regulativo del estado de derecho requieren de la teorización jurídico-penal:

(a) que sea personalista (el fin del derecho penal es la persona y no cualquier ídolo que la trascienda, lo que no hace más que encubrir su sometimiento al estado de policía);

(b) que reconozca en el ser humano la capacidad de determinarse conforme a sentido (lo contrario importaría negación del principio democrático);

(c) que le reconozca su conciencia moral, con la que siempre chocará el ejercicio del poder punitivo, como lo expresa desde la época clásica la tragedia de Antígona.

- 6** El derecho penal antropológicamente fundado debe asumir también los datos de la realidad social, en que grupos y personas colisionan conforme a intereses, pretendiendo someter a otros grupos y personas, violentar el principio democrático (negar la autodeterminación), violentar la conciencia ajena (cosificación) y, en ocasiones, destruir físicamente al otro o a su grupo (aniquilamiento). Aunque estas tendencias no siempre se articulen ideológicamente, el conjunto de antagonismos encierra impulsos negativos hacia el estado de derecho. Dado que éste no puede legitimar al estado de policía (sería una contradicción escandalosa), el estado real debe ejercer su poder en forma que lo reduzca y lo controle; será función de las agencias jurídicas exigir del estado real el sometimiento al principio regulativo del estado de derecho, lo que importa una pauta ética del ejercicio de poder, al servicio de la persona (autónoma y conciente).

Requisitos de una teorización antropológicamente fundada

Datos de la realidad y ética

Las tres exigencias éticas

En lo penal la exigencia ética es triple:

7

(a) en la construcción discursiva, exige la sinceridad y buena fe en la búsqueda de la contención del ejercicio del poder punitivo;

(b) en cuanto a las agencias jurídicas, exige el agotamiento de su esfuerzo de contención; y

(c) en las otras agencias del sistema penal, exige disminuir constantemente sus niveles de violencia y arbitrariedad selectiva.

La etización del derecho penal se impone como consecuencia de que el instrumento jurídico de reforzamiento del estado de derecho, no puede andar separado de la ética, so pena de perder su esencia. Por supuesto que esta etización del derecho penal debe distinguirse con todo cuidado del funcionalismo ético de mediados del siglo XX, porque la función ética que se le exige es muy diferente. Welzel abrió su obra con la impactante afirmación de que la función ético-social del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida comunitaria. Sería posible suscribir enteramente esa afirmación, a condición de no identificar derecho penal con poder punitivo y de renunciar a la alucinación de que el poder punitivo se ejerce conforme a lo programado por el derecho penal. Precisamente, para proteger los valores elementales de la vida comunitaria, el derecho penal debe saber que no regula el poder punitivo, sino que sólo puede –y debe– contenerlo y reducirlo, para que no se extienda aniquilando estos valores.

Reformulación de la responsabilidad y de la peligrosidad

El poder punitivo sin agencias que lo contengan y reduzcan, ⁸ aniquila todos los valores de la vida comunitaria a que se refería Welzel. *Desde la perspectiva conflictivista lo que se produce es sólo un desplazamiento del sujeto al que se dirige la exigencia ética, que son las instituciones y agencias del estado real. Este desplazamiento conlleva la alteración de otros conceptos subordinados, que fundamentalmente son los de (a) responsabilidad y (b) peligrosidad.*

La *responsabilidad* (posibilidad de respuesta) cambia totalmente su sentido, según el destinatario de la pregunta. Desde una perspectiva reductora, no es el criminalizado el *responsable*, sino la propia agencia judicial, que *debe responder* ante éste y ante toda la población, dando cuenta de su actitud respecto del poder punitivo.

Esta respuesta debe ser siempre adecuada a la concreta *peligrosidad* del poder punitivo para el estado de derecho. La selectividad y la violencia del ejercicio del poder punitivo se verifican universalmente, pero esto también pone de manifiesto que existen poderes punitivos que se ejercen en forma más irracional que otros, según el grado de realización de cada estado de derecho en un momento de su historia. Este grado concreto de irracionalidad del poder punitivo es la *peligrosidad* del sistema penal que, como no puede ser de otro modo, guarda estrecha relación con la responsabilidad del derecho penal y de las agencias jurídicas, pues el grado de ésta (la exigencia de respuesta por parte de estas agencias) es directamente proporcional a la peligrosidad del sistema penal. *La función responsable del derecho penal en este marco es la de expresar teóricamente que lo que es no deber ser, y operar, a través de las agencias jurídicas, para que deje de serlo en el menor tiempo posible.*

SEGUNDA PARTE

TEORIA DEL DELITO

CAPÍTULO 10

Estructura de la teoría del delito

§ 88. Las funciones de los sistemas teóricos del delito

- 1 El derecho penal contiene y limita el ejercicio del poder punitivo de diferentes maneras (declaración de inconstitucionalidad de leyes penales manifiestas y latentes, protección de libertades amenazadas, etc.), pero la más importante función limitativa la lleva a cabo interpretando las leyes penales manifiestas.

**Sistema
inteligente
de compuertas**

Como se ha expuesto, el saber (o ciencia) del derecho penal debe operar como dique de contención de las aguas más turbulentas y caóticas del estado de policía, que empujan ese dique para anegar el estado de derecho.

- 2 Es su función evitar el rebalsamiento, pero, al mismo tiempo, evitar que la contención de una masa acuosa tan enorme provoque su estallido.

**Selección
y contraselección**

Para eso debe operar *selectivamente*, filtrando sólo las aguas menos sucias y reduciendo su turbulencia, valiéndose de un complejo sistema de compuertas, que impidan la perforación de cualquiera de ellas y que, para el caso de producirse, disponga de otras que las reaseguren.

Como el poder punitivo ejerce su violencia selectivamente, la contención reductora que debe oponerle el derecho penal también debe ser selectiva.

- 3 La selectividad del derecho penal debe ser de signo opuesto a la del poder punitivo, pues desde la perspectiva de éste debe configurar una *contraselectividad*.

**Compuertas
penales y
procesales**

Como las leyes penales manifiestas que no sean inconstitucionales son las que menos irracionalidad importan, el derecho penal no puede cerrar completamente el paso al poder punitivo por ellas habilitado, por lo que debe agotar sus esfuerzos para abrirlo sólo cuando éste haya sorteado las compuertas de los sucesivos momentos procesales (las entreabre con el procesamiento y las abre con la prisión preventiva, decidiendo su duración con la sentencia), y haya probado legalmente que se da el supuesto en que la racionalidad del poder está menos comprometida.

En este itinerario del poder punitivo a través del juego de compuertas penales, coinciden la ingeniería del derecho penal con la del derecho procesal penal.

Teoría del delito y de la responsabilidad

Al final del camino (o proceso) se llega a la criminalización 4 secundaria formal de una persona (en términos sociológicos), pero en términos jurídico-penales esto presupone dos grandes divisiones de compuertas selectivas:

(a) un primer orden de éstas sirve para verificar si están dados los presupuestos para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo;

(b) dados esos presupuestos, un segundo sistema pregunta cómo debe responder la agencia jurídica a ese requerimiento.

Al primer sistema se lo denomina usualmente *teoría del delito* y al segundo *teoría de la pena* (que cabe entender más precisamente como *teoría de la responsabilidad penal o punitiva de la agencia jurídica*, no del criminalizado, pues quien debe responder es la agencia, que debe hacerlo velando porque el poder punitivo no sea ejercido sobre el procesado de modo intolerablemente irracional).

Importancia y función práctica de la teoría del delito

La teoría del delito, como sistema de filtros que permiten abrir 5 sucesivos interrogantes acerca de una respuesta habilitante de poder punitivo por parte de las agencias jurídicas, constituye la más importante concreción de la función reductora del derecho penal en cuanto a las leyes penales manifiestas.

Por ello, la elaboración dogmático jurídica ha alcanzado en la teoría del delito su desarrollo más fino, quizá a veces sobredimensionado en relación al resto del derecho penal.

Este desarrollo también obedece a que la teoría del delito cumple una importante función: *función práctica*, consistente en clasificar de modo razonable los caracteres para ofrecer un modelo de análisis que (a) facilite la enseñanza del derecho tanto como (b) el planteo y decisión de los casos en los tribunales.

§ 89. Necesidad de un sistema

- 1 El esquema general de casi todas las teorías del delito es estratificado, o sea, que va del *género (conducta, acción o acto)* a los *caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)*, con prelación lógica y sentido práctico. En varias ocasiones se negó la necesidad de construir una teoría del delito con clasificación de los caracteres en esta forma.

**Las críticas
al esquema
estratificado**

(a) Son hoy históricas las críticas de la llamada *escuela de Kiel*, o sea, de los penalistas del nacionalsocialismo activo o militante, que en sus panfletos defendían una construcción irracionalista del *delito como totalidad*. También lo son las de los jusfilósofos de la *escuela egológica argentina*, que no tenían signo político manifiesto, y algunos ensayos intentados sobre la base de la *teoría pura* de Kelsen.

(b) Más actualidad conserva la crítica de quienes interpretan que el derecho penal inglés no adopta una teoría del delito, lo que demostraría que es posible el funcionamiento eficaz y garantizador de una agencia judicial sin ella. En realidad, la jurisprudencia inglesa tiene una sistemática del delito estructurada sobre la base del *actus reus* y la *mens rea*, es decir, un sistema clasificatorio *objetivo/subjetivo*, que no difiere mucho de las corrientes europeas continentales del siglo pasado y aún hoy en Francia existentes.

- 2 c) Otra crítica observa que la teoría del delito puede llevar a soluciones contrarias a la política criminal por caer en la aplicación de conceptos excesivamente abstractos. No parece ser éste un defecto sino una virtud: si por *política criminal* se entiende el sentido corriente de *política eficaz contra el delito*, eso no es otra cosa que poder punitivo y, en tal caso, su contención es precisamente la función que debe cumplir el derecho penal. Desde von

**Puede contrariar
la política
criminal**

Liszt, a fines del siglo XIX, correctamente se le asignaba la función de contener a la *política criminal* entendida como poder punitivo.

La tópica

(d) Se ha propuesto que en lugar de aplicar una teoría, en 3 cada caso se argumente en pro y en contra acerca de todas las posibles soluciones, hasta dar con una que provoque general consenso, como expresión de la voluntad común. Este método se llama *tópica o pensamiento problemático*, se remonta a Aristóteles, Cicerón y Vico, y fue revalorada por Viehweg en una famosa conferencia de 1950, a la que invariablemente se hace referencia al tratar el tema.

Inviabilidad de la tópica en derecho penal

Es natural que el ámbito en que la tópica se discuta con ma- 4 yor empeño sea el del derecho civil, porque presupone un modelo efectivo de solución de conflictos por vía reparadora para los que pueden ingresar en el sistema y en beneficio, al menos, para una de las partes en litigio. Pero su aplicación al derecho penal es impensable, dado que éste, por su esencia, no resuelve los conflictos. No sería imaginable una tópica sin tomar en cuenta el punto de vista de la víctima, lo que no corresponde al modelo penal de suspensión del conflicto, en el que prácticamente se produce una opción.

Los cuestionamientos políticos serios

La objeción que tiene mucha mayor importancia es la que 5 observa que la dogmática jurídico-penal y, en particular, la teoría del delito, no ha cumplido sus promesas de proveer seguridad y previsibilidad en las decisiones, puesto que puede afirmarse que (a) *la dogmática facilitó la racionalización del poder punitivo y no cuestionó su función*, como también que (b) *la pluralidad de teorías que admite en su seno permite sostener soluciones dispares y por ende, proceder en forma arbitraria*.

Por ello es necesario preguntarse si una metodología que ha permitido la racionalización del poder punitivo puede ser útil para su contención, a la hora de replantear el derecho penal liberal desde una teoría agnóstica de la pena.

Debe aprovecharse la experiencia milenaria

El desarrollo conceptual de la teoría del delito, especialmente 6 en lengua alemana, constituye un esfuerzo de razonamiento y búsqueda muy particular en el campo jurídico. Muestra casi todas las posibilidades de construcción sistemática y sus fundamentos filosóficos. Rechazar esa experiencia, con el consiguiente

esfuerzo intelectual y el entrenamiento secular que implica, cuando se intenta construir un derecho penal exclusivamente reductor del poder punitivo, no sólo importaría un desperdicio omnipotente condenado al fracaso, sino que llevaría a plantear insensateces intuicionistas condenables por vía del absurdo.

El derecho penal reductor, construido sin método dogmático, quedaría convertido en un discurso político jurídicamente hueco. Si se entiende que su objetivo es la contención y el filtro de la irracionalidad y la violencia, las compuertas del dique penal deben funcionar en forma inteligente. No se trata de que pase cualquier agua ni en cualquier forma, sino que su cantidad, calidad y forma de paso deben ser predeterminadas inteligentemente.

- 7 El poder punitivo es un hecho político y el derecho penal debe oponerle una contraselección que debe ser racional para compensar, hasta donde pueda, la violencia selectiva del poder punitivo, porque de otra manera, de dos selecciones irracionales sólo podría resultar la suma de sus irracionalidades.

**Dos
irracionalidades
no hacen una
racionalidad**

Las compuertas no pueden operar esta selección inteligente si no se combinan en forma de *sistema*, entendido (ante el uso equivoco del vocablo) en su significado kantiano, o sea, como *la unidad de diversos conocimientos bajo una idea*, en forma que *a priori* se reconozca el ámbito de sus componentes y los lugares de las partes.

- 8 Para ello es necesario reconocer que si bien es verdad que la sistemática del delito a veces fue construida sólo con fin clasificatorio o pragmático, sin ninguna base funcional respecto del poder punitivo, no es menos cierto que también tiene capacidad para asumir y remarcar en forma manifiesta esta funcionalidad reductora y, por ende, para construir un sistema en atención a ella.

**No hay
sistemática que
no sea funcional,
aunque su autor
lo ignore**

Es verdad que según que la sistemática del delito se construya en atención al fin de la pena y a la función que cumple respecto del poder, o que, por el contrario, omita toda referencia a la pena y al poder, se ha hablado de sistemáticas *teleológicas* y *clasificadoras*.

Pero respecto de las puramente *clasificadoras*, cabe advertir que una sistemática del delito que se desentienda de su funcionalidad para el poder, sólo es una teoría a medias. Una verdadera teoría dogmática nunca puede prescindir de una decisión previa

y extralegal que le da sentido y unidad a la construcción. Cuando no se la explicita, se obtiene un instrumento ideal para convertir al operador jurídico en un autómatas peligroso, puesto que es un programa que *oculta* su función, porque en la realidad todo programa cumple una función, pese a que el programador sea tan necio que ni siquiera se pregunte para qué sirve.

§ 90. Estructuración básica del concepto: lineamientos

**Todo delito es,
ante todo, una
conducta humana**

Los datos sociales enseñan que *el poder punitivo selecciona 1* personas y la conducta es sólo el pretexto con que opera. Para contener este impulso selectivo personal del estado policial, el derecho penal debe asegurarse, al menos, que cualquier pretensión de ejercicio punitivo se lleve a cabo sobre la base de una acción. Por otra parte, desde el punto de vista práctico sería absurdo preguntarse si algo tiene los caracteres específicos del delito sin averiguar antes si se trata de una conducta humana; equivaldría a preguntar si un gato es una obra de arte.

Aunque con esto no se neutraliza la selección por la vulnerabilidad de la persona criminalizada, por lo menos se logra asegurar que la criminalización no se formalice sin que haya una acción que le otorgue base, requisito sin el cual el poder punitivo caería en un grado intolerable de irracionalidad discriminatoria. *No es tolerable que se pretenda formalizar jurídicamente un poder punitivo sobre otra cosa que no sea una persona y en razón de una acción de ésta.*

En consecuencia, desde la base misma de la construcción, se debe excluir del concepto de delito toda pretensión de ejercicio del poder punitivo sobre cosas, animales, personas jurídicas, etc., como también el que quiera ejercerse sobre personas por algo que no sea una acción (es decir, por el color, género, nacionalidad, condición social, instrucción, salud, edad, elección sexual, estado civil, etc.), o por algo que se cause sin relación a la voluntad de una persona (porque lo empujan, arrastran, arrojan, etc.).

**Nullum crimen
sine conducta**

Esta es la consagración teórica del *nullum crimen sine conduc- 2* ta. Pero no cualquier acción humana puede ser relevante como

base teórica para el concepto reductor de delito: *cogitationis poenam nemo patitur* (no se pena el pensamiento, sentenciaba Ulpiano en el siglo III). Todo pensamiento, sentimiento, disposición, imaginación, etc., que no trasciende al mundo exterior, no puede servir de base teórica para el delito. Cuando el pensamiento se manifiesta en el mundo, sin duda que hay acciones. Una injuria es la expresión de un pensamiento que causa un perjuicio a alguien, al igual que una crítica política; sólo que la primera es punible y la segunda no lo es por expresa prohibición constitucional.

El *nullum crimen sine conducta* es un requisito reductor mínimo, de elementísima racionalidad, por lo cual, dentro del sistema reductor sólo cumple una función grosera (función contraselectiva burda), pero se erige en carácter genérico o básico que permite asentar los tres caracteres filtrantes específicos, que son la *tipicidad*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*. No tendría ningún sentido preguntarse si puede ser antijurídico lo que no es una acción humana.

- 3 Pero tampoco reuniría el mínimo de racionalidad republicana la pretensión de que el poder punitivo se formalice sin que la acción genere un *conflicto*, caracterizado porque ella se proyecta en el mundo afectando por lesión o por peligro y en forma importante un bien jurídico ajeno.

**La conflictividad
lesiva de
la acción**

No puede tolerarse que el poder punitivo avance con pretexto de conflictos insignificantes o de acciones que no son conflictivas o que, claramente, pueden resolverse por otras vías. Pero conflictos que presentan estas características hay muchos, y las agencias políticas criminalizan primariamente sólo algunos, mediante instrumentos legales que fijan el *supuesto de hecho* (traducción literal de *Tatbestand*) o *tipo penal* en que se apoya la selección criminalizante secundaria (art. 79 para el homicidio, art. 163 para el hurto, art. 172 para la estafa, etc.).

- 4 A través de estos tipos, el poder punitivo pretende filtrarse en forma irracional y para ello aspira constantemente a embutir en ellos acciones que no se adecuan a éstos o que no presentan los caracteres conflictivos que presuponen (quiere *elastizar* los tipos penales): pretende que una manifestación pacífica sea típica del art. 194, que el apoderamiento de residuos en la vía pública sea hurto, etcétera.

**La presión
expansiva del
poder punitivo**

El análisis de la *tipicidad* (o sea, de la *adecuación de la acción al tipo*) no puede ser puramente descriptivo, sino que debe ser también (y esencialmente) valorativo. Como parte sustancial de la tarea valorativa incumbe al teórico precisar en cada caso si no se trata de un embutido arbitrario, de una rareza en el entendimiento del tipo, de una novedad insólita o inaudita, o del aprovechamiento de las contradicciones del legislador, como también rigidizar el tipo tanto como sea posible.

La acción típica debe ser también antijurídica

Con la pura lesividad conflictiva de la acción, aún no se sabe si ⁵ hay un objeto que reprocharle a alguien (un *ilícito* o *injusto* penal), porque hasta ese momento analítico la conflictividad sólo aparece a la luz de las prohibiciones, cuya averiguación es lógica y políticamente previa a la de las *permisiones*. Es posible que esa acción no se considere jurídicamente conflictiva, porque una ley autorice su realización en determinada circunstancia. Recién cuando se comprueba que no operan permisos para realizar la acción típica se afirma la existencia del *injusto penal* (acción *típica* y *antijurídica*).

Si el conflicto está resuelto no puede habilitar poder punitivo. Por eso la conflictividad debe ser confirmada mediante la constatación de que no existe ningún permiso en la ley que autorice la conducta, o sea, que la acción no sólo debe ser típica, sino también *antijurídica*. Esta característica no existe cuando opera una causa de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad o, genéricamente, el ejercicio regular de cualquier otro derecho.

El injusto penal debe serle reprochable al agente: culpabilidad

Aun cuando exista un *injusto* o *ilícito penal* (acción típica y ⁶ antijurídica), lesiona cualquier criterio de mínima racionalidad la pretensión de que el poder punitivo se habilite respecto del agente, cuando no se le pueda reprochar que en el contexto en que actuó no haya obrado de otro modo no lesivo o menos lesivo, sea porque actuaba con la conciencia seriamente perturbada, porque estaba en error invencible sobre la antijuridicidad de su conducta o porque las circunstancias hacían que no sea razonable exigirle otra conducta. Este juicio de reproche personalizado se llama *culpabilidad*.

Diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad

La diferencia entre la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* resulta ⁷ de dos momentos valorativos de selección: el primero tiene por objeto descartar todo lo que racionalmente no puede ser conside-

rado un conflicto con relevancia penal, en tanto que el segundo tiene el fin de descartar toda pretensión punitiva cuando razonablemente no se le puede reprochar al agente la producción del conflicto. Son dos diferentes momentos de valoración del contenido de irracionalidad de la pretensión del poder punitivo y que demandan una relación y prelación lógica: cualquier reproche requiere un objeto, que debe ser previamente definido.

- 8 Desde el punto de vista de un derecho penal reductor o contentor del poder punitivo, el delito no es un concepto que se compone sumando *elementos*, sino un doble juego de valoraciones acerca de una acción humana, que en cada caso la pretensión de ejercicio del poder punitivo debe superar, para que los jueces puedan habilitar su paso en determinada cantidad y forma.

Se trata de juegos de valoraciones y no de suma de elementos

Si fuese menester graficarlo, nunca debería hacérselo en forma de mosaico o rompecabezas, sino como sistema de filtros sucesivos, con las reservas de inexactitud de cualquier graficación metafórica.

- 9 ¿Hasta qué punto las categorías que manejamos en la teoría del delito son construcciones puramente jurídicas? Sin duda que lo son. ¿Pero carecen totalmente de base óptica? ¿No hay nada en la realidad que permita comprenderlas y que en definitiva les da base? En verdad son conceptos que el ser humano maneja cotidianamente con mucha menor elaboración, pero con los que opera siempre que juzga la conducta de un semejante.

¿Son categorías del todo inventadas?

Veamos un ejemplo. Pablo llega al café y comenta en rueda de amigos que Alejo le contó a la esposa de Martín que era mentira que la noche anterior habían estado juntos en una cena, lo que provocó un conflicto familiar a Martín y puso a la pareja al borde del divorcio.

(a) Supongamos que en ese momento llega Alejo y es interrogado, y que responde que no hizo eso, sino que la esposa del amigo lo llamó telefónicamente y cuando estaba a punto de responderle, por efecto de los nervios, se tragó la prótesis dental y casi se ahoga (*ausencia de acción*).

(b) Supongamos que Alejo responda que le dijo que había estado en la cena con el amigo, pero que la esposa no le creyó (*atipicidad objetiva*). Si respondiese que el amigo no le había advertido nada y que la esposa le preguntó si hacía tiempo que no lo

veía, sería un supuesto de error de tipo invencible (*ausencia de tipicidad subjetiva* o de dolo).

(c) Imaginemos que Alejo respondiese que la esposa de Martín le preguntó delante de su propia esposa –quien sufría de hipertensión– y que no pudo menos que responder la verdad para evitar él una crisis mayor: es un supuesto de estado de necesidad justificante (*causa de justificación que excluye la antijuridicidad*).

(d) Por último, pensemos que Alejo afirmase que lo hizo porque Dios lo puso sobre la tierra para proteger la santidad de los matrimonios, en cuyo caso lo más probable es que el grupo se retire en silencio, con una mezcla de resignación y compasión, porque se halla en presencia de un perturbado mental (*inculpabilidad*).

En definitiva, pues, cualquier ser humano en su vida de relación, juzga la conducta del prójimo conforme al esquema que hemos señalado:

Delito	{	Carácter genérico: conducta humana
		Caracteres específicos: tipicidad-antijuridicidad (injusto) culpabilidad

§ 91. Evolución de la teoría del delito

La desconcertante pluralidad de teorías del delito

Se han enunciado múltiples *teorías del delito*. Es difícil orientarse en ellas. El estudiante percibe esto como una complicación casi insuperable y el propio especialista con frecuencia se pierde.

No obstante, desde hace más de un siglo las categorías manejadas en todas las teorías no han variado mucho. En general, siempre han oscilado sobre la problemática de las cuatro categorías básicas: (a) acción (conducta, acto), (b) tipicidad, (c) antijuridicidad y (d) culpabilidad.

Hubo quienes negaron la necesidad de la acción antes del tipo y sólo se interesaron en la acción típica; quienes sostienen que la tipicidad afirma la antijuridicidad; quienes pretenden que la capacidad psíquica es un presupuesto separado del resto de la

culpabilidad; y quienes incluyen en el concepto de delito la punibilidad como quinto componente, pero siempre la discusión gira alrededor de las cuatro categorías mencionadas.

Mucho más rica en variantes ha sido la discusión sobre el contenido de cada una de estas categorías o caracteres y, como consecuencia, de las relaciones entre los mismos. A veces lo que se quiere señalar con estos caracteres varía tanto de una teoría a otra que es más que dudoso que se estén refiriendo a lo mismo, con lo cual la discusión parece ser un diálogo entre sordos.

- 2 En estas condiciones es explicable el desconcierto y, en ocasiones, el impulso por liberarse de todas las discusiones y de la propia metodología dogmática en la construcción e intentar otros caminos. Sin embargo, como vimos (ver § 89) es indispensable conservar el método y la teoría estratificada como sistema inteligente de compuertas: (a) para no sumar otra irracionalidad a la que ya importa el propio poder punitivo que debe contenerse y (b) para proporcionar al práctico un criterio o catálogo de interrogantes para los casos concretos, que siga un orden de prelación lógica.

**El impulso
simplificador**

Para ello es menester armarse de paciencia y penetrar la complejidad teórica. A riesgo de pecar de simplismo, trataremos de explicar del modo más sencillo posible el cuadro teórico y ubicar los momentos históricos de cada una de las teorías.

Después de esto, en los capítulos siguientes, se expondrá nuestra teoría del delito y discutiremos otras propuestas, porque *lo fundamental es manejar una teoría del delito*. Cuando se logra este objetivo, las diferencias con las restantes se perciben más claramente, por lo cual en cada punto discutiremos otras propuestas.

No obstante, desde ahora es necesario que nos ubiquemos en el panorama general, porque de lo contrario no sabremos con quién discutimos en cada caso y, lo que es peor, para qué lo hacemos.

El *mapa teórico general* es el que muestra el siguiente cuadro:

- 3 Vimos que para Hegel (ver § 72) el espíritu es un principio activo que pasa por tres estadios: el subjetivo, el objetivo y el absoluto. Ubica al derecho en el momento del espíritu objetivo, como

Hegelianos

la relación entre dos personas que son libres porque al superar el momento subjetivo alcanzaron la autoconciencia.

Como no puede haber conducta sin relevancia jurídica si no importa una relación entre libertades, para averiguar si algo es delito, lo primero que habrá que hacer será averiguar si el agente era libre, es decir, si era imputable.

Por eso, la teoría del delito de los hegelianos comenzaba con una investigación acerca del autor para pasar luego al hecho, sólo en caso de verificarse que éste era libre. El *criterio sistemático*, por ende, era el *subjetivo/objetivo*.

Esto traía una serie de dificultades sistemáticas, pero sobre todo no era práctico, porque exigía un dispendio de esfuerzo: quien pretendía resolver un caso debía comenzar por averiguar la capacidad del autor antes de saber si había un conflicto lesivo que imputarle.

Los autores hegelianos fueron Köstlin, Abegg, Hälscher y Berner en Alemania y Enrico Pessina en Italia, todos del siglo XIX. Desde ese tiempo esta sistemática fue abandonada. Nunca se la sostuvo en América Latina.

Franz von Liszt

Siguiendo la primaria clasificación de caracteres que surge ⁴ cada vez que se trata de analizar un fenómeno humano, la mayoría de la doctrina se inclinó por separar lo objetivo de lo subjetivo (criterio *objetivo/subjetivo*). Siguiendo esta línea, von Liszt (ver § 75) fue el autor de la teoría dominante de fines del siglo XIX y comienzos del XX: *el delito era un acto antijurídico (injusto), culpable y punible*.

El injusto era lo objetivo y la culpabilidad lo subjetivo. Toda la teoría pretendía ser descriptiva, o sea que descomponía el delito en características verificables en la realidad.

La *conducta, acción o acto*, era un hacer voluntario porque, a diferencia del acto reflejo, respondía a una inervación muscular y ponía en marcha una causalidad que mecánicamente producía el resultado.

El *injusto* era la *causación física* del resultado socialmente dañoso y la *culpabilidad* era la *causación psíquica* de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo (cuando se quería

causar el resultado antijurídico) o de culpa (cuando sobrevinía como consecuencia de negligencia).

En definitiva, para saber si había un delito debían investigarse dos nexos causales: uno físico (¿Causó la conducta el resultado?) y otro psíquico (¿Hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado?).

Como dentro del injusto no se distinguía la tipicidad de la antijuridicidad, había muchas conductas antijurídicas y culpables que no eran delitos. Para evitar esta insuficiente caracterización del delito era necesario agregar otro requisito, que era la *punibilidad*.

Desde el punto de vista práctico seguía siendo un esfuerzo inútil analizar todos los caracteres del delito y sólo por último preguntarse por su relevancia penal como tal. Es como pintar toda una casa y esperar hasta llegar a la terraza para averiguar si es la que se debía pintar.

- 5 Debido a la dificultad que presentaba esperar hasta la punibilidad para saber si interesaba el hecho como posible delito, sin alterar en nada el esquema objetivo/subjetivo, Beling enunció en 1906 su teoría del tipo, con la que, dentro del injusto (siempre considerado objetivo) distinguió entre la tipicidad y la antijuridicidad.

De este modo la prohibición pasó a ser sólo la de causar el resultado típico, en tanto que la antijuridicidad era el choque de la causación de ese resultado con el orden jurídico, que se comprobaba mediante la ausencia de todo permiso para causarlo.

A partir de esta cesura el delito pasó a ser *una conducta (acción o acto) típica, antijurídica (injusto objetivo) y culpable* (algunos siguieron conservando la punibilidad dentro de la teoría del delito, pero sin la función que tenía antes de Beling).

La teoría del delito conforme a esta sistemática así modificada se conoce como *sistema de Liszt-Beling*. No tiene sostenedores

**Ernst
von Beling**



Ernst von Beling

actuales: en la Argentina fue seguida cercanamente por Sebastián Soler (1940).

Cabe recordar que Beling, en un breve trabajo de 1930, enunció una teoría del delito-tipo, en la que modifica puntos de vista de 1906, con una notoria complejidad y que no tuvo seguidores, pero que es necesario mencionar para no confundirla con su aporte de 1906.

Neokantianos

En los primeros años del siglo XX se notó que el concepto de 6 conducta del esquema de Liszt-Beling no respondía a la realidad, porque el contenido de la voluntad de la conducta iba a parar a la



Gustav Radbruch

culpabilidad, y una voluntad sin contenido es inimaginable. El neokantismo sudoccidental vino en ayuda de este esquema, afirmando que el concepto de conducta del derecho penal no era el de la realidad, sino una creación de éste, que como concepto jurídico la elaboraba con una voluntad sin finalidad, lo que permitía que la finalidad siguiese perteneciendo a la culpabilidad. Fue el aporte de Gustav Radbruch en 1904.

No obstante, el esquema objetivo/subjetivo presentaba dificultades sistemáticas, tanto (a) porque la culpabilidad necesitaba algunos datos objetivos como (b) porque la tipicidad requería algunos subjetivos.

(a) En algunos delitos no había relación psicológica alguna entre la conducta y el resultado. Eso sucede en los casos de culpa inconsciente (ver § 155.7), en especial en los llamados *delitos de olvido*. Cuando un sujeto sale de su casa para ir al teatro y olvida la llave del gas del calefactor abierta, causando una explosión que hiere al vecino, incurre en una conducta penada por el art. 94, pero no hay ninguna relación psicológica entre la voluntad de ir al teatro y la lesión al vecino.

Frente a esto había tres posibilidades: desbaratar la teoría admitiendo que hay delitos sin culpabilidad; considerar que en los casos de culpa inconsciente no hay delito, o bien, reformular el concepto de culpabilidad.

Reinhardt Frank, en 1907, optó por el tercer camino, retornando a la culpabilidad aristotélica y definiéndola como juicio de reproche personalizado (el llamado *concepto normativo de la culpabilidad*).

(b) Algunos tipos penales exigen ultraintenciones (el inc. 7º del art. 80 por ejemplo) y en la tentativa no se puede determinar su tipicidad si no se conoce el fin que se propone el sujeto (un puñal que pasa a centímetros de la cabeza de alguien no sabemos si es una imprudencia, una tentativa de lesiones, de homicidio o un accidente). Por ello, August Hegler y Max Ernst Mayer, por caminos separados, introdujeron los llamados *elementos subjetivos del injusto* (en realidad de la tipicidad, que seguían entendiendo como predominantemente objetiva).



Reinhardt Frank

7 Los neokantianos produjeron dos sistemáticas del delito: la de Mezger y la de von Weber. Con Mezger alcanzó su mayor desarrollo la corriente que apuntalaba el esquema objetivo/subjetivo con argumentos valorativos. Weber abandonó ese esquema.

Edmund Mezger

Para Mezger la conducta era un concepto jurídico-penal con una voluntad sin contenido o finalidad y el delito violaba dos normas: una *de prohibición* y otra *de determinación*. La primera se dirigía a la generalidad, la segunda era personalizada. El injusto comprobaba la violación de la norma de prohibición; la culpabilidad la de la norma de determinación.

El tipo seguía siendo objetivo (aunque emparchado con elementos subjetivos cuando con los objetivos no alcanzaba para verificar la tipicidad).

El dolo y la culpa (la voluntad de producir el resultado y la negligencia) seguían siendo elementos de la culpabilidad, y ésta era entendida siempre normativamente, aunque al igual que en Frank el reproche contenía el objeto reprochado, que era precisamente la voluntad de producir el resultado o la negligencia (dolo o culpa).

Esta sistemática fue acogida en la Argentina por Jiménez de Asúa y en Brasil por Nelson Hungria. Mantiene vigencia en la doctrina alemana en la obra de Jürgen Baumann.

**Hellmuth
von Weber**



Hellmuth von Weber

Representa la otra corriente sis- 8
temática del neokantismo. Percibió que había dificultades en mantener el tipo objetivo y el dolo y la culpa en la culpabilidad, por lo cual introdujo el tipo complejo, con un aspecto objetivo y otro subjetivo (que comprendía al dolo) y homogeneizó el concepto de culpabilidad, que como reproche se libraba de su objeto.

No se interesaba por el concepto de conducta pretípico, sino que ponía el acento en la acción típica únicamente y el delito quedaba reducido a dos elementos: injusto y culpabilidad. Las causas de justificación o permisos eran causas de atipicidad (la teoría de las causas de justificación como elementos negativos del tipo).

Esta sistemática no fue acogida en obras generales latinoamericanas. No obstante, en la doctrina alemana conserva gran vigencia. Los llamados *autores eclécticos* la siguen, aunque algunos incorporan un concepto de conducta pretípico también de naturaleza jurídico-penal, y otros le introducen algunas variantes menores. Puede decirse que es la sistemática que predomina en la bibliografía alemana última. En esta posición puede señalarse a Hans-Heinrich Jescheck, a los continuadores del comentario de Schönke-Schröder, a Paul Bockelmann, a Johannes Wessels y al continuador de la obra de Mezger, Hermann Blei.

Hans Welzel

Partiendo de la teoría de las estructuras lógico-reales (ver 9
§ 81), Welzel sostuvo una teoría pretípica de la acción, afirmando que no existía un concepto jurídico penal de acción distinto de la realidad, y por ende, afirmó que la acción abarcaba la finalidad y así era desvalorada por el tipo y la antijuridicidad.

El tipo, al igual que en von Weber, era complejo, objetivo y subjetivo, conteniendo al dolo. Dolo y culpa, comisión y omisión, eran diferentes estructuras típicas.

Para Welzel, el delito tiene un carácter genérico que es la conducta, acción o acto, y tres caracteres específicos, que son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. La culpabilidad es normativa e importa el reproche por no haber contenido las pulsiones instintivas que lo movían al delito.



Hans Welzel

Esta teoría fue desarrollada en la Argentina en obras generales en los años setenta del siglo pasado por Enrique Bacigalupo y Raúl Zaffaroni y en Brasil por Heleno Claudio Fragoso. En la doctrina alemana siguen hoy en esta posición (el llamado *finalismo ortodoxo*) Hans Joachim Hirsch y su discípulo Georg Küpper.

En la sistemática de Welzel no se resolvían satisfactoriamente algunos problemas de tipicidad objetiva. La causalidad no es un criterio válido para imputar todos los resultados. Por distintos medios siempre trató de limitarse su relevancia. Toda teoría del delito se afirmó sobre algún criterio de *imputación objetiva*, pero siempre quedaron problemas por resolver, y la verdad es que Welzel no desarrolló este aspecto de la teoría, aunque inventó una causa de atipicidad expresa (la *adecuación social de la conducta*).

- 10 Por ello, en los años setenta algunos discípulos de Welzel creyeron resolver el problema quitando el resultado del tipo y dejándolo reducido a una cuestión de punibilidad sobre la base de considerarlo mero producto del azar, corriente conocida como del *desvalor de acto puro*, que comenzó enunciándose en los tipos culposos (Armin Kaufmann) e intentó llevarse al tipo doloso (Diethart Zielinski). La consecuencia era que el concepto general de delito se identificaría con el delito tentado.

Esta corriente dogmática (denominada subjetivismo monista), no logró resolver el problema, porque si bien el resultado siempre es un producto del azar en alguna medida, no es menos cierto que lo mismo sucede con el acto que deja de ser preparatorio y pasa a ser de tentativa, con lo cual no hizo más que desplazar el problema.

La teoría del desvalor de acto puro no tiene seguidores en la doctrina alemana. En la Argentina fue acogida por Marcelo Sancinetti en su tesis doctoral de 1990.

**Desvalor
de acto**

Claus Roxin

Roxin elaboró un sistema del delito a lo largo de mas de tres 11
 décadas y lo expuso en obra de conjunto en 1990. Se halla estre-
 chamente vinculado al esquema neokantiano de von Weber y a
 los eclécticos contemporáneos.

Comenzó negando la necesidad de un concepto de acción pre-
 vio al tipo, pero ahora sostiene un concepto propio de acción
 pretípica. Denomina a su sistema *funcional* o *racional conforme a*
objetivos (que serían básicamente los fines de la pena).

Se hace cargo de las dificultades de la imputación objetiva en
 las sistemáticas anteriores e intenta resolverlo en el tipo objetivo
 mediante el reemplazo de la causalidad por *la producción de un*
riesgo no permitido y sin concreción en el resultado disvalioso den-
tro del objetivo protector de la norma. De este modo, la categoría
 científica, natural o lógica de la causalidad, es sustituida por una
 regla de trabajo orientada por valores jurídicos.

Amplía la culpabilidad hasta ser una categoría de *responsa-*
bilidad, en la que incluye a la culpabilidad propiamente dicha como
 condición de cualquier pena, pero también a la necesidad preven-
 tiva (general y especial) de la sanción penal, en forma tal que
 culpabilidad y prevención sean elementos que se limiten reci-
 procamente, resultando de su conjunto la responsabilidad.

Günther Jakobs

Jakobs recibe la influencia confesa de Luhmann (ver § 82.5) y 12
 no puede negarse que su afirmación de que la pena ratifica la
 vigencia de la norma y que la pena se justifica en el propio acto de
 punir tienen origen en Hegel, como tampoco que su normativización
 de todos los conceptos recuerda a Kelsen.

Su sistemática radicaliza mucho más profundamente que
 Roxin la tendencia a la construcción funcional. Invierte exacta-
 mente la premisa de Welzel, al afirmar que ningún concepto juri-
 dico-penal –y no sólo la acción y la culpabilidad– está vinculado a
 datos prejurídicos, sino que todos se construyen en función de la
 tarea del derecho penal, o sea, que el derecho penal los construye
 a su medida conforme a los fines que se le asignan. Incluso el
 concepto mismo del sujeto al que se dirige el derecho se constru-
 ye en función de la tarea asignada al derecho penal.

No sólo niega la teoría de las estructuras lógico-reales, sino
 que propone exactamente lo contrario, es decir, una radical
 normativización de toda la dogmática.

Separa el objeto de la culpabilidad y la culpabilidad, sobre la base de que el primero consiste en una imputación objetiva fundada en el riesgo desaprobado y en su realización (relativamente), que incluye el aspecto cognoscitivo del dolo (lo que el agente debe saber para que pueda decirse que actuó con el fin de realizar el tipo objetivo) y una imputación subjetiva, que es la culpabilidad, en la que incluye el aspecto conativo del dolo, o sea, el querer la producción del tipo objetivo.

Para resolver los problemas de imputación objetiva normativiza la teoría sociológica de los roles: no se puede imputar un resultado que no haya sido producido como consecuencia de la defraudación a expectativas del rol.

Su concepto de culpabilidad depende exclusivamente de la demanda de prevención general positiva (de reforzamiento de la confianza en el derecho) y no toma en cuenta la real posibilidad del sujeto de poder hacer algo diferente, no lesivo o menos lesivo. Se ha señalado que *su posición implica un sorprendente renacimiento de la teoría de la construcción de conceptos del neokantiano Lask, tan vehementemente combatida -y con éxito durante casi cinco decenios- por Welzel (Bernd Schünemann).*

§ 92. Presupuestos constructivos para una sistemática funcional reductora (o funcional conflictivista)

- 1 No es posible desconocer los aportes de los distintos momentos de la evolución teórica sobre el delito: (a) el esquema de Liszt tuvo la virtud de oponer el derecho penal al poder punitivo, (b) el sistema Liszt-Beling fijó las cuatro categorías sobre las que discutiría a lo largo del siglo siguiente la teoría del delito, (c) el *neokantismo* significó un duro entrenamiento para la fina construcción sistemática, (d) el *finalismo* aportó su toque de atención en cuanto al respeto por el mundo y sus datos, y (e) el *funcionalismo* confiesa con singular sinceridad que los conceptos jurídicos-penales son políticamente funcionales.

Los aportes de cada momento teórico

- 2 La exposición de las cuatro categorías teóricas del delito que seguidamente iniciamos no constituye una fractura en la dinámica teórica, sino otro desarrollo de ésta. No hacemos otra cosa que

Sociología conflictivista en lugar de sistémica

cambiar el puente que el funcionalismo alemán tendió hacia la sociología sistémica para tenderlo hacia la sociología conflictivista (ver § 87.3) y asociarlo a una teoría agnóstica de la pena (ver § 16). Para ello no renunciamos al método dogmático ni a la estructura estratificada del concepto de delito.

**Teleología
reductora
y valorativa**

En razón de los anteriores presupuestos se impone que la 3 construcción teórica del delito que se ensaya responda a una teleología contentora y reductora del poder punitivo, con lo cual retomamos en buena medida el punto de partida de Franz von Liszt, aunque libre de su carga positivista y con la advertencia de que el derecho penal no debe ser la Carta Magna del delincuente sino del ciudadano.

La sistemática conceptual del delito así concebida no puede menos que ser *valorativa*, en el sentido de que los caracteres deben surgir de la determinación de los criterios para descartar los impulsos punitivos intolerables conforme a pautas claras y dadas en cierto orden de prelación que facilite el camino analítico para la solución de los casos particulares. En este sentido, tiene presente su función inmediata o práctica, que es la de facilitar la decisión de las agencias jurídicas tanto como el entrenamiento académico para ese objeto.

**Los efectos
reales de la
habilitación del
poder punitivo**

Una sistemática construida teleológicamente hacia el 4 reforzamiento del estado constitucional de derecho no puede contentarse con un mero análisis deductivo, sino que debe tender todos los puentes posibles a la realidad que permitan apreciar los efectos de la habilitación de un hipotético ejercicio de poder punitivo conforme a las particularidades del caso.

Si bien el marco de la teoría negativa o agnóstica de la pena impone que cualquier concepto de la teoría del delito deba ser necesariamente contentor del ejercicio del poder punitivo (de lo contrario sería disfuncional y, por ende, estaría mal elaborado), debe cuidarse de no confundir la teoría del delito como presupuesto (que sólo habilita la responsabilidad penal o punitiva de las agencias jurídicas), con las preguntas acerca de la asunción de esta responsabilidad por parte de las mismas.

Esto permite sistematizar mejor los problemas y evitar que la funcionalidad constructiva de la teoría del delito termine configurando una confusión conceptual, como a veces parece suceder en algunas construcciones funcionalistas.

Síntesis del mapa teórico general del delito

Hegelianos (siglo XIX). Siguiendo a Hegel, sólo había delito si el autor era libre, por lo cual seguía el criterio sistemático: subjetivo/objetivo. Primero preguntaba por el autor y luego por el injusto. No era un camino práctico para resolver casos.

Franz von Liszt (1890 y siguientes años). De inspiración positivista. Criterio sistemático objetivo/subjetivo. El ilícito (injusto) era la causación física del resultado socialmente dañoso. La culpabilidad era la relación psíquica de la conducta con el resultado. El delito era la conducta antijurídica, culpable y punible. No tiene sostenedores actuales. En Brasil lo siguió su primer traductor, José Higinio Duarte Pereira (1898) y luego Galdino Siqueira (1921).

Ernst von Beling (1906) enuncia la teoría del tipo objetivo, como paso en la averiguación del injusto objetivo de Liszt. Deja de ser necesario llegar hasta la punibilidad para preguntarse por la relevancia penal del acto. Modifica el sistema de Liszt haciéndolo más práctico para la solución de casos. El sistema así modificado se conoce como Liszt-Beling. No tiene sostenedores actuales, lo siguió cercanamente en la Argentina Sebastián Soler (1940).

Ernst von Beling (1930) enuncia poco antes de morir una teoría del delito-tipo, en la que modifica puntos de vista de 1906, con una notoria complejidad y que no tuvo seguidores.

Neokantismo. La vertiente sudoccidental permite construir conceptos jurídicos para recomponer el esquema de Liszt-Beling que no lograba explicar la culpa inconsciente ni las exigencias subjetivas en la tipicidad. Radbruch (1904) enuncia la idea de un concepto jurídico-penal de acción; Frank (1907) la teoría normativa de la culpabilidad (culpabilidad como reproche); Hegler en 1911 y M. E. Mayer en 1921 los elementos subjetivos del injusto.

Edmund Mezger (1930 y sucesivos). Es la teoría neokantiana del delito más difundida. Sostiene que el injusto se establece conforme a una norma de prohibición y la culpabilidad a una norma de determinación; el primero sigue siendo predominantemente objetivo y la segunda subjetiva (sigue contentiendo al dolo y a la culpa, o sea al objeto del reproche junto al juicio de reproche). Conserva actualidad en la obra de Jürgen Baumann y sus actualizadores.

Hellmuth von Weber (1929-1936-1946). Es la otra teoría neokantiana del delito. Sostiene el tipo complejo (el dolo pertenece al tipo), las causas de justificación eliminan la tipicidad (teoría de los elementos negativos del tipo), la acción que interesa es sólo la típica.

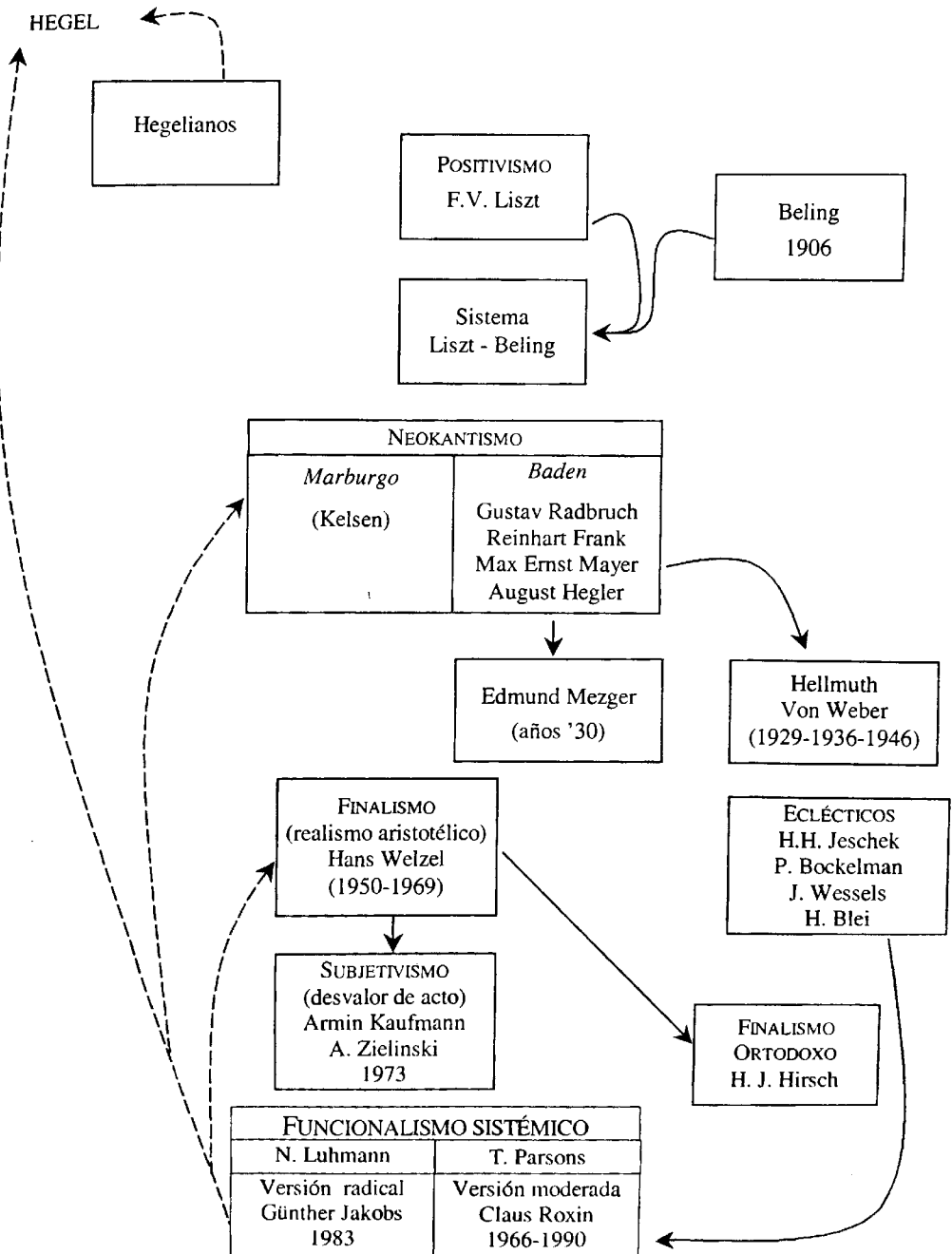
Hans Welzel (1950-1969). Con fundamento realista, ecos aristotélicos, enmarcado en el renacimiento del *jusnaturalismo*, el ontologismo de Welzel da lugar a la teoría finalista de la acción y a una sistemática con tipo complejo (dolo y culpa son estructuras típicas), antijuridicidad como paso posterior a la tipicidad y culpabilidad normativa pura (juicio de reproche libre del dolo y la culpa). Actualmente es sostenido por Hirsch y Küpper.

Eclécticos. Con variantes del esquema de Weber se desarrollan las obras de los autores que se suelen considerar eclécticos: Hans-Heirich Jescheck (1970), Paul Bockelmann (1973), Johannes Wessels (1970) y Hermann Blei (continuador de la obra de Mezger). Son obras que se continúan hasta el presente y predominan en la doctrina alemana de uso académico.

Desvalor de acto (1973). Sostenido por Armin Kaufmann y Diether Zielinski, asume el esquema welzeliano, pero renuncia a considerar el resultado en el tipo. Estima que es un componente de azar a tener en cuenta en la punibilidad. El modelo de delito sería el tentado. No tiene seguidores en la doctrina alemana actual.

Claus Roxin (1966-1990). Asume en buena medida el esquema de los autores eclécticos y recibe influencias del funcionalismo sociológico de Parsons. Perfecciona con la teoría del aumento del riesgo en lugar de la causalidad, para resolver problemas de imputación objetiva en el tipo objetivo. En 1990 se separa más de aquéllos sosteniendo que existe una acción previa al tipo, y para ello enuncia su teoría sintomática de la acción o conducta.

Günther Jakobs (1983). Basado en el funcionalismo sistémico sociológico de Luhmann, aunque combinado con elementos de Hegel y de Kelsen, normativiza todos los conceptos del delito, negando bases ónticas en todos ellos; extrema el constructivismo jurídico de los neokantianos, minimiza la función del bien jurídico y resuelve los problemas de la imputación objetiva en el tipo objetivo conforme a la teoría de los roles. Renueva la terminología teórica del delito y la culpabilidad pasa a ser la necesidad de prevención general positiva.



CAPÍTULO 11

La acción como carácter genérico del delito

§ 93. La función política y vinculante del concepto jurídico-penal de acción

1 No todo hecho que causa un resultado es una conducta humana, aunque sea una persona la que origine la causalidad que desemboca en ese resultado. Hay *hechos* naturales, como la caída de un rayo; hay otros *humanos*, pero entre los hechos humanos sólo los *voluntarios* son conductas. Por ende, conducta es, en su definición más sintética, un *hecho humano voluntario*. Son hechos humanos no voluntarios los movimientos reflejos con los que apartamos la mano de algo que nos quema, la respiración o toda la fisiología que no controlamos, aunque desencadenen causalidades que produzcan muertes, lesiones, daños en propiedad ajena, etcétera.

**Acción como
hecho humano
voluntario**

2 Por ello, en la base del concepto de delito se halla su característica más genérica, a la que llamamos *acción*, *conducta* o *acto* indistintamente. Es el género o sustantivo del delito, porque la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son adjetivaciones de la conducta, o sea que cada una de ellas pueden predicarse respecto *de la conducta*. De este modo la conducta *vincula* todos los caracteres del delito.

**El sustantivo
del delito**

3 La conducta es el *género* y las tres características particulares son las que permiten definir la *especie*, o sea, el delito. Nadie se pregunta si una piedra es un canguro, porque el género del canguro es el animal (carácter más genérico); establecido que nos hallamos ante un animal, cabrá preguntarse si es un mamífero y si es un marsupial (caracteres específicos). Tampoco tiene sentido preguntarse si algo es un delito si no tiene el carácter genérico

**Género
y especie**

de conducta; establecido ese carácter, recién tiene sentido preguntar por las características específicas de la especie *delito*.

**La especie
no define
al género**

Es cierto que si preguntamos por el canguro presuponemos **4** que es un animal y no una piedra, y que tampoco nos interesa otro animal que el canguro. Pero en ningún caso el que pregunta por el canguro define el género *animal* desde la especie *canguro*, lo que llevaría al absurdo de sostener que la vaca, el perro o el humano no son animales. Nadie condiciona el carácter *animal* a que se alimenten a leche ni a que las hembras tengan una bolsa ventral.

En todas las ciencias –y no sólo en las naturales– se reclama una necesaria prelación de conceptos que permita ir del género a la especie y nunca a la inversa. No es válido suponer que porque nos hallamos en un saber que no es natural (como la zoología con el canguro) podamos alterar reglas del pensamiento racional.

**Funcionalidad
política del
concepto**

El derecho penal construye sus conceptos para limitar el po- **5** der punitivo y, por ende, cuando nos preguntamos por la *conducta* también lo hacemos con ese *sentido político*, pero eso no nos autoriza a inventar el mundo ni a alterar la prelación racional de los conceptos, precisamente porque cuando se procede de ese modo nunca se alcanza el objetivo político.

Una elemental garantía exige no penar lo que no sean conductas humanas. No es tolerable que Herodes elabore tipos penales, porque tener los ojos azules, no haber cumplido cierta edad, ser rubio o moreno, no son datos no delictivos por su atipicidad, sino por algo que, por elemental que sea, debe resolverse antes del tipo y por razones constitucionales.

**Doble función:
política y
vinculante**

Por ende, el concepto de conducta como carácter genérico, **6** fundante o vinculante del delito, debe servir también para realizar el principio de que *no hay delito sin acción humana* (enunciado como *nullum crimen sine conducta* y también como *nulla injuria sine actione*). Se trata de un concepto que debe ser apto para cumplir una doble función: (a) la función limitadora o política del poder punitivo (*nullum crimen sine conducta*) y (b) la función de género vinculante de los adjetivos que conduzcan a la especie *delito*.

**Políticamente
tampoco puede
construirse
la acción desde
los tipos**

Debido a la necesidad política de excluir del delito desde su **7** base genérica todo lo que no sea acción humana, no podemos construir el concepto penal de la conducta partiendo de los tipos, porque precisamente *necesitamos un concepto pretípico para evi-*

tar que los tipos prohíban lo que no son acciones. Además, la acción no es un concepto que pueda derivarse de la tipicidad, porque de un adjetivo nunca se deriva el sustantivo (de la blancura no se deriva el concepto de la leche o de la nieve).

- 8 En conclusión, *siendo necesario un concepto jurídico-penal de acción o conducta, que se imponga a los tipos sirviendo para evitar o impedir que prohíban lo que no sea conducta, el apoyo legal de este concepto funcional reductor debe buscarse en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* cuyas normas, por ser de mayor jerarquía, prohíben que el legislador ordinario sancione ciertas leyes. Para ello se halla apoyo en el hecho del proceso y de la causa (art. 18 CN) y, más aún, de las acciones del art. 19 CN, que a *contrario sensu* serían acciones públicas (o privadas con implicancia pública), pues son las únicas que admiten la intervención estatal. Para mayor claridad, en varios textos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se establece que sólo pueden configurar delitos las acciones u omisiones (art. 11, 2º párrafo de la DIDH; art. 15º párrafo 1º del PIDCP; art. 9º de la DADH; art. 40º, párrafo 2º apartado “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño) teniendo todos ellos jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22 CN.

**Su base legal
debe ser
constitucional**

En este sentido, podemos adelantar una *definición jurídico-penal de acción, acto o conducta, diciendo que es una voluntad humana exteriorizada en el mundo.*

§ 94. La acción es un concepto jurídico

- 1 La acción en el derecho penal es un *concepto jurídico* y, debido a esta naturaleza, no puede inventar lo que en el mundo no existe, sino que debe seleccionar datos de la realidad. Cualquier ciencia que se ocupa de la conducta humana lo hace de la misma manera, pues no hay un concepto de *acción real*, sino una *realidad de la conducta humana*, de la que cada saber, conforme a sus intereses, abstrae lo que entiende útil para su concepto de acción o conducta: el psicoanálisis pone el acento en las motivaciones inconscientes; la reflexología en los componentes manifiestos; la

**Concepto jurídico
obtenido por
selección de
la realidad**

sociología en la interacción; etc. El mar es siempre el mar, pero quien estudia las algas marinas selecciona algo diferente de lo que elige quien estudia las mareas. Así, también el derecho penal debe elaborar su propio concepto de acción según sus intereses como saber autónomo. Es inevitable, pues, para éste, que la acción sea un concepto jurídico construido con datos de la realidad y no un mero dato de la realidad.

No hay concepto universal de conducta humana

El *ser* de la conducta humana no impone ningún *concepto*, 2 sino que ofrece los elementos con que el derecho penal debe construirlo. Pretender proporcionar un concepto de la conducta humana que abarque toda su realidad resultando universal o válido para la totalidad de saberes, constituiría una omnipotencia insólita, porque la acción humana –como expresión de un ser humano– es de uno de los máximos de complejidad conocidos.

La realidad no es un concepto sino un límite a su construcción

Pero esto no significa que no haya que atender a la realidad (a 3 lo óntico) de la conducta humana, porque el *ser* de la conducta impone límites para la construcción abstractiva de los diferentes conceptos científicos, dado que sólo se puede seleccionar lo que existe en el plano de la realidad de la conducta, sin que nada autorice a inventar lo que queda o lo que se abstrae. Se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*, pero no puede recortarse lo que no es, como peces con plumas o una voluntad sin finalidad o sentido. No hay, pues, un concepto óntico (real, único) de acción, pero *hay límites ónticos a la construcción jurídico-penal del concepto de acción*.

Síntesis

En síntesis, cabe entender que (a) el concepto de acción es 4 jurídico (debe construirse por el derecho penal); (b) el procedimiento constructivo es la abstracción desde la realidad de la conducta, que no impone ningún concepto, sino que limita su construcción (no se puede abstraer lo que no existe); (c) la base legal no está en los tipos, sino en la Constitución y en el derecho internacional (si se dedujese de los tipos no podría garantizar que éstos siempre prohiban conductas); (d) el concepto debe elaborarse atendiendo al general objetivo de contención del poder punitivo, propio de todo el saber jurídico-penal; y (e) debe ser idóneo para servir de base y vínculo en cualquiera de las estructuras típicas fundamentales.

§ 95. La finalidad como elemento reductor

1 Toda voluntad tiene una finalidad, porque siempre que se tiene voluntad es de algo. Este es un dato de la realidad (óntico). Por otra parte, la exigencia constitucional del *nullum crimen sine conducta* indica que cuantos más requisitos exija el concepto de acción, menor será el ámbito de entes que se pueden prohibir, esto es, cuanto más limitado sea el campo abarcado por el concepto jurídico penal de acción, menos posibilidades tendrán los tipos de prohibir. En este último sentido, el legislador actual puede prohibir menos que el medieval, que penaba también a los animales.

**No hay voluntad
sin finalidad**

2 Hasta la mitad del siglo pasado se excluía la finalidad del concepto de acción, que sólo refería a una voluntad sin contenido, es decir, a algo que, por un lado no existe (inventaba un dato del mundo) y, por otro, definía un campo de posible prohibición menos amplio que el de la edad media, pero bastante más extenso que el proporcionado cuando se toma en cuenta la finalidad de la conducta. La exigencia de considerar dicho elemento en la acción reduce la materia de posible prohibición penal, con lo cual garantiza más acabadamente el *nullum crimen sine conducta*. En síntesis, este criterio es preferible porque (a) respeta en mayor medida el plano óntico (de la realidad) y (b) al mismo tiempo se muestra con mayor aptitud para cumplir con el objetivo político de realizar el *nullum crimen sine conducta*.

**La finalidad
es un
componente
limitativo**

3 De cualquier manera, como el concepto de conducta debe cumplir también la función de carácter genérico vinculante (de sustantivo para ser adjetivado por los caracteres específicos), no se podría introducir la finalidad en el concepto jurídico-penal de acción, si de ello no resultase un concepto apto para ser captado por las formas estructurales básicas de los tipos penales (comisión y omisión; dolosos y culposos), pues ello se impone en el mismo texto constitucional. Se ha objetado en este sentido que un concepto de acción con finalidad no abarcaría ciertos actos automatizados ni algunos tipos amplios (particularmente los olvidos) y tampoco las omisiones.

**La inclusión
de la finalidad
no obstaculiza la
función vinculante**

§ 96. La idoneidad vinculante de la acción reductora

Se objeta la finalidad en los delitos culposos

Un concepto jurídico-penal de acción, que considere su com- 1
ponente final o de sentido, no sólo respeta los límites ónticos de la construcción, sino que también es abarcativo de las formas o modalidades típicas que se imponen en la Constitución y en el derecho internacional. En general, no se plantearon objeciones en cuanto a la capacidad de género pretípico de la acción que incorpora como dato la finalidad en el delito doloso, pero se ha dicho que concebir la acción como conforme a sentido (con finalidad) no brinda una base cierta para los tipos culposos.

Criterios de individualización típica

Los tipos son construcciones legales abstractas, que dibujan 2
grandes trazos de una acción conflictiva. En algunos casos no individualizan las acciones por su finalidad, pero no porque esas acciones no tengan finalidad. Sería lo mismo que creer que porque un poeta le canta a los ojos de una mujer, ésta carece de nariz.

Sin finalidad no se puede establecer la culpa

Pero hay aún más: si no se conoce la finalidad de la conducta 3
no puede establecerse la tipicidad culposa. Es claro que los tipos culposos (como el homicidio del art. 84 CP) no prohíben atendiendo a la finalidad misma, sino a que la programación de la causalidad es defectuosa, porque viola un deber de cuidado. Cualquier actividad requiere cierto cuidado y, al dotar de sentido a una acción, debe evitarse que esa exteriorización que cambia algo en el mundo, provoque un conflicto por lesionar a alguien. Sin embargo, la evitabilidad del conflicto no puede determinarse sin averiguar cuál era el sentido de la acción, porque no hay un deber de cuidado general válido para todas las personas y todas las actividades. Las fórmulas generales (por ej., el *buen padre de familia*) sólo indican la necesidad de precisar reglas concretas. Y, justamente, *no puede establecerse qué deber de cuidado tuvo a su cargo el agente sin saber qué estaba haciendo* (o sea, conociendo la finalidad de su conducta).

Deberes de cuidado según la finalidad

Así, un vehículo puede lesionar a un peatón que circula por 4
una acera, porque su conductor salió del garage sin la debida precaución; pero también porque un niño accionó la llave de contacto y también porque fue dejado en el garage sin frenos o porque un operario quiso levantarlo sin trabar las ruedas. El hecho

externo es el mismo, pero el cuidado violado puede ser el que debe observarse al conducir, el de no dejar mecanismos peligrosos al alcance de incapaces, el de asegurar vehículos en pendientes o el de asegurar el no desplazamiento de objetos pesados.

- 5** A primera vista, los tipos omisivos no definen acciones, dado que describen la conducta debida y prohíben sólo su no realización. De este modo, antes del tipo no se sabe qué es una omisión. En realidad, la observación más atenta del tipo omisivo revela que también prohíbe acciones, sólo que en lugar de describir la acción prohibida, describe la debida, resultando prohibidas todas las que difieran de ella. Contra esto se argumenta que las acciones diferentes de la debida son inofensivas: mientras alguien se ahoga practico gimnasia, que sería una acción inofensiva.

**Las omisiones
son otras
acciones**

- 6** Todas las acciones humanas tienen un sentido y se dan en un contexto social (de interacción) y en modo alguno en el vacío y sin sentido. El tipo penal omisivo siempre tipifica la acción precisando el marco, pues de lo contrario la prohibición carece de sentido. Por eso todos los tipos omisivos son circunstanciados (describen el contexto en que la acción diferente de la debida tiene lugar). Dado que el tipo omisivo siempre recoge acciones en un contexto, el argumento de que la acción diferente de la debida es inocente carece de consistencia, pues deja de serlo bajo la circunstancia concreta que el tipo requiere. No es típico *tejer*, sino *tejer frente a un niño que está pereciendo de hambre y sed*; no es típico *hacer gimnasia*, sino *hacer gimnasia ante una persona que pide auxilio porque se está ahogando*; etcétera.

**Los tipos
omisivos son
circunstanciados**

Para ello será necesario –si el tipo omisivo es doloso– averiguar si el agente jugaba, tejía o hacía gimnasia *para* configurar el mundo dejando andar la causalidad (para que el sujeto pasivo muera), con lo cual no puede prescindirse de la finalidad de la voluntad del agente.

- 7** Otro de los argumentos que se esgrimen contra la presencia del componente final o de sentido del concepto de acción, son los actos automatizados, como la conducción de un vehículo, en que se hacen operar frenos, cambios, pedales, etc., sin una reflexión respecto de cada movimiento. Estos movimientos no constituyen una objeción contra la presencia de la finalidad en la acción, salvo que se entienda que ésta puede fraccionarse en algo así como unidades biológicas de inervación, lo que nadie postula. En la acción

**Actos
automatizados**

de conducir un vehículo o de disparar una ametralladora participan movimientos automatizados, pero no por ello dejan de ser acciones conforme a un sentido: siempre hay una decisión de conducir o de disparar una ametralladora. No se trata de considerar que sólo es acción la previa a los movimientos automatizados, sino que éstos son parte de la acción misma. También caminamos y nadamos con movimientos automatizados. Si olvidamos esto, pretenderemos que todos los tipos abarcan casos de *vis compulsiva*. Si una persona cae sobre otra y la lesiona, porque se desprende el balcón en que se hallaba, la acción no será, por cierto, la caída, sino salir al balcón, lo que no será temerario por lo general (porque para eso se construyen los balcones), pero que lo es si resultaba notorio o le fue advertido que el balcón amenazaba ruina.

§ 97. El problema del resultado y de las circunstancias

El tipo debe exigir un resultado

La doctrina sostiene posiciones muy diferentes respecto de la 1 ubicación del *resultado*. No se trata de una cuestión de detalle, sino que depende del sentido de la total construcción del delito y del derecho penal mismo, que además abarca el propio concepto de *resultado*.

La Constitución exige que los tipos abarquen acciones conflictivas (art. 19 CN), o sea, un *hacer algo* humano que lesione a otro. Es elemental que ese hacer se oriente en el mundo conforme a ciertas representaciones, más allá de cualquier discusión acerca de si este sentido debe llamarse *finalidad* o de cualquier otra manera, o sea que se haya propuesto provocar el conflicto o lo haya provocado por violar una pauta de cuidado. Es un *sentido* que necesariamente debe exteriorizarse en el mundo, porque de lo contrario no podría nunca generar un conflicto (lesivo). Esto significa que en cualquier concepto juridico-penal de acción, la exteriorización de la voluntad es un fenómeno que siempre la acompaña y que debe tener una ubicación sistemática pretípica, pues de lo contrario, el tipo abarcaría un vacío.

Existe, pero no puede ser analizado pretípicamente

Sin embargo, es claro que estos efectos no pueden ser ana- 2 lizados en el nivel pretípico, porque la función jurídica de definición del conflicto sólo es realizable valiéndose del tipo como

instrumento. La acción concebida como *sentido* que se exterioriza, tiene efectos en el mundo: puede ser que éste cambie en la forma imaginada por el agente, pero siempre esa exteriorización tendrá múltiples efectos mundanos (imaginados, imaginables e inimaginables) y el agente sabe que disminuye el azar en cuanto a ciertos efectos, pero hasta un límite más allá del cual el cruzamiento de efectos es incontrolable.

- 3 Cuando un autor escribe un libro, lo hace para que alguien lo lea, lo que puede o no conseguir, pero también pone en actividad una empresa industrial y comercial, puede que lo lean muchas personas, que se interesen públicos lejanos, que lo traduzcan a otras lenguas, que se altere el paradigma de una ciencia o el curso de la literatura, pero también puede ser motivo de la distracción de un lector que cruza la calzada siendo lesionado por un vehículo, generar envidias y odios, no venderse y producir un quebranto a la editora, ser un presente de una novia o novio y convertirse en testimonio de amor o amistad, o dedicado por un amante y provocar una catástrofe familiar, entretener los últimos días de un moribundo y pasar a ser una reliquia familiar, ser quemado por una dictadura, o mal interpretado por un advenedizo y empleado perversamente, y muchísimas cosas más.

**La multiplicidad
de efectos
mundanos**

- 4 El enjambre de infinitos efectos posibles de una acción exteriorizada no es abarcable por el conocimiento humano y tampoco interesan al tipo penal, según cualquier mínimo de racionalidad. A la ley penal sólo le interesan algunos de los efectos modificatorios del mundo en forma lesiva para alguien, y que puedan vincularse a la acción como obra del autor. La acción y su obra constituyen el conflicto que el tipo capta: *cierto* conflicto, *cierta* acción que reconfigura el mundo de *cierta* manera conflictiva.

**Al tipo le interesa
sólo algunos
efectos que sean
obra del autor**

- 5 Como los tipos no pueden captar acciones privadas, las únicas captables como prohibidas son las que manifiestan sus efectos lesivos como obra del agente en el mundo. Los tipos captan pragmas conflictivos, o sea, la acción y su obra. Hay efectos de las acciones que no pueden considerarse obra del agente, como el peatón lesionado respecto del autor del libro que leía mientras atravesaba la calle. Por ello, al no ser su *obra*, no puede constituir el pragma típico. Así, no es relevante para el tipo de hurto si la víctima tenía más dinero o tuvo que solicitarlo para regresar a su hogar; no es relevante para el homicidio si produjo tristeza o

**Los pragmas
conflictivos**

un *shock* emocional o indiferencia al cónyuge supérstite; no es relevante para la violación si el autor eyaculó o no; etc. Antes del tipo lo único disponible es una acción y una multiplicidad inconmensurable de efectos en el mundo. Por eso, en el nivel pretípico no tendría sentido perderse en un campo inmenso de efectos de una acción, preseleccionando un conjunto –también inmenso– de posibles obras. Sólo después de conocer el tipo se sabe qué obras interesan al derecho penal como *pragma conflictivo*, y apenas entonces se puede investigar si el efecto producido es una *obra que pertenece normativamente al autor*.

El contexto de las acciones

Por otra parte, las acciones no pueden comprenderse ni tam- 6
poco tienen sentido si no están referidas a determinado lugar o paraje del mundo; no hay acciones en todo el mundo. Toda acción se dota de sentido en un contexto de efectos. El paraje o contexto de cualquier acción se integra con circunstancias y roles, expectativas y exigencias, costumbres, hábitos, interlocutores, etc. Toda acción se da en un cierto lugar de significados y significantes. Es en estos contextos donde se define un efecto como obra. Si los tipos ignorasen los contextos de las acciones no podrían definir sus pragmas, aunque a veces los definan precisando estos contextos y, en otras ocasiones los dejen en apariencia indefinidos, dando lugar a una variable más amplia. Los contextos tampoco pueden averiguarse en el nivel pretípico, porque no se sabe cuáles pueden ser relevantes y porque éstos son también inconmensurables en sus posibles variables.

Cuestiones típicas y pretípicas

La cuestión del *resultado* y su posible planteo pretípico encie- 7
rra una defectuosa comprensión de la función del tipo penal, en especial porque se lo considera puramente descriptivo. Atribuir un efecto como obra es una cuestión de imputación y, como tal, es una cuestión típica. La determinación del efecto que interesa y de su contexto, es labor valorativa que únicamente puede cumplirse conociendo el tipo. En lo pretípico sólo pueden ubicarse una acción con una enorme gama de efectos y contextualizada con un inmenso marco mundano, pero antes del tipo no puede nadie saber qué efectos y qué notas contextuales interesan.

El tipo no atrapa el vacío

El tipo nunca atrapa el vacío, sino que el análisis de los efec- 8
tos y del contexto sin la indicación del tipo sería un insensato rastreo universal. No hay vacío o falta de materia en torno de ninguna acción, sino que, por el contrario, la materia es tan den-

sa que sin la referencia típica no puede saberse qué es menester aislar valorativamente en ella. Considerar la acción en el nivel pretípico y dejar el análisis valorativo de su contexto y efectos para la tipicidad no implica inventar la realidad, sino todo lo contrario: el tipo se confronta con la realidad de una acción con todo su contexto y efectos. Al preguntar si hay acción exteriorizada, se sabe que ésta se exterioriza en el mundo y, por ende, que tiene efectos y que éstos se producen en un contexto. Son datos que acompañan a la acción como lo hace nuestra sombra. A la hora de preguntar por su tipicidad, se interroga no sólo con relación a la conducta sino también a los efectos y al contexto que interesan al tipo. En ningún momento se separa artificialmente el sentido de su exteriorización en el mundo.

§ 98. La función política de reducción selectiva

1 Sintéticamente, el concepto jurídico-penal de acción que se postula podría señalarse también como *un comportamiento humano (conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano*. Suele decirse que todo el esfuerzo por respetar el sentido de la voluntad no tiene efecto práctico, porque las hipótesis de ausencia de acto (los casos que son excluidos porque no constituyen conducta) son los mismos que si no se incluyese la finalidad.

2 Esta objeción no es válida por varias razones. (a) Siempre es preferible que el concepto genérico básico del delito, respete la realidad y no comience por introducir datos inventados (como una voluntad sin finalidad), porque aquélla proporciona una base de exclusión más segura. No olvidemos que hay tipos que no describen conductas, como los de tenencia (de armas, estupefacientes, etc.). *Tener* no es ninguna acción en sentido estricto, por lo que será necesario analizar cuáles son las acciones (concluir, por ejemplo, que la acción es la adquisición de la tenencia) o declarar inconstitucionales a dichos tipos penales. Tampoco se debe olvidar que cierta doctrina pretendió que las acciones realizadas por obediencia debida no son conducta (ver § 234.3), lo que deformaba

**¿Vale la pena
discutir sobre
la acción?**

**La realidad
siempre es una
base más segura**

la realidad (se premian acciones realizadas en cumplimiento del deber y el derecho penal dice que no son acciones).

**Función
vinculante del
concepto
de acción**

(b) La acción no es un concepto que sirve sólo para señalar **3** los casos de ausencia de acto, sino que su función vinculante lo proyecta sobre los adjetivos: incluyendo la finalidad, la tipicidad no podrá prohibir acciones que no tengan la finalidad típica; en lugar, excluyendo la finalidad, estas acciones aparecerían como prohibidas y sólo cuando lleguemos a la culpabilidad las descartaríamos. Que algo que no tenga la finalidad típica sea considerado como una acción típica y antijurídica, permite que se ejerza contra el agente la legítima defensa (por considerarlo una agresión ilegítima) y también en lo procesal es bastante determinante para someter a proceso a una persona, con toda la carga de penalidad que el proceso mismo conlleva.

**Excluye las
inferencias**

También suele minimizarse la función política del concepto **4** penal de acción en cuanto a la prohibición de penar el pensamiento (al principio *cogitationis poenae nemo patitur*), porque como éste se expresa siempre en una acción (una injuria verbal es una acción que manifiesta un sentimiento hacia otro) plantea un problema de tipicidad. Esto es verdad respecto de los llamados delitos de *opinión*, cuya constitucionalidad no se cuestiona porque no haya acción, sino porque ésta no puede ser típica por vulnerar prohibiciones constitucionales que garantizan la libertad de expresión. Sin embargo, los pensamientos y sentimientos no sólo se conocen porque se manifiestan en acciones simbólicas concretas, sino que también pueden ser inferidos. Así, de la totalidad de la vida de una persona, de sus relaciones personales y económicas, de sus actitudes, del género de reuniones y espectáculos que frecuente, de las publicaciones que reciba o colecciona, de sus actividades y opiniones generales, etc., puede inferirse un pensamiento afín o cercano al racismo, pero todo eso es una conducta de vida que no puede ser materia de un tipo penal. En tal caso no podría afirmarse la atipicidad respecto de cualquiera de los tipos de la ley 23.592 (ley antidiscriminatoria), sino que faltaría la acción misma sobre la cual basar la tipicidad. La manifestación de un pensamiento o de un sentimiento es una acción, pero su inferencia es una acción del que infiere y no de quien piensa o siente. Por ende, no constituye el carácter genérico de ningún delito.

§ 99. La ausencia de acción por involuntabilidad

1 Cada vez que el penalista se enfrenta con alguna perturbación psíquica del agente trata de embutirla en la inimputabilidad como causal de inculpabilidad (ver § 203.3). Pareciera que la consigna es *todos los locos a la inimputabilidad*, o mejor, cada vez que tenemos que vernos con los psiquiatras estamos frente a un problema de imputabilidad. Por cierto, esto es simplista y falso. Los padecimientos de esta índole incapacitan de modo diferente y, en cada escalón de la construcción jurídica del delito que reclama un dato subjetivo, debemos preguntar si el agente tuvo capacidad psíquica para cumplimentarlo en el momento de la acción.

No todos son inimputables

2 De este modo, resulta que hay personas que en el momento del hecho actúan con la consciencia perturbada, como son los delirantes, que realizan acciones pero que no pueden someterlas a juicio crítico. Una persona que se siente escuchada constantemente, que oye inexistentes insultos y amenazas, carece de capacidad de culpabilidad, pero realiza acciones y sabe lo que está haciendo si cree defenderse de quien la amenaza (sabe que lo está golpeando, por ejemplo). A su respecto sólo puede plantearse una cuestión de reproche (de culpabilidad). Estos son los verdaderos casos de inimputabilidad que luego veremos (ver § 208).

Conductas con consciencia perturbada

3 Hay otras personas que padecen alteraciones de la senso-percepción y se ilusionan (deforman los objetos que perciben, como quien tiene delante a una persona y la percibe como un árbol) o se alucinan (ven un árbol cuando no tienen nada delante). Allí falta la capacidad psíquica de dolo, porque quien golpea no tiene la finalidad de golpear a la persona sino a un árbol. Se trata de un error de tipo psíquicamente condicionado (ver § 149.5).

Acciones sin saber lo que se hace

4 Por último, existen personas que realizan movimientos o que están paralizadas, pero que no operan con voluntad, sea porque están inconscientes (carecen de consciencia) o porque no tienen control de sus movimientos (los realizan automáticamente). En estos casos hay una incapacidad psíquica de acción o conducta, o más precisamente, una incapacidad psíquica de voluntad (*involuntabilidad*).

Involuntabilidad

La fórmula legal conjunta

Nuestro código trata todas estas incapacidades en forma conjunta, en una fórmula general de la *capacidad psíquica de delito*, que se oscurece porque también incluye al error y la ignorancia. Sin perjuicio de volver en su momento sobre esta fórmula, resulta necesario referirse a ella y explicar la interpretación de todo el inc. 1º del art. 34, pues allí se encuentra la base legal para elaborar el concepto de *capacidad de acción o voluntabilidad*. 5

Identificaciones tradicionales del art. 34 inc. 1º

La doctrina más tradicional, siguiendo los antecedentes históricos que se remontan a un proyecto ruso zarista de 1881, suele considerar que el inc. 1º del art. 34 (dejando de lado la cuestión del error y la ignorancia) identifica (a) con *insuficiencia de las facultades*, las oligofrenias; (b) con *alteraciones morbosas*, las psicosis; y (c) con *estado de inconsciencia*, la embriaguez, intoxicaciones y otros análogos estados pasajeros. Estas son categorías de la psiquiatría del siglo XIX que la ley no impone, porque no hace referencia a ninguna entidad de la nosotaxia psiquiátrica, lo que permite su reconstrucción en términos más modernos. 6

En el inc. 1º del art. 34 sólo hay causas y efectos

En rigor, la fórmula del inc. 1º del art. 34 presenta dos aspectos: (a) uno hace a su *contenido etiológico* y otro (b) a sus *efectos*. Esto significa que excluye el ejercicio del poder punitivo cuando: (a) (*contenido etiológico*) el agente padece: 1) insuficiencia de las facultades; 2) alteración morbosa de las facultades; o 3) estado de inconsciencia; y (b) (*efectos*) siempre que por cualquiera de las anteriores razones no haya podido: 1) comprender la criminalidad del acto o 2) dirigir sus acciones. 7

Inconsciencia es no consciencia

Si el estado de *inconsciencia* es mencionado especialmente, 8 las restantes hipótesis deben considerarse como situaciones en que hay *consciencia*, aunque sus niveles de funcionamiento se hallen perturbados. Para ello, debe entenderse *consciencia* en sentido puramente clínico, es decir, como función sintetizadora de las actividades mentales específicas (no el sentido de *conciencia* como super-yo, como cuando se la emplea en la expresión *voz de la conciencia*; para distinguirlas –aunque en castellano no aparezca oficialmente autorizado–, llamamos a la primera *consciencia* y a la segunda *conciencia*; en alemán son dos palabras diferentes).

Las causas en este inciso

En consecuencia, el *aspecto etiológico* de la fórmula de la capacidad psíquica de delito, puede reconstruirse exegéticamente de la siguiente manera: 9

(a) *Insuficiencia* es cualquier situación de disminución de la consciencia, sea normal o patológica, permanente o transitoria: el miedo, la ira, los estados crepusculares, las oligofrenias, las demencias, lesiones neurológicas, etcétera.

(b) *Alteración morbosa* es un estado patológico que produce cambios en la función sintetizadora de la consciencia, que no siempre se deben a *insuficiencias*, pues en ocasiones alteran las funciones aumentándolas. La ley se refiere a *alteración de facultades* y, aunque ésta siempre se traduce en una disminución de la consciencia, frecuentemente algunas de sus funciones se aceleran: *fuga de ideas*, taquipsiquia, hiperactividad, excitación, etcétera.

(c) *Estado de inconsciencia* es una privación de la actividad consciente. No se trata de una perturbación de consciencia sino de su cancelación. Se ha intentado entender *inconsciencia* como *no conocimiento* y, en tal sentido se trató de distinguir entre *inconsciencia total* y *parcial*, lo que es una *contradictio in adjectio*, pues no puede afirmarse parcialmente lo que la partícula *in* niega.

- 10** En cuanto a los efectos, las anteriores deben ser causa de *no comprensión* (ver § 207) o de *no dirección de las acciones*. Este último concepto interesa aquí sólo en cuanto hace referencia a la capacidad de acto. La expresión legal es *el que no haya podido dirigir sus acciones*, lo que puede entenderse: (a) como imposibilidad de dirección a secas (no puede dirigir las en ningún sentido) y (b) como imposibilidad de dirección conforme a la comprensión de la criminalidad (que es el que comprende pero no puede adecuar su acción a lo que comprende). El primer sentido es, claramente, un supuesto de incapacidad de conducta o acto (involutabilidad).

**La no dirección
de las acciones**

- 11** En cualquier situación en que una persona se halle *privada de consciencia* (coma, sueño profundo, crisis epiléptica, descerebración, estados vegetativos, etc.) no hay acciones humanas en sentido jurídico-penal. Es obvio que en estos casos hay una imposibilidad de dirigir sus acciones en forma absoluta.

**Inconsciencia:
1ª hipótesis de
ausencia de acto**

- 12** No obstante, puede hallarse otra variedad de la incapacidad de acción, en que la persona, por cualquiera de las otras causas (insuficiencia o alteración morbosa), aunque comprenda la criminalidad, no pueda adecuar los movimientos a esa com-

**2ª hipótesis de
ausencia de acto**

presión. Se trata de otra variable de la incapacidad de acción, que puede sustentarse en la misma fórmula del inc. 1º del art. 34, pero también es posible sostenerla a partir del inc. 2º del mismo artículo, esto es, de la *fuerza física irresistible* (ver § 109), que puede ser *externa* o *interna*. Este supuesto de *fuerza física interna* abarca los casos de parálisis histéricas, actos reflejos incontinentes, movimientos fisiológicos que no controla la corteza, etc. (el que omite prestar el socorro debido porque se quedó paralizado por el *shock*, el que causa una lesión con los movimientos realizados durante la crisis epiléptica de gran mal, etc.).

Todos los casos de incapacidad de acción, sea que se apoyen legalmente en el inc. 1º del art. 34 o en la fuerza física irresistible del inc. 2º –cuando es interna– constituyen supuestos en que no hay acción porque no hay *voluntad*, y ésta falta por *incapacidad para la misma*, que por esa razón es posible denominarla *involuntabilidad* o *incapacidad psíquica de acción*.

Los casos dudosos

Existen múltiples supuestos cuya naturaleza es dudosa para 13 la ciencia, como el sueño fisiológico o normal, el sueño hipnótico, el sonambulismo, los llamados *equivalentes* epilépticos, etc. No obstante, como la duda debe resolverse siempre a *favor del reo*, lo correcto será considerarlos *casos de involuntabilidad*.

§ 100. La fuerza física irresistible

Diferencia nítida con la coacción

La fuerza física irresistible es cualquier fuerza que impide a 1 una persona moverse a voluntad, es decir, la que reduce el cuerpo a una condición mecánica, sea impulsado por fuerza externa o interna. En general los casos de fuerza física irresistible externa son pacíficamente admitidos en la doctrina: empujones, caídas, acción de fuerzas naturales o de terceros. Nunca debe confundirse este supuesto con la coacción, que no elimina la acción. Quien actúa amenazado de muerte realiza acciones, sólo que con voluntad no *libre*, por lo cual planteará un problema de necesidad (justificante o exculpante, según la magnitud de la lesión que cause y de la que evite), pero no de ausencia de acto.

- 2 La disposición del art. 78 del código penal, que incluye en el concepto de *violencia* los *medios hipnóticos* o *narcóticos*, es una precisión inútil, que suscitó algunas dudas, pero no obliga a considerarlos supuestos de ausencia de acto, porque no hay razón para identificar *violencia* con *fuerza física irresistible*, sin perjuicio de que, eventualmente, los medios hipnóticos o narcóticos puedan producir un estado de involuntabilidad.

Violencia no es siempre ausencia de acto

§ 101. La incapacidad de acción de las personas jurídicas

- 1 Quienes no se consideran limitados por la realidad en la construcción de los conceptos penales, consideran que la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas es materia de pura decisión legal. Afirman que la acción –o los sujetos– del derecho penal se construye funcionalmente y, por ende, equipara las decisiones orgánicas de la persona jurídica con las decisiones humanas, concluyendo que la persona jurídica que decide realiza una acción y existe una culpabilidad por la decisión. El derecho inglés sostiene esta metáfora desde mediados del siglo XIX, llegando a afirmar que, *en muchos aspectos, una compañía puede ser asimilada al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un centro nervioso que controla lo que hace. Tiene también manos que usan las herramientas y cumplen las directivas del centro. Algunas personas de la compañía son meros servidores y agentes que no son más que manos para hacer el trabajo y no puede decirse que representan su mente o voluntad. Otras son directores y gerentes que representan la mente y voluntad dirigente y controlan lo que hace. El estado mental de estos gerentes es el de la compañía y la ley lo trata como tal.*

¿La sociedad anónima es un organismo?

En definitiva, estas posiciones corresponden a las de la vieja teoría orgánica o de la realidad de las personas jurídicas (Gierke), por oposición a la teoría de la ficción de Savigny.

- 2 Buena parte de la doctrina considera que no se trata de una cuestión legal, sino que la persona jurídica es *incapaz de acción*, aunque no faltan quienes consideran que ella (el *societas delinquere non potest* o *universitas delinquere nequit*) es sólo incapaz de tipicidad o de culpabilidad y aun de pena. La tesis de la incapaz-

La persona jurídica no realiza conductas humanas

cidad de acción se corresponde con todo concepto de acción que no invente datos que no existen en la realidad, es decir, que no pueda reconocer la existencia de una conducta donde *falta una substancia psíquica*. Esta es la posición correcta desde nuestro punto de vista, pero no resuelve todos los problemas.

Las "penas" para ellas son sanciones civiles y administrativas

Las leyes pueden imponer sanciones a las personas jurídicas 3 e incluso pueden llamarlas *penas* (como lo hace el código penal francés de 1984). No obstante, cualquiera sea el nombre que las leyes quieran darle, no pueden alterar la naturaleza de las cosas. Cualquier sanción a una persona jurídica, siempre será reparadora o restitutiva (civil) o administrativa (coerción directa). El bautismo no cambia la naturaleza de estas sanciones. El poder estatal no puede hacerle a la persona jurídica otra cosa que obligarla a reparar o a restituir o intervenirla, imponerle multas o disolverla. Lo único que las leyes pueden hacer —con el nombre que quieran los legisladores—, es asignar al juez penal competencia para que en una misma sentencia o proceso decida penas y cuestiones civiles y administrativas e imponga medidas sancionatorias conforme a esos modelos, lo que en principio es constitucionalmente admisible, desde que se respete el derecho de defensa y las demás garantías procesales.

La punición altera el concepto de conducta humana sin ningún beneficio

Tras el impulso a las pretendidas penas a las personas jurídicas 4 cas, pesan criterios de diferente signo ideológico, como el desarrollo del derecho económico, la defensa de la ecología y de los consumidores y, fundamentalmente, los criterios de *defensa social* contra el llamado *crimen organizado* (narcotráfico, lavado de dinero, mafia y corrupción pública).

Pueden ser sancionadas en un único proceso sin necesidad de inventar una acción

Pero estos discursos no pueden ocultar el peligro que importa 5 deformar el concepto de conducta (en detrimento de su función política limitante) y lesionar el principio de responsabilidad personal en materia penal. Fuera del interés corporativo de los penalistas, tampoco está claro que su aceptación reporte beneficios. Se podría sancionar a las personas jurídicas conforme al derecho civil y al administrativo, dentro del mismo proceso penal y por el mismo juez penal, con la ventaja de someterlas a un modelo de solución efectiva y menos riguroso en cuanto a garantías, en vez de sujetarlas a una mera suspensión del conflicto. Reconociendo que se trata de sanciones de otra naturaleza, posiblemente se

disminuya la selectividad del poder punitivo que, en el caso de las personas jurídicas, se traduciría en una incidencia mucho mayor sobre las pequeñas y medianas empresas.

§ 102. Importancia y consecuencias sistemáticas de la ausencia de acto

1 Las más importantes consecuencias sistemáticas de la ausencia de acto son las siguientes: (a) No es admisible la legítima defensa contra quien no realiza una conducta. En cualquier caso, la defensa sería un supuesto de estado de necesidad y debiera mantenerse dentro de sus límites justificantes (no podría inferirle un mal mayor que el que evita, lo que no sucede en la legítima defensa) (ver § 180). Si el autor de la defensa ignorase que la persona no realiza acción y creyese que opera dentro de los límites de la legítima defensa, se trataría de un error de prohibición indirecto (ver § 224). Lo mismo sucede aunque la persona sea usada por otra para agredir, porque la legítima defensa sólo procede contra el agresor y no contra quien no agrede, como ocurre cuando alguien es usado como agente físico. Contra la persona usada como fuerza física sólo puede actuarse dentro de los límites del estado de necesidad. Por otra parte, si la persona usada sufre lesiones como resultado de la acción repelente del agredido, quien la usa incurre en injusto doloso o culposo (según el caso).

No hay legítima defensa contra hechos que no son acciones

2 (b) Quien se valga de una persona que no actúa será siempre autor directo o autor de determinación, sin que quepa la autoría mediata ni la instigación y sin que se comuniquen circunstancias del uso al autor directo o de determinación (ver § 241 y § 244).

Autoría directa y no participación

(c) En los tipos de participación necesaria, los movimientos de quien no realiza acción no pueden considerarse configurativos de la tipicidad: no puede contarse a la persona que no realiza acción entre las que concurren cuando el tipo requiere dos, tres o más personas.

3 Puede plantearse un problema en los casos dudosos, cuando en virtud del *favor rei* una persona sea declarada incapaz de acción, pero con eso se configure la tipicidad o se agrave la situa-

Doble favor rei en casos dudosos

ción procesal de otra. Sería tal el caso de quien, ante un ataque de una persona hipnotizada, ejerce lo que cree una legítima defensa; si el hipnotizado realizaba una acción habría legítima defensa, pero si no realizaba acción no la habría. Si el juez considera que el hipnotizado era involuntario por el *favor rei*, sin duda que lo beneficia, pero al mismo tiempo perjudica a la víctima de la agresión, que deja de estar amparada por la legítima defensa (sólo la beneficiaría el error de prohibición). En este caso no puede haber otra solución que consagrar la duda, que beneficia de diversa manera a ambos.

Excursus: Los diferentes conceptos de acción

§ 103. Panorama

El concepto de acción sigue discutiéndose

Entre los años cincuenta y setenta del siglo pasado, el debate doctrinario más intenso tenía lugar en torno del concepto de acción. En la actualidad se discute más sobre el tipo y la imputación, pero no por ello el concepto de acción es pacífico. En definitiva, casi todas las posiciones en la teoría del delito pueden remitirse a él, porque siempre el concepto de delito descansa sobre su base, aunque un sector doctrinario pretenda ignorarlo o subestimarlos. 1

Principales teorías de la conducta

Las principales teorías sobre la acción enunciadas en los siglos XIX y XX son las siguientes: 2

(a) Hegeliano. Abegg, Köstlin, Berner. Primera mitad del siglo XIX. Para los hegelianos la acción siempre es voluntaria y libre. Sin libertad no hay conducta jurídicamente relevante. Se puede decir que serían pretípicas (no existía el concepto de tipo).

(b) Positivista. Franz von Liszt, Ernst von Beling. Fines del siglo XIX y comienzos del XX. La conducta es un acto humano voluntario que causa un resultado físico. Para que sea voluntario basta que haya inervación muscular. Es pretípica.

(c) Neokantiano causalista. Edmund Mezger. Años treinta del siglo XX. La acción es un concepto jurídico, que consiste en un hacer voluntario causal, aunque el contenido de la voluntad se analiza recién en la culpabilidad. Es pretípica.

(d) Neokantiano de acción típica. Gustav Radbruch, 1930. La acción es siempre realizadora del tipo. Lo que interesa es la acción típica y ningún concepto pretípico es admisible.

(e) Finalista. Hans Welzel, años cincuenta y sesenta. La acción es un hacer voluntario final y su concepto es óntico-ontológico. No se puede separar la finalidad de la voluntad. Es pretípica.

(f) Sociales. Eberhard Schmidt, Werner Maihofer. Desde 1930 hasta la actualidad. Acción es sólo la que tiene carácter interactivo. Se corresponden con los modelos (c) o (d), pudiendo ser o no pretípica, dependiendo de los diferentes autores.

(g) Negativo. Herzberg, Behrendt. Años setenta. Sostienen que la categoría única de acción y omisión es la omisión: la no evitación de un curso evitable. Se condice con el modelo (d): sólo considera la acción típica.

(h) Funcionalista. Günther Jakobs. Años ochenta. Conducta es acción como evitable causación, y omisión como evitable no impedimento de un resultado. Se comporta como el modelo (d) y participa del (g).

(i) Personal. Claus Roxin. 1990. Es lo que produce un ser humano como centro de acción anímico-espiritual o, más brevemente, como exteriorización de la personalidad. Es pretípica.

§ 104. El concepto hegeliano de acción

- 1 Para Hegel la única conducta relevante para el derecho es la de un ser humano libre. La pena no podía hacer otra cosa que reafirmar la vigencia del derecho, pero ésta sólo podía ser puesta en cuestión por una conducta con voluntad libre (ver § 72). En términos dogmáticos actuales diríamos que la culpabilidad sería un requisito de existencia de la acción. Su esquema de análisis del delito habría sido *subjetivo/objetivo*.

Conducta es sólo la "libre"

§ 105. La teoría naturalista de von Liszt

El concepto descriptivo

El positivismo, como partía de la prevención especial, rechazaba el retribucionismo selectivo de Hegel; invirtiendo su esquema analizó el delito conforme a un criterio *objetivo/subjetivo*. Con este esquema, von Liszt inauguró el llamado concepto causal de acción, pretendidamente descriptivo o naturalista, definiéndolo como *la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana. A esta mutación la llamamos resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta del movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo, arbitrario. De este modo, el concepto de acción se divide en dos partes: de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación de causa y efecto.*

Voluntad sin finalidad positivista

El propio von Liszt planteaba dificultades que ponían en duda este carácter: *el movimiento corporal arbitrario se realiza mediante representaciones, mediante la contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores. No era, pues, el que resultaba de cualquier inervación, sino de la que estaba regida por imágenes o representaciones, pero separaba el contenido de la imagen y se quedaba con imágenes sin contenido. Al pretender construir de la misma manera la omisión, no lograba explicarla sin referencia a la antijuridicidad: Omisión es, en general, la no realización de determinado hacer esperado. Omitir es un verbo transitivo. No significa no hacer, sino no hacer algo. Y por cierto, lo que era esperado, debido. De nadie podemos decir que haya omitido saludarnos, visitarnos, invitarnos, si no teníamos razón para esperar el saludo, la visita o la invitación.*

§ 106. El neokantismo causalista

Voluntad sin finalidad idealista

Desde el idealismo neokantiano se elaboró la teoría de la acción sin respetar los datos de la realidad, adaptado a las necesidades de un derecho penal sobre base retributiva y preventivista. El neokantismo siguió manteniendo las imágenes y representaciones que mueven a la voluntad separadas de su contenido y,

por ende, adoptó el concepto lisztiano de acción que remite a una *voluntad sin finalidad*, explicándolo más cómodamente que Liszt, pues no debía justificar nada en el plano de lo *natural* ni presentarlo como tal.

- 2 El neokantismo concibió la conducta como *voluntad de apretar el gatillo*, y siguió remitiendo su contenido a la culpabilidad, reconociendo que esa escisión era artificial, pero aceptándola, como una característica del concepto jurídico, cuya distorsión de lo real debía asumirse como consecuencia de las premisas constructivas. Este *concepto causal* (o neokantiano) de acción así elaborado, tenía muchas dificultades teóricas. Por un lado, no lograba brindar una base común para la acción y la omisión, porque la omisión (considerada un *no hacer*) no es causa de ningún resultado típico y, por otro, porque la causalidad no tiene límites y son infinitas las acciones que son causa de resultados típicos.

El concepto causal de acción

§ 107. La teoría finalista de la acción

- 1 La *teoría finalista de la acción* fue enunciada por Welzel en 1938 y desarrollada hasta la última edición de su obra en 1969. Ensayó un concepto de acción respetuoso de los datos de la realidad (lo llamó *óntico-ontológico*), lo que implicaba un choque frontal con el concepto causal de Liszt y Mezger. Para el finalismo la representación de Liszt conserva todo su contenido, de modo que el actor parte de ella como la mutación que quiere producir en el mundo desde esa representación –que es también anticipación del resultado–, selecciona los medios para obtenerlo y, en un tercer momento, pone en funcionamiento la causalidad, orientándola a la finalidad representada o imaginada.

El concepto "óntico-ontológico"

- 2 El concepto final de acción de Welzel se remonta a la ética tradicional de cuño aristotélico, para la cual el desvalor no puede recaer en otra cosa que sobre una acción, que no puede prescindir de su finalidad. El fundamento último del finalismo es que el valor (o el conocimiento) no altera el objeto desvalorado (cuando digo *Juan es bueno*, no altero a Juan), punto de vista contrario al idealismo que entiende que el *acto de conocimiento es un acto de creación* (ver § 91.6).

El realismo

**Valoración
y objeto**

Debe distinguirse entre valoración del objeto (*me gusta*) y ob- 3
 jeto de la valoración (*el chocolate*), porque la valoración es un pre-
 dicado. No hay predicados sin objetos; luego, pretender que el
 predicado crea el objeto, significa inventar objetos que no existen
 (el *me gusta* no inventa el *chocolate*). La acción –para el finalismo–
 no se puede inventar a gusto del derecho penal, pues de ese modo
 el desvalor recaerá sobre algo que no es conducta (*empanadas* en
 lugar de *chocolate*). Por eso Welzel no admitía un concepto penal
 de acción desconocedor de datos ónticos. *Una acción con voluntad
 sin finalidad en el plano jurídico, es una acción sin voluntad en el
 plano óntico o de la realidad (porque voluntad sin finalidad no exis-
 te), y no es una acción sino un proceso causal, con lo cual el neokan-
 tismo habría apelado a un concepto valorativo de acción para hacer
 que el desvalor del injusto no recaiga sobre una acción, sino sobre
 un proceso causal.* En sus últimos escritos Welzel sugería llamar
 a su concepto como *acción biocibernéticamente anticipada*.

§ 108. Los conceptos sociales de acción**No hay un con-
cepto unitario
de acción social**

Se trata de un conjunto de tentativas de definir la acción en 1
 sentido social que tienen en común sólo la afirmación de que el
 concepto de acción debe abarcar sus efectos sociales. Estas ten-
 tativas se originaron con Eberhard Schmidt en los años treinta
 del siglo pasado, pero abarcan tanto conceptos causales como
 finales, pretípicos y típicos de acción. Le imputaron al finalismo
 su *psicologismo*, a lo que Welzel respondía que el único concepto
 válido de acción social era el final, porque es imposible asignar a
 la acción un sentido social sin saber qué se proponía el autor.

**La dificultad
para abarcar
pretípicamente
la omisión**

Mediante estos ensayos se pretendió hallar un concepto preti- 2
 pico de acción abarcativo de la acción y de la omisión, apelando a
 su sentido social. Pero como *omitir* es verbo transitivo y siempre
 se trata de *omitir algo*, y como ese *algo* se halla en el tipo, la acción
 deja de ser una referencia pretípica. El otro camino es imaginar
 que ese *algo* se encuentre en la ética social. Esta alternativa sería
 un juicio fáctico muy difícil de realizar, porque la ética social no
 es unívoca en una sociedad compleja y, por ende, correría el ries-
 go de quedar librado a la arbitrariedad del intérprete.

§ 109. La identificación con la acción típica

1 El concepto de acción del neokantismo se construía a la medida de los tipos. Dadas las crecientes dificultades para hallar un concepto pretípico de acción común a todas las tipicidades legales, pronto se pensó en suprimir la acción de la base del delito y la tipicidad pasó a ocupar su lugar, es decir, que se identificó *acción* con *acción realizadora del tipo*. La idea fue lanzada en 1930 por Radbruch. Prácticamente significa dejar al delito con dos componentes: el injusto y la culpabilidad.

Supresión de todo concepto pretípico

2 Si una acción concebida a la medida de los tipos penales tiene el inconveniente de que puede habilitar al legislador penal para que disfrace de acciones datos que no son tales, esta dificultad aumenta cuando ni siquiera se construye un concepto pretípico, sino que directamente se considera que acción es lo que los tipos individualizan como tal.

No cumple la función política de limitación

3 Por otra parte no se explica qué capta el tipo, dando lugar a una suerte de normativización que se agota en sí misma –muy propia del neokantismo–, pero que no puede calificar de *típico* a lo que no definió previamente, deteriorando a la tipicidad a la condición de *adjetivo sin sustantivo*. Se caería en el absurdo de considerar que los hechos de cosas y animales serían supuestos de atipicidad y, en general, no se sabría sobre qué recae el desvalor del injusto y de la culpabilidad. El delito sería un concepto elaborado sin un elemento vinculante.

Prescinde del elemento vinculante

§ 110. El concepto negativo de acción

1 En los años setenta se intentó construir un concepto típico de conducta que abarcara la acción y la omisión, pero conforme al modelo de la omisión: intentaron considerar a la acción como una variable de la omisión. La clave común de estos intentos fue la caracterización de la acción sobre la base de la *evitabilidad*: *la acción en derecho penal es la evitable no evitación en posición de garante*.

La acción como no evitación

¿De dónde surge la posición de garante?

La colocación de todos los agentes –especialmente en los tipos activos– en posición de garante (ver § 168) no tiene una explicación satisfactoria. Para alguno de sus defensores existe una común omisión del contraimpulso psíquico, que pretende enraizarse en el psicoanálisis, tratándose de la omisión de interferir el impulso delictivo. Además también identifica acción con acción típica. **2**

§ 111. El concepto funcionalista de acción

Otra tesis fundada en la evitabilidad

Jakobs construye un concepto típico de conducta abarcativo de la acción y de la omisión, mediante la evitabilidad: *el concepto de acción como evitable causación y el correspondiente concepto de omisión como evitable no impedimento de un resultado*. En síntesis: *conducta, activa u omisiva, siempre es la evitabilidad de un resultado diferente*. **1**

Similitudes con la teoría negativa

Jakobs dice separarse de la concepción negativa de la acción, rechazando lo que considera la disolución de los delitos activos en la omisión, pero por momentos no parece lograr la distinción entre acción y omisión, porque la evitabilidad es un dato común a la omisión y a la culpa. Además, el concepto de acción que ensaya es típico. Por otra parte, la inevitabilidad elimina la acción y no la tipicidad: *la individualmente no evitable causación de un resultado* no daría lugar a atipicidad sino a ausencia de acto. Creemos que la evitabilidad tiene importantes funciones en la teoría del injusto, pero no en el concepto mismo de acción. Cuando no encuentra la fuente de la posición de garante la deriva de un pretendido *rol de buen ciudadano*. **2**

La vuelta a Hegel y el recurso para evitar la teoría hegeliana de la acción

En un paso posterior, Jakobs afirma que todo concepto de acción previo a la culpabilidad es provisional, pues sólo puede afirmarse que hay una acción para el derecho penal una vez afirmada la culpabilidad. De este modo empalma con Hegel, aunque procurando evitar las consecuencias sistemáticas a costa de asumir que, para el derecho penal, las acciones no delictivas no son acciones. **3**

§ 112. El concepto personal de acción

1 Roxin propone un concepto pretípico al que denomina *concepto personal de la acción*, definido como *lo que se produce por un humano como centro de acción anímico-espiritual o, más brevemente, como exteriorización de la personalidad. Acciones dolosas y culposas son exteriorizaciones de la personalidad, al igual que las omisiones. Causalidad, finalidad, resultado, relevancia social, etc., serían cuestiones de injusto y de culpabilidad, pero que presuponen una exteriorización de la personalidad. Considera que los otros conceptos de acción se alejan de la experiencia común, en tanto que el suyo tendría una base prejurídica penal.*

**Concepto
pretípico**

2 No obstante, Roxin admite que su concepto no siempre es neutral, porque en las omisiones siempre se *espera* algo. *Teóricamente se pueden hacer a diario las cosas más raras, como trepar a un poste de luz, abofetear a transeúntes inofensivos, etc. No hacer eso no es ninguna exteriorización de la personalidad ni ninguna acción, en tanto nadie lo espera. Por lo general, las esperas que configuran una exteriorización de la personalidad, partiendo de la posibilidad meramente pensada de no existencia, se fundan socialmente y en tales casos es esperable de la valoración jurídica (esto es, del tipo). Su concepto de acción no sería del todo pretípico, so pena de hacer recaer el desvalor en las omisiones sobre la nada.*

**Su concepto
no se desprende
del todo del tipo**

3 Pero el concepto mismo de acción como *exteriorización de la personalidad* es problemático. Si bien no tiene nada que ver esta idea de *personalidad* con el derecho penal de autor (ver § 14), lo cierto es que el concepto de *personalidad* es hartó equívoco y requerir que sea expresión de la *actividad anímico-espiritual* aclara poco. Puede entenderse como la exigencia de que intervenga la consciencia (excluiría los supuestos que llamamos de involuntabilidad), pero no parece avanzar mucho respecto de la identificación con la acción típica de los autores neokantianos, pues hará depender la finalidad de la acción de la tipicidad (en la dolosa será final y en la culposa, causal) y la omisión será conducta en la medida en que el tipo la reclame.

**¿Qué es la
"personalidad"?**

4 En cuanto a la función política, la base de este concepto resulta peligrosamente amplia, por lo indefinido de la *exterioriza-*

**Es muy amplio
para cumplir la
función política**

ción de la personalidad y, además, porque metodológicamente la construcción se hace para satisfacer todas las formas típicas.

Tampoco se exterioriza la personalidad sin expresar un sentido

Por último, no puede concebirse ninguna *exteriorización de la personalidad* que se dirija al mundo sin un sentido, y este sentido debe orientarse por imágenes o representaciones, es decir, que no hay ninguna exteriorización de la personalidad en el mundo que no trate de hacer algo más o menos concreto en ese mundo, con independencia de que eso sea típico o no lo sea, que el tipo requiera que provoque algo específico o se conforme con la alteración que produce la pura acción, que el tipo esté *esperando* algo diferente, que se haga con el cuidado que se impone para esa clase de acciones o no se lo haga, etc. Subir a un árbol es siempre una acción, se lo haga para recoger fruta en fundo propio, para hurtarla en fundo ajeno, para ayudar al niño que está en riesgo de caer, o para contemplar el paisaje, cuando por hacerlo sin el cuidado debido se termina cayendo sobre quien está sentado debajo.

CAPÍTULO 12

El tipo y la tipicidad en general

§ 113. El tipo penal como dialéctica

1 Una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza (la llamada criminalización *primaria*). Para eso las leyes se valen de fórmulas legales que señalan *pragmas* conflictivos (conductas, circunstancias y resultados) que amenazan con pena y que se llaman *tipos*, escritos en la parte especial del código penal y en leyes penales especiales (no codificadas).

**El tipo como
medio de
criminalización
primaria**

2 Cada vez que el poder crea un nuevo tipo penal, sabe de antemano que la criminalización secundaria se realizará en ínfima medida, y también que ese nuevo tipo abrirá un espacio más *para vigilar a quien el poder quiera* (poder positivo configurador), que generará mayor número de detenciones, prisiones preventivas, allanamientos, interrogatorios y extorsiones a inocentes, que será un nuevo pretexto para entrometerse en la vida privada y, en general, que ampliará el ámbito de selectividad del poder punitivo y de control del total de la población. *Aunque resulte curioso, lo cierto es que el tipo es una fórmula textual de selección de acciones, pero que en la mayoría de los casos el poder punitivo usa para seleccionar, vigilar y molestar a personas por sus características, aunque nada tengan que ver con las acciones que esta fórmula criminaliza.*

**Todo tipo
amplia el poder
configurador**

Por ende, cuanto mayor sea el número de tipos penales, mayor será el número de personas sometidas a vigilancia y a molestias, o sea, que mayor o más amplio será el arbitrio de las agencias para el ejercicio de su poder sobre la población en general. Por consiguiente, *el principio regulativo del estado de derecho* (la igualdad ante la ley) *se realiza en proporción inversa al ámbito de selectividad abierto por el conjunto de las tipicidades.*

**El derecho penal
los debe limitar
racionalmente**

Si cuanto mayor es el ámbito total de las prohibiciones típicas **3** menor es el respeto al principio del estado de derecho, el derecho penal deberá limitar aquel ámbito para apuntalar este último. Por supuesto que esa función interpretativa reductora la debe llevar a cabo en forma racional, porque una reducción arbitraria sólo aumentaría la arbitrariedad de la selección personal, conforme al principio de que *dos irracionalidades no se neutralizan sino que se potencian*. Si un juez criminal dejase impunes a genocidas porque comparte su ideología criminal, o un juez psicópata absolviese a violadores porque el delito le resulta *simpático*, lejos de fortalecer al estado de derecho, directamente lo aniquilarían.

**La dialéctica
en el tipo: su
bifrontalidad**

Debido a ello, el plano de la tipicidad es un *terreno de conflicto en el que colisionan el poder punitivo y el derecho penal*, pues mientras el primero quiere habilitar mayor ejercicio arbitrario, el segundo procura su limitación racional, dando lugar a que el tipo sea una moneda de dos caras: (a) en tanto que para el poder punitivo es un instrumento que habilita su ejercicio, (b) para el derecho penal es una herramienta para limitarlo. **4**

El poder punitivo no ahorra medios para extender su ámbito de prohibición: excede el alcance de las palabras, aprovecha las vaguedades y ambigüedades, inventa lesiones y peligros, etc. El derecho penal lucha por contenerlo en todos esos frentes. Por eso, cada tipo constituye una perforación en la racionalidad del poder, que el estado de policía trata de agrandar y multiplicar y el estado de derecho —mediante el derecho penal— de reducir y limitar.

Un funcionario policial asciende a un colectivo y paga con monedas de muy pequeño valor. El conductor se molesta y las arroja a la calle. El funcionario lo detiene. El oficial instructor se comunica con el juez y le consulta pretendiendo que se procese al conductor por ultraje a los símbolos nacionales, porque las monedas llevan el escudo nacional. El juez le instruye que libere inmediatamente al conductor. El funcionario se valió de un tipo para ampliar su poder punitivo; el juez se valió del mismo tipo para contenerlo.

§ 114. Aproximación al concepto de tipo**Precisión
del concepto**

Se puede afirmar que *el tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho* **1**

penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica.

- 2 (a) Es una *fórmula legal* porque pertenece a la ley, está expresada en un texto legal.

**Elementos
definitorios**

(b) Es *necesario al poder punitivo formal para habilitarse*, porque nunca se puede averiguar el carácter delictivo de una conducta sin fijarla antes mediante una prohibición: no tiene sentido preguntarse si actuó justificada o inculpablemente quien aún no sabemos si hizo algo prohibido. Por ello el tipo penal es lógicamente necesario.

(c) Su formulación legal es *necesaria al derecho penal*, porque sin ella éste no puede llevar a cabo una interpretación reductora del ámbito de lo prohibido, que debe partir de una limitación semántica. El tipo se expresa en lenguaje y éste jamás es unívoco. Es un error pretender que el tipo fija lo prohibido, cuando en realidad el tipo proporciona un ámbito máximo de prohibición, que no puede exceder del alcance de las palabras, pero que aun así es enorme. Si se considerase prohibido todo lo que cabe en el sentido literal de los tipos, el poder punitivo resultante sería inmenso, arbitrario e insoportable, por perfecta que sea la formulación típica de cualquier código.

§ 115. Tipo, pragma, tipicidad y juicio de tipicidad

- 1 Este concepto de tipo penal tensionado entre el poder punitivo y el derecho penal, se aparta de la doctrina tradicional, que suele considerarlo como un guante de suave terciopelo en que el juez verifica si cabe la mano del procesado. Por ello, son necesarias algunas precisiones que permitan diferenciar (a) el concepto mismo de *tipo*, del (b) *factum* concreto cuya *tipicidad* se quiere averiguar, tanto como de (c) la *tipicidad* como característica que asume la conducta como resultado del juicio y (d) *juicio* mediante el cual se establece esa tipicidad.

**La doctrina
tradicional**

- 2 *Tipo* es la traducción aceptada por la doctrina de la palabra alemana *Tatbestand*, que literalmente significa *supuesto de hecho* y, por ello, admite en alemán dos claras significaciones: (a) el su-

**El supuesto de
hecho fáctico
y el legal**

puesto de hecho *fáctico* (el acontecimiento particular y concreto que se da en la vida y en el mundo, o sea, la conducta concreta con que Juan le quitó la billetera a Pedro) y (b) el supuesto de hecho *legal* (el modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización, o sea, el texto del art. 162 del CP).

Esta terminología no puede usarse en castellano, porque la palabra *tipo* tiene el sentido de algo ejemplar, o sea, que el tipo siempre es abstracto. Tampoco es bueno innovar en terminologías técnicas aceptadas. Por otra parte, sería horrible inventar neologismos absurdos, como *supuestosidad de hecho* para decir *tipicidad*. Pero lo cierto es que en cualquier parte del mundo una cosa es el supuesto de hecho legal -abstracto- (el art. 162), y otra cosa es lo concreto (Juan se apoderó de la cartera de Pedro).

El supuesto de hecho abarca también todas las circunstancias: un *pragma*

La doctrina en general se contenta con decir que lo concreto ³ es la conducta, lo que es una verdad a medias, porque el tipo no abarca sólo acciones, sino acciones con cierto contexto (Juan lo hace fuera de una calamidad y lo hace sin violencia, porque de lo contrario sería hurto calamitoso o sería robo, etc.), en que debe lesionar el bien jurídico de Pedro (si Pedro le hubiese permitido tomarla no habría tipicidad) y, además, ser realmente obra de Juan (no lo sería si al perro de Juan se le hubiese ocurrido llevársela a su casa y esconderla en su canil). El tipo capta todo ese supuesto de hecho fáctico, concreto y particular, dado en el mundo real. Por eso, preferimos mantener la palabra *tipo* para la fórmula legal abstracta y llamar *pragma* a lo particular y concreto. El *pragma* es la conducta realmente realizada, pero con su resultado y sus circunstancias.

§ 116. El tipo siempre exige un juicio de valor: sus elementos interpretables y sus remisiones valorativas

La naturaleza del tipo no es puramente "descriptiva"

En la época de la Revolución Francesa se soñó con producir ¹ tipos penales tan acabados y perfectos, tan claros, que cualquier persona pudiese compararlos con la acción realizada, que serían

enseñados en las escuelas como catecismo y que los podrían aplicar jueces legos elegidos por el pueblo. Esta visión propia de gobelino del siglo XVIII, considera que el tipo es puramente *descriptivo*, que el juicio de tipicidad es *fáctico* y que la tipicidad como característica del delito es *avalorada*. Para ella la función judicial se agota en la *subsunción* como tarea exclusivamente comparativa (comprobar si los guantes calzan en las manos). Por otra parte, desde Napoleón todos los estados de policía pretenden que sus jueces sean *máquinas de subsumir*. Si bien es verdad que los tipos penales describen conductas y que es bueno que lo hagan con la mayor precisión posible, es un error creer que se agotan en eso y considerarlos de naturaleza puramente *descriptiva*. En modo alguno es correcto considerar que el tipo es un modelo que basta comparar con la acción concreta realizada en el mundo.

- 2 El error de este simplismo consiste en olvidar que los tipos requieren una interpretación técnica, sin la cual el ámbito de lo prohibido se extendería de modo inusitado, y que esta tarea no puede ser sino *jurídica* y, por ende, *valorativa*. La interpretación de los tipos penales está inextricablemente ligada al juicio por el cual se determina si una acción real y concreta es típica, o sea, si constituye materia prohibida, lo que también es un juicio valorativo (jurídico) acerca de una acción y de su obra (un pragma).

Se valora al interpretar el tipo y al formular el juicio de tipicidad

- 3 Tampoco debe creerse que los juristas interpretan los tipos técnicamente y los jueces se limitan a tomar sus interpretaciones y compararlas con lo particular y concreto del mundo, pues con ello se habría pasado de la omnipotencia legislativa a la doctrinaria, cuando tampoco el teórico goza de una infinita sabiduría que le permita imaginar todas las hipótesis que la realidad puede plantear. Por eso, el derecho penal sólo puede llevar a cabo su cometido de modo circular, admitiendo que las inimaginables variables concretas de los pragmas lo interrogan con nuevas dudas y situaciones que exigen perfeccionamientos de la valoración reductora de las hipótesis típicas. De esta manera, la interpretación técnica de los tipos y la valoración de una acción como típica o atípica, no son dos etapas sucesivas, sino sólo dos facetas de una misma actividad valorativa (o *juicio de tipicidad*).

Los tipos deben ser continuamente reinterpretados

- 4 El mismo simplismo que redujo al tipo a mera descripción, dedujo de ello que la acción típica es valorativamente neutra por-

La tesis de la descripción avalorada

que el tipo no expresa desvalor y que el juicio de tipicidad es meramente fáctico. Pero esta tesis fracasaba ante la exigencia expresa de elementos valorativos en algunos tipos (como el *ilegitimamente* del tipo del hurto). Primero se consideró que esos tipos eran *anormales*, pero luego se dio un salto hacia el otro extremo, asumiendo el carácter valorativo del tipo y pretendiendo que, como consecuencia de ese carácter, no tendría sentido mantener la clasificación de los elementos de los tipos en *descriptivos* y *valorativos*, porque serían todos valorativos.

Semejante confusión requiere una nueva conceptualización de los elementos del tipo así clasificados. En este sentido creemos que los tipos contienen (a) elementos interpretables y (b) remisiones valorativas del comportamiento.

Elementos interpretables

(a) Al realizarse el juicio de tipicidad, aparecen elementos que **5** se individualizan con el lenguaje común (*mujer*, por ejemplo), con el científico (como *estupefaciente*) o con el jurídico (como *funcionario*). Todos ellos son elementos *interpretables* que pueden llamarse *descriptivos* sólo en atención a la tradición. Los que requieren una precisión jurídica no dejan de ser descriptivos, dado que la naturaleza de su contenido no cambia porque para precisar sus límites deba aludirse al derecho en lugar de hacerlo a la medicina o a la física. Para responder cuándo termina *la vida* debe acudir al derecho, pero no por eso la vida se convierte en un concepto jurídico, sino que el derecho sólo precisa los límites de la vida y, por cierto, eso no es lo mismo que *crear la vida*.

Remisiones valorativas

(b) Pero a veces los tipos contienen *elementos que no son* **6** *interpretables*, pues remiten a otros órdenes valorativos que obligan al juzgador a realizar o a aceptar un juicio sobre un comportamiento (en la vieja fórmula del estupro, se exigía la *honestidad* de la víctima). En realidad son éstos los verdaderos elementos valorativos o normativos, aunque para mayor claridad es preferible llamarlos *remisiones valorativas del comportamiento*. Respecto de estas remisiones o verdaderos elementos valorativos de los tipos, el derecho penal debe agotar sus esfuerzos por reducirlos a elementos interpretables o descriptivos y, cuando no sea posible, plantearse seriamente su constitucionalidad.

La norma es un instrumento necesario de lógica jurídica

El derecho penal, para reducir las hipótesis, debe valorar ac- **7**
ciones como prohibidas o no prohibidas. Para ello, de los tipos deduce normas: del art. 79 deduce *no matarás*, del art. 162 no

hurtarás, etc. En este sentido la norma es un instrumento de lógica jurídica.

Superada la vieja ficción del legislador siempre racional, debe reconocerse como inevitable que la legislación incurra en contradicciones y que nadie puede imaginar todas las hipótesis que plantea la dinámica del mundo. Justamente por eso es necesario deducir la norma como instrumento de lógica jurídica. Para que el juez considere penalmente prohibida una conducta, un mínimo de racionalidad (impuesto legislativamente en el art. 19 constitucional) requiere que la prohibición penal presuponga la existencia de un conflicto de cierta importancia y que ese conflicto lesione algún ente valioso para la coexistencia (bien jurídico).

No se trata de alucinar un legislador histórico que haya partido del bien jurídico para construir la norma y llegar al tipo, pero debe agotarse el esfuerzo científico *para que haya un juez racional* que, partiendo del tipo deduzca la norma para llegar al bien y, de este modo, precisar el ámbito prohibido, para excluir de éste lo que implique una irracionalidad intolerable (lo que aparezca abarcado literalmente en la fórmula legal pero sin lesionar la norma afectando el bien jurídico).

§ 117. Otros usos de la voz tipo en el derecho penal

- 1 Cuando se menciona el *tipo* a secas, se hace referencia al que aquí se ha conceptualizado y que, desde la perspectiva del derecho penal, tiene por función filtrar el poder punitivo en un primer nivel de desvalor (prohibición). Esta aclaración es necesaria porque, especialmente en Alemania, se ha usado *tipo* en diferentes sentidos. Por ende, preferimos llamar *tipo*, sin aditamento alguno, al que cumple la función *fundamentadora* aquí señalada, y *agregarle aditamentos sólo en los casos en que sea empleado con significado diferente*.

**El tipo
"a secas"**

- 2 La tipicidad de una acción señala su prohibición penal, es decir, su conflictividad penal, a partir de la cual se averigua su antijuridicidad y su culpabilidad, que son caracteres de esa acción típica y no de otra, con lo cual la tipicidad se proyecta a los

**Los llamados
"tipo de injusto"
y "tipo de
culpabilidad"**

desvalores sucesivos de la misma acción. En este sentido la anti-juridicidad y la culpabilidad también son *típicas* (son desvalores de una acción típica determinada, particular y concreta), pero no por ello es necesario construir nuevos conceptos de tipo, lo que confunde todo el planteamiento. En consecuencia, preferimos no emplear conceptos equívocos de tipo que, por cierto, se han multiplicado (tipo de injusto total, tipo de exculpación, tipo de acción, tipo de aplicación, tipo rector, etc.).

§ 118. Los tipos de acto como antítesis de los tipos de enemistad al derecho (o de autor)

La necesidad lógica del tipo

Como no puede averiguarse si algo está prohibido sin partir de una previa definición de lo prohibido, el tipo penal siempre es lógicamente necesario. En la actualidad hay muy pocas legislaciones autoritarias que permiten a los jueces construir por analogía tipos penales –el caso más notorio es China–, pero aun en estos sistemas policiales de *tipos judiciales*, los jueces deben construir primero el tipo para averiguar luego la tipicidad, porque siempre deben definir lo prohibido para saber si lo que tienen delante lo está.

El derecho penal del enemigo

Cuando un poder punitivo autoritario se dirige contra enemigos del poder (suele llamarlos *enemigos de la sociedad*, porque todo estado de policía pretende ser la *sociedad*), no interesa la lesión que sufre la víctima y pasa a primer plano la *enemistad*, con lo cual la tipicidad tiene valor negativo sólo como signo de *enemistad al poder*. Así lo usaron los teóricos del nazismo para atrapar a quien se hubiese revelado como *enemigo* en el hecho, en algo parecido a éste o en su vida (quienes mantenían relaciones sexuales con judíos o gitanos, quienes amaban el jazz, las minorías sexuales, etc.).

Todos los tipos judiciales son de autor

Con esta finalidad el derecho penal del estado de policía teoriza criterios instruyendo al juez para que detecte a los enemigos que el legislador no tuvo en cuenta, o sea que, los tipos legales dan paso a los tipos judiciales y los tipos de acto a los tipos de autor, pudiendo afirmarse que *si bien no todos los tipos legales*

son de acto, todos los tipos judiciales son de autor. Actualmente se resucita más matizadamente la idea: se propone distinguir –en los propios tipos legales– entre los *refractarios* al derecho (simples infractores) y los *enemigos*.

- 4 Se ha señalado que el poder punitivo siempre es de autor y que, por su ineludible estructura, en la gran mayoría de los casos selecciona conforme a estereotipos (cfr. *supra*, § 14). *El derecho penal de acto es el esfuerzo del estado de derecho por reducir y limitar el poder punitivo de autor.* Su antónimo –el llamado *derecho penal de autor*– renuncia a este esfuerzo y su expresión más grosera es el *tipo de autor*, es decir, la pretensión de que el tipo legal mismo capte personalidades y no actos, *prohiba ser de cierto modo*, en lugar de prohibir la realización de ciertas acciones conflictivas (no prohíbe hurtar sino *ser ladrón*). En consecuencia, *la racionalización de tipos de autor (o de enemigo) es el signo más burdo de la claudicación del derecho penal, o sea, su inversión y puesta al servicio del estado de policía.* Es la máxima consagración del estado de policía: *al amigo todo, al enemigo nada.* Si bien se habla de *derecho penal de autor*, cuando éste llega al extremo de pretender legitimar tipos de autor, es dudoso que eso pueda merecer el nombre de *derecho penal*.

El derecho penal del enemigo como renuncia a la función limitadora

- 5 El discurso jurídico-penal autoritario, que elabora racionalizaciones para que el poder punitivo sólo caiga sobre los enemigos del poder (y no le pegue por error a algún amigo), por definición *alucina una guerra*, pasa a primer plano la identificación del enemigo y minimiza la importancia de la lesión y de la víctima. Con ello, en el plano procesal tiende a volver siempre a la inquisición, porque precisamente nadie lo debe limitar en su *guerra contra los enemigos*. Si algún tipo de la legislación argentina vigente, por torcida interpretación pudiera entenderse como tipo de autor, por imperio constitucional debe ser siempre entendido como tipo de acto y recalcar la necesidad de la lesión al bien jurídico. El caso más problemático por su frecuencia es el tipo de tenencia de tóxicos prohibidos para propio consumo (art. 14 de la ley 23.737), donde no hay lesión a bienes jurídicos ajenos y se pone de manifiesto como nunca el enorme esfuerzo racionalizante llevado a cabo por una lamentable jurisprudencia constitucional para vestir de derecho penal de acto a un clarísimo tipo de autor. La más indignante colección de tipos de autor que hubo en la legislación argen-

El derecho penal del enemigo como alucinación de guerra

tina estaba contenida en los derogados edictos contravencionales de la Ciudad de Buenos Aires, vigentes casi un siglo –que siempre pujan por volver–, donde abundaban la vagancia, la ociosidad, la mendicidad, la prostitución, o verdaderos *tipos de sospecha*, como *deambular*, *merodear*, etcétera.

§ 119. La tensión entre la tipicidad legal y la judicial

El tipo no nace del principio de legalidad

Conforme a lo dicho, resulta que el tipo penal nace de una ¹ necesidad lógica y no del principio *nullum crimen sine lege*. Más aún: la existencia de tipos legales es un presupuesto necesario para la vigencia del *nullum crimen sine lege*, pero no suficiente, porque puede haber tipos legales defectuosos que lo violen. De allí que el saber del derecho penal, por imperio de la Constitución y del derecho internacional, deba limitar los tipos conforme a esa regla, declarando la inconstitucionalidad de cualquier integración analógica e interpretando al resto conforme a estricta legalidad, restrictiva y reductora del contenido prohibido.

La lucha contra la tipicidad de autor y judicial sigue en los sistemas de tipos legales

Dado que nunca hay un estado de policía total ni un estado de ² derecho perfecto, la tensión típica entre los tipos legales y judiciales es constante y paralela a la selección típica de acto y de autor o de enemigo. Por mucho que una legislación quiera respetar la legalidad, las limitaciones del lenguaje hacen que la construcción legal de los tipos nunca agote la legalidad estricta, que requiere la labor interpretativa de reducción racional de lo prohibido, propia del derecho penal. Aun en un sistema de tipos legales como el argentino, no se prescinde de fórmulas generales en los llamados *tipos abiertos*, del que son paradigmáticos los tipos culposos (ver § 155 y ss.), todo ello sin contar con otros hiatos de legalidad en los *tipos dependientes* (como la definición de los actos de tentativa) (ver § 258) o la cuestión de los llamados impropios delitos de omisión, según la doctrina dominante (ver § 166 y ss.). En todos los ámbitos la función reductora del derecho penal se enfrenta al impulso punitivo del estado de policía.

La legalidad estricta debe ser completada por el derecho penal

Desde lo legislativo, avanza el estado de policía a través de ³ una enorme proliferación de tipos abiertos y de peligro (especial-

mente remotos y *abstractos*) y mediante la minimización del bien jurídico. *La legalidad no es, pues, un problema que en el nivel típico pueda agotar el legislador, sino que el derecho penal es el encargado de completarla y traducirla en términos de legalidad estricta, sea mediante una interpretación limitativa de los tipos penales o a través de la inconstitucionalidad de alguno de ellos.*

§ 120. Estructuras típicas fundamentales: tipos dolosos y culposos, activos y omisivos

- 1 La doctrina dominante tiende a considerar que el *dolo* y la *culpa* y la *comisión* y la *omisión* son diferentes modalidades o estructuras típicas. Esto lo hemos adelantado al ocuparnos de la conducta (ver § 94), pero volvemos a insistir brevemente en el tema. Los *tipos dolosos* individualizan acciones por la incorporación del resultado al programa causal finalmente dominado por el agente (quiere incendiar, programa la causalidad, lleva combustible, encendedor, mecha e incendia); en los *tipos culposos* las acciones se individualizan porque el resultado adviene en razón de una falta de cuidado en la programación final del agente (quiere fumar y arroja la colilla sobre material inflamable). Los *tipos activos* individualizan directamente las acciones a las que asocia el poder punitivo (como las anteriores de incendio doloso y culposo), en tanto que en los *tipos omisivos* las acciones se individualizan porque son dispares respecto de un modelo de acción debida (*aliud agere*); en un caso el tipo asocia poder punitivo a la acción que individualiza, en el otro lo asocia a cualquier acción diferente del modelo típico; en el primero el resultado es causado (nexo de causación) por el agente, en el segundo no es evitado (nexo de evitación) por éste (se prohíbe realizar cualquier conducta que sea diferente a la de apagar un incendio que amenaza la vida de una persona, si lo puede hacer fácilmente y sin riesgo).

Las estructuras típicas como diferentes técnicas de prohibición

- 2 Si se designa T al tipo, (a) a la finalidad, (b) a la causación, (c) a la evitación y (d) a la forma o modo de realizar el fin (violatorio de un deber de cuidado), se observa que tales componentes satisfacen los requerimientos de todas las formas estructurales de con-

Esquemmatización de las variables usadas para prohibir

ductas o acciones típicas, sólo que los tipos (ley) a veces los relevan y a veces no lo hacen, dando lugar con ello a las distintas estructuras típicas. Así, la clasificación fundamental de estas estructuras (dolosas y culposas, activas y omisivas) obedece a que la ley contiene tipos conforme a las siguientes variables: T (a.b)= tipo doloso activo; T (a.c)= tipo doloso omisivo; T (b.d)= tipo culposo activo; T (c.d)= tipo culposo omisivo.

Excursus: La evolución histórica del concepto de tipo penal

§ 121. Las principales cuestiones discutidas

**El tipo como
creación de
von Beling
en 1906**

Si bien el uso de la palabra *Tatbestand* se puede rastrear hasta el derecho procesal medieval, lo que actualmente entendemos por *tipo sistemático, fundamentador o de prohibición* apareció en la dogmática jurídico penal por obra de Ernst von Beling en 1906 y desde entonces mucho se ha discutido acerca de su naturaleza y de sus relaciones con los otros niveles o momentos analíticos del delito.

**Cuestiones que
se discutieron a
partir de 1906**

Básicamente se discutieron las siguientes cuestiones:

2

(a) su naturaleza : unos pretendieron que era objetiva y otros que abarcaba datos subjetivos en diferente medida;

(b) su relación con la antijuridicidad: unos pensaron que no tenía ninguna relación, otros que revelaba un indicio de antijuridicidad y otros que era directamente la *ratio essendi* de ésta;

(c) su relación con la culpabilidad: unos creen que debe sostenerse un tipo de culpabilidad y otros lo niegan.

§ 122. Su carácter objetivo o complejo

1 El tipo fue concebido por Beling en 1906 como completamente objetivo. Pretendía que la descripción típica abarcara sólo el aspecto objetivo (exterior) de la acción humana. En los siguientes años, el extremo objetivismo del tipo derivó en la llamada posición *neoclásica*, que sostuvo el mismo concepto, aunque lleno de parches. El neokantismo admitió la presencia de los elementos subjetivos, sosteniendo que en la tentativa el dolo mismo pasaba a ser elemento subjetivo del tipo. A esta posición le criticaba Welzel que una distinción semejante entre delito consumado y tentativa carece de toda razón lógica: según que la víctima muera o sobreviva, la voluntad de matar estaría en la culpabilidad o en el tipo.

Las dificultades de la teoría objetiva pura

2 La concepción objetiva del tipo generaba tantas dificultades sistemáticas que pocos años después del enunciado de Beling, Hegler y Max Ernst Mayer negaron su total objetividad, admitiendo los llamados *elementos subjetivos del tipo*; por otro lado, la incapacidad de la llamada teoría psicológica de la culpabilidad (infra, § 199.7) para explicar la culpa inconsciente, condujo a la neutralización de la pretendida subjetividad de la culpabilidad. Hellmuth von Weber fue el primero que expuso un concepto de tipo enteramente mixto (objetivo y subjetivo) en 1929, desarrollándolo nuevamente en 1935. Weber observaba que con la teoría normativa de la culpabilidad y con los elementos subjetivos del tipo se había quebrado la base metodológica objetiva/subjetiva, afirmando que las inconsecuencias metodológicas de estas doctrinas no aportaban a la jurisprudencia lo que ésta demandaba para sus soluciones, particularmente en materia de error, participación y tentativa. Para Weber la culpabilidad concernía al poder y la antijuridicidad al deber, reemplazando la contraposición *objetivo/subjetivo* por la de *deber/poder* (*Sollen/Können*). Graf zu Dohna expuso en 1936 también un concepto complejo del tipo penal. En su construcción había un desvalor de carácter mixto: la antijuridicidad desvaloraba el tipo objetivo y la culpabilidad el tipo subjetivo. De este modo, Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna marcaron el derrotero hasta que en 1935 Welzel pasó a completar el panorama.

Al tipo complejo lo crea el mismo neokantismo

3 La concepción mixta o compleja del tipo, con la consiguiente ubicación del dolo en la tipicidad, fue motivo de escándalo en su

La polémica: causalismo/finalismo a partir de 1950

tiempo, dando lugar a una larga polémica, fundamentalmente con Edmund Mezger, cuyo pensamiento era claramente autoritario –fue un nazista convencido–, lo que no le impedía imputarle a Welzel procurar un concepto autoritario de tipo, porque al incluir el dolo sostenía que caía en un *derecho penal de ánimo* o de *disposición interna*. Curiosamente, desde el extremo político opuesto, el penalismo alemán comunista le imputaba a Welzel un subjetivismo de carácter *burgués*. Ambas imputaciones eran infundadas, porque Welzel nunca quiso sustituir los elementos objetivos por datos subjetivos, sino completar lo objetivo con lo subjetivo. *En la medida en que se exijan mayores requisitos para afirmar que una acción es típica, lejos de disminuir garantías se las aumenta. Con los datos subjetivos se reduce el ámbito de lo prohibido, frente a la enorme amplitud que le daba considerar prohibido un puro proceso causal activado por el hombre.*

§ 123. Las relaciones con la antijuridicidad

El tipo avalorado

Para una posición que sostiene la llamada naturaleza avalorada **1** del tipo penal, y para la que –por ende– la tipicidad nada diría respecto de la antijuridicidad, excepto la de constituir un inevitable paso analítico previo a su averiguación, no existe ningún género de relación entre ambas categorías. Por consiguiente, la tipicidad penal no indicaría ningún desvalor. Se sostiene que ésta fue la tesis de von Beling al introducir el concepto de tipo, aunque es dudoso.

La teoría de los elementos negativos del tipo

En el extremo opuesto al de la llamada concepción avalorada, **2** se identificó tipicidad con *antijuridicidad tipificada*, en la teoría que se suele denominar *de los elementos negativos del tipo penal*. Para esta tesis el juicio de antijuridicidad de una conducta queda cerrado en forma definitiva con la afirmación de la tipicidad. Según esta teoría, el tipo se compondría de elementos positivos y negativos. Los elementos negativos del tipo serían las causas de justificación. Para sus partidarios, la teoría del delito, en cuanto a sus caracteres específicos, es bimembre (delito es injusto culpable), en tanto que para el resto es trimembre (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). La teoría de los elementos negativos del tipo

fue expuesta por Merkel a la concepción de Beling y en 1913 Baumgarten la opuso. Desde el campo de la teoría compleja del tipo penal también von Weber y Schaffstein han postulado la identificación con la antijuridicidad.

- 3 La teoría de los elementos negativos del tipo merece varias críticas y tiene serias consecuencias sistemáticas. Una de las más notorias se halla en el campo del error: si las causas de justificación devienen elementos negativos de la tipicidad, hacen que el error sobre sus presupuestos fácticos se considere únicamente como errores de tipo (en caso de vencibilidad dan lugar a culpa) (ver § 217.4). A partir de este punto de vista, y si se quiere evitar que los errores vencibles sobre supuestos fácticos de prohibición se resuelvan como casos de culpa, se hace necesario distinguir diferentes conceptos de tipo (tipo garantía, tipo de error, tipo sistemático), como lo hace Roxin. Se trata de una construcción bastante complicada y para nada simétrica.



Adolf Merkel

**Consecuencias
en materia
de error**

- 4 En el viejo neokantismo en versión de Mezger y sus seguidores, el error era tratado en forma unitaria, o sea que, cualquiera sea su naturaleza, si era invencible eliminaba la culpabilidad y si era vencible daba lugar a culpa. Para este autor la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad, pese a lo cual, a diferencia de la teoría de los elementos negativos del tipo, la tipicidad no cerraría el juicio de antijuridicidad, pudiendo ser excluida por una causa de justificación. Se afirmaba la antijuridicidad de toda conducta típica diciendo que todo tipo es un *tipo de injusto* y, en el estadio siguiente, se negaba esa afirmación. Este planteamiento no hace más que dar lugar a un análisis contradictorio, que afirma en un estrato lo que puede negar en el siguiente. Para eso se dice que la antijuridicidad tiene dos partes, una positiva (con el tipo) y otra negativa (con las causas de justificación). Pero la llamada *segunda parte* no es más que la falta de la primera, es decir, que esa segunda parte no tiene entidad.

**La teoría del
tipo de injusto**

- 5 Entre estas dos posiciones extremas, Max Ernst Mayer sostuvo en 1915 la naturaleza indiciaria de antijuridicidad de la tipi-

**El carácter
indiciario del
tipo penal**

cidad: ésta sería un indicio de antijuridicidad, comportándose a su respecto, *como el humo y el fuego*. Manteniendo separada la antijuridicidad (como juicio de desvalor) de la tipicidad (como objeto de ese juicio), se aclara el concepto de delito, siempre que se tome en cuenta que la segunda constituye el indicio que permite averiguar la primera.

§ 124. Relaciones con la culpabilidad

La coordinación con la culpabilidad

La total independencia del tipo respecto de la culpabilidad **1** llevó a absurdos, especialmente unida a la concepción objetiva del tipo. Es obvio que no se puede cometer una traición a la patria con dolo de violación. Beling en 1930 rectificó su posición original mediante el esbozo de una teoría con la que intentaba coordinar el tipo con la antijuridicidad y con la culpabilidad, en una construcción muy complicada en la que introducía un nuevo concepto: el *Deliktstypus* o *tipo de delito*, que estaría constituido por el *tipo de garantía*, del que se derivaba un *tipo de injusto* y un *tipo de culpabilidad*. Esta tesis no fue seguida en la dogmática penal alemana posterior, aunque su trabajo fue traducido varias veces al castellano.

No vale la pena referirse a un tipo de culpabilidad

Al margen de este intento existen usos de la expresión *tipo de culpabilidad*, pero sin que se deduzcan del mismo consecuencias dogmáticas de trascendencia práctica ni se le asignen funciones sistemáticas. Por ello no tiene mucho sentido sostener ese concepto, que no haría más que subrayar lo que sabemos, o sea, que la culpabilidad siempre es de un injusto y que éste importa el desvalor de una conducta típica, o sea, que debe haber una correspondencia entre tipicidad y culpabilidad, como debe haberla entre los cimientos y el edificio. **2**

CAPÍTULO 13

El tipo doloso activo: función sistemática del aspecto objetivo

§ 125. La duplicidad de funciones del tipo objetivo (sistemática y conglobante)

1 La tipicidad penal es una característica de la conducta que se averigua mediante los tipos. Pero –como se ha visto– la ley construye los tipos de diferente modo, habiendo cuatro estructuras fundamentales, según prohíba individualizando la conducta que quiere prohibir (activa), o bien la que en esa circunstancia debe realizarse, encontrándose prohibidas las conductas diferentes (omisiva); y también según que el resultado prohibido exija que sea querido por el agente (dolosa) o simplemente causado por la violación de un deber de cuidado (culposa). La teoría del tipo penal requiere, pues, el análisis de estas estructuras y para ello debe comenzarse por alguna de ellas. A tal efecto es tradicional comenzar por el análisis del *tipo doloso activo* y estudiar luego las características diferenciales de las estructuras restantes. La tradición obedece a que son los primeros que la ley tiene en mira, en razón de que los considera más graves por la mayor probabilidad de causar el resultado: es mucha más probable que el resultado lo produzca quien con su acción quiere producirlo que quien actúa por mero descuido.

**El tipo doloso
activo como
estructura
referente para el
examen
jurídico-penal**

2 En la actualidad, superadas las pretensiones de reducir al tipo a una cáscara externa de la conducta (concepciones objetivas del tipo), hay general coincidencia en que el tipo doloso es complejo, dividiendo su análisis en un aspecto objetivo y otro subjetivo, llamados usualmente *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*. Dado que carece de sentido preguntarse por la voluntad del agente cuando aún se ignora si su conducta ha generado un conflicto, se impone iniciar el análisis de la estructura dolosa activa por el tipo objetivo. Bajo

**Se comienza por
el tipo objetivo**

ningún punto de vista el reconocimiento de la naturaleza compleja del tipo impide sostener que *el aspecto objetivo es el núcleo básico o primario del tipo*. La admisión de aquella naturaleza no implica ninguna renuncia a las garantías de la exigencia de una tipicidad objetiva, sino un mayor grado de requerimientos del tipo, que no sólo se conforma con la antigua objetividad típica del positivismo de Liszt o del neokantismo de Mezger (por otra parte muy poco garantista), sino que requiere, además de ésta, la subjetividad típica.

Primero debe averiguarse si existe un espacio problemático

Quando nos preguntamos por la tipicidad objetiva de una **3** conducta, es obvio que nadie se pregunta, en condiciones normales, si es antinormativa o si lesiona bienes jurídicos el beber agua o cepillarse los dientes, como ocurre en general respecto de cualquier conducta claramente inocua. En el lenguaje común decimos que no se pregunta si hay un delito cuando no hay un problema. Pues bien, eso es lo que queremos decir cuando afirmamos que lo primero que es necesario averiguar es si existe un *espacio problemático*. Los tipos captan pragmas conflictivos, pero antes de averiguar si son conflictivos es preciso saber si concurren los elementos objetivos de un *pragma*, porque siempre se pregunta por el sustantivo antes que por el adjetivo. Cuando queremos un perro guardián, no preguntamos si es guardián antes de asegurarnos que nos estamos refiriendo a un perro. Lo lógico, por ende, será preguntarse primero si existe la objetividad de un *pragma* y luego si es conflictivo, porque sólo con la objetividad de un *pragma* se abre el *espacio problemático* que tiene prelación sobre las otras preguntas de la tipicidad objetiva.

El tipo sistemático y el tipo conglobante

Este orden de prelación de las preguntas acerca de la tipicidad **4** impone: (a) primero, comenzar por el tipo objetivo y, segundo, dentro de éste, (b) preguntar ante todo si existe el espacio problemático (aspecto objetivo del *pragma*), y luego, (c) verificar que el mismo sea conflictivo. El tipo objetivo importa, de este modo, dos momentos (b y c), por lo cual, en su interior, deben distinguirse: (a) una *función sistemática* (que permite afirmar la existencia del espacio problemático, descartando todas las conductas inocuas), y luego (b) una *función conglobante* (que permite averiguar la conflictividad).

Las preguntas del tipo objetivo sistemático

La *tipicidad sistemática*, o sea, la existencia del espacio **5** problemático, se establece con el *tipo legal aislado*, o sea, con la mera fórmula que aparece en el texto de la ley: basta simplemente con tomar en cuenta *el que matare a otro* (art. 79), *el que instigare a*

otro al suicidio (art. 83), *el que deshonrar o desacreditar a otro* (art. 113), etc. Así, si el agente lesionó a una persona (art. 89), en este primer momento se constata: (a) la conducta (descargar un golpe), (b) el resultado (moretones y fractura) y (c) la causalidad (prescindiendo del golpe no existirían los moretones ni la fractura). (d) Si el tipo exige circunstancias especiales (es un llamado *tipo circunstanciado*) habrá que comprobar también su presencia (si la víctima estaba indefensa para la alevosía, si el medio era el exigido en el envenenamiento, si había un infortunio en el hurto calamitoso, etc.). A esta primera etapa de comprobación típica objetiva (comprobación de la existencia del aspecto objetivo del *pragma típico*) la llamamos *sistemática*, y a la parte o conjunto de elementos del tipo objetivo que tomamos en cuenta para su constatación lo denominamos *tipo objetivo sistemático*.

- 6 Una vez afirmada la presencia del espacio problemático (mediante la función sistemática) será necesario determinar si lo abarcado por éste constituye un conflicto (función conglobante). Pero para este segundo paso no basta con la consideración aislada del tipo, sino que debemos valernos de la misma fórmula legal considerada ahora como parte de todo un conjunto orgánico normativo (el orden normativo), es decir, *conglobada* con todo el resto de normas vigentes. De este modo se averigua la tipicidad objetiva conglobante, mediante el *tipo conglobante*, que es el conjunto de elementos del tipo objetivo que tomamos en cuenta para afirmar la *conflictividad*.

La tipicidad conglobante establece la conflictividad

- 7 La conflictividad depende de dos circunstancias: (a) que haya *lesividad*, o sea, una lesión (a un derecho o bien jurídico ajeno) y (b) que sea objetivamente imputable al agente como *obra propia*. Estas son las dos preguntas a las que debe responder la *función conglobante*: si media lesión y si es objetivamente imputable al agente (si es obra de éste).

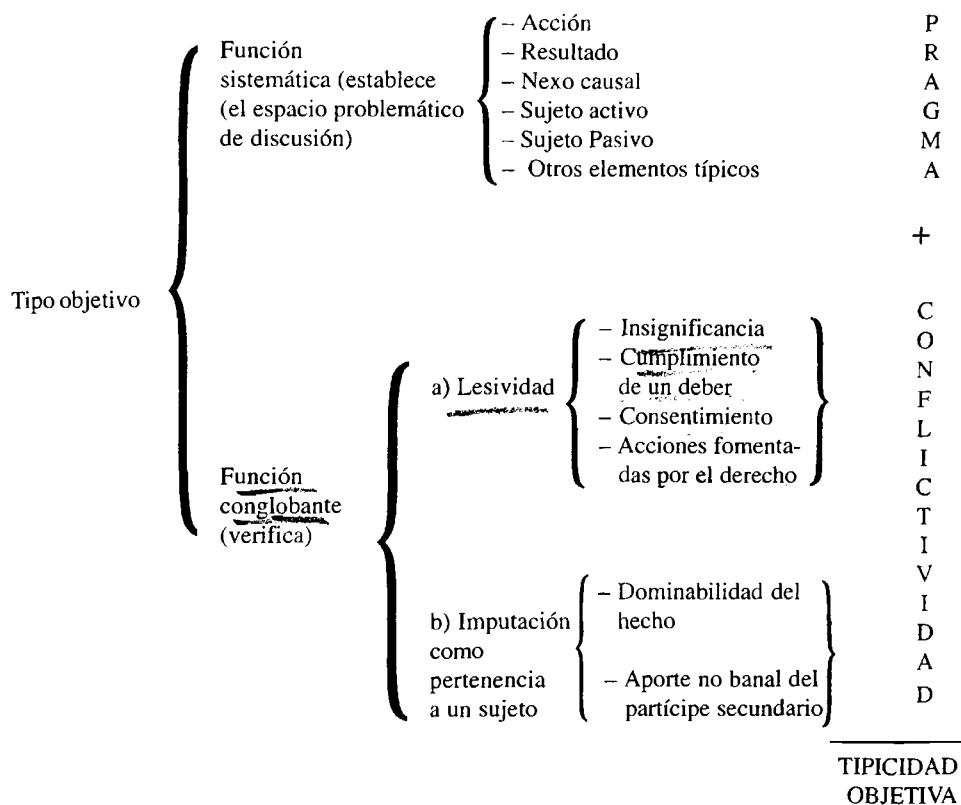
La conflictividad depende de la lesividad y de la imputación como obra propia

Por cierto que no habría conflicto típico de hurto si el apoderamiento de la cosa ajena tuviese lugar por parte de un funcionario que la secuestró por orden judicial, o sea, que quien lo hizo no violó ninguna norma, porque no puede violar una prohibición quien cumple con su deber jurídico, o sea, que la conducta no sería antinormativa. Tampoco habría conflicto cuando la lesión al bien jurídico ajeno resulta insignificante, como ocurre cuando alguien se apodera de una cerilla que pertenece a otro, para encender un cigarro.

No obstante, aunque haya lesividad, tampoco habrá tipicidad objetiva si falta el conflicto porque el resultado, por mucho que se lo haya causado, no puede considerarse como obra perteneciente a un agente. El cónyuge que con su mal carácter *le hace la vida imposible* al otro, es probable que le acelere la muerte en caso que éste sea cardíaco, pero no por ello puede considerarse autor/autora de conjugicidio. Puede tratarse de una imputación moral, formulada en voz baja por los vecinos o los parientes durante el velatorio, pero si alguno de ellos fuese tan necio de pretender denunciarlo, cabe imaginar el asombro del oficial de policía que escucha al denunciante y las palabras disuasivas del comisario. Y todo ello, pese a que se ha verificado la tipicidad objetiva sistemática: hubo conducta (gritos, peleas, berrinches, silencios cargados de agresividad), hubo causalidad (el estrés le aceleró el infarto al cónyuge) y hubo resultado (muerte). También hubo lesión al bien jurídico *vida*, pues el cónyuge murió. Pero el asombro y los consejos del comisario, intuitivamente, están expresando que no puede considerarse la muerte como obra del cónyuge supérstite en sentido jurídico-penal, y no por meras razones procesales o de prueba; incluso suponiendo que el familiar obcecado se hiciese acompañar por un médico que explicase que el medio familiar negativo le aceleró la muerte, no haría más que aumentar el asombro de los funcionarios de la ley. Por supuesto, no sería igual el caso de un infartado que muere aterrorizado porque el cónyuge hace estallar cohetes debajo del lecho, algo nos dice, por mero sentido común, que allí debe considerarse la muerte como obra de quien encendió los cohetes.

La relación dialéctica entre ambas funciones de la tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva se afirma sólo cuando se hayan agotado 8 ambas funciones del tipo objetivo (la sistemática y la conglobante). La tipicidad objetiva sistemática y la conglobante no son independientes, pues se trata de una consideración diferenciada de elementos del tipo objetivo que sirven para cumplimentar las dos funciones que éste debe cumplir para permitir afirmar la tipicidad objetiva. *Ambas tipicidades permanecen vinculadas como consecuencia de que las funciones para las que son construidas se mantienen ligadas por una necesaria relación dialéctica:* la función del tipo conglobante opera como contrapulsión de contención de la pulsión ampliatoria del canal de paso de poder punitivo que importa la individualización de la acción a través de la función meramente sistemática.



§ 126. Exteriorización de la voluntad y mutación física

- ¹ No se concibe una conducta típica sin que se exteriorice, o sea, sin que dé lugar a una mutación física en el mundo, que suele llamarse *resultado*. La doctrina de otros tiempos ha pretendido distinguir entre el *resultado material* y el *resultado jurídico*, pero éste último es producto de una confusión conceptual, dado que no es otra cosa que la propia lesión al bien jurídico, o sea, un requisito del tipo conglobante. Por eso, para evitar confusiones es preferible no emplear la expresión *resultado jurídico*, entendiendo

El resultado

que cada vez que nos referimos al *resultado* a secas, estamos haciendo mención del resultado *material* o mutación física, que en verdad es el único *resultado*.

Tipos de resultado y de mera actividad: no hay delito sin resultado

Hay tipos que exigen la producción de determinado resultado **2** (como el homicidio, en que sólo puede ser la muerte) y otros que no lo hacen, o sea, que no precisan el resultado típico (como la injuria). Cuando no se exige la producción de un resultado determinado en el tipo objetivo, éste puede ser *cualquier mutación del mundo, con tal que resulte lesiva del bien jurídico*. Se llamó a los primeros, es decir, a aquellos delitos en que el tipo exige un resultado determinado, delitos *de resultado*, y a los segundos *de mera actividad*. Esta terminología puede seguir empleándose, pero a condición de que no sea mal entendida, como en algunas construcciones idealistas que sostienen que los llamados delitos de mera actividad son *delitos sin resultado*. Los tipos son textos legales y, como cualquier texto, se ocupan de lo que mencionan, pero eso no significa que no exista lo que ellos no tratan: cuando el poeta enamorado canta al rubor de las mejillas de su amada, a nadie se le ocurre que deba entenderse que ésta es calva sólo porque no se ocupa de su cabellera; cuando alguien describe París nadie piensa por ello que Roma no existe. Esta lógica realista con la que se entiende cualquier texto en ocasiones no se aplicó a la interpretación de los tipos, porque el idealismo los hizo objeto de una lectura inaudita en cualquier comprensión de textos. Si nos mantenemos dentro de las reglas con que todos los días entendemos cualquier texto que leemos, es claro que no puede haber delitos sin resultado, aunque haya tipos que no requieran la producción de determinado resultado o mutación del mundo físico. Parece bastante claro que cuando en el mundo no sucede nada, directamente no hay tipicidad objetiva sistemática, o sea que si nada cambia en el mundo real, el espacio problemático no se abre.

La confusión idealista

Esta curiosa lectura idealista de los tipos confunde la técnica **3** legislativa de construcción del tipo con: (a) la realidad (en que todo conflicto presupone que algo pasa en el mundo) y (b) con el objetivo mismo del poder punitivo (que individualiza conflictos, que no pueden existir sin una mutación del mundo físico). El tipo puede privilegiar para la individualización del pragma el eje del resultado o el de la acción, pero así como en el primer caso no se

concibe que prohíba resultados sin acciones, en el segundo tampoco es admisible que prohíba acciones sin resultado; primero, porque en el mundo no existen resultados sin acciones ni acciones sin resultado y, en segundo lugar, porque la función política y jurídica de los tipos es la individualización de un pragma que se integra siempre con la acción y el resultado, como presupuestos necesarios para la existencia de un conflicto.

- 4 En ocasiones sólo aparentemente el tipo no requiere la producción de un resultado determinado, porque a veces la técnica de construcción típica opta por un verbo que incluye la producción del resultado (verbo resultativo), con lo que aparecen los *falsos tipos de actividad* (como la violación; afirmar que en la violación no hay un resultado es ignorar la opinión de todas las víctimas). Estos pueden subdividirse en *falsos tipos de actividad iniciada* y de *actividad completa*. Para los primeros el verbo denota una acción cuyo mero emprendimiento es inseparable del resultado (declarar falsamente), en tanto que los falsos tipos de actividad completa implican que el resultado es inseparable de la acción sólo cuando ésta se ha completado (*transportar*, que importa un destino; *apoderarse*, que importa adquisición de disponibilidad).

**Los falsos tipos
de actividad**

§ 127. El nexo de causación

- 1 La *causalidad* es un proceso ciego que no tiene principio ni fin, o sea, que se proyecta desde y hacia el infinito. De allí las múltiples tentativas de limitación ensayadas para establecer el *vínculo de causación* entre la acción y el resultado típicos. La noción de *causa/efecto* (el llamado *problema de la causalidad*) es una forma, entre otras, de explicación y comprensión científicas; describir la causa de un suceso es decir *por qué* ocurre. De esta manera la búsqueda de causas equivale a la de condiciones suficientes para la producción de un resultado. En este sentido, y prescindiendo de mayores especulaciones, *causalidad* sería la cadena de causas y efectos que se dan en el mundo y que permite que los hechos sean explicados y, por lo tanto, que aquel sea inteligible.

**La causalidad
permite entender
el mundo**

Causalidad y explicación de la causalidad

La causalidad es un hecho del mundo. Su explicación es un fenómeno cultural: la ciencia explica la causalidad de los fenómenos del mundo. Y la ciencia puede equivocarse (demasiadas veces lo hace). Más aún: las leyes científicas (conforme a las cuales se explica la causalidad) nunca tienen un valor de verdad verdadero en forma absoluta, pues se basan en conocimientos empíricos, y cuantas más veces se reitera la experiencia y se confirma la regla, el valor de verdad verdadero de la ley científica es mayor, pero nunca llega a ser absoluto, pues basta que una nueva experiencia no la confirme, para que caiga por un valor de verdad falso que es absoluto. No es cierto que *la excepción confirma la regla*: por el contrario, *la excepción demuele la regla*. Siempre la prueba de la causalidad es una prueba de probabilidad, por mucho que ésta pueda ser altísima en la mayoría de los casos, nunca es absoluta, justamente por la naturaleza de los conocimientos científicos acerca del mundo y por sus limitaciones.

La conditio sine qua non de von Buri

La causalidad se establece conforme al principio de *equivalencia de las condiciones* o de la *conditio sine qua non*: *causa es toda condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado* (sin los disparos el muerto estaría vivo). Esta es la formulación original de von Buri, según la cual todas las condiciones son causas.

La fórmula corregida de la conditio sine qua non

Esta primera formulación tuvo que ser corregida, para abarcar los casos en que concurren varias condiciones, pero que sólo conjuntamente pueden producir el resultado: dos personas proporcionan veneno a un tercero, en dosis que aisladamente no tienen capacidad para matarlo, pero que sumadas resultan mortales. Se enunció de este modo la fórmula corregida: *si diversas condiciones pueden ser mentalmente suprimidas en forma alternativa, sin que desaparezca el resultado, pero no acumulativamente, cada una de ellas es causa del resultado*. Otras correcciones son sobrabundantes: si Rasputin estaba mortalmente envenenado y, como no moría, le dispararon en la cabeza varias veces, es claro que la causa de la muerte fueron los disparos y no el veneno. Si las dos dosis de veneno que diferentes personas suministran a un sujeto son aisladamente mortales, es claro que ambas conductas de envenenamiento son causales de la muerte.

La confusión entre causalidad e imputación del hecho como obra propia

Existe una confusión muy seria entre la causalidad y el criterio de atribución del hecho como propio del agente, que forma parte del tipo conglobante, debido a que durante mucho tiempo

se pretendió que la causalidad era un criterio imputativo, cuando en realidad es sólo un dato que permite afirmar la existencia del espacio problemático, proporcionando una base elemental de imputación, o sea, un presupuesto de ésta. Dado que como criterio imputativo abarcaba casos en que el sentido común indicaba que no podía imputarse el resultado como obra del agente, se trató de alterar la noción física de causalidad, para lo cual se habló de *interrupciones* o *alteraciones* del nexo causal, cuando en la realidad del mundo no puede existir ninguna *interrupción* de la causalidad, puesto que es inconcebible por definición.

- 6 Cuando se planteaba el caso del agente que lesiona levemente a una persona y ésta muere en el choque de la ambulancia que la lleva al hospital o porque éste se incendia, se trató de excluir la causalidad, lo que es imposible, porque sin duda la lesión es causa de la muerte. Esto obedecía a la confusión de dos preguntas: (a) ¿La lesión es causa de la muerte? (cuestión de tipicidad sistemática) y (b) ¿La muerte puede imputarse al agente de la lesión como obra suya? (cuestión de tipicidad conglobante). Esta confusión provenía de entender la causalidad como criterio de imputación, dentro de una teoría del delito sustentada en la física mecánica del positivismo. De allí que para resolver el problema de modo compatible con el sentido común se dijese que en ese caso existía lo que no puede existir en la realidad: una pretendida *interrupción* del nexo causal. La causalidad viene desde y va hacia el infinito, no hay posibilidad lógica de *interrupción* alguna. Si bien no se sostiene esta teoría en la actualidad, a veces sigue empleándose la expresión y sobreviven varias confusiones entre causalidad (tipicidad sistemática) e imputación (tipicidad conglobante).

**La pretendida
interrupción de
la causalidad**

- 7 Como la tipicidad sistemática y la conglobante no son independientes, no deja de ser cierto que la causalidad tiene cierta función imputativa, pero es primaria y grosera: si bien en el tipo doloso activo no se puede imputar como obra propia lo que no se ha causado, esto no es más que un requisito mínimo elemental de la imputación, porque es también obvio que no se puede imputar como propio todo lo que simplemente se causa. Debido a la confusión que durante mucho tiempo ha reinado entre causalidad e imputación objetiva –como también por la intensa discusión doctrinaria de los últimos treinta años sobre ésta–, en el capítulo que sigue trataremos de mostrar un panorama de la evolución doctrinaria al respecto en el último siglo (ver § 137).

**La causalidad es
sólo un presu-
puesto de la im-
putación objetiva**

El cuestionamiento de la causalidad

En las últimas décadas el requerimiento de causalidad ha 8 sufrido críticas. Hubo algunos casos muy graves por la enorme pluralidad de víctimas y por lo dramático de las consecuencias, en que los cursos causales no pudieron ser explicados en todos sus detalles, como las malformaciones de los niños nacidos de madres que habían consumido *Thalidomida* (el caso Laboratorio Contergan) en la década de los años sesenta del siglo pasado, y las intoxicaciones del pulverizador de cueros de 1990 –ambos en Alemania– y del aceite de colza en España. Se pensó que podía reemplazársela por algo parecido al *aumento del riesgo* o que bastaba el mero desvalor del acto. En rigor, siempre que se afirma un proceso causal, por las razones expuestas antes, se está afirmando una alta probabilidad, de modo que el *aumento del riesgo* resuelve poco. En cuanto a prescindir del resultado en el tipo, implica desconocer la necesidad de una conflictividad como requisito de límite de irracionalidad tolerable que debe oponerse al ejercicio del poder punitivo. Además, creemos que no es admisible prescindir de la causalidad sólo porque en algunos casos graves no se la puede probar acabadamente, pues en definitiva se trataría de afirmarla donde no existe. Si la imposibilidad proviene de limitaciones científicas al conocimiento, que impiden acceder a todos los detalles, pero que, sin embargo, permiten mantener la regla empírica de que eliminada la causa desaparece el efecto, poco importa conocer los detalles causales; si, por el contrario, existen dudas sobre si el hecho fue causa del resultado, se trata de un problema procesal que no tiene otra solución que el principio *in dubio pro reo*. No es posible resolver cuestiones de prueba mediante una manipulación de conceptos penales básicos que haga tambalear un límite de irracionalidad infranqueable al poder punitivo.

§ 128. Elementos particulares de algunos tipos objetivos sistemáticos

Elementos normativos

Los tipos objetivos sistemáticos se integran con elementos 1 *necesarios* y *eventuales*. Los necesarios son la exteriorización de la voluntad y el nexo de causación entre la acción y el resultado. Los eventuales son de muy diversa naturaleza. Entre estos últimos cabe mencionar, por su problematicidad, los llamados *ele-*

mentos normativos, que aparecen cuando los tipos acuden a valoraciones jurídicas o éticas. Al ocuparnos del carácter valorativo de la tipicidad (ver § 116), vimos que hay elementos *interpretables* en los tipos objetivos, para cuya precisión puede acudirse a cualquier disciplina, incluso al derecho, y cuya naturaleza no cambia porque sea jurídica la fuente de precisión: tan interpretable es el concepto de *río navegable* en el tipo de piratería como el de *funcionario público* en múltiples tipos, aunque el primero sea interpretable apelando a los conocimientos de la geografía y el segundo a los del derecho. Junto a ellos también vimos que hay *remisiones valorativas*, que serían los *verdaderos elementos normativos*, que deben ser cuidadosamente analizados y eventualmente declarados inconstitucionales si implican la apertura a una verdadera integración analógica.

- 2 En definitiva, lo que interesa desde el punto de vista del derecho penal reductor o contentor del poder punitivo, es precisar que en los tipos objetivos pueden distinguirse *elementos rígidos*, que son los de fácil precisión; *elementos elásticos*, que se colocan entre dos límites, quedando en medio una zona gris y en los que suelen prevalecer los normativos extrajurídicos; y los *elementos vagos o indeterminados*, que suelen ser totalmente normativos, fundados en pseudoconceptos de naturaleza emocional. Los últimos son inconstitucionales; los elásticos no dejan de plantear problemas constitucionales y deben ser analizados en cada caso.

**Elementos
rígidos, elásticos
y vagos**

- 3 Como se ha incluido entre los elementos *normativos* tanto los conceptos interpretables que requieren apelar a conocimientos jurídicos, como las remisiones valorativas e incluso algunos adelantamientos de la antijuridicidad incluidos por defecto legislativo, y como muchos de los límites de conceptos interpretables requieren también recurrir a definiciones jurídicas, se ha negado la posibilidad de distinguir los elementos normativos de los elementos usualmente llamados descriptivos (Puppe). Para ello se afirma que como todos los conceptos contenidos en una ley penal requieren una valoración para su comprensión, debe entenderse que el tipo penal comprende sólo elementos normativos. Así, se ejemplifica en el homicidio con el caso del *nasciturus* (si la vida comienza con el inicio, durante o al finalizar el parto); se afirma que el error a su respecto sería un error de subsunción. Lo mismo cabría decir de la muerte, dado que no todas las células del cuerpo mueren al mismo tiempo. Creemos que esta tesis de

**La tesis de que
todos los elemen-
tos objetivos
son normativos**

extrema normativización olvida que establecer límites a un concepto no es lo mismo que crearlo: si bien el derecho puede delimitar el concepto de la vida, precisando el momento del nacimiento y de la muerte, por cierto que no crea la vida ni la muerte. Como en la pintura, las líneas son los límites del color, pero no son el color mismo.

**Adelantamientos
de la
antijuridicidad**

Es casi tradicional la afirmación que los *elementos normati- 4*
vos deben ser distinguidos de las referencias a la antijuridicidad que eventualmente formula la ley, mencionándose como tales las expresiones *ilícitamente, indebidamente, ilegalmente*. En general se afirma que se trata de elementos normativos del tipo cuando sirven para individualizar conductas o pragmas, y que son referencias a la antijuridicidad (que no pertenecen al tipo) cuando implican un desvalor definitivo de las acciones. El código penal argentino, a diferencia de otros muy antiguos, no suele contener redundancias referidas a la antijuridicidad, que no son más que defectos de técnica legislativa que para nada alteran el concepto del tipo.

**Los elementos
normativos
de recorte**

Lo que hay en el código argentino y en muchos otros son **5**
expresiones que parecen implicar un juicio de valor definitivo, pero por regla general no se trata de redundancias que remiten a la antijuridicidad, sino que desempeñan la función de elementos individualizadores típicos o, por lo menos, cumplen una doble función, pues sirven para completar una definición que conceptualmente requiere el componente de falta de consentimiento o acuerdo del sujeto pasivo o una precisa referencia a la antinormatividad: no se define completamente el hurto como el apoderamiento de una cosa ajena, ni la violación de domicilio como la entrada en un domicilio ajeno, ni el secuestro como el mero encierro de otro, pues se trata de acciones que particulares y funcionarios realizan a diario en forma habitual, de modo que el tipo demanda, como elemento normativo, la precisión de una referencia concreta a la antinormatividad o de una falta de acuerdo del titular. Son estos los que llamamos *elementos normativos de re-
corte*, cuya naturaleza y función los distingue de las referencias a la antijuridicidad. Pertenecen a esta categoría de *elementos nor-
mativos de recorte* las exigencias de que la acción se lleve a cabo contra la voluntad del sujeto pasivo, sea porque lo exige expresa-
mente la ley o bien porque no se puede conceptualizar el pragma conflictivo sin este presupuesto, o sea que no todos los elementos

normativos de recorte son expresos. Un claro ejemplo de elemento normativo de recorte no expreso se encuentra en el daño, porque no sería razonable sostener que el empresario que demuele una casa en razón de un contrato de locación de obra de demolición, lleve a cabo una acción típica de daño.

- 6 Si bien existen múltiples *clasificaciones secundarias de los tipos penales* en razón de características del tipo objetivo, no todas tienen igual grado de importancia, de consecuencias prácticas ni de objetivos, por lo cual resultan de difícil sistematización. En rigor, puede considerarse que el cuadro de clasificaciones secundarias de los tipos penales es materia de lo que se ha llamado *la parte general de la parte especial*. Así, por su *formulación legal* se distingue entre tipos *cerrados y abiertos* (en los abiertos debe acudir a una norma general para cerrarlos, como en todos los casos de culpa en que debe individualizarse previamente el deber de cuidado); *independientes y subordinados o complementarios* (según que el concepto se agote en el tipo o deba acudir a otro); *de formulación libre o casuística* (según el grado o intensidad individualizadora, la señalización de medios, etc.); *por la ejecución de la conducta*, se distingue en *instantáneos y permanentes o continuos* (según su consumación, tienen un momento consumativo como el hurto o un estado consumativo como el secuestro, que se sigue cometiendo mientras la persona permanece privada de libertad); *unisubsistentes y plurisubsistentes* (según la posibilidad de fraccionamiento en acciones o actos); *por el sujeto activo*, *unisubjetivos o plurisubjetivos* (según el número), *delicta propria* y *delicta comunia* (según que sólo lo puedan cometer ciertas personas o cualquiera); por su *formulación*, *básicos o calificados* y estos últimos en *agravados o atenuados* (también se habla de *básicos, calificados y privilegiados*).

**Clasificaciones
secundarias
de los tipos
objetivos
sistemáticos**

CAPÍTULO 14

Tipo doloso activo: función conglobante del aspecto objetivo

§ 129. El tipo conglobante como límite a la irracionalidad

1 El estado argentino no puede entrometerse en la vida de nadie si no media un conflicto, en función del principio republicano de gobierno (art. 1° CN) y del principio de lesividad (art. 19 CN). Se trata de una barrera infranqueable al poder del estado en general, y al poder punitivo en particular. Esta última norma constitucional no sólo exige que haya una lesión, sino que, además, requiere que ésta sea jurídicamente imputable al agente, conforme a criterios que varían en las diferentes ramas del derecho. Una pretendida *responsabilidad objetiva*, en sentido estricto, o sea, por la mera causación, no existe en el derecho vigente, ni siquiera en el derecho civil. Existen diferentes criterios de imputación y, por supuesto, el derecho penal tiene también los suyos. El art. 19 CN exige acciones que *perjudiquen*, lo que está demandando la definición de un criterio de imputación racional, que nunca puede ser la mera causación del perjuicio.

El art. 19 CN
exige lesión
e imputación

2 Esta premisa constitucional se traduce, en el ámbito jurídico penal, en la exigencia de: (a) la *lesión a un bien jurídico* (b) que sea *imputable como obra propia* de un agente. Estos son los requisitos para que el pragma, cuya existencia se comprueba con los elementos requeridos en el tipo objetivo sistemático, resulte *conflictivo*. La *conflictividad* del pragma se comprueba con la existencia de los elementos contenidos en el *tipo conglobante*. Este último, por ende, es necesario para descartar la tipicidad objetiva de una acción cuando *no existe conflictividad*, sea porque ésta *no lesiona a nadie* o porque *no es posible considerarla como perteneciente a alguien*.

Los elementos de
la conflictividad

Verificación de la lesividad y de la imputación

La tipicidad objetiva conglobante debe responder tanto a un **3** *qué* como a un *a quién*. En síntesis: *no tiene sentido preguntarse por la imputación objetiva de un pragma que no es lesivo, pero un pragma lesivo que no sea imputable a alguien como agente no será conflictivo sino accidental. Por tanto, la conflictividad exige que haya lesión y sujeto imputable*. Una acción y un resultado no lesivo sólo constituyen un pragma jurídicamente indiferente, y una acción y un resultado lesivo pero no imputable objetivamente a alguien, sólo constituyen un accidente. *Lesividad e imputación* son los ejes problemáticos de la tipicidad objetiva conglobante y, por ende, las exigencias básicas del tipo conglobante.

(a) La *lesividad* se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro cierto) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras normas recortan o limitan el alcance prohibitivo de la norma deducida del tipo aislado.

(b) La *imputación* se verifica con la comprobación de que el agente, *si fue autor, tuvo la dominabilidad del hecho y, si fue partícipe, hizo un aporte causal no banal ni inocuo*.

La tipicidad conglobante no legitima al poder punitivo

El tipo conglobante *no presupone ninguna legitimación del poder punitivo*, sino sólo la necesidad de reducir su irracionalidad, por lo cual no se basa en ninguna función preventiva o cualquier otra positiva de la pena: siendo inaceptable la irracionalidad que importaría pretender penar una acción que no lesiona bienes jurídicos, tanto como la producción de un resultado por mero accidente (no dominable), se impone la exclusión de toda habilitación de poder punitivo en función de los arts. 1º y 19 de la CN. **4**

§ 130. La lesión al bien jurídico**La necesidad de conglobar la norma**

Sólo la soberbia puede hacer que alguien crea que sabiendo **1** de memoria los tipos penales pueda concluir la tipicidad de una conducta. El juicio de tipicidad es mucho más complejo que la función que puede cumplir una máquina o un loro. En una primera operación, del tipo legal se deduce la norma prohibitiva, pero el alcance prohibitivo de esa norma se establece sólo enten-

diéndola como parte de un universo de normas que deben interpretarse como un *orden normativo*. El principio republicano exige que las sentencias respeten el *principio de coherencia o no contradicción* y, para ello, deben elaborar el material legal como un *orden o todo coherente, en el que juegan otras normas penales y no penales, como también las normas constitucionales e internacionales*. Sin *conglobar* la norma deducida en el orden normativo es imposible determinar si el *pragma* típico afecta un bien jurídico, esto es, si es o no *antinormativo*.

- 2** La *elemental racionalidad de cualquier decisión judicial* exige que no se prohíba una acción que no lesiona a otro; tampoco es racional la prohibición de una acción que otra norma ordena o fomenta. Más allá de que nadie sabría qué hacer en una situación concreta, los jueces estarían confirmando la irracionalidad absoluta del poder, como también lo harían de interferir en las decisiones de los ciudadanos respecto de sus derechos, pues con el pretexto de tutelarlos estarían coartando su ejercicio: no tutela mi propiedad quien me impide usarla. Tampoco sería tolerable ejercer poder punitivo con motivo de los riesgos que, por ser propios de actividades admitidas o fomentadas —como la circulación o el tráfico aéreo— deben considerarse como riesgos no prohibidos.

**Casos de
irracionalidad
intolerable**

- 3** La *consideración conglobada de la norma que se deduce del tipo limita su alcance en función de las otras normas del universo u orden normativo del que forma parte, excluyendo la lesividad cuando*: (a) *no haya afectación del bien jurídico o ésta no sea significativa*; (b) *la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia*; (c) *la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta*; (d) *medie consentimiento o una asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo*; o (e) *el resultado no exceda el marco de la realización de un riesgo no prohibido*.

**Exclusión de
la ofensividad**

§ 131. El concepto de bien jurídico

- 1** Los *bienes jurídicos* están tutelados por otras ramas del derecho: la vida, el honor, la libertad, la salud, el estado, etc., son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacio-

**El bien jurídico
está tutelado por
todo el derecho**

nal, civil, administrativo, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas. En modo alguno con ello los *protege* o *tutela*. Aunque la ley penal no existiese, los bienes jurídicos seguirían siendo tales. El concepto de *bien jurídico tutelado* por el poder punitivo es falso. En la mayoría de los casos el poder punitivo, en el plano de la realidad, poco o nada tutela a los bienes jurídicos y, en el plano jurídico, tampoco los crea. Por ello, la idea penal de *bien jurídico tutelado* es incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y con su carácter sancionador (ver § 22).

**El mito de la
tutela penal
del bien jurídico**

La tutela penal del bien jurídico, en la realidad y en lo jurídico, 2
es un mito, producto de una alquimia juridico-penal que del concepto de *bien jurídico lesionado* salta sin escalas al de *bien jurídico tutelado*. Una cosa es exigir como límite al poder punitivo, que no se considere típica una acción que no lesiona un bien jurídico ajeno, y otra, por entero diferente, deducir de ello que ese bien jurídico está *tutelado* o *protegido* por el poder punitivo. Por cierto que un bien jurídico tiene protección o tutela jurídica, pero eso no es más que una redundancia, porque si no la tuviera no sería un bien jurídico. Claro que esa protección o tutela es anterior e independiente de la ley penal: ella no crea bienes jurídicos, sólo exige su lesión como requisito para la habilitación del ejercicio del poder punitivo. Si la ley penal *no fundamenta* los bienes jurídicos, por ende, *no decide la tutela*.

**Alquimia
jurídica**

El concepto de bien jurídico con sentido limitativo y liberal, 3
emerge de la CN (art. 19) para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado. Luego se lo pervirtió mediante la citada alquimia jurídica, transformando la exigencia de *bien jurídico lesionado* en jurídico-penalmente *tutelado*, lo que invierte totalmente el planteo: el limitativo dice *donde hay un delito debe haber una lesión*, el legitimante de bien *tutelado* tiende a decir *donde hay una lesión debe haber un delito*. De este modo, el *mito del bien jurídico-penalmente tutelado* abre el camino para una criminalización ilimitada. Un concepto elaborado para que el juez limite el ejercicio del poder punitivo se ha pervertido convirtiéndose en un concepto que sirve para legitimar la reproducción de tipos penales.

4 Esta constatación, por supuesto, no significa que haya que abandonar el concepto de bien jurídico limitante o liberal (el de bien jurídico lesionado) y con ello acabar con el principio de ofensividad (ver § 32): *lo que por legitimar falsamente no sirve como regla para el legislador, no significa que, libre de toda pretensión legitimante, no sirva como instrumento de contención para el juez*. El bien jurídico es un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir, pues con su renuncia desaparece todo sentido en la prohibición: *se prohíbe porque se prohíbe*. Cuando se pretende su supresión, en realidad se oculta otro bien jurídico y otro titular: o es el estado, la voluntad general o la mera vigencia de las normas, es decir que, *nunca se suprime el bien jurídico, sino que se reducen todos los bienes jurídicos a uno, que es el poder*.

El bien jurídico es un concepto lógicamente necesario

5 *Bien jurídico lesionado y bien jurídico tutelado* son polos opuestos en la dialéctica entre estado de derecho y estado de policía, entre derecho penal liberal y autoritario. La idea de tutela sirvió para legitimar la confiscación de la víctima y nació con el propio asentamiento del poder punitivo (siglos XII y XIII). La limitación del poder punitivo mediante el requisito de ofensividad es propia de la Ilustración y, por ende, del siglo XVIII. Puede reconocerse el concepto de bien jurídico tutelado en el *Malleus* (ver § 63), en tanto que el concepto limitativo tiene su claro origen en Feuerbach (ver § 67), aunque no había acuñado aún el nombre (lo identificaba con derechos subjetivos), que aparece con Birnbaum (1834) y penetra en la dogmática del siglo XX como elemento que permite conocer el fin que persigue la ley, en la teoría de von Liszt.

Bien jurídico lesionado y tutelado: polos dialécticos

6 Para elaborar el concepto de bien jurídico funcional a la limitación del poder punitivo, debe partirse de la concepción liberal originaria. Desde esta perspectiva el bien jurídico es la *relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*. Si bien por lo común se mencionan los bienes jurídicos conforme a los objetos (patrimonio, libertad, etc.), su esencia consiste en la relación de disponibilidad del sujeto con estos objetos y no en los objetos mismos. Somos nosotros los que podemos hacer uso de nuestra salud, de nuestra libertad, de nuestro honor, de nuestra propiedad, etc., y justamente lo que se ofende en un pragma conflictivo es esa posibilidad de disponer en la que nadie debe interferir.

La escena del bien jurídico es la disponibilidad

7 Se suele afirmar que hay bienes jurídicos disponibles e indisponibles. Si existiesen bienes jurídicos indisponibles, la anterior definición sería falsa. Pero los llamados bienes jurídicos indispo-

Disponibilidad es posibilidad de uso

nibles provienen de una confusión consistente en identificar *disposición* con *destrucción*. La destrucción es un límite –poco usual– de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho, la forma ordinaria de disponibilidad es el uso del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida, que siempre es limitado. Cuando se pretende negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad suele apelarse a la *vida* y al *estado*. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos, porque en el primer caso desaparece el sujeto y en el segundo la protección jurídica. De allí que, en el caso de la vida, se exija el recaudo de que sólo sea atípica la destrucción directa por el propio sujeto. En el caso del estado, se trata de un bien jurídico de sujeto múltiple y, por ende, no puede disponerse en forma destructiva por un sujeto aislado, lo que es característica común a todos los bienes jurídicos de sujeto múltiple. Pero es poco discutible que usamos al estado, o sea, que usamos de la seguridad que nos proporciona, de sus servicios, de su protección internacional, etcétera.

§ 132. Falsas ofensas a bienes jurídicos

Los tipos paternalistas

Como consecuencia del principio de ofensividad, el estado no **1** puede imponer una moral individual, por imperio del art. 19 constitucional (ver § 32), en función del cual *no es admisible la moral como bien jurídico; por el contrario, el ámbito de autonomía moral es, sin duda, un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente*. En la legislación penal comparada se observa la desaparición de tipos penales con contenidos morales como pretendidos bienes jurídicos. La punición del suicidio con la nulidad del testamento ha desaparecido y la autolesión sólo es punible en el ámbito penal militar cuando se la causa para eludir los deberes del servicio (art. 820 CJM), caso en que el bien jurídico no es la integridad física propia sino la defensa nacional. Un caso notorio de inconstitucionalidad lo constituye el tipo de tenencia de tóxicos para propio consumo, que da lugar a un extenso y curioso debate.

2 La ofensa al bien jurídico puede consistir en una *lesión* en sentido estricto o en un *peligro*. En las últimas décadas, con el pretexto de que vivimos en una *sociedad de riesgo*, se multiplican en el mundo los tipos de peligro que adelantan el momento consumativo a etapas muy previas a la lesión. Es corriente la clasificación de los tipos penales en *tipos de lesión* y *tipos de peligro*, subdividiendo estos últimos en *delitos de peligro concreto* y *delitos de peligro abstracto*. Los de *peligro abstracto*, (a) para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure*; (b) para otros basta en esos tipos que haya un peligro de peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al *peligro de peligro*, basta pensar en el caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea, de clara tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que *sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real*.

**El pretendido
peligro abstracto**

3 La creación de *peligros* y por ende, de ofensas artificiales, no sólo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y *clona* bienes jurídicos: (a) se inventan bienes jurídicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos; (b) se *clonan* bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos *intermedios* (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental), o sea que se tipifica un acto preparatorio de otra tipicidad y, para colmo, se habilita el poder punitivo también con la tentativa, con lo cual pretende tipificarse la tentativa de un acto previo a la tentativa (preparatorio). Estas artimañas autoritarias, por un lado ocultan una violación al art. 19 constitucional y, por otra, al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, violan el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición –principio de máxima taxatividad– (ver § 30). En definitiva, en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro

**Invencción y
clonación de
bienes jurídicos**

para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva.

**La pretendida
lesión por
universalización
de conductas**

Otro de los recursos inventados para considerar típicas conductas que no ofenden ningún bien jurídico es el de la pretendida *lesión acumulativa* o por *universalización hipotética de la conducta*: se comprueba que una conducta (fumar marihuana u orinar en un río) no lesiona un bien jurídico ajeno (el que fuma marihuana podrá poner en peligro la propia salud; el que orina en el Río de la Plata no lo contamina), pero se argumenta que se lesionaría si todo el mundo fumase marihuana todo el día o si toda la población fuese a orinar en el río. Se trata de un viejo argumento ridículo: hace doscientos años, cuando Feuerbach necesitó racionalizar la contravención de sodomía, dijo que si todos la practicasen se pondría en peligro la subsistencia de la humanidad. No hay ninguna conducta, por inofensiva que sea, que universalizada no cause un caos: si todos pasásemos el día practicando gimnasia, se paralizaría la producción, de donde no puede deducirse que la práctica de gimnasia constituya un peligro para la economía. 4

§ 133. La afectación insignificante del bien jurídico

**La lesión
insignificante
no es típica**

El viejo principio *minima non curat Praetor* es la base del 1 enunciado moderno del llamado principio de *insignificancia* o de *bagatela*, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva. El análisis conjunto (conglobado) de las normas que se deducen de los tipos penales muestra que prohíben acciones que provocan conflictos de cierta gravedad. Juegan en este sentido el principio de *ultima ratio* y el propio principio republicano, del que se deriva la exigencia de cierta relación (proporcionalidad) entre la lesión y la punición: no es racional que arrancar un cabello sea una lesión, apoderarse de una cerilla ajena para encender el cigarrillo sea un hurto, llevar un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros sea una privación de libertad, la propina al cartero constituya una dádiva, eludir a una persona sea una injuria, etc. En todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean

insignificantes. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser éste un concepto eminentemente graduable.

- 2 Se ha pretendido rechazar este principio con el argumento perverso de que no hay un límite claro entre la insignificancia y la significación de la lesión. Siempre que nos enfrentamos a la necesidad de traducir un valor (o desvalor) tendremos un espectro que va del blanco al negro, con infinitas gamas de gris en medio. Es absurdo pretender que porque hay zonas grises, todo debe ser negro. Bastaría al ideólogo del derecho penal autoritario radicalizar las dudas sobre cualquier límite para llegar a los mismos resultados del derecho penal totalitario: se penarían todos los actos preparatorios, toda participación sería autoría, toda omisión sería punible, toda culpa consciente sería dolo, etcétera.

**La dificultad
valorativa no
puede anular
principios
racionales**

- 3 Como los bienes jurídicos no se distribuyen igualitariamente en ninguna sociedad, podría sostenerse el criterio de que la insignificancia siempre debe valorarse en relación con las condiciones personales del titular. No obstante, una lesión escasa sigue siendo tal para quien la sufre, aunque su existencia no se altere por ello. Se trata de un criterio válido para graduar la penalidad, pero no para determinar la insignificancia. Así, el hurto de cien pesos a una anciana pensionada es una lesión más grave que el de cien dólares a un multimillonario, pero este último sigue siendo hurto. También una lesión usualmente insignificante, puede ser significativa para el sujeto pasivo concreto en razón de alguna circunstancia particular de éste o de su situación (v.gr. un vaso de gaseosa en el desierto no es lo mismo que en un café de París; un sandwich en un café no es lo mismo que en una casa donde sus habitantes están en límite de miseria).

**La escasa
importancia para
el sujeto no es
insignificancia**

- 4 Varios casos que se han querido resolver como problemas de imputación objetiva, en realidad son supuestos de insignificancia. Se trata de hipótesis en las que el bien jurídico casi ha desaparecido porque queda sólo un resto de disponibilidad: la destrucción de un sembrado tres minutos antes de una fuerte granizada, la muerte de un animal infectado que de inmediato sería sacrificado por la policía sanitaria, la detención de una persona dos minutos antes de que lo haga la policía, etc. Son supuestos en que ya no podría disponerse, o sea, que estaban reducidos a restos de bienes jurídicos por carecer de su carácter esencial de disponibilidad. El caso no es análogo, cuando se tra-

**Bienes jurídicos
casi extinguidos**

ta del apoderamiento de la billetera perdida, argumentando que de cualquier modo se la apoderaría otro: al respecto existe una regulación legal en la ley civil. Tampoco puede afirmarse lo mismo respecto de la vida humana: los médicos no pueden matar a los pacientes terminales, porque dado que es el bien jurídico de cuya existencia dependen todos los restantes, su disponibilidad opera hasta el último instante.

§ 134. Cumplimiento de un deber jurídico

No puede haber
colisión de
deberes

En un estado de derecho, los habitantes deben tener en cada 1
circunstancia la posibilidad de saber qué es lo que deben hacer conforme a derecho, o sea, saber qué es lo debido y qué lo prohibido. También es necesario que en cualquier situación, el habitante tenga la posibilidad jurídica de actuar conforme al derecho. Nada de esto sucede cuando se admite que puede haber *colisión de deberes*, o sea, que alguien pueda encontrarse ante dos deberes jurídicos simultáneos y contrapuestos, porque la opción por alguno lo hará incurrir en violación de una norma. Cabe pensar que de admitirse esa situación, no se hallaría el habitante en una república sino en un estado de policía demencial.

Siempre un
deber debe
prevalecer

Para evitar esta irracionalidad es necesario considerar que 2
cuando *una norma prohíbe hacer lo que otra prohíbe omitir* (el médico que debe denunciar una enfermedad infecciosa y al mismo tiempo guardar el secreto profesional), existe una *aparente* contradicción que debe resolverse mediante la interpretación adecuada de ambas normas para establecer cuál prevalece. Es función de los jueces compatibilizar las normas deducidas de los tipos penales y establecer cómo una recorta o prevalece sobre la otra, o bien, deben declarar la inconstitucionalidad de una de ellas. *Si el legislador real no es racional, el juez siempre tiene el deber constitucional de serlo y de eliminar las contradicciones del legislador.*

El deber
jurídico es pura
cuestión de
normatividad

El cumplimiento de un deber jurídico tiene lugar cuando un 3
mandato recorta una norma prohibitiva, prevaleciendo sobre ella: la autoridad que allana no incurre en una violación de domicilio, el oficial de justicia que secuestra no incurre en un hurto, el poli-

cía que detiene al delincuente flagrante no comete una privación ilegal de libertad, el soldado que mata en la guerra no comete un homicidio, etc., porque en cualquier caso, si la autoridad, el oficial de justicia, el policía o el soldado no lo hiciesen, incurrirían, como mínimo, en un delito de incumplimiento de sus deberes funcionales. Esto no tiene nada que ver con la justificación, es decir, con el juego armónico de una norma prohibitiva y un precepto permisivo que proviene de cualquier parte del orden jurídico: es un problema que debe resolverse entre las normas prohibitivas.

- 4 Es errónea la equiparación que suele hacer la doctrina entre el cumplimiento de un deber jurídico y el ejercicio de un derecho. Este último es la fórmula general de la justificación, o sea, de los preceptos permisivos que pueden emerger de cualquier parte del orden jurídico. Quien tiene un permiso, puede o no hacer uso del mismo: puedo defenderme legítimamente o no hacerlo y soportar la agresión. Pero quien tiene un deber jurídico debe cumplirlo porque de lo contrario es penado. El problema del aparente choque de deberes jurídicos es una cuestión que debe resolverse tomando en cuenta sólo normas prohibitivas derivadas de los tipos penales; la justificación, por el contrario, hace entrar en juego los preceptos permisivos (ver § 173).

No puede confundirse con el ejercicio de un derecho

- 5 Por ello la *antinormatividad* no se comprueba con el mero choque de la acción con la norma deducida del tipo, sino que requiere la consideración *conglobada* de esa norma con las deducidas de los otros tipos penales. Los jueces no pueden admitir que los legisladores sean ciegos en una pinacoteca –aunque de hecho lo sean– y, por ende, deben reducir racionalmente cualquier contradicción que surja entre normas prohibitivas, en forma que éstas aparezcan en un cierto *orden normativo*. A la luz de ese orden normativo se establece la antinormatividad y, recién entonces, queda libre el camino lógico para analizar en un paso posterior la antijuridicidad, o sea, la ausencia de preceptos permisivos.

La antinormatividad se verifica con la conglobación de la norma

- 6 No es racional que se pretenda que en estos casos existe una llamada *colisión de deberes*. En definitiva, en un estado de derecho *todas las colisiones de deberes que puedan plantearse son falsas o aparentes*. Siempre que aparecen dos deberes en juego, uno de ellos debe ser preferido al otro, de modo que en ese plano no hay conflictos ni colisiones, porque siempre debe haber un de-

Todas las colisiones de deberes son aparentes

ber que prevalezca. Algo distinto es que el agente pueda o no reconocerlo: si en algunos casos establecer cuál es la norma que prevalece es materia de difícil discusión jurídica, lo lógico será considerar que en tales casos complejos, si el agente yerra a su respecto, incurrirá en un invencible error de prohibición que elimina la culpabilidad (ver § 222).

La doctrina tradicional y sus contradicciones

Aunque la doctrina dominante también reconoce un deber 7 prevaleciente, lo toma como un supuesto de justificación si los bienes no son equivalentes, y como un caso de inculpabilidad si los bienes son equivalentes, en particular cuando se trata de la vida humana. Esta última explicación es insuficiente, porque no se puede explicar cómo el derecho puede consagrar como deber jurídico la comisión de un injusto, dado que cualquiera de ambas conductas sería un injusto.

La cuestión de las vidas humanas

En el fondo, estas contradicciones de la doctrina dominante 8 provienen de cierta repugnancia a aceptar que en un momento una persona puede elegir entre las vidas de sus semejantes: el padre que sólo puede sacar a uno de sus dos hijos de un incendio; el capitán que sólo puede recoger a la mitad de los náufragos; los médicos que en el nazismo eligieron a algunos pacientes muy graves para evitar que los asesinos matasen a todos; el comandante militar que desvía el ataque nocturno sobre un barrio con menor densidad de población; el escalador que arroja el cuchillo para que el que está arriba pueda cortar la cuerda y salvarse sacrificando al que está debajo; el guardavías que para evitar una catástrofe desvía el tren hacia una vía muerta causando la muerte de dos operarios; etc. No se trata de situaciones de inculpabilidad, sino de atipicidad por cumplimiento de un deber jurídico: el padre debía sacar a un hijo y si hubiese sacado al perro sería penado, hizo lo único que podía hacer y no se le puede imponer el deber de hacer lo imposible; el capitán del buque lo mismo, al igual que los médicos de tiempos nazistas, el comandante militar, el escalador o el guardavías. Si no hubiesen hecho lo debido serían penados como autores de conductas típicas; como lo hicieron, sus conductas no son típicas.

Casos discutidos

La consideración del deber jurídico como justificación ha crea- 9 do serias dificultades a la doctrina, que hizo grandes esfuerzos para resolver algunos casos como atipicidad: así, se dice que el bombero que desvía una viga y salva a la víctima de una lesión

fatal pero le causa una menor; o el médico que en una emergencia extrae un órgano y salva la vida, pero el paciente muere al tiempo con motivo de la ablación; son supuestos en los que, para evitar considerarlos típicos aunque justificados, se intenta excluir la tipicidad argumentando que no hay imputación objetiva porque en todos ellos se disminuiría el riesgo o faltaría la creación de un riesgo prohibido.

§ 135. Aquiescencia: acuerdo y consentimiento del titular del bien jurídico

- 1 La eficacia eximente de la aquiescencia tiene base constitucional: no hay lesividad cuando el titular de un bien jurídico consiente acciones que pueden ser lesivas o peligrosas. Su enunciado se remonta al derecho romano republicano: *Volenti non fit injuria*. Si conforme a los principios del derecho penal liberal se considera que la esencia del bien jurídico es la de una relación de disponibilidad, es imposible negar el valor eximente de la aquiescencia.

Volenti non fit injuria

La intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el titular use el bien jurídico sólo en determinada forma, pues desconoce la idea misma de *persona*, de autonomía de la conciencia, y subordina al ser humano a metas trascendentes de su humanidad, es decir, idolátricas (la raza, la nación, la clase, la dictadura, el régimen, etc.). La pretendida *tutela* de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un *pretexto para penar un pragma no conflictivo* y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional.

- 2 La doctrina tradicional distingue entre un consentimiento *excluyente de la tipicidad* y otro *justificante*. Según esta tesis el primero excluiría la tipicidad en los tipos que requieren la actuación contra la voluntad del titular (hurto, violación, violación de domicilio, etc.) y el segundo (justificante) operaría cuando el concepto típico no se integra con ese elemento (por ejemplo en las lesiones). Creemos que siempre debe ser relevada *como excluyente de tipicidad*, estribando la diferencia en que, en los tipos que presuponen la voluntad contraria de su titular el acuerdo provoca

Atipicidad objetiva sistemática y conglobante

una atipicidad objetiva sistemática, y en los que no la requieren conceptualmente una atipicidad objetiva conglobante.

**Aquiescencia:
acuerdo y
consentimiento**

Por estas razones, preferimos llamar *aquiescencia* al género y 3
distinguir: (a) el *acuerdo*, que elimina la tipicidad objetiva sistemática, (b) del *consentimiento*, que elimina la tipicidad objetiva *conglobante*. Así, es incuestionable que hay tipos objetivos sistemáticos que reconocen *elementos normativos de recorte* porque sin esos elementos no se puede conceptualizar la acción misma: en tanto que una amputación es una lesión, haya o no *aquiescencia*, una cópula no es una violación, si no se ha realizado contra la voluntad del titular del bien jurídico.

**El acuerdo como
elemento norma-
tivo de recorte**

En el caso en que el acuerdo haga operar un elemento nor- 4
mativo de recorte, es una causa de *atipicidad objetiva sistemática*, en tanto que en los restantes casos, el consentimiento *excluye la tipicidad objetiva conglobante*: el error sobre el primero es un *error de tipo* porque elimina el dolo, en tanto que el error sobre el segundo es un *error de prohibición*. Cuando un tipo requiere como ingrediente estructural inseparable la ausencia de acuerdo (el hurto, la violación, etc.), está señalando que quien actúa creyendo que cuenta con acuerdo del otro, inevitablemente debe creer que está haciendo algo diferente y, por ende, no puede actuar con dolo.

**No es necesario
que el agente
conozca la
aquiescencia**

No es necesario que el agente conozca la *aquiescencia* del 5
titular, sea que ésta opere como acuerdo (*atipicidad sistemática*) o como consentimiento (*atipicidad conglobante*). Quienes consideran que el consentimiento da lugar a una causa de justificación exigen que el agente deba conocerlo, porque la doctrina dominante exige elementos subjetivos de justificación, que por nuestra parte rechazamos (ver § 177).

**Forma y
momento de la
aquiescencia**

Existen diferentes posiciones respecto de la forma de la *aquies-* 6
cencia: la mayor parte de la doctrina sostiene que puede manifestarse en cualquier forma, pero hubo una antigua posición que la sujetaba a las formas de los negocios jurídicos. Partiendo del supuesto de que basta que la *aquiescencia* exista, se trata de un acto individual del titular y no es necesario, en general, que revista ninguna forma ni que lo reconozca el agente. La revocación de la *aquiescencia*, en lugar, debe ser expresa, en forma tal que deba conocerla el agente. En cuanto al momento de la *aquiescencia*, en general cabe entender que debe ser prestada antes del comienzo

del hecho, aunque no puede excluirse la posibilidad de que sea otorgada durante el acto, en los casos en que la afectación hasta ese momento haya sido insignificante.

- 7 La voluntad de quien acuerda o consiente no debe estar viciada, es decir, que se requiere en la persona una completa capacidad de comprensión de la situación y que no haya engaño, violencia, coacción o error. En cuanto a la madurez psíquica o emocional de la persona, no siempre se requiere la mayoría de edad civil ni la capacidad penal, como en las relaciones sexuales consentidas. También podrá prestarlo el curador o el tutor del incapaz, siempre que corresponda a los bienes respecto de los que se halla en posición de garante.

**Libertad de
quien la presta**

- 8 Dada la definición legal de las lesiones (art. 89 CP), es claro que son típicas en sentido objetivo sistemático las practicadas con objetivos muy diferentes: las perforaciones de lóbulos de oreja o de pechos para aros, los tatuajes, las escoriaciones en el curso de relaciones sexuales, las intervenciones estéticas y cosméticas, la circuncisión en el marco del ritual religioso, las leves recíprocas en el curso de una riña en que ambos consintieron en participar, el corte de cabello, etc. Cabe entender que en todos estos casos el consentimiento es relevante como atipicidad objetiva conglobante en función del propio art. 19 constitucional: *en el caso de la circuncisión, la libertad de cultos cubre esa lesión*; en los otros casos, se trata de actos privados que no afectan a terceros y que, por ende, están fuera del alcance de la ley penal por expresa disposición constitucional.

**Lesiones
consentidas**

- 9 Otro problema plantea el llamado *consentimiento presunto* que, en la terminología aquí empleada, sería *acuerdo presunto*. *Sólo puede darse cuando es imposible obtener el acuerdo real o efectivo*, en supuestos en que se supone que el titular del bien, de conocer la circunstancia o de estar en condiciones de expresarse, lo hubiese prestado. Si se trata de una situación de estado de necesidad, el acuerdo no se requiere, siendo el derecho el que presume el acuerdo del titular del bien que habría sufrido el mal mayor evitado, de modo que la cuestión se resuelve por los principios de esta causa de justificación (ver § 190).

**Acuerdo
presunto**

El verdadero problema se plantea cuando *no hay estado de necesidad y, no obstante, el agente tiene razones objetivas para creer que el titular estará de acuerdo*. Si su presunción se confir-

ma en los hechos no habrá tipicidad, por lo cual *el interrogante queda limitado a los casos en que el agente, fuera del estado de necesidad, haya presumido erróneamente el acuerdo del titular*. El que usa un automóvil o una bicicleta ajena, porque la amistad íntima con el titular y anteriores préstamos habituales le hacen presumir que, de poder comunicarse con éste, lo hubiese hecho una vez más; la secretaria que habitualmente abre la correspondencia y lo hace también el día que el empleador estaba aguardando una carta privada, son supuestos de *errores de tipo*, porque recaen sobre *elementos normativos de recorte del tipo objetivo sistemático*, dado que no hay dolo de hurto por parte de quien cree que toma prestado ni hay violación de correspondencia por parte de quien cree cumplir con su obligación laboral.

§ 136. Acciones fomentadas por el derecho

Las actividades fomentadas

Existen múltiples actividades que se hallan fomentadas por el derecho y que son materia de políticas de estado en las que todos los sectores de la opinión coinciden: las actividades educativas, sanitarias, deportivas, científicas, productivas, etc. La Constitución Nacional y las constituciones provinciales se ocupan de ellas, y existe una amplísima legislación de *fomento*, promoción y facilitación a su respecto. Así como no es racional que el estado prohíba lo que ordena, tampoco lo es que prohíba lo que fomenta, es decir, que por un lado sancione una nutridísima legislación –incluso constitucional– impulsora de estas actividades y, por otra parte, las considere típicas. Nos ocuparemos aquí de los problemas que plantean dos de estas actividades, que han sido las más discutidas en la doctrina: la actividad deportiva y la actividad médica terapéutica o curativa.

Deporte

La *actividad deportiva* está claramente fomentada en el orden jurídico por varias leyes vigentes. En el transcurso de esa actividad pueden resultar lesiones e incluso la muerte, toda vez que importan conductas riesgosas para la integridad física. De no mediar esta legislación que fomenta el deporte, en el caso del boxeo habría supuestos de tipicidad dolosa de lesiones leves y en los restantes deportes, más o menos violentos, se trataría de tipicidades

culposas. Los propios reglamentos prevén medidas para asistir a los lesionados en forma urgente. La exclusión de la responsabilidad penal en estos casos se intentó por varios caminos que remiten a la aquiescencia del propio participante, entendida por unos como atipicidad y por otros como justificación. No es razonable apelar a la justificación cuando claramente se trata de un problema que debe resolverse en el plano de la normatividad.

- 3** El límite de tipicidad lo marca el reglamento deportivo. Violado el reglamento, la conducta será típica, pudiendo ser dolosa o culposa, según el caso. La violación del reglamento no debe confundirse con la lesión en sí, pues puede haber una violación intencional de las normas de juego, con resultado culposos de lesión. La violación del reglamento importa cuanto menos, una violación del deber de cuidado, pues el reglamento es el límite del riesgo asumido mediante el consentimiento. En el caso del boxeo el problema es diferente, pues la actividad deportiva reglamentaria es típica de lesiones leves dolosas, con las que se debe dejar en inferioridad física por más de diez segundos. Por ello, cuando en el boxeo medie una violación del reglamento y resulte de la conducta violatoria de éste una lesión más grave o la muerte, el hecho encuadra en la figura compleja de preterintención (art. 81, inc. 1º, b, CP) y no en la puramente culposa (art. 84 CP). Las reglas precedentes son aplicables tanto en competencias oficiales como no oficiales.

**La violación
del reglamento
deportivo**

- 4** En cuanto a la *actividad quirúrgica* que se ejerce con fin terapéutico, es fomentada e incluso sostenida por el estado. Debe distinguirse de la que no tiene esa finalidad, como la que persigue un objetivo estético o de extracción de órganos respecto del donante. *Las que carecen de fin terapéutico no pueden considerarse fomentadas y, por ende, su atipicidad resulta del consentimiento de la persona y se rige por las reglas de éste, en tanto que las fomentadas quedan exclusivamente por esta circunstancia excluidas de la antinormatividad.* Si bien en las fomentadas también se exige el consentimiento del paciente, *la falta de consentimiento no les otorga tipicidad penal de lesiones.* El médico que opera a un paciente para curarlo contra su voluntad, puede ser imputado por un delito contra la libertad, pero no por lesiones, pues éstas son objetivamente atípicas por falta de tipicidad conglobante.

**La práctica
médica**

- 5** La consideración conglobada de la norma permite resolver el problema de las *intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico* considerándolas atípicas, cualquiera sea el resultado –fausto o infaus-

**Intervenciones
quirúrgicas con y
sin fin terapéutico**

to-, siempre que haya procedido conforme a las reglas del arte médico. La violación de las reglas del arte médico con resultado negativo dará lugar a lesiones culposas. La práctica de una *intervención quirúrgica sin fin terapéutico*, esto es, meramente cosmética o estética o de extracción de órganos, sin consentimiento del paciente, es una típica lesión dolosa. El médico que extrae un órgano contra la voluntad incurre en lesiones graves dolosas; si además, violando las reglas del arte causa la muerte, su conducta encuadra en la figura compleja de la preterintención (art. 81, inc. 1º "b" CP).

Resultado positivo

Por resultado positivo *debe entenderse la obtención del res- 6*
tablecimiento de la salud, de su conservación, de la permanencia del estado precario en que se halla, del alivio de las consecuencias de ese estado o de la neutralización o postergación de males mayores, siempre que esto fuese lo que era dable esperar de las posibilidades brindadas por el conocimiento científico y los medios disponibles en la emergencia. Así, las intervenciones mutilantes y de ablación pueden tener resultado positivo. Lo mismo puede decirse de las intervenciones preventivas menores, como las vacunaciones o tomas de muestras para diagnosticar. Por otro lado, corresponde precisar las *reglas del arte médico*, que se traducen por el indicado y adecuado procedimiento diagnóstico y en la aplicación de los conocimientos técnicos ordinarios con los cuidados que sean del caso.

Deber de explicación del médico

De cualquier modo, el médico tiene a su cargo un deber de 7
explicación que, en las intervenciones no terapéuticas, debe ser amplio y detallado, incluyendo todos los posibles riesgos. En las intervenciones terapéuticas se alega que las propias reglas del arte médico indican que en ocasiones este deber de explicación debe ser limitado, aunque ahora tiende a imponerse el criterio contrario en la misma opinión médica, con lo cual ésta se aproxima a lo que parece ser más conveniente desde la perspectiva del respeto a la persona del paciente.

Forma del consentimiento

La ley 17.132 exige el acuerdo por escrito del paciente sólo en 8
intervenciones mutilantes. Si se violara esta regla, sólo tendría consecuencias administrativas, pero no convierte en lesión dolosa la intervención. En todos los demás casos bastará con que el paciente haya otorgado el consentimiento por cualquier medio simbólico. Cuando no sea posible obtener el consentimiento del pa-

ciente y haya peligro para su vida, el médico tiene el deber jurídico de intervenir y salvar la vida. Si quien interviene para salvar la vida o para evitar una lesión mayor no es médico, la cuestión se resuelve conforme al estado de necesidad justificante (ver § 190).

§ 137. Historia de la pregunta por la imputación como pertenencia al agente

- 1 Como hemos dicho reiteradamente, la *tipicidad objetiva* conglobante debe verificar la *conflictividad* del pragma, que no sólo depende de la *ofensividad* (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ajeno), sino también de que esa lesión pueda *imputarse al agente como obra propia*. Hemos visto que aunque hubiese tipicidad objetiva sistemática e incluso lesividad, en el caso del cónyuge que le daba mala vida al otro, el sentido común indicaba que no podía atribuirsele su muerte (ver § 125.8). Podemos imaginar otros casos donde la intuición nos indica que tampoco se puede atribuir el resultado: pensemos en un marido que quiere deshacerse de su esposa y sabe que un embarazo pone en serio peligro la vida de ésta y la embarazo con la esperanza de producirle la muerte. En caso de nacer el niño y seguir con vida la mujer, nadie en su sano juicio pensaría en inculpar al marido por tentativa de homicidio.

**Los problemas
de imputación
objetiva**

Estos problemas se han planteado siempre, de modo que todas las teorías del delito les han dado una respuesta, según los puntos de vista teóricos de cada etapa científica, o sea, que en *todos los tiempos se han planteado las cuestiones que hoy la doctrina llama de imputación objetiva*. Como la doctrina contemporánea ha hecho de ella el tema más debatido de los últimos años, antes de explicar nuestra posición al respecto conviene echar una mirada sobre las respuestas que se han intentado frente a la misma pregunta.

- 2 Dejando de lado antecedentes más lejanos, en la dogmática del siglo XX, que se abre con von Liszt, la pregunta por la imputación objetiva se confundía con la cuestión de la causalidad (ver § 127), porque ésta fue considerada durante muchos años como

**La causalidad
como criterio
imputativo en
el positivismo**

el eje central que proporcionaba la respuesta a esta pregunta. En este sentido es posible afirmar que la más antigua teoría dogmática de la imputación objetiva es la teoría de la *causalidad*. Era natural que en tiempos positivistas la causalidad agotase la imputación objetiva en el ilícito considerado como causación física del resultado. Por ello, para esta teoría los problemas de imputación objetiva se planteaban pretípicamente, como cuestiones de causalidad y de acción. Pero esta respuesta se invalidaba por vía del absurdo: se ironizaba diciendo que debía considerarse típica de adulterio la conducta del carpintero que había construido la cama o que todos los delitos se podían imputar a Adán y a Eva.

El concepto penal de causalidad adecuada

Para evitar el absurdo se intentó crear un *concepto jurídico-penal de causalidad*, que permitiese privilegiar unas causas respecto de otras y, de este modo, distinguir entre *curso causal e interrupciones* de éste. Como la única teoría de la causalidad que respeta la realidad es la de la *equivalencia de las condiciones* que, mediante la *conditio sine qua non*, renuncia a distinguir entre causas o a privilegiar unas sobre otras –aunque presenta la desventaja de no poder dejar fuera de la tipicidad al carpintero–, se apeló a la *teoría individualizadora de la causalidad adecuada* de von Kries: la única causalidad que podía considerarse fuente de imputación, era sólo la *adecuada* al tipo, atendiendo al *verbo típico* (el carpintero no realizaba la acción del verbo del adulterio). Pero la teoría de la causalidad adecuada inventaba una causalidad propia del derecho penal, renunciando al *naturalismo* positivista y haciendo tambalear la propia construcción del delito del esquema originario de Liszt-Beling.

El neokantismo: la adecuación como relevancia jurídica de la causalidad

Con el neokantismo el problema recibió una ubicación más correcta, al distinguir entre la *causalidad* como dato y su *relevancia jurídica o típica* como criterio valorativo, con lo cual la *adecuación* dejó de ser una *teoría de la causalidad* para convertirse en un *criterio valorativo de su relevancia para la prohibición penal*. Se reubicó la pregunta de modo correcto: no se inventaba una causalidad penal, sino que se preguntaba por la relevancia jurídico penal de la causalidad. No obstante, la correcta ubicación de la pregunta no garantizaba la certeza de la respuesta, que Mezger libraba a la incierta *interpretación de los tipos*.

Propuestas originales poco atendidas

En forma paralela al neokantismo, aunque sin que la doctrina de su tiempo reparase en ello, hubieron tres opiniones originales y dignas de mencionarse, porque anuncian desarrollos posteriores.

(a) En 1927, Karl Larenz apeló a Hegel para replantear el problema como *imputación*, distinguiendo entre imputación objetiva y mero accidente, retomando el principio hegeliano de que la primera sólo puede afirmarse como la voluntad que permite la atribución de un acto como propio, para lo cual se valía del promedio del *hombre prudente* y remitía las características concretas del autor a la culpabilidad.

(b) En 1930, Richard Honig, por un camino vinculado al anterior aunque libre de su marco filosófico hegeliano, sostuvo que la imputación depende de la existencia de la *posibilidad objetiva de fijarse un fin*, lo que lo llevaba a rechazar la imputación en supuestos que llamaba de cursos causales inadecuados.

(c) En 1936, Hellmuth Mayer, conforme a pautas autoritarias de su tiempo, cambió la ofensividad concreta a bienes jurídicos por una abstracta lesión al orden establecido mediante la protección de éstos, con lo cual minimizaba la importancia de la causalidad y subjetivizaba el injusto, cuya esencia hacía radicar en la voluntad malvada del agente.

- 6 El finalismo de Welzel hizo un considerable esfuerzo por resolver la cuestión, creando el concepto de *adecuación social de la conducta* como causa de atipicidad. Este concepto limitativo de la tipicidad objetiva nunca fue claramente definido, pues incluía casos de afectación ínfima o insignificante y de lesiones co-penadas junto a verdaderos problemas de imputación objetiva, como el famoso ejemplo de Honig, del sobrino que manda al tío rico al monte en medio de una tormenta con la esperanza de que le mate un rayo, o le aconseja viajar en ferrocarril o en avión con la esperanza de que muera en un accidente. La teoría de la adecuación social de la conducta es el antecedente más inmediato de las actuales teorías que tratan de responder a la cuestión de la imputación objetiva.

**La adecuación
social como
atipicidad**

- 7 La *teoría del desvalor de acto* (Armin Kaufmann, Diethart Zielinski) sostiene que el tipo pretende impedir finalidades prohibidas. Esto los lleva a romper el termómetro, es decir, a renunciar a todo criterio de imputación objetiva, resolviendo la cuestión en función del dolo, convirtiendo a la tentativa en modelo de ilícito penal. En síntesis, sostuvieron que es suficiente para la imputación con que el agente actúe con voluntad de producir el resultado prohibido. Lo decisivo era el dolo, aunque se

**La supresión
del resultado: el
desvalor de acto**

basase en una creencia infundada o incluso cuando se tratase de una tentativa supersticiosa, y aunque los elementos del tipo fuesen imaginarios, lo que les permitía prescindir de la causalidad en el injusto o relevar acciones en que la causalidad no estuviese probada (o lo estuviese sin suficiente nivel de certeza), pues el resultado (como componente de azar o suerte) pasaba a ser una mera condición de mayor punibilidad.

§ 138. Las respuestas actuales a la pregunta por la imputación objetiva

Ensayos para encontrar un nuevo criterio único

En las últimas décadas se hicieron esfuerzos *por hallar una respuesta que reemplace la causalidad del esquema Liszt-Beling por un nuevo concepto objetivo que cumpla la misma función imputativa común para todas las formas típicas*, dando lugar a las llamadas *teorías de la imputación objetiva*.

Por nuestra parte creemos que estas tentativas fracasan, que no hay una respuesta válida para todas las formas típicas, sino que éstas deben ser diferentes, de acuerdo con la estructura de que se trate. Nos ocuparemos de las dos principales respuestas de esta naturaleza: la del profesor de Munich, *Claus Roxin*, y la del profesor de Bonn, *Günther Jakobs*.

El aumento del riesgo: Roxin

Para Roxin el criterio general para determinar la imputación **2** objetiva es el *aumento del riesgo*. Las reglas con que concreta esta fórmula son básicamente tres: *Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo (a) si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y (b) si ese peligro se ha realizado en el resultado concreto*. En este esquema, no sólo no hay imputación cuando no se creó un peligro que excede el riesgo permitido sino tampoco cuando, pese a haberse creado, el resultado no es realización de ese riesgo: no habría peligro prohibido en el caso del pariente enviado a la tormenta, y en el del herido de bala que muere por el incendio del hospital, la muerte no sería realización del peligro creado por el disparo.

La regla complementaria

(c) Pero como estas reglas parecen insuficientes, Roxin cons- **3**
truye una tercera regla correctiva, conforme a la cual no habría

imputación cuando *el alcance del tipo no abarca la evitación de los riesgos y sus repercusiones*. Se trata de casos de incitación o cooperación a una autopuesta en peligro que los tipos no tienden a evitar (quien aconseja a otro a cruzar a nado un río).

- 4 De estas reglas básicas, este autor deduce las reglas generales para excluir la imputación objetiva. No habrá riesgo prohibido cuando el autor modifique un curso causal y provoque un resultado lesivo pero disminuyendo el peligro existente para la víctima: quien desvía el ladrillo que va a golpear la cabeza y hace que lo lesione en el hombro.

**Las reglas
generales
deducidas**

- 5 La regla de que *no basta con la creación de un riesgo prohibido, si el resultado no es la realización de aquél*, resolvería el caso del herido que muere en el incendio del hospital. Si muere por un error diagnóstico, sería necesario determinar si el error fue motivado por la urgencia debida a la gravedad de la lesión o si no lo fue (en este último caso no sería imputable al agente de la lesión). Conforme a esta regla tampoco imputa al fabricante que proveyó a sus empleadas pinceles infectados con el bacilo de carbunco, sin aplicarles los desinfectantes reglamentarios, comprobándose luego que éstos no eliminaban dicho bacilo (caso de los *pelos de cabra*).

**La realización
del riesgo**

- 6 Si bien Roxin sostiene que con la producción de un riesgo prohibido y con el resultado como su realización se da por regla la imputación al tipo objetivo, aun así admite que ello puede fracasar cuando el *fin de protección del tipo penal* no abarca resultados de la clase de los producidos, es decir, cuando el tipo no está destinado a impedir tales sucesos. Esta problemática tiene importancia preferente en los delitos culposos, y aunque presenten todos como denominador común la aquiescencia, los diferencia en: (a) la incitación o cooperación en acciones peligrosas de otros (por ejemplo, competencias de motos estando ebrios ambos conductores); (b) la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (el acompañante que conmina al conductor a que vaya a una velocidad excesiva; relaciones sexuales con riesgo de contagio); (c) las acciones salvadoras voluntarias que produjesen muerte o lesiones, donde éstas son resultado de una autopuesta en peligro voluntario (el que se arroja al agua para salvar al que se está ahogando); y (d) tampoco el fin de protección del tipo abarcaría aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera

**El fin de
protección del
tipo penal**

de responsabilidad de otro, pues quien introduce un riesgo prohibido responde por esto hasta que el control de la situación cae bajo la esfera de responsabilidad de otro (la policía o el equipo de salvamento o de demoliciones que se hace cargo de la situación, por ejemplo).

La dificultad de hallar una fórmula general

Si bien la mayoría de las soluciones que proporciona Roxin ⁷ pueden compartirse, resulta muy difícil reconducir todas ellas a la fórmula general del *aumento del riesgo*. La pluralidad de reglas y correcciones indica cierto casuismo en el cual prevalece el sentido común, pero es problemático pretender que esto sea un concepto o respuesta única a la pregunta por la imputación objetiva.

La defraudación de las expectativas del rol: Jakobs

Para Jakobs la respuesta está dada por la *defraudación de las expectativas derivadas de un rol*. La persona es un ente portador de roles (papeles sociales: maestro, médico, padre, carnicero, etc.). El poder punitivo garantizaría para este autor la seguridad de las expectativas conforme a estos roles: o sea, que el maestro no corrompa a los niños, que el médico no mate a sus pacientes, que el padre no abandone a sus hijos, que el carnicero no venda carne podrida, etc. Cualquier resultado lesivo que se produzca sin violar las expectativas correspondientes al rol no serían imputables objetivamente a los agentes.

La posición de garante en los tipos activos

Jakobs normativiza el rol (papel social) y, por ende, en todos ⁹ los casos considera que el autor se halla en *posición de garante* respecto del bien jurídico. La *posición de garante* es un criterio de imputación propio de las omisiones (ver § 168), porque los tipos omisivos no imputan objetivamente todo lo que no impedimos, sino sólo lo que no impedimos cuando tenemos el especial deber de hacerlo, derivado de que estamos en esa particular *posición de garante* (el médico tratante, el funcionario encargado de vigilar presos, el guardavidas en la playa, etc.). Con la normativización de los roles, Jakobs lleva la posición de garante a los tipos activos, o sea que extiende el criterio de imputación de los tipos omisivos a los activos.

Este es el aspecto de la teoría que aparece como más artificioso en el ámbito del tipo doloso: la realidad queda destrozada cuando se afirma que el rol de buen ciudadano impone el deber de evitar la comisión de delitos y que quien dispara repetidamente sobre otro para matarlo y lo mata, viola ese rol porque no evita cometer el homicidio que comete. En el plano jurídico tampoco es sosteni-

ble la existencia de una posición de garante respecto de la vida ajena, más allá de la impuesta por la norma preceptiva que se deduce del tipo de omisión de auxilio y que, justamente por ello, no es una posición de garante sino una pauta general de solidaridad social.

- 10 Los roles en sociología se definen como *los comportamientos esperados de una persona que adquiere un status particular, es decir, según la posición de esa persona en un grupo o de un grupo en relación con otros*. Los roles en sociología son dinámicos: a lo largo del día muchas veces cambiamos de rol (las telenovelas se nutren de ese material). Además, no sólo hay roles lícitos, sino también ilícitos, como el del vendedor de tóxicos prohibidos, el pasador de juego, etc. Pero esta tesis no recoge los roles de la sociología, sino que los toma como estáticos y, además, no toma en cuenta los roles prohibidos. Ello le impide ver que quien mata a otro no defrauda el rol de buen ciudadano, sino que asume el rol de homicida. Juridizar todos los roles lícitos no es más que *confundir roles con deberes* jurídicos, con lo cual se desvirtúa el concepto de rol y al mismo tiempo se pretende meter toda la costumbre dentro del derecho penal.

**Falso concepto
sociológico de rol**

- 11 Para ejemplificar, acude al caso del camarero que, siendo biólogo, se percata que la fruta que sirve es venenosa y, sin embargo, no se abstiene de servirla, sosteniendo que no puede imputárselo en razón de que no viola su rol de camarero, pues el conocimiento especial de que dispone es irrelevante por no pertenecer a este rol. Al ingeniero civil subempleado como capataz de una obra, que se percata que el material que usa provocará un derrumbe catastrófico y, no obstante, sigue dirigiendo la cuadrilla y aplicando el material hasta provocar la catástrofe y sepultar a todos los obreros, ella no le sería imputable porque no habría defraudado su rol de capataz. Más curioso aún es el ejemplo de Jakobs referido al *buen vecino* que, advertido de que los terroristas han preparado una máquina infernal que volará la casa lindante cuando abra la puerta de su propia casa, no obstante la abre y causa la explosión. Considera que abrir la puerta de la propia casa es un *rol banal* y, por tanto, entiende que no puede ser imputado objetivamente el cráter que queda junto a ella.

**Ejemplos
problemáticos**

- 12 Las extrañas soluciones a estos casos obedecen, precisamente, al congelamiento que hace este autor de los roles sociales, con lo cual termina manejando un concepto de *rol estático*, que no es

**El congelamiento
de los roles**

el de la sociología y, por ende, el del mundo real. Aplicando estrictamente la teoría sociológica de los roles (siempre dinámicos) resulta que el *rol banal* del buen vecino que enciende la luz del frente de su casa para evitar que sus vecinos tropiecen o sean asaltados, deja de ser banal cuando la enciende para iluminar a su vecino escondido en la sombra y hacer un aporte causal indispensable a la banda de asesinos que lo persigue para matarlo. El *rol banal* del buen funcionario que cumple con su deber de detener personas por orden de la autoridad competente (o de averiguar y proporcionar la información necesaria para su detención), deja de ser banal en cuanto sabe que esas personas no serán sometidas a un proceso legal, sino ejecutadas ilegalmente. Esto es así porque los roles son banales en abstracto, pero siempre se asumen en circunstancias concretas y en éstas pueden no ser inocuos. Pero lo que sustancialmente pasa por alto esta tesis es que *cuando el agente asume el dominio del hecho de un injusto penal, cambia su rol*. Los roles de buen camarero, de buen capataz, de buen vecino o de buen policía, saltan en pedazos cuando, por efecto de asumir el dominio del hecho, el agente asume el rol de homicida o de terrorista. El error fundamental de esta teoría es que no llega a reconocer que en esos casos los *roles banales* no son más que *disfraces que ocultan los roles reales de homicida o terrorista*.

No es un planteo racionalmente reductor del poder punitivo

En apariencia, el criterio limitativo en función de los roles es **13** reductor del poder punitivo. Pero no cualquier reducción del poder punitivo es racional (ver § 89.7), y la pretensión de que todo el que actúa conforme a su rol, realiza comportamientos que no son objetivamente imputables, es irracionalmente reductora del poder punitivo, pues *es altamente reforzadora de su violencia y selectividad*, porque se traducirá en una impunidad casi reservada a los funcionarios estatales que ejercen las peores violencias, en particular cuando por limitarse a sus roles formales en circunstancias cambiantes, asumen roles ilícitos. No puede ignorarse que la violencia estatal masiva del siglo XIX se ejercía en forma personalizada, pero la actual se lleva a cabo mediante cuidadosos repartos de roles, llegando al extremo en que ninguno ve a los muertos, que se limitan a cifras, hasta medirse por su número los avances en una guerra. Las mayores violencias se ejercen hoy mediante reparto de roles en abstracto inocuos y en concreto homicidas y genocidas. Vender gas para fumigar es un rol banal.

pero venderlo a las SS o a una banda terrorista no es para nada banal porque, por cierto, son dos roles diferentes.

En el caso del camarero biólogo, este autor imputa objetivamente si el camarero biólogo elige al destinatario del plato envenenado. En realidad, es la misma diferencia que media entre quien dispara a una persona previamente individualizada y quien lo hace sobre un grupo de personas. Al amparo de semejante distinción quedarían los funcionarios que, conscientes de que con un recorte presupuestario causan la muerte de un número de personas (supresión de medicamentos oncológicos), se limitan a cumplir su rol de recortadores de gastos; sólo sería objetivamente imputado el comportamiento de quien le niega el medicamento oncológico a un enfermo en particular.

- 14 El aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles son criterios que parten de teorías que legitiman la pena por vía de la prevención (ver § 9 y ss.). Se trata de dos diferentes modos de derivar consecuencias para el tipo objetivo a partir de estas teorías de la pena. La diferencia política más notoria estriba en que Roxin, aunque reformula la norma deducida del tipo (*no matarás* pasa a ser *no aumentarás el peligro para la vida*), sigue teniendo como base el bien jurídico afectado; pero con Jakobs –al igual que en los partidarios de la teoría del desvalor de acto– el bien jurídico casi desaparece: el particular concepto de rol congelado, entendido como deber jurídico, convierte a todos los tipos en infracciones de deber, o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico; la función preventiva se limitaría a reafirmar los roles mediante la pena. Todo ello sin contar con que, al transferir la estructura omisiva a la tipicidad activa, provoca una generalización del conocido fenómeno de mayor amplitud semántica de la prohibición cuando se invierte el enunciado en preceptivo (no es lo mismo *no matarás* que *respetarás la vida de tu prójimo*), por lo que se ve en la necesidad de ensayar un complicado y casuístico arsenal de limitaciones, entre ellos, la creación de una posición de garante para cada situación, lo cual no parece del todo coherente, pues emplea una fórmula general válida para la omisión propia como límite para la impropia tipicidad omisiva, pero en el ámbito de la tipicidad activa. De allí que, en un momento, se refiera a *omisio- nes propias cometidas activamente*.

**Son derivaciones
de teorías
legitimantes
preventivas**

§ 139. La dominabilidad como criterio de imputación

No existe una
respuesta única
para todos
los tipos

No es posible negar la existencia de serios *problemas de im-* 1
putación que son problemas de tipicidad objetiva que no tienen
solución unívoca. Pero *reconocer la existencia de los problemas de*
imputación objetiva no significa plegarse a ninguna teoría de la
imputación objetiva, si por tal se entiende el ensayo de hallar un
criterio único que aspire a resolverlos todos y en todas las formas
típicas (dolosas y culposas, activas y omisivas). En realidad, lo que
se discute en la actualidad es si los criterios para determinar que
un hecho es objetivamente imputable a un agente como obra pro-
pia, varían según las estructuras típicas fundamentales (dolosa y
culposa, activa y omisiva), o si hay un criterio único –como era la
vieja causalidad de Liszt– que proporcione una respuesta válida
para todos los tipos penales. Como acabamos de ver, los ensayos
de respuesta única no parecen satisfactorios hasta el momento.
Por ello, a continuación nos ocupamos de proporcionar una res-
puesta válida para los tipos objetivos activos dolosos.

El autor
y el cómplice
primario

El autor, en el tipo doloso, es quien es *señor (dominus)* del 2
hecho, o sea, quien tiene el *dominio del hecho*. Tiene el dominio
del hecho quien dispone sus condiciones, su *sí*, su *cuándo*, su
cuánto, su *cómo*, su *dónde*, etc. Es quien decide si el hecho se
realiza, sigue, se detiene. Sin embargo, existen al menos dos su-
puestos claros en los cuales, pese a que el sujeto tiene el dominio
del hecho, no es considerado autor sino cómplice a quien en doc-
trina se denomina *partícipe primario* (ver § 245). Se trata de los
casos de delitos de propia mano y de *delicta propria*. En los prime-
ros sólo puede ser autor quien realiza personalmente la acción
descripta por el verbo típico (el sujeto que en una violación sujeta
a la víctima para que le sea posible a otro accederla carnalmente,
realiza una cooperación necesaria que domina el hecho pese
a lo cual no puede ser autor por no haber realizado la acción
típica).

Del mismo modo, tampoco puede asumir la calidad de autor
de un delito especial propio, el agente que no reúne los requisitos
exigidos por el tipo penal (no puede cometer prevaricato quien no
es juez aun cuando realice un aporte indispensable para la con-
creción de ese delito).

El *dominus* del hecho opera conforme a un programa o plan racional (*plan concreto del hecho*). Conforme a cada plan concreto se establece quién o quiénes son los señores del hecho. No se puede establecer en base a la fórmula esquemática legal (tipo) que necesariamente es abstracta, porque en la vida no hay acciones *abstractas* de homicidio o de robo, sino que el tipo sirve para captar acciones concretas de matar o de apoderarse, que siempre se realizan de cierto modo particular y conforme a planes determinados: se puede matar con veneno, con un automóvil, con un arma, etc., se puede robar con armas, con fuerza, mediante un mono, etc. Esos son los planes concretos y el dominio del hecho se establece en función de cada uno de ellos.

- 3 El dominio del hecho presupone ciertas condiciones objetivas: no tiene sentido preguntarse quién dominó los desastres causados por una tormenta, cuando se trata de un fenómeno no dominable por nadie (salvo que se crea en las brujas). En la autoría no tiene sentido indagar sobre la tipicidad subjetiva cuando no existió la *posibilidad objetiva de dominio del hecho*: en tal caso corresponde descartar sin más la tipicidad objetiva. La *dominabilidad*, como dato exigido por el tipo objetivo conglobante, es el *presupuesto objetivo del dominio*, y es el criterio conforme al cual se le imputa objetivamente el hecho a su autor.

**La posibilidad
objetiva de
dominar el hecho**

- 4 La tipicidad objetiva exige la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho (*dominabilidad*). (a) La *primera regla* que surge de este principio es que *los cursos causales que, en el actual estado de la ciencia y de la técnica, no pueden ser dominados por nadie, no eliminan el dolo, sino que ni siquiera tiene sentido preguntarse por el dolo, dado que en el tipo objetivo no aparece un curso causal capaz de ser dirigido en medida humana*. Se trata de casos en que la causalidad es explicable *ex post*, como resultado de conocimientos disponibles, pero que una causalidad sea explicable no implica que sea dominable.

**Dominabilidad:
primera regla**

- 5 El caso del pariente enviado al monte con la esperanza de que lo mate un rayo no se debe resolver por ausencia de dolo, sino por ausencia de tipicidad objetiva, dado que no existe una causalidad dominable como requisito básico del tipo objetivo y ningún observador tercero podría decir *ex ante* que deduce un plan de matar. Por ende, falta el presupuesto indispensable para una autoría dolosa, puesto que nadie puede aspirar a dominar el hecho. Lo

**Casos en que
nadie puede
dominar el
curso causal**

mismo debe decirse del sujeto que, sin experiencia en armas, dispara con voluntad homicida contra otro desde una distancia en que un tirador muy experto no podría acertar, no obstante lo cual la bala mata al sujeto (es el llamado *caso Thyré*n, sumamente invocado por la doctrina). Cuando un sujeto dispara a trescientos metros de distancia con un rifle con caño torcido, en terreno escarpado, con fuerte viento y en movimiento y lo hace hacia un blanco también en movimiento, pone en curso una causalidad que nadie puede dominar, pues no existe técnica disponible para disparar con cierto margen de certeza en esas condiciones. En estos casos, el resultado se produce por efecto del azar, que no es más que imposibilidad de dominio de la causalidad o ignorancia o conocimiento insuficiente de ella. Análogamente, tampoco puede imputarse al director de un diario la muerte del periodista al que envía a una zona de guerra con deseo de que muera. Tampoco puede imputarse al autor de las lesiones dolosas la muerte de la víctima por el incendio del hospital o por la acción dolosa o imprudente de un tercero. Sobre el caso de errores y omisiones médicas que terminan en la muerte del lesionado dolosamente, parece razonable afirmar que la imputación tiene lugar cuando los errores u omisiones médicos son producto de la propia situación de necesidad generada por la emergencia provocada por la misma acción dolosa. Por el contrario, cabe pensar que la imputación se excluye cuando la víctima se niega al tratamiento, cuando contrae otra enfermedad, cuando es víctima de otro atentado doloso, cuando el médico incurre en una omisión o en un error no generado en la emergencia o urgencia provocada por la acción lesiva. Igualmente, no habría imputación si la víctima del secuestro muere por efecto de un accidente de tránsito mientras era trasladada; no habría homicidio si se embaraza a la mujer tuberculosa para que muera; el abandono del hogar conyugal no podría imputarse como instigación al suicidio, etcétera.

**Segunda regla:
entrenamientos
o conocimientos
especiales**

(b) La *segunda regla* deducible del principio general de *domi-* 6
nabilidad, está referida a los cursos causales que son humanamente dominables. Estos cursos causales deben distinguirse entre los que son dominables por cualquiera y que, por ende, no ofrecen problema, y los que sólo son dominables por quien tiene conocimiento o entrenamiento especial: *el curso causal es dominable cuando el agente reúne las condiciones de conocimiento o entrena-*

miento especiales necesarias para poder asumir el dominio del hecho.

Es tradición afirmar que estos conocimientos o entrenamientos especiales forman parte de la tipicidad subjetiva y no de la objetiva. Esto se basa en la confusión entre las *calidades objetivables que habilitan la posibilidad de dominio (dominabilidad)* de un curso causal, y el uso efectivo que de esas calidades haya hecho el autor. La condición de ingeniero electrónico es tan objetivable como la de persona analfabeta, y para el primero puede afirmarse en el tipo objetivo la posibilidad de dominar un curso causal (dominabilidad) que tuvo lugar mediante la operación de una computadora, en tanto que para la segunda sería tan absurdo como preguntarse por el dolo en el caso del pariente en la tormenta, sin perjuicio de que sea posible que el ingeniero, en lugar de ejercer el dominio de que es capaz, haya accionado el mecanismo con un movimiento brusco para evitar que se derrame café sobre la máquina, cuestión que habrá de ser analizada en la tipicidad subjetiva.

- 7 La circunstancia de que alguien haya sido informado acerca de un posible curso causal –al pariente le hubiesen informado que había una bomba en el avión– es tan objetiva como que tenga los ojos azules, y nada dice sobre lo subjetivo, salvo su *mera posibilidad de dolo de autor*. Para establecer si el hecho objetivamente típico es también subjetivamente imputable como doloso al autor, será necesario analizar en el tipo subjetivo si éste creyó seriamente el aviso que se le daba, si lo registró en su memoria y si lo actualizó en el momento de actuar, que son las cuestiones realmente subjetivas.

**Datos
objetivos**

- 8 (c) Una *tercera regla* afirma que tampoco hay posibilidad de dominar el hecho cuando la acción resulta irracional a la luz de un juicio de congruencia entre medios y fines, o sea, que *no hay dominabilidad cuando los medios son notoriamente inadecuados para la obtención de los fines*. No se trata de una causalidad que no sea dominable por nadie ni que sólo sea dominable por expertos o entrenados, sino que se trata de una falta de dominabilidad provocada por la elección de medios que son groseramente inidóneos. Se ha visto que una acción humana es comprensible porque los humanos suelen actuar racionalmente. Son sus creencias las que pueden confundir acerca de lo que es posible o impo-

**Tercera regla:
medios
notoriamente
inadecuados**

sible hacer. Lo que se llama *física popular* permite a los humanos medios saber que no se puede caminar sobre el agua. Parte de la física popular es innata, pero otra es necesario aprenderla. La dominabilidad siempre está condicionada por estas creencias, que configuran una suerte de *valoración paralela en la esfera del profano* referida al mundo físico. No se puede imputar como propio el resultado de muerte por aplicar alfileres a un muñeco, aunque el sujeto al enterarse haya muerto por miedo. Se trata de las llamadas *tentativas aparentes con resultado*, que no sólo son las tentativas mágicas o supersticiosas, sino todos los casos de errores gruesos sobre la causalidad: el sujeto cree que domina una causalidad cuando carece de todo presupuesto objetivo para ello. El que endosa un cheque ajeno a la orden y cruzado y lo deposita en su cuenta, siendo acreditado por un error en cadena de todos los controles bancarios, desde la ventanilla hasta el *clearing*, en ningún momento ha dominado el hecho, simplemente porque nunca fue dominable, y el resultado sólo se produce por azar. Otros casos más raros pueden plantearse cuando el sujeto alucina dominar un plan diferente e imposible: el que proporciona azúcar al diabético, sin saber que es diabético, pero pensando que lo lesionará por efecto de un espíritu maligno.

Cuarta regla:
la posibilidad de
tipicidad culposa

(d) La *cuarta regla* establece que *cuando no hay dominabilidad* ⁹ *no es posible imputar objetivamente en el delito doloso, pero dado que este criterio imputativo está reducido al tipo doloso, nada excluye la posibilidad de tipicidad culposa de la acción.* No obstante, cabe precisar que en la tipicidad culposa también puede haber dominabilidad del hecho, porque en muchos casos un tercero observador *ex ante* aseveraría la existencia de un plan criminal y el aporte de una causa necesaria para su realización por parte del agente, sólo que esto no se confirma en el tipo subjetivo, porque el agente no asumió efectivamente el dominio. Serían los casos de *culpa temeraria*, únicos en los que puede discutirse si se trata de ésta o del dolo llamado eventual.

§ 140. Exigencia de aporte no banal del partícipe secundario

**Necesidad de
señalar un crite-
rio diferente
para el partícipe**

Respecto del partícipe secundario es claro que, por defini- ¹
ción, carece del dominio del hecho (ver § 253) y, por ende, en el
aspecto objetivo de su tipicidad dolosa no puede operar la *domi-*

nabilidad como criterio limitador imputativo en la tipicidad objetiva. Careciendo de este criterio imputativo cuando no se trata de autores o cómplices primarios, cualquier aporte causal, por banal que sea, limitado sólo en el tipo subjetivo por el dolo de cooperar o facilitar, sería imputado como complicidad. Para evitar esta consecuencia Jakobs acude a la exclusión de los aportes realizados en función de *roles banales o roles cotidianos inocuos*. El criterio que no resulta convincente en la autoría, donde el dominio del hecho determina un cambio de rol, sin embargo parece satisfactorio en la complicidad secundaria, a condición de devolver a los roles su característica dinámica, porque allí se clama por un límite objetivo y no puede apelarse al dominio del hecho.

- 2** Admitida por razones funcionales reductoras la tesis del rol en el campo de la tipicidad objetiva de esta clase de participación delictiva, resulta necesario precisar la *distinción entre roles banales y no banales*. El rol no será banal *siempre que implique peligros de los que se deriven deberes de abstención o de cuidado para la evitación de lesiones del género de las producidas por la causalidad a la que se aporta*. Por otra parte, *el rol banal deja de ser tal cuando las circunstancias objetivas concretas y presentes alteran notoriamente la originaria banalidad del rol*.

**El rol banal
es dinámico**

- 3** El *buen panadero* no abandona su rol ni lo violenta cuando vende pan, aunque el cliente le explique que lo usará para envenenar a toda su familia. El *ferretero* se halla en la misma situación cuando vende cubiertos para comer, pese a que el cliente le diga que los usará para asaltar. Pero cuando el *boticario* vende veneno, la situación es diferente, porque sabe el peligro que ello importa y éste le impone cuidados tendientes a evitar que con el veneno se mate o lesione a las personas. El mismo caso sería el del vendedor de armas, que tiene a su cargo deberes de cuidado que no tiene el panadero. En otro orden, el proveedor de alambre de púa no puede ser considerado cómplice en el genocidio de Auschwitz, pero no puede decirse lo mismo del proveedor de veneno ni del fabricante de las cámaras de gas. La banalidad del rol no se determina nunca en razón de deberes administrativos, pues éstos pueden infringirse sin que el rol pierda banalidad, en los casos en que el resultado no pertenece a la clase de riesgos propios del rol (el panadero vende al cliente homicida pan en mal estado); inversamente, sin mediar infracción administrativa el rol

**Diferentes
deberes
de cuidado**

puede no ser banal (el armero que vende el arma al homicida habilitado para portarla o el proveedor de gas venenoso a Auschwitz, habilitado para producirlo o distribuirlo, cumplidor de todas las medidas de seguridad en el transporte). No puede compararse el suministro de gas a Auschwitz con el de vino a un prostíbulo, como participación en la prostitución (lo consideró típico el viejo tribunal del *Reich*), pues no hay forma de vincular el cuidado en la venta de vino con la libertad sexual de las personas. El transporte público de un terrorista o el deudor que paga sabiendo que el acreedor comprará un arma para matar, son también ejemplos de aportes banales por no tener relación el cuidado debido en esos servicios o acciones con las lesiones.

Las alteraciones de rol

La exclusión de la imputación en la tipicidad objetiva 4 conglobante en función de la banalidad del rol en la complicidad secundaria es válida en la medida en que las circunstancias objetivas concretas y presentes no alteren la banalidad del rol. El ferretero que vende un cuchillo de mesa o un martillo no hace ningún aporte objetivo de complicidad en el homicidio que se cometa con alguno de esos elementos, pero el ferretero pasa a desempeñar un rol no banal cuando vende cuchillos y martillos a los que participan de una enorme gresca delante de su comercio.

CAPÍTULO 15

Tipo doloso activo: aspecto subjetivo

§ 141. El dolo como núcleo reductor subjetivo de la tipicidad

1 El tipo activo doloso tiene un *aspecto objetivo y otro subjetivo*. El tipo subjetivo tiene como núcleo central al dolo. Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre *efectivo* (no es una posibilidad de conocimiento sino un conocimiento real) y recae sobre los *elementos del tipo objetivo sistemático* (incluyendo los elementos normativos de recorte), como también sobre los *imputativos del tipo conglobante* (pues no exige el conocimiento de los componentes que hacen a la ofensividad).

Concepto

Conocimiento efectivo (nunca potencial)	Elementos del tipo objetivo sistemático (incluyendo los elementos normativos de recorte).
	Elementos imputativos del tipo conglobante (salvo el conocimiento de los componentes que hacen a la ofensividad).

2 No hay una definición del dolo en el CP. La base legal más sintética para construir dogmáticamente el concepto es *el fin de cometer un delito* del art. 42. La doctrina nacional tradicional lo construyó sobre la base del inc. 1º del art. 34, pero en ese inciso no sólo está el dolo sino que contiene la exigencia de todos los momentos subjetivos del delito, de modo que no es posible distinguirlo. Atendiendo al fin de cometer un delito (art. 42) se sabe qué elementos del inc. 1º del art. 34 son necesarios para configurarlo y, por ende, cuáles de ellos pertenecen al dolo.

Base legal para su construcción dogmática

El dolo como concepto reductor

El dolo es un concepto que cumple su función reductora al impedir la responsabilidad meramente objetiva o por el resultado, exigiendo ciertas finalidades como condición para su relevancia típica, en tanto que la culpa opera como la otra alternativa, completando la limitación con la exigencia de una particular forma de realización de la finalidad. **3**

Mayor gravedad de los tipos dolosos

Los tipos dolosos se penan más gravemente que los culposos. Esto se explica porque, por lo regular, resulta más objetable la acción de quien genera un conflicto intencional que la de quien sólo lo genera como resultado de la forma defectuosa de realización de una acción diferente. **4**

§ 142. Aspecto cognoscitivo (intelectual) del dolo

El dolo como saber y querer

En su forma más simple, la doctrina dominante coincide con la caracterización del dolo como *saber y querer*, es decir, que el dolo tiene un aspecto de *conocimiento* (o intelectual) y otro de *voluntad* (volitivo o conativo), toda vez que para querer realizar algo siempre es necesario poseer ciertos conocimientos. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los *actos de acción*, pues éstos presuponen un conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es la *finalidad* tipificada, ésta es lo que da sentido a la unidad del conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad. **1**

La vieja teoría de la representación

Esta posición es mayoritaria en la doctrina y hasta hace pocos años era unánime. En los últimos lustros un sector del funcionalismo sostiene que en el dolo eventual –que de inmediato veremos qué es– no hay voluntad, por lo cual pretende que el dolo en general es sólo conocimiento. Con esto resucita una viejísima polémica sobre la naturaleza del dolo, en cuyo curso, con razón se había observado que no era admisible la reducción del dolo a conocimiento, porque todas las personas conocen lo mismo que cualquier homicida. **2**

El conocimiento en el dolo es efectivo

El conocimiento en el dolo siempre es *efectivo*, es decir, que debe referirse a contenidos reales existentes en la consciencia (como qué almorcé hoy, el nombre de mi abuela o de mi tía; etc.). **3**

Por ende, no admite el llamado *conocimiento potencial*, que es un *no conocimiento*, que no puede orientar ninguna finalidad, porque sólo es una posibilidad de conocimiento que no existió. El dolo no se organiza sobre la base del *debía haber sabido*, sino del *sabía*.

- 4 El conocimiento (como contenido efectivo de la consciencia) es *actualizable*, pero no siempre es *actual*: se lo actualiza cuando *se piensa en ello*. Sé qué almorcé hoy: es un conocimiento efectivo, pero sólo lo actualizo cuando lo rescato de mi memoria y lo tengo presente en el momento de actuar. El dolo siempre requiere alguna actualización del conocimiento (cierto *pensar en ello* o darse cuenta), porque si no se actualizan ciertos contenidos de la consciencia en el momento de actuar, no puede configurarse la finalidad de la acción: cuando cierro una puerta sin actualizar que tengo un dedo en el marco, el dolor me hace actualizar un conocimiento efectivo, pero que, por no haberlo actualizado antes del acto no rigió mi finalidad hacia machucarme el dedo. Por ello, *en cada caso el agente debe tener el grado de actualización de conocimientos necesario para configurar la finalidad típica*.

**La actualización
del
conocimiento**

- 5 Algunos conocimientos no necesitan un *pensar en ello* en el momento de la acción, pues son inseparables de otros conocimientos (durante el coito no se piensa en la edad de la otra persona) y, por ende, hay un *copensar* en ellos, o sea, una *coconsciencia* de los mismos: no se requiere pensar en la condición de policía de la víctima cuando el agente está viendo el uniforme mientras lo golpea.

Lo copensado

§ 143. Aspecto volitivo o conativo del dolo

- 1 Según su *aspecto volitivo* (o conativo) el dolo se distingue tradicionalmente en (a) *dolo directo de primer grado*; (b) *dolo directo de segundo grado* y (c) *dolo eventual*.

**Dolo directo
de primer y de
segundo grado**

En el *dolo directo de primer grado* la voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí; de allí que también sea gráfica su denominación como *dolo inmediato* (disparar seis balazos contra una persona para matarla).

En el *dolo directo de segundo grado o mediato*, el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, que

deben ser abarcados por la voluntad tanto como el fin mismo: el ejemplo clásico es la bomba colocada en un avión para matar a un pasajero y cobrar su seguro, respecto de las muertes de los otros pasajeros y de la tripulación. De allí que también se lo haya llamado *dolo de consecuencias necesarias*.

Dolo eventual

Distinto es el caso en que, pese a querer los medios, el resultado sólo sea tomado en cuenta como posible: esta hipótesis es la que da lugar al *dolo indirecto, eventual o condicionado*. Actúa con dolo eventual el conductor que por una apuesta pasa una esquina con semáforo en rojo con los ojos cerrados; la prostituta que sabiéndose con sífilis en período de contagio mantiene relaciones sexuales; etc. En general, es la voluntad que se expresa siempre que el agente se dice *si sucede, que se fastidie o que se lo aguante o mala suerte*. El dolo eventual es una de las cuestiones más debatidas en el saber penal, sobre todo en cuanto a su delimitación de la culpa consciente o con representación, sin contar con que hay tipos dolosos que no admiten el dolo eventual. **2**

Fin y resultado concomitantes

Es necesario a su respecto distinguir (a) el fin y (b) los resultados concomitantes que quedan abarcados en la voluntad realizadora como posibles. Cuando se persigue el fin, aunque no se tenga la certeza de alcanzarlo, el dolo continúa siendo directo; en ocasión, los resultados concomitantes son los que devienen de los medios elegidos y pueden dar lugar a casos de *dolo directo* (consecuencia necesaria del medio, cuando su probabilidad de producción es muy alta), *dolo eventual* (consecuencia posible del medio incluida en la voluntad realizadora) o *culpa con representación* (consecuencia posible del medio no incluida en la voluntad realizadora). **3**

Dolo directo de segundo grado y eventual

Los límites entre el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual o indirecto, son teóricamente claros: en el primero el resultado se representa como necesario, en tanto que en el segundo sólo como posible. No obstante, en los casos concretos pueden generarse dudas, dado que igualmente existe dolo directo cuando la probabilidad de que no se produzca el resultado se reduce a una mera esperanza, lo que siempre pone de manifiesto la doctrina apelando al llamado *caso Thomas*: en 1875 Thomas preparó un aparato de relojería en un tonel para cargarlo en un buque y hacerlo estallar en ocho días provocando el naufragio y cobrar un seguro. Al manipular el tonel en el puerto, se deslizó y estalló causando más de cien muertos. **4**

La doctrina lo considera un caso de dolo directo, aunque difieren las soluciones concretas, en razón de que la más correcta pasa por el dolo directo y la *aberratio ictus* (ver § 152), sobre lo cual la doctrina no es unívoca.

- 5 En conclusión, *habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción*. Se trata de una resolución en la que se acepta *seriamente* la posibilidad de producción del resultado. Esta posibilidad (la de colisionar con otro vehículo, la de contagiar la sífilis al cliente), considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente.

**Síntesis del
dolo eventual**

- 6 El agente no obra con dolo eventual cuando confía en que puede evitar el resultado (el conductor imprudente que cree que lo evitará, confiado en su experiencia y en la potencia de sus frenos). Sin embargo, la mera apelación al azar no lo excluye: si el conductor que pasa el semáforo con los ojos cerrados se dice *vaya, no va a pasar nada*, no por eso deja de haber dolo eventual. Por ende, la confianza en la evitación debe basarse en datos objetivos.

**La confianza
en evitar
el resultado**

- 7 El mero deseo de que la afectación no ocurra no excluye el dolo eventual, *daño que en éste el sujeto no acepta el resultado sino la posibilidad de producción del resultado*. Este concepto se aclara por lo general apelando al caso de los llamados *mendigos rusos*: los mendigos mutilaban niños para excitar la compasión, pero algunos niños morían como consecuencia de las mutilaciones; por supuesto que de haberlo sabido, no hubiesen mutilado a los niños que morían, pues muertos no les servían, o sea, que ellos *no aceptaban el resultado*, pero mutilaban pese a saber que un porcentaje de niños morían, con lo cual *aceptaban la posibilidad de producción del resultado*.

**No importa si el
agente no desea
el resultado**

§ 144. Las críticas al dolo eventual

- 1 Cabe advertir que la teoría del dolo eventual mereció fuertes críticas en los últimos lustros. Se recuerda que fue un concepto usado en Alemania para perseguir a los socialdemócratas (Bustos

**El dolo eventual
como elemento
del ánimo**

Ramírez). Todas las críticas observan que aceptar o rechazar la posibilidad de producción del resultado se acerca mucho a una *disposición interna* o *elemento de ánimo* que, de ser tal, no puede convertir a la culpa en dolo.

**Sólo la culpa
consciente temeraria
presenta
problemas de po-
sible confusión**

Ninguna de las muchas teorías que tratan de distinguir entre **2** el dolo eventual y la culpa con representación pueden responder del todo a esta objeción. No obstante, al menos puede señalarse que no todo el ámbito de la culpa permite generar la duda acerca de un posible dolo eventual. En principio –por definición– no lo permite la llamada culpa inconsciente, puesto que no hay representación de la posibilidad del resultado, pero tampoco puede confundirse todo el campo de la culpa consciente con representación de la posibilidad de producción del resultado (ver § 155). Para que haya dolo debe haber tipicidad objetiva conglobante, es decir, dominabilidad, o sea que si *un tercero observador no dijera en el caso que existe un plan dirigido a producir el resultado típico, no es admisible plantear la duda en el tipo subjetivo*. Los supuestos en que, pese a haber dominabilidad no hay dolo, son los que llamamos *culpa consciente temeraria* (ver § 161) y éstos serían los únicos casos en que puede lindar la culpa con el dolo eventual.

§ 145. El dolo no puede presumirse

**El in dubio pro reo
como obstáculo
al autoritarismo**

El dolo nunca puede presumirse, pues sólo su *presencia efectiva* **1** permite habilitar poder punitivo. Sin embargo, se ha observado que siempre que el poder cree necesario *enviar mensajes* (es decir, tranquilizar a la población), el *in dubio pro reo* se erige en un obstáculo *liberal*. Como nadie se anima a derogarlo expresamente, se opta por un recurso dogmático: se *presume el dolo*.

**Dolo normativo
o ficción de dolo**

Se argumenta que los datos psicológicos del dolo presentan **2** dificultades de prueba y, para superarlas, se rompe el termómetro y se reemplaza al dolo por una *ficción de dolo*, afirmando que habrá dolo *cuando así lo indique su inequívoco sentido social* (es decir, cuando así lo entienda el juez). Vuelve la vieja presunción de dolo, borrada hace mucho de todos los códigos, ahora disfrazada de *concepto normativo de dolo* (inventado por el poder según su

necesidad de enviar *el mensaje*), es decir, con un dolo sin datos psicológicos (dolo que no es dolo).

- 3 Claro que de este modo se puede condenar como autor doloso al que no quiso la realización del tipo, pero esta doctrina justifica esos accidentes, afirmando que si los ciudadanos quieren protección estatal, deben contar con que ésta es irrealizable sin una cierta renuncia a la pretensión de no ser nunca condenados incluso cuando no se hubiera cometido efectivamente un delito, al punto de que se ha llegado a calificar este error judicial como riesgo permitido. Este argumento es demasiado cercano a la triste afirmación genocida de que *en toda guerra mueren inocentes*, actualizada en esta época bajo la denominación de “daños colaterales”.

**El no dolo
como dolo**

§ 146. El dolo (tipo subjetivo) no abarca la comprensión de la antijuridicidad (culpabilidad)

- 1 La posibilidad de comprensión del carácter ilícito de la conducta, otrora llamada *comprensión o consciencia de la antijuridicidad*, no es necesariamente un conocimiento. En su momento nos ocuparemos de ello con más detalle (ver § 217), no obstante, bueno es destacar que *es algo que corresponde a la culpabilidad*.

**Son conocimientos
diferentes**

(a) En primer término, son dos conocimientos netamente diferentes el de saber *qué hago* y el de saber *que lo que hago es contrario al derecho*: una cosa es saber que propino un golpe y otra que lo hago en legítima defensa. (b) En segundo lugar, el conocimiento de que lo que hago es contrario al derecho no se actualiza en la conducta, es decir, que no pienso en el código penal mientras me apodero de algo ajeno, lo sé como sé lo que comí ayer por la noche o el Padrenuestro, pero nada más. (c) Pero, además y fundamentalmente, *su naturaleza es completamente diferente de los conocimientos efectivos que corresponden al dolo*: puede ser que el agente no haya comprendido la antijuridicidad y que igualmente haya culpabilidad, porque para ésta basta la *posibilidad exigible de comprensión* y en modo alguno se demanda esta comprensión efectiva (ver § 214 y ss.).

- 2 Respecto de la llamada *consciencia de la antijuridicidad* hubieron dos posiciones que se debatieron largamente: unos creían

**Las teorías
del dolo y de
la culpabilidad**

que formaba parte del dolo y otros de la culpabilidad –llamadas teorías *del dolo* y *de la culpabilidad* respectivamente– (ver § 217). Durante el viejo debate entre causalismo y finalismo de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, ésta era una de las discusiones más intensas. Casi toda la doctrina contemporánea se inclina por la *teoría de la culpabilidad*. La teoría del dolo, también llamada *del dolo malo*, al exigir el conocimiento efectivo de la antijuridicidad excluía el dolo en muchos casos en que no parecía razonable. Esto llevó a Mezger a sostener que había *equivalentes del dolo* en esos casos, los llamó *ceguera al derecho* y *enemistad al derecho*; desafortunadamente definidos como aquellos casos en que el contenido ilícito era indicado por *el sano sentimiento del pueblo alemán* (fórmula nazi de la analogía *legis*) y a ejemplificar con la sodomía y con las relaciones sexuales de judíos con arios.

§ 147. Dolo de ímpetu y momento del dolo

El dolo de ímpetu

Una clase de dolo de la que hoy no se ocupa la doctrina es el ¹ llamado *dolo de ímpetu*, *que es el que se manifiesta en una conducta agresiva armada contra la integridad física de una persona y que, a causa de la continuidad y parcial superposición de la resolución y la acción, abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado o de varios resultados conjuntamente*. El fin está claro: se quiere dañar el cuerpo, pero sin determinar la medida que se quiere alcanzar. No es dolo alternativo (no se quiere matar o al menos lesionar); no es dolo eventual (no se quiere lesionar aceptando la posibilidad de un resultado letal). Es un dolo de ímpetu en que se quiere dañar en la medida en que sea y que no debe confundirse con la cuestiones de culpabilidad que plantea la emoción violenta (ver § 213).

El fin determinado del art. 42

La palabra *determinado* del art. 42 se introdujo para ex- ² cluir el dolo de ímpetu en el curso de la elaboración del código italiano de *Zanardelli*, que fue el antecedente de la fórmula argentina. Además, si no se considerase que el dolo de ímpetu está excluido de la fórmula de la tentativa, sería inexplicable el art. 104 CP: si alguien dispara contra otro o lo agrede con cualquier arma, no puede concebirse que lo haga con un fin distinto del de

lesionarlo o de matarlo. Por ende, la explicación de este tipo –en armonía con el antecedente histórico del art. 42 en este aspecto– se obtiene considerando que *se trata de casos de dolo de impetu excluidos de la tentativa*.

- 3** El momento del dolo debe coincidir con el de la realización de la acción: no hay dolo anterior al comienzo de ejecución (llamado *dolo antecedente*) ni dolo posterior a la realización del tipo objetivo (llamado *dolo subsecuente*). Ambos son disposiciones interiores irrelevantes.

**No hay dolo
antecedente
ni subsecuente**

§ 148. Error de tipo y de prohibición

- 1** Durante muchos años se distinguió entre el *error de hecho* (*facti*) y *error de derecho* (*juris*), afirmando que el primero eximía de culpabilidad y el segundo era irrelevante, lo que se enunciaba con el llamado principio *error juris nocet*. Desde la edad media este principio significaba que no se relevaban los errores de derecho natural, o sea, en los casos en *que el hombre debiese entender naturalmente que mal era* (Las Partidas, ley 20, tit. I, part. 1ª), pero con el estado bonapartista se radicalizó en la jurisprudencia, negando relevancia a cualquier *error de derecho*, aunque la criticó siempre casi toda la doctrina.

**Error de hecho
y de derecho**

- 2** Para obviar las notorias injusticias del *error juris nocet*, se procuró la asimilación del *error de derecho extrapenal* con el *error de hecho*, negando relevancia sólo al *error de derecho penal*. Con posterioridad esta clasificación del error fue reemplazada por la de *error de tipo y de prohibición*, según recaiga sobre los elementos del tipo objetivo (el conocimiento de lo que se hace) o sobre la prohibición y antijuridicidad de la acción (el conocimiento de la ilicitud de lo que se hace), si bien restaron algunas discusiones, entre las que se destaca por su notoriedad la que versa acerca de la ubicación del error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación (ver § 224).

**Error de
derecho penal
y extrapenal**

- 3** La vieja distinción entre *error facti* y *error juris*, nunca fue clara, porque el *error juris* es siempre un error sobre el hecho de la vigencia o sanción de una ley. La pretendida distinción entre el

**Críticas doctrina-
rias a la vieja
clasificación**

error de derecho penal y extrapenal fue severamente criticada por Binding, en razón de que, dado el carácter sancionador del primero, *el principal error de derecho criminal siempre tiene un objeto extrapenal*. Debido al carácter fragmentario del derecho penal, la subclasificación del error *juris* resulta imposible tanto lógica como prácticamente. La pretensión de restar relevancia a la nueva clasificación pretendiendo su identificación con la antigua no tiene asidero, pues tanto el error de tipo como el de prohibición pueden ser *facti* o *juris*. Por otra parte, aún atenuada por la subclasificación, la ordenación en error *de hecho* y *de derecho*, reconoce su correspondencia lógica e histórica con el *error juris nocet*, hoy rechazado por toda la doctrina como violatorio del principio de culpabilidad.

**La ley argentina:
el código civil**

En la ley nacional se pretendió defender el *error juris nocet* 4 con varios argumentos legales, aunque básicamente se apeló al art. 20 del código civil y a la expresión *error o ignorancia de hecho* del inc. 1° del art. 34 del CP. (a) El art. 20 del CC no se refiere a la ley penal. El título primero del CC rige para toda la legislación, pero siempre que sea compatible con la rama de que se trate; es claro que el art. 16 que prescribe la analogía no puede aplicarse a la ley penal. No hay, por ende, razón para entender al art. 20 como referido a la misma, especialmente cuando en la nota Vélez Sarsfield cita las disposiciones de las Partidas, pero no las referentes a la ley penal.

**La expresión
de hecho en el
inc. 1° del
art. 34 CP**

(b) En cuanto a la expresión *de hecho* del inc. 1° del art. 34 5 CP, corresponde distinguir entre error e ignorancia: el primero es un conocimiento falso, la segunda es una ausencia de conocimiento. La expresión *de hecho* puede entenderse referida al error y a la ignorancia (considerando que "o" es inclusivo, o sea "y/o") o bien sólo a la ignorancia (considerando que "o" es exclusivo: uno u otra). La interpretación más restrictiva de punibilidad es la última, que se impone por ello y también por su compatibilidad con la Constitución y con el derecho internacional. En tal caso, *de hecho* es una *expresión meramente aclaratoria*, porque la ignorancia del derecho es siempre un error de derecho, dado que éste opera con un sistema binario (prohibido o no prohibido) y, por ende, ignorar que algo está prohibido importa automáticamente creer falsamente que no está prohibido.

§ 149. El error de tipo como cara negativa del dolo

- 1 Como (a) el *error de tipo* recae sobre elementos del tipo objetivo, en todos los casos elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible –y siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate– en tanto que, (b) el *error de prohibición* recae sobre la naturaleza antinormativa y antijurídica de la acción, por lo que se lo puede subclasificar en error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad) y error de permisión (sobre la justificación). En cualquier caso el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad del injusto, por lo que, siendo vencible sólo puede tener el efecto de atenuar el grado de culpabilidad del mismo injusto doloso, pero que en ningún caso afecta al dolo, que queda afirmado siempre en el nivel del tipo subjetivo. Por consiguiente, *el error que aquí interesa es el de tipo, pues el error de prohibición es materia propia de la teoría de la culpabilidad.*

**Error de tipo
y de prohibición**

Conducta.			
Tipicidad	objetiva		
	subjetiva	Dolo. Culpa	Error de tipo
Antijuridicidad			No sabe lo que hace.
Culpabilidad	comprensión de la antijuridicidad.	Error de prohibición (en sentido estricto y error de permisión)	Sabe lo que hace pero cree que no está prohibido o que está permitido

- 2 El *error de tipo* no es más que la falta de representación requerida por el dolo, que para nada ha menester del conocimiento de la antinormatividad ni de la antijuridicidad, que sólo interesan a los efectos del error de prohibición como exclusión de la culpabilidad. El error de tipo será *vencible* cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del

**Error de tipo
vencible
e invencible**

tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa. En síntesis: (a) *el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible)*; (b) *siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica)*; y (c) *cuando sea invencible elimina también toda eventual tipicidad culposa*.

Error de tipo.	Elimina siempre el dolo y, por ende, la tipicidad dolosa de la conducta.	Vencible	{ Puede dar lugar a tipicidad culposa.
		Invencible	{ Elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa.

La construcción en la ley argentina

Conforme a la interpretación restrictiva de la fórmula del error **3** del inc. 1° del art. 34 CP, éste no distingue entre diferentes clases de error. La diferencia del error de tipo y de prohibición en la ley penal nacional halla fundamento en la combinación de ese dispositivo con el art. 42, o sea, con la base constructiva legal del dolo: (a) *cuando el error recae sobre elementos cuyo conocimiento es indispensable para elaborar el plan (finalidad típica) habrá error de tipo*; (b) *cuando se trata de componentes cognoscitivos que hacen a cierto aspecto de la antinormatividad (ofensividad) o a la antijuridicidad de la acción, el error será de prohibición*. El error de tipo es el error del inc. 1° del art. 34 CP cuando tiene por efecto que el sujeto no sepa que realiza la concreta acción típica (que mata, que hurta, etc.), en tanto que el error de prohibición es también un error del mismo inciso, pero cuyos efectos son que el sujeto –conociendo que realiza la acción descripta por el tipo–, no sepa que está prohibida o crea que está permitida.

Todo error impide la comprensión de la criminalidad

Dado que el error del inc. 1° del art. 34, para eximir debe haber **4** impedido *comprender la criminalidad del acto*, podría objetarse que se trata de un error que afecta a la culpabilidad únicamente. No sería exacto, porque la fórmula está empleada de modo sintético: todos los errores relevantes impiden la comprensión de la criminalidad: quien no sabe que está hurtando, tendrá aun menores posibilidades de comprender que su acción es criminal respecto de quien sabe que está hurtando y cree que en el caso le está permitido.

El error de tipo psíquicamente condicionado

El error de tipo puede estar determinado por incapacidad **5** psíquica permanente o transitoria. Cuando por razones patológicas o por cualquier otra alteración grave de la consciencia el agente

no puede reconocer los elementos del tipo objetivo que son necesarios para configurar el dolo, nos hallamos ante un error de tipo psíquicamente condicionado: el autista que no reconoce que tiene a una persona delante, el alucinado que percibe un árbol donde hay una persona.

- 6 Estas situaciones no deben confundirse con las alteraciones de la sensopercepción que dan lugar a ilusionar o alucinar circunstancias objetivas de justificación, o con las del juicio crítico que llevan a interpretar erróneamente hechos reales, como suele suceder en delirios paranoides y persecutorios en general. Estos son *errores de prohibición indirectos patológicamente condicionados* y, por ende, dan lugar a la inimputabilidad (inculpabilidad). Una cosa es que un sujeto perciba un mar donde hay una vidriera y se arroje a través de ella (sin duda no puede tener fin de cometer un daño) y otra que rompa la vidriera porque oye voces y cree que el dueño del comercio lo insulta.

Distinción con casos de inimputabilidad

§ 150. Los elementos del tipo objetivo sobre los que puede recaer el error

- 1 *El error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo abarcados por el conocimiento del dolo*, por lo cual es menester recordar que el aspecto cognoscitivo de éste no abarca la totalidad del tipo objetivo, pues *excluye de su ámbito los aspectos de la tipicidad conglobante que hacen al establecimiento de la ofensividad*. El conjunto de los elementos del tipo objetivo que deben ser abarcados por el conocimiento del dolo (son todos con exclusión de los que hacen a la ofensividad) constituyen un *tipo de error*.

El tipo de error

El error de tipo puede recaer sobre

- Los elementos del tipo objetivo (interpretables, normativos, remisiones valorativas).
- Previsión de la causalidad: la *averratiu ictus*, el error en el objeto y el *dolus generalis*.
- La calidad requerida en el *delicta propria*.
- La calidad requerida en el sujeto pasivo.
- La dominabilidad (el falso conocimiento o la ignorancia sobre la dominabilidad)
- La banalidad del aporte en la participación secundaria (no actúa con dolo de participación el que ignora la no banalidad de su aporte).

Error de dominabilidad

Como el dolo presupone el conocimiento de la *dominabilidad*, **2** el falso conocimiento o la ignorancia de la dominabilidad se traduce en *errores de dominabilidad* que eliminan el dolo, sea por *ignorancia de la dominabilidad* o bien por *falsa suposición de ésta*.

Error sobre la banalidad del aporte al hecho

También constituye un *error de tipo* el que tiene lugar sobre la **3** *banalidad del aporte en la participación secundaria*: quien cree estar haciendo un aporte banal al hecho cuando en realidad hace un aporte no banal, no actúa con dolo de participación. En el caso inverso, quien imagina hacer un aporte no banal y sólo realiza un aporte banal, actúa atípicamente, pues la no banalidad de su aporte es sólo un componente imaginario de su acción que, conforme a su naturaleza, no puede alterar la tipicidad objetiva.

§ 151. El error sobre los elementos conceptuales jurídicos del tipo objetivo

Elementos conceptuales jurídicos del tipo

Observamos que con el nombre de *elementos normativos* se **1** han designado diferentes clases de elementos del tipo objetivo (ver § 116). Si nos limitamos a aquellos cuyo concepto se precisa mediante conocimientos jurídicos (*elementos conceptuales jurídicos del tipo objetivo*), vimos que no tienen una naturaleza diferente de los que se precisan con los conocimientos de otras ciencias y que se suelen llamar *descriptivos*. El concepto de funcionario público, en definitiva, es tan *descriptivo* como el de *elementos destinados a falsificar*, aunque para averiguar el primero deba acudir al art. 77 del código penal y el segundo a conocimientos tipográficos.

Conocimiento efectivo y valoración paralela

En ambos casos se exige un conocimiento efectivo, sólo que **2** basta con el conocimiento jurídico del común de las personas, lo que, con variantes menores, se ha dado en denominar *valoración paralela en la esfera del autor*, del *lego* o del *profano*. En otros elementos también con frecuencia se requieren conocimientos normativos para su *delimitación* aunque no se trate de conceptos jurídicos, sobre los que también debe exigirse una apreciación paralela similar a la demandada para los elementos jurídicos: cuándo comienza o termina la vida, por ejemplo.

El error sobre estos elementos conceptuales jurídicos del tipo es un error de tipo, porque excluye el dolo, al igual que el error sobre los elementos llamados descriptivos. No hay ninguna razón para tratar en forma diferenciada este error de tipo.

- 3 No obstante, debe advertirse que en el último tiempo se hace cierto esfuerzo doctrinario para reducir el ámbito del error de tipo, trasladando en diferente medida el conocimiento de estos elementos a la culpabilidad. Es bastante claro que este esfuerzo se corresponde con la llamada *administrativización* o *banalización* del derecho penal: la propia riqueza de elementos normativos de estos tipos penales generosamente multiplicados, obsta a la extensión del poder punitivo que pretende el tinte autoritario a que responden, en la medida en que su conocimiento efectivo sea requerido en el tipo subjetivo (dolo). Como nadie sabe cómo hacer una declaración impositiva, es lógico que si se equivoca no haya dolo. Por ende, se procura sortear doctrinariamente esta dificultad, atribuyendo su conocimiento potencial (no conocimiento) a la culpabilidad.

Esfuerzo por desviarlos a la culpabilidad

- 4 No puede pasarse por alto, en la política penal respecto del error, *la marcada tendencia a privilegiar al estado*. Si por ligereza me equivoco al hacer mi declaración impositiva, me consideran autor doloso, pero si también por ligereza el funcionario me cobra más de lo debido, su conducta queda atípica, y si cuando termino de depositar lo indebido un policía me confunde con un asaltante al banco y me mata, lo consideran autor culposo. Veamos: (a) Por un lado, considerar al error de tipo sobre elementos conceptualmente jurídicos como un error de prohibición, hace que en caso de vencibilidad el administrado sea penado como autor doloso (cuando me equivoco en la declaración impositiva por error vencible). (b) Por otro lado, el paralelo y antiguo esfuerzo por resolver como error de tipo el que recae sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación (entre las que se incluye el deber jurídico) permitiría que siempre se ampare, en la ausencia de dolo, el funcionario que obra por error vencible: el inspector impositivo que, por error vencible, cometiese una exacción ilegal cobrando impuestos que no corresponden, incurriría en una conducta culposa atípica y no en el art. 266 CP, pues sólo contempla la forma dolosa; el policía sería condenado por homicidio culposo, etc.. En síntesis, *ambos esfuerzos doctrinarios coinciden en ampliar el poder punitivo en perjuicio del administrado en caso de*

La política penal del error como privilegio autoritario del estado

vencibilidad y reducirlo en beneficio de los agentes del administrador en el mismo supuesto. Esta combinación de esfuerzos doctrinarios permite configurar un poder punitivo estricto para el contribuyente y benigno para el homicidio estatal.

Debe reafirmarse que son conocimientos pertenecientes al dolo

En la posición correcta y limitativa del poder punitivo, se **5** hallan los autores que, salvo los casos de claras y redundantes referencias a la antijuridicidad, consideran que los errores sobre todas las referencias normativas del tipo son errores de tipo. En esta categoría se incluyen los elementos normativos de recorte (ver § 128.5), abarcando los que permiten completar los tipos incompletos o abiertos.

El conocimiento de los elementos normativos del tipo y el error a su respecto, se oscurecieron en cierta forma con la apelación a la categoría del llamado *error de subsunción*, expresión equívoca y de difícil manejo, que es preferible no utilizar.

§ 152. Problemas de disparidad entre el plan y el resultado

Discordancias esenciales e inesenciales

Siempre ha planteado problemas a la doctrina un conjunto **1** no homogéneo de supuestos en los que la causalidad real se desvía de lo planeado por el agente al ponerla en movimiento. Puede existir dominabilidad (tipicidad objetiva) y el agente asumir el dominio obrando dolosamente, pero la pregunta es hasta qué punto puede imputarse subjetivamente (al dolo) una mutación en el mundo no exactamente coincidente con el plan del autor. Con mayor precisión, se puede decir que *en estos supuestos se plantea la cuestión de la esencialidad o inesencialidad de la discordancia entre lo planeado por el agente y lo realmente sucedido en el mundo.*

En el tipo objetivo se afirma la existencia del caballo, en el subjetivo la del jinete

En la *tipicidad dolosa objetiva*, la dominabilidad es como un **2** caballo. Cuando se trata de un curso causal que nadie puede dominar, no hay caballo; cuando se trata de un curso causal que sólo puede dominar alguien con conocimientos especiales, es un caballo bravo que sólo un jinete experto puede manejar. Algo diferente es lo que se averigua en la *tipicidad dolosa subjetiva*, donde se pregunta si se montó o no al caballo, o sea, si el autor doloso dominó o no la causalidad, lo que no sucede cuando el caballo se

desbocó, cuando echó por tierra al jinete o cuando no lo obedeció y se fue a pastar a la cuadra llevando al jinete, por mucho que éste haya querido manejarlo.

- 3 Si bien no existe capacidad humana de previsión de un curso causal en todos sus detalles, el plan concreto abarca más o menos precisiones, según los casos y las circunstancias que dependen de la voluntad particular del autor. Quien desea dar muerte a un miembro de la banda enemiga que tiene frente a sí, siéndole indiferente la persona, de cualquier manera debe apuntar a alguien; el que quiere robar en un domicilio penetra en éste en busca de cosas de valor, siéndole indiferente su naturaleza; por el contrario, para quien planea matar a su cónyuge no le es indiferente matar a su cuñado; para el coleccionista que quiere apoderarse de un cuadro determinado, no le es indiferente haberse apoderado de una reproducción.

La indiferencia depende del plan concreto

- 4 Desde esta perspectiva, la *esencialidad o inesencialidad de la discordia de lo sucedido respecto de lo planeado, siempre debe establecerse conforme al plan concreto del hecho, o sea, según el grado de concreción del dolo en el plan*. Una vieja posición –que se remonta a Farinaccio y hoy rechaza la doctrina dominante– niega radicalmente la necesidad de buscar este límite, porque imputa cualquier mutación siempre que se la haya querido causar o causar una equivalente, aunque no guarde relación alguna con lo planeado: se trata de la tesis etizante del *dolo general (dolus generalis)*, que no releva la concreción (el *dolo particular y concreto*): quería matar a un ser humano y mató a un ser humano, quería hurtar un cuadro y hurtó un cuadro, etcétera.

La vieja tesis moralizante del dolo general

- 5 La mayor discusión se produjo siempre alrededor de la llamada *aberratio ictus* o *error en el golpe*: el que dirige el ataque contra un objeto y alcanza a otro equivalente (dispara contra Juan y mata a Pedro). La doctrina se divide desde muy antiguo y fue en este campo donde se hizo valer de preferencia la máxima de Farinaccio, traducida al caso como *quiso matar a un hombre y mató a un hombre*. La mayor parte de la doctrina rechaza hoy la tesis medieval del dolo general y considera que existe una tentativa de homicidio en concurso ideal con un homicidio culposo.

El error en el golpe o aberratio ictus

- 6 Conforme a la tesis de la concreción del dolo, la solución para la llamada *aberratio ictus* dependerá de que lo realmente sucedido sea o no indiferente para el plan concreto: el que quiere matar a

La concreción del dolo

alguien de un grupo, concreta el dolo en su plan hasta ese límite y, si efectivamente logra matar a alguien del grupo, habrá obtenido el resultado propuesto. Por el contrario, el que desea matar a una persona determinada y no lo logra, no puede ser imputado más que por tentativa en concurso con el homicidio culposo realmente cometido, siempre que ese resultado no lo haya incorporado a su voluntad realizadora conforme a las reglas que rigen el dolo eventual. En caso que el resultado sea inesencial para el plan concreto, como quien se defiende legítimamente de un grupo de personas todas agresoras, disparando sobre una y matando a otra del grupo, no existe contradicción en admitir la naturaleza dolosa del homicidio cometido; pero si el muerto fuere ajeno a la agresión, el resultado no habrá sido indiferente para el plan defensivo del agente y, por ende, no será admisible el dolo de homicidio consumado (salvo, por supuesto, que hubiese dolo eventual).

El adelantamiento o atraso del resultado

El *dolus generalis*, o sea, la misma pretensión etizante con 7 que se sostiene la inesencialidad del yerro en el golpe (*aberratio ictus*) en caso de equivalencia de objetos alcanzados, se procura emplear para resolver *los supuestos en que el resultado se atrasa o adelanta respecto de lo planeado por el agente*, considerando que son todos casos de disparidades inesenciales que no afectan al dolo. Los ejemplos de adelantamiento son los de quien mata a golpes a la víctima, que sólo quería atontar para matarla luego o de la pistola que se dispara mientras se apunta; los atrasos se ejemplifican con el caso de quien cree que ha dado muerte a la víctima y la arroja al mar, donde en realidad muere ahogada.

Diversos supuestos

En estos casos deben distinguirse tres supuestos: (a) En los 8 de adelantamiento en que el resultado se produce antes del comienzo de ejecución, no es posible imputar más que por culpa. En el caso del que narcotiza a otro para después arrojarlo al paso de un tren y simular un suicidio, provocándole la muerte con el narcótico, no hubo comienzo de ejecución del homicidio, sino un acto preparatorio típico de lesiones dolosas con resultado de muerte (homicidio preterintencional); pero cuando existe comienzo de ejecución, el adelantamiento del resultado da lugar a imputación por tentativa.

(b) En los de atraso en que hay dos acciones, porque hubieron dos resoluciones diferentes, no puede haber otra solución que el concurso real (ver § 268.2) : quien decide matar y, cuando cree que ya lo ha hecho, decide arrojar el supuesto cadáver al mar,

incurrirá en una tentativa de homicidio y eventualmente en un homicidio culposo en concurso real.

(c) La cuestión de esencialidad o inesencialidad de la disparidad entre lo planeado y lo sucedido, se plantearán sólo en la última categoría, o sea, cuando hay una única resolución (matar y arrojar al mar) y la mutación se produce al menos en la etapa de tentativa. A este respecto valen las mismas reglas de concreción del dolo señaladas para la *aberratio ictus*: por lo general será indiferente el adelantamiento o el atraso, o sea, que se tratará de una discordancia inesencial.

- 9 El llamado *error en la persona o en el objeto de la acción*, da lugar a supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo cuando se trate de objetos no equivalentes: el que golpea a un maniquí creyendo que es una persona, el que dispara contra una persona creyendo que es un animal, etc. La equivalencia no es material sino jurídica, siendo posible que la no equivalencia elimine la tipicidad objetiva, como en el caso del que se apodera de la cosa propia creyendo que era ajena.

El error en el objeto

- 10 Las dudas se han planteado cuando los objetos son equivalentes: quiere dar muerte a una persona que individualiza mal; quiere apoderarse de un cuadro que cree original y se trata de una reproducción. En estos supuestos el sujeto elabora todo su plan, lo pone en marcha con referencia a un objeto y obtiene el resultado querido respecto del mismo, sólo que en la elaboración de su plan identificó erróneamente al objeto. Salvo los supuestos de errores sobre atenuantes y agravantes, esta identificación errónea no tiene relevancia excluyente del dolo. Esta solución no es contradictoria con la concreción del dolo como determinante de la esencialidad o inesencialidad de la discordancia con el plan, porque en las hipótesis planteadas el plan ha sido llevado a cabo y agotado conforme a sus designios y la causalidad no se ha separado de lo planeado, tratándose de un puro error en la motivación.

Objetos equivalentes

§ 153. Errores sobre agravantes y atenuantes

- 1 En razón de contenidos injustos del hecho, mayores o menores, la ley distingue a veces entre tipos: (a) *básicos*, (b) *calificados*

Siempre juega el tipo básico

o agravados y (c) privilegiados o atenuados. En el aspecto subjetivo de los tipos calificados o privilegiados, dado que no se trata de tipos independientes, el error sobre agravantes o atenuantes no elimina la tipicidad, sino que siempre debe jugar el tipo básico, por ser la definición genérica de la acción, en la cual, formalmente, estaría incurso tanto objetiva como subjetivamente.

Diferentes supuestos

No obstante, esto juega de diferente manera, según las hipó- 2
tesis.

(a) En los supuestos de *falsa suposición de agravantes*: el que cree matar al padre pero mata a una persona que en realidad no era su padre, no comete parricidio (art. 80 CP), pero de toda forma comete un homicidio (art. 79 CP).

(b) En los casos de *ignorancia de atenuantes existentes en la tipicidad objetiva*: cuando el sujeto cree que falsifica moneda de curso legal y en realidad sólo falsifica moneda extranjera, sólo puede ser penado por falsificación de moneda extranjera, porque el curso legal es imaginario.

(c) En los supuestos de *ignorancia de las circunstancias calificantes de la tipicidad objetiva*: quien mata a alguien sin saber que es su padre, comete un homicidio simple porque no tiene dolo de parricidio.

La falsa suposición de atenuantes

El problema se presenta en el caso de error sobre atenuantes 3
en la forma de *falsa suposición de atenuantes*: el agente cree que extorsiona con una amenaza contra el honor, cuando en realidad lo hace con una amenaza contra la vida; cree que falsifica moneda extranjera y falsifica moneda de curso legal en el país. Aquí pareciera que el dolo abarca los elementos del tipo objetivo básico (extorsionar, falsificar moneda) y que la suposición de características atenuantes no puede alterar la tipicidad objetiva básica ni negar la existencia de una voluntad de extorsionar o de falsificar, con lo cual esa tipicidad básica estaría completa, tanto objetiva como subjetivamente. Esta consecuencia es en general rechazada por la doctrina, que apela a la llamada *subjetivización de las atenuantes*, consagrada incluso legalmente por el código alemán, pero sin explicar con claridad su razón teórica.

El concepto funcional reductor del dolo

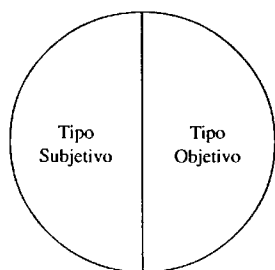
En la Argentina se la sostiene, fundada por aplicación 4
análoga *in bonam partem* del art. 47. No obstante, es menester recordar que el dolo es un *concepto jurídico construido para redu-*

cir el ejercicio del poder punitivo como pauta de imputación subjetiva, excluyendo toda forma de responsabilidad objetiva o *versari in re illicita*. Conforme a la tesis de que en la falsa suposición de atenuantes el dolo es el del tipo básico, se imputarían subjetivamente al agente las circunstancias del tipo básico no queridas por éste (falsificación de moneda de curso legal, extorsión con amenaza contra la vida) y, por ende, se caería en responsabilidad objetiva respecto de éstas. El dolo así entendido resultaría disfuncional para la reducción subjetiva de la imputación y, por ende, sería un concepto jurídico mal elaborado.

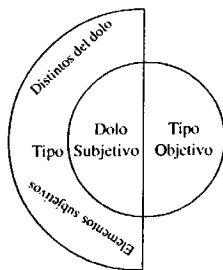
§ 154. Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo

- Hay tipos penales que tienen una estructura más o menos simétrica, o sea, en los que basta que la voluntad o el querer (aspecto conativo) del dolo abarque la producción de la mutación del mundo señalada por el tipo objetivo, es decir, que el aspecto conativo del tipo subjetivo coincide con el tipo objetivo. En otros tipos hay una hipertrofia del tipo subjetivo, o sea, que requiere algo más que el querer el resultado típico (art. 80, inc. 7º: homicidio *para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito*). Como el querer del dolo se agota en este querer (apoderarse de la cosa ajena, enviar una carta injuriosa, confeccionar un documento falso, etc.), todo requerimiento del tipo subjetivo diferente del dolo, en estos tipos asimétricos, es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. En algún momento se han llamado *elementos subjetivos del injusto* y dieron lugar a largas y complicadas discusiones antes de aceptarse la estructura compleja del tipo.

**Tipos simétricos
y asimétricos**



TIPO CON CONGRUENCIA SIMETRICA



TIPO CON CONGRUENCIA ASIMETRICA

Clases de elementos subjetivos distintos del dolo

Los elementos subjetivos distintos del dolo son de dos clases: 2
 (a) Unos son claras *ultrafinalidades*, es decir, tipos en los que se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo. Son los tipos que exigen un *para, con el fin de, con el propósito de*, etc. (b) Otros son los elementos del *ánimo*, o sea, actitudes o expectativas del agente que acompañan su acción y que se manifiestan objetivamente de alguna manera o que, al menos, son incompatibles con la ausencia de ciertos datos objetivos: la alevosía (art. 80 inc. 2º) sería incompatible con la víctima en plena capacidad de defensa; el aprovechamiento del hurto calamitoso (art. 163 inc. 2º) sería inconcebible sin la calamidad o el infortunio; etcétera.

Distinción con la culpabilidad

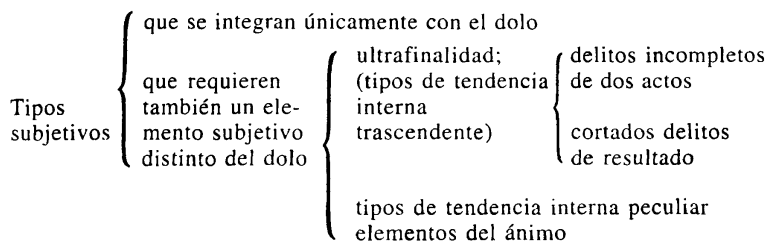
Existieron algunas dudas doctrinarias en cuanto a la distinción 3
 entre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y elementos de la figura legal respecto de la culpabilidad, especialmente cuando se reparó en las disposiciones internas, tales como la crueldad, la malicia y otras, lo que dio lugar a que se llegase a pensar en un derecho penal de disposición interna. Todos los requerimientos legales que hacen referencia a la *motivación* pertenecen a la culpabilidad, todos los que hacen a la dirección de la conducta (sea por su *ultrafinalidad* o por el *ánimo* con que se la conduce) son elementos subjetivos del tipo. En general, los primeros siempre responden a un *adónde* y los segundos a un *de dónde*: *ánimos y ultrafinalidades* son direcciones de la voluntad; *móviles y motivaciones* son causas de la voluntad. Si bien toda voluntad con cierta dirección tiene una causa o móvil (codicia, por ej.), una misma dirección puede reconocer diferentes móviles (puede hurtarse por mera codicia o por venganza) y un motivo puede ser móvil de muy diferentes acciones (por codicia se puede robar, estafar, falsificar, etc.).

Las ultrafinalidades

Los elementos subjetivos que consisten en *ultrafinalidades* 4
 dan lugar a tipos que se han llamado *delitos de intención* (o *de tendencia interna trascendente o sobrante*). Se ha distinguido según que: (a) el agente tenga la *ultrafinalidad* que después de consumado el delito se produzca cierto hecho sin su intervención (los llamados *delitos cortados de resultado*) (como en el cohecho activo del art. 258 CP), o bien (b) la *ultrafinalidad* sea la realización de una segunda acción por el propio agente (los llamados *delitos incompletos de dos actos*) (como el homicidio para facilitar otro delito del art. 80 inc. 7º).

- 5 Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo que asumen la forma de *elementos del ánimo* dan lugar a los llamados delitos *de tendencia*, caracterizados porque la voluntad de la acción asume una modalidad particular, que no se exterioriza en forma completa. Con la pura exteriorización de la voluntad no puede saberse si asume o no esa modalidad, sino que únicamente, en algunos casos, puede descartarse ésta. Es el caso de la alevosía, la indefensión de la víctima es necesaria para que la haya, pero sin el ánimo de aprovecharse de la indefensión no existe alevosía; el homicidio piadoso no es un homicidio alevoso, pese a la indefensión de la víctima.

Los elementos del ánimo



- 6 Los elementos del ánimo deben ser cuidadosamente analizados para excluir inconstitucionalidades, pues sobre la base de ellos puede caerse en una moralización de los tipos, como también en un derecho penal de autor y aun peor, en derecho penal del enemigo (el que pone una bomba matando a diez personas es diversamente considerado según que lo haya hecho en un centro anarquista o si es un anarquista que pone una bomba en un tribunal).

Elementos del ánimo autoritarios y limitadores

- 7 En la legislación argentina por lo general no son usados para ampliar el ejercicio del poder punitivo, sino para limitarlo. Así, tanto en la alevosía como en el hurto calamitoso, si no se encontrasen estos elementos, cualquier homicidio cometido sobre un indefenso y cualquier hurto cometido sobre la víctima de un infortunio, serían respectivamente homicidio y hurto calificados. Incluso cuando estos elementos son fundantes, el efecto es el mismo: la usura no podría ser definida como pactar intereses o ventajas pecuniarías evidentemente desproporcionadas, porque sería inconstitucional por la desmesura del poder punitivo planeado en el tipo (art. 175 bis). Más amplio aún sería un tipo que dijese sólo *matar animales*, por lo cual se agrega el elemento de ánimo sólo *por espíritu de perversidad* (inc. 7° del art. 3° de la ley 14.346).

Elementos del ánimo en la ley argentina

**Elementos que
agravan o fundan
un injusto**

Hay otros elementos de ánimo del sujeto que agravan o fun- 8
dan un injusto, pero en realidad lo limitan: son los tipos que exi-
gen habitualidad o profesionalidad, como el curanderismo (art.
208), la usura calificada (art. 175 bis) o el encubrimiento por
receptación calificado (art. 278), aunque se los vincula más
lejanamente con este grupo. En estos tipos una parte de la doctri-
na requiere una pluralidad o reiteración de hechos. No obstante,
esta reiteración no pasa de ser un indicio del ánimo, que bien
puede no existir pese a ésta. Si fuese posible probar el ánimo en el
primer hecho, no sería necesaria la reiteración para tenerlo por
consumado. Considerar que la reiteración es un requisito típico
necesario lleva a problemas que no tienen solución, entre los cua-
les no será el menor saber cuándo hay consumación y cuándo
tentativa. Es claro que, con uno o varios hechos, no habrá tipicidad
si falta el elemento del ánimo en que consiste la habitualidad o
profesionalidad del emprendimiento.

CAPÍTULO 16

Tipo activo culposo

§ 155. La estructura fundamental del tipo culposo

1 Todas las acciones que tipifican los tipos dolosos son concebibles en la comisión por negligencia, pero sólo algunas están tipificadas. La comisión culposa del hurto, del robo, de la violación, de la estafa, etc., son atípicas. Las viejas legislaciones tipificaban el llamado *crimen culpa*, penando la comisión culposa de cualquier delito; hoy casi todas las legislaciones siguen el mismo criterio de la ley argentina, o sea, el del número cerrado (número *clausus*) de tipos culposos.

**Sólo son típicas
algunas
imprudencias**

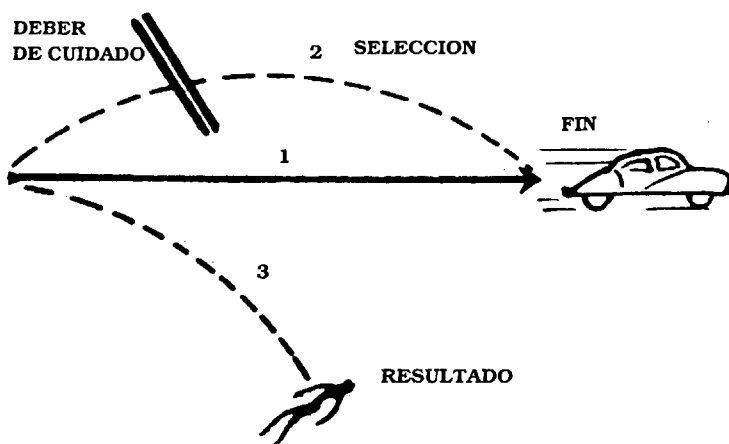
2 El idealismo, así como hizo una lectura absurda de los tipos que no individualizan el resultado, afirmando que hay delitos sin resultado (ver § 126), también leyó contra toda racionalidad el texto de los tipos culposos, afirmando que hay acciones sin finalidad o, con más prudencia pero igual error, que la finalidad es irrelevante en el tipo culposo. Volvemos con ello al absurdo de entender que el poeta enamorado que canta a los ojos de su amada, lo hace porque ésta es calva. Además, acciones sin finalidad no son acciones. Por último, tampoco es cierto que en los tipos culposos no sea relevante la finalidad, porque si bien no se individualiza la conducta por la finalidad, es necesario conocer ésta para poder determinar la tipicidad imprudente.

**La acción culposa
tiene finalidad**

3 En tanto que el tipo doloso individualiza la acción prohibida por el fin perseguido por ella, el tipo culposo lo hace en razón de que la programación de la causalidad, por violar un deber de cuidado, produce el resultado típico. Esto no significa que la acción imprudente no tenga finalidad; simplemente, no individualiza la conducta prohibida en razón de esa finalidad, sino en razón de

**La acción se
individualiza por
su defecto de
programación**

la falta de cuidado con que se la persigue. No se pena la acción final de conducir un vehículo, sino hacerlo a exceso de velocidad, o sea, programando la causalidad en forma que genere un peligro mayor que el creado por la circulación vehicular y que se concrete en una lesión.



En el tipo *doloso* la conducta se prohíbe porque está prohibido el fin que se propone el autor (1), la selección mental de los medios y la causalidad que se pone en funcionamiento (2 y 3) para la obtención del fin prohibido. En el tipo *culposo* el fin no cuenta por sí mismo (aunque resulta esencial para saber cuál es el deber de cuidado infringido) (1), porque la prohibición se funda en que, la selección mental de los medios (2) viola un deber de cuidado y la cadena causal (3) termina en un resultado que, de no haberse violado el deber de cuidado, no se hubiera producido.

**Sin la finalidad
no se puede
conocer el deber
de cuidado**

La finalidad es indispensable para averiguar cuál era el deber de cuidado que incumbía al agente, porque no hay un cuidado debido único para todas las acciones, sino uno para conducir, otro para cortar árboles, otro para cuidar animales peligrosos, otro para tener armas, etc. Si no sabemos qué acción realizaba el agente, no podemos preguntarnos por el deber de cuidado que debe violar la acción.

Tipos abiertos

Esto obedece a que los tipos culposos son *tipos abiertos*, es decir, que necesitan una norma de cuidado que los complete o cierre, lo que no se explica por efecto de mera arbitrariedad legislativa, sino porque es imposible prever las innumerables formas

en que la realización de una acción puede violar un deber de cuidado y crear un peligro. El tipo culposo impone, por ende, un avance en dos momentos para cerrar el juicio de tipicidad: en el primero se averigua, conforme a la acción realizada, cuál es el deber de cuidado; en el segundo se averigua si la acción lo viola.

- 6 No hay definición de culpa en la parte general del código penal. Su construcción debe basarse en las disposiciones de la parte especial, en particular en el art. 84 (homicidio culposo), que proviene del *Codice Zanardelli*. Aunque aparentemente enuncia como *formas* la *imprudencia*, la *negligencia* y la *impericia*, se trata de las formas clásicas del derecho romano que, en rigor, pueden reconducirse a las dos primeras, sosteniendo algunos autores que ambas son también reconducibles recíprocamente y optando, no sin cierta arbitrariedad, por una u otra como denominación genérica. Dado que la cuestión terminológica no es determinante, *se emplean aquí como sinónimos culpa, negligencia e imprudencia*.

Concepto legal

- 7 Se suele clasificar la culpa en culpa *consciente o con representación* y culpa *inconsciente o sin representación*: (a) en la primera el agente se representa la posibilidad de producción del resultado (o, lo que es lo mismo, tiene consciencia de que el resultado típico puede sobrevenir a partir de la creación del peligro por él generada); (b) en la segunda, pese a tener los conocimientos que le permitirían representarse esa posibilidad de producción del resultado, no los actualiza (no piensa en ellos) y, por ende, no se la representa o, lo que es lo mismo, no tiene consciencia de la creación del peligro (que siempre es de un resultado). En cualquier caso, para la tipicidad culposa basta con el conocimiento actualizable, es decir, que no es necesaria la actualización (el pensar en ello o la consciencia de la creación del peligro).

Culpa consciente e inconsciente

- 8 Estas clases de culpa no señalan grados de la misma: no es cierto que la culpa consciente sea más grave que la inconsciente, pues muchas veces es mayor el contenido injusto de la acción de quien ni siquiera se representa la creación de un peligro con altísima probabilidad de concreción. En cuanto al contenido injusto, la gravedad de la culpa la señala su *temeridad*, que tiene lugar cuando hay dominabilidad (ver § 139). La clasificación de la culpa en *temeraria y no temeraria*, tiene viejos antecedentes legislativos y doctrinarios, y vuelve a ser adoptada por las legislaciones contemporáneas.

Culpa temeraria y no temeraria

La culpa no es una omisión

Desde antiguo se intentó explicar la naturaleza de la culpa en 9 forma cercana a la omisión e incluso como un caso de omisión; lo cierto es que deben distinguirse. Si bien en la culpa siempre hay un momento omisivo (no se pone diligencia, no se observa el cuidado), no puede confundirse, porque el tipo culposo activo prohíbe una acción: no ordena que un ciego conduzca con cuidado, que un inexperto pilotee un avión correctamente, que un sujeto sin calificación técnica intervenga quirúrgicamente conforme a las reglas del arte médico, sino que les prohíbe hacerlo. Identificar la culpa con la omisión sería –en buen número de casos– un mandato de hacer lo imposible.

Tampoco es un error vencible

Tampoco debe identificarse la culpa con el error de tipo ven- 10 cible. Si bien muchos supuestos de tipicidad culposa resultan de estos errores vencibles, otros casos nada tienen que ver con ese supuesto: quien conduce a contramano no incurre en ningún error de tipo vencible. En todos los casos en que no hay dominabilidad no puede haber error de tipo vencible, porque, desde la perspectiva del tipo activo doloso, no hay tipicidad objetiva.

§ 156. Tipo objetivo sistemático**La cuestión del resultado**

El tipo objetivo sistemático en la culpa es muy reducido. Lo 1 único que ha planteado debates es la *función del resultado*. Se ha exagerado la importancia del resultado dentro de la tipicidad culposa, al punto que por momentos se olvidó que siempre se trata de la prohibición de una conducta y que el desvalor de ésta radica en la violación del deber de cuidado en la programación de la causalidad: no se prohíbe el programa por su finalidad, sino por su defecto.

No se puede prescindir del resultado

Si bien el tipo objetivo culposo no puede explicarse desde el 2 resultado, tampoco es correcta la posición opuesta extrema o radical, que pretende eliminar el resultado, considerándolo fuera del tipo, como condición objetiva de punibilidad. Se olvida con ello que el resultado es decisivo para distinguir un injusto administrativo (conducir a contramano) de un delito de lesiones culposas.

3 En la tipicidad culposa el resultado es un *componente de azar*, pero del que no se puede prescindir. Puedo realizar la misma acción imprudente todos los días durante diez años, pero sólo será típica cuando lesione a alguien, aunque esto se produzca en la reiteración número 3.651. Pero de esto no puede deducirse la indiferencia del resultado en el tipo culposo, porque sin el resultado –que en toda tipicidad tiene un cierto componente azaroso– no hay pragma típico. Desde el punto de vista de la conflictividad social, no pueden equipararse las situaciones de quien viola el deber de cuidado sin producir ningún resultado y de quien lo hace con producción de múltiples muertes. No es lo mismo que el piloto viole el deber de cuidado desoyendo las instrucciones de la torre de control y logre aterrizar sin novedad, a que lo haga y aterrice causando cincuenta muertos.

**El resultado
como compo-
nente de azar**

4 Por otra parte, prescindir del resultado en el tipo culposo, importa ampliar el ámbito de lo penalmente prohibido hasta límites increíbles, pues abarcaría todas las violaciones reglamentarias que aumentasen el riesgo de cualquier actividad. Prácticamente buena parte del derecho administrativo pasaría a configurar injustos penales.

**Insólita
ampliación de
lo prohibido**

§ 157. Tipicidad conglobante: culpa no temeraria y previsibilidad

1 En la culpa temeraria, el observador tercero percibe la creación de un peligro prohibido en forma tan clara que la exterioridad del comportamiento le muestra un plan dirigido a la producción del resultado, que –por supuesto– no debe confirmarse con su existencia subjetiva. Cuando el observador tercero percibe un automóvil a contramano en una autopista de alta velocidad, deduce un plan dirigido a suicidarse matando también a otras personas. En el tipo objetivo conglobante hay dominabilidad.

**Culpa
temeraria**

2 Sin embargo, si se trata de alguien tan necio que confiaba en su extraordinaria capacidad de maniobra para evitar el resultado o, incluso más, si la necesidad llegaba al límite de no darse cuenta de que ingresaba en una autopista a contramano, queda excluido el dolo (directo y eventual) y la conducta será típicamente culposa, pese a la existencia de dominabilidad en el tipo objetivo. Será un caso evidente de culpa temeraria: existe dominabilidad, pero no

**Dominabilidad
sin dominio**

existió dominio, sino imprudencia poco menos que increíble por su gravedad.

Culpa temeraria es la única que debe delimitarse del dolo eventual

Cuando en el tipo culposo objetivo conglobante no exista dominio, lo único que se descarta es la culpa temeraria, pero subsiste la posibilidad de culpa no temeraria. La función reductora de poder punitivo del concepto de culpa temeraria se agota al reducir el número de casos de posible duda con el dolo eventual, porque cuando en el tipo objetivo no hay dominabilidad, no puede haber tipicidad subjetiva dolosa. Por esta razón, la culpa no temeraria nunca plantea problemas de límite con el dolo eventual. La culpa temeraria tampoco ofrece muchas dificultades respecto de la violación del deber de cuidado, pues ésta es palmaria, al punto de que un observador tercero deduce la exterioridad de un programa dirigido a producir el resultado. Por ello, es mucho más problemática la determinación de la violación del cuidado en la culpa no temeraria.

Insuficiencia de la mera previsibilidad

Durante mucho tiempo –como herencia del derecho civil– se caracterizó a la culpa mediante la causalidad y la previsibilidad, pero toda la doctrina considera insuficiente y hasta primitiva esa caracterización. No marca ningún límite la previsibilidad (posibilidad de prever el resultado) a secas, porque hay muchas cosas que podemos prever todos los días. Todos tuvimos tías y abuelas más o menos depresivas que preveían las mayores desgracias, por fortuna casi nunca producidas. Por ello, el tipo debe determinar qué previsibilidad es típicamente relevante, o sea, que debe haber un límite objetivo para ello, que está dado por la *creación de un peligro prohibido por violación del deber de cuidado*.

El indicio de la violación reglamentaria

A veces se reconocerá como creación de un peligro suficiente la infracción a normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado como realización de ese peligro: el límite de velocidad, el sentido o dirección del tránsito, la prohibición de fumar en depósitos con productos inflamables, etc. A esto se refiere el texto legal cuando menciona la *inobservancia de los deberes o reglamentos*. Pero esto resuelve muy poco, porque existen múltiples actividades no reglamentadas y, además, porque no cualquier infracción reglamentaria implica una violación al deber de cuidado.

No todas las violaciones reglamentarias infringen deberes de cuidado

Dada la organización federal (art. 1° CN) y la garantía del régimen municipal (art. 5° CN), se vuelve inaceptable que la tipicidad de una misma acción dependa sólo de ordenanzas mu-

nicipales. En principio, el art. 84 no es una ley penal en blanco y, además, no puede violar el principio de igualdad ante la ley. *Las violaciones reglamentarias son indicios de violación del deber de cuidado* y siempre a condición de que se hallen *vigentes*, lo que no es una cuestión formal sino material (un límite de velocidad establecido por reglamento no estaría vigente si la misma autoridad regula la señalización luminosa para circular a una velocidad superior). Igual criterio se impone si la violación reglamentaria no tiene relación con el resultado producido: el que conduce con licencia vencida, pero su vista y oído son normales y su pericia no está disminuida, no viola ningún deber de cuidado.

§ 158. ¿La violación del deber de cuidado se determina conforme a la capacidad *standard* o a la individual?

- 1 Por muy reglamentada que esté una actividad en una ley formal, no puede prever todos los supuestos. Por ello, con frecuencia no existe otra alternativa que dejar la cuestión librada a los patrones sociales de prudencia. En este punto puede pensarse que el límite típico remite a la vieja fórmula civilista del *buen padre de familia* que, *mutatis mutandi*, es el *hombre previsor y prudente*, el *homunculus normalis* o el *reasonable man* anglosajón. Esto obliga a resolver cuál es el parámetro de capacidad de previsión para decidir si se violó el deber de cuidado: la cuestión a decidir en esto es: (a) si la violación al deber de cuidado se establece conforme a los criterios *standard* de *normalidad* o bien, (b) si en cada caso habrá que tener en cuenta la capacidad de previsión personal del agente.

**El hombre normal
o la capacidad
individual**

Para los que sostienen la primera tesis, todo el que se comporta dentro del *standard* aceptado no puede ser imputado por imprudencia, pero quien crea un peligro mayor a éste debe ser imputado por culpa. Desde la otra perspectiva, se discute en qué medida deben tomarse en cuenta las capacidades especiales del agente para determinar su culpa.

- 2 El *hombre medio*, *razonable*, *normal*, o sea, el *buen padre de familia*, es una construcción artificial que no existe en la realidad, pues es inconcebible un imaginario *ser humano prudente* que sea

**El buen padre
de familia
no existe**

profesional de todas las artes y las ciencias, conocedor de todos los mecanismos y practicante de todos los deportes. Se trata de una figura de imaginación manipulable a voluntad del intérprete y, por ende, sin capacidad para proveer límites ciertos a la tipicidad. El único dato de la realidad verificable –y que no puede confundirse con éste– es la existencia de un *standard mínimo* de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura: *en tanto que el standard medio es imaginario, el mínimo es real y verificable*. No sé cuál es el *standard* medio de conocimientos de electricidad, pero sé que mínimamente todos sabemos que no debemos tocar y menos juntar cables *pelados*. Este *standard* mínimo verificable cumple una importante función procesal, pues hace poco creíble el alegato de desconocimientos groseros.

**La dinámica
de los roles**

Por otra parte, el *standard medio* responde a una teoría estática de los roles, incompatible con la realidad: quien puede evitar un accidente por su pericia de conductor de *rally* viola un deber de cuidado si no lo hace, porque ese rol es acomodable a toda circunstancia en que se lo involucre como conductor.

**Las posibles
objeciones a la
capacidad
individual**

Dadas estas dificultades, es preferible *optar decididamente por la capacidad individual de previsión como indicador de la medida de la tipicidad*. Este criterio individual podría ser objetado sobre la base: (a) del *principio de igualdad* y (b) de la *regla de que el derecho penal debe cumplir una función reductora del ejercicio del poder punitivo*.

**No afecta la
igualdad**

(a) En cuanto al *principio de igualdad*, la objeción podría fundarse en que quien tiene conocimientos o entrenamientos especiales estaría sometido a mayor prohibición que quien no los tiene: el médico especializado frente al no especializado, el conductor profesional frente al no profesional, etc. Casi todos tenemos conocimientos o entrenamientos especiales en alguna materia, que nos permiten, en ese ámbito, una mayor previsibilidad que a otros. En tanto que los deberes de cuidado se repartan por igual en razón de esos conocimientos o entrenamientos, la igualdad no se lesiona. El médico turista que ayuda a recoger a un mecánico herido en la ruta, tiene a su cargo, en su actividad de socorrista, un deber de cuidado acorde con sus conocimientos, del mismo modo que lo tiene el mecánico turista que ayuda a reparar el automóvil del médico detenido en el mismo lugar. Sería inadmisibles pretender limitar estos deberes en función de la teoría de los ro-

les: el rol, en ambos casos, es el de cooperador solidario, por lo que el médico no estaría obligado a quedarse en el hospital de la zona para intervenir al herido aplicando sus conocimientos de especialista, del mismo modo que el mecánico no está obligado a reparar el vehículo conforme a los suyos, sino sólo a aplicar sus respectivos deberes de cuidado en lo que hagan mientras cooperan solidariamente. Igual criterio debe emplearse con el biólogo que oficia de camarero: no tiene el deber de cuidar la calidad de lo que sirve, pero, si al servir entra en sospecha acerca del carácter venenoso del producto, esta sospecha (y no su rol) es lo que determina el deber de cuidado que le impone advertirlo o dejar de servirlo. Como se ha dicho, los roles son dinámicos en la realidad y, por ende, si bien es cierto que el rol de camarero no impone el deber de analizar u observar, el mismo rol de camarero impone el deber de no servir alimentos que sospecha que están envenenados: la sospecha impone deberes de rol, siempre que éste sea considerado en forma dinámica. No puede negarse que es una imprudencia, aunque el camarero no fuese biólogo, que haga caso omiso a una advertencia que le formule un biólogo presente en la fiesta.

- 6 (b) Por lo que hace a la *función reductora del derecho penal*, no es posible afirmar que de la capacidad individual de previsión resulte un ámbito de prohibición mayor que el indicado por el inexistente *buen padre de familia*, pues como éste carece de base empírica, no es posible saber qué ámbito de prohibición surge de su aplicación. Por otra parte, se acabaría considerando típico el desconocimiento de los contenidos del *standard medio*. Si carezco de las más elementales nociones de mecánica, y cuando el automóvil se detiene toco cables y produzco un incendio, mi conducta no es típica porque no sé mecánica, sino porque no debo meter la mano en un mecanismo que desconozco.

No extiende el poder punitivo

- 7 La capacidad individual de previsibilidad no puede confundirse con otras hipótesis en las que media imputación culposa: (a) incurre en *imprudencia por emprendimiento* el que comienza el desarrollo de una actividad sabiendo que tiene sus facultades disminuidas, porque en ese caso tiene capacidad de previsión y puede calcular que introduce un peligro, como el miope que sale a cazar con rifle y sin anteojos. La acción es culposa, porque el deber de cuidado le impone abstenerse de la conducta. (b) De igual modo, incurre en *imprudencia el que actúa sin informarse*

Hipótesis excluidas

debidamente: el médico que interviene sin los análisis previos aconsejados por su arte no carece de previsibilidad, sino que viola su deber de cuidado que le imponía informarse. En ambos casos es posible ver claramente la distinción entre la tipicidad y otros niveles del delito culposo: el que pese a saber que tiene sus facultades disminuidas emprende la conducción de un vehículo para llevar a una persona al hospital, actúa típicamente, pero el delito se excluye por justificación, del mismo modo que el médico que interviene sin los estudios previos por razones de urgencia.

§ 159. Tipicidad conglobante: principio de confianza y nexos de determinación

El principio de confianza

Frecuentemente se plantean problemas complejos cuando se ¹ trata de acciones que forman parte de una actividad compartida, como puede ser una intervención quirúrgica o el tránsito. Toda vez que se trata de actividades en las que rige una *división del trabajo o de la tarea*, el criterio que se aplica para determinar la medida de la creación de un peligro prohibido es, en estos casos, el *principio de confianza*, según el cual *no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario*. El límite del principio de confianza se halla, en primer lugar, en el propio deber de observación: es violatorio del deber de cuidado mantener la confianza cuando, en el propio ámbito de observación, han entrado indicios de que el otro no se comportaba conforme a lo esperado: el cirujano que observa cómo el instrumentista quirúrgico le pasa un bisturí que no se encuentra en debido estado de asepsia; no puede ampararse luego en el principio de confianza frente a la lesión que se produce por el uso de dicho elemento.

Pero también se excluye la confianza cuando el agente obtiene los indicios fuera de su propia incumbencia de observación, sea por accidente, por características obsesivas de su comportamiento o por conocimientos o entrenamientos especiales. Por otro lado, es claro que no rige el principio de confianza cuando el deber del agente es vigilar las acciones de los otros.

El nexo de determinación

Con la afirmación de la causalidad y de la violación del deber ² de cuidado, no se está aún en condiciones de afirmar la tipicidad culposa, porque resta averiguar si el resultado está determinado

por la violación normativa, o sea, *si media una conexión o nexo de determinación entre la antinormatividad y el resultado*, también llamado por la doctrina *conexión de antijuridicidad*, expresión que no denota claramente su sentido.

- 3 La averiguación de la *relación de determinación* del resultado por la creación del peligro prohibido obliga a realizar un *doble juicio hipotético*, en concreto y en abstracto, este último como correctivo del primero. En concreto, se imagina la conducta del autor dentro del marco normativo, es decir, sin violar el deber de cuidado. No habrá determinación cuando la acción así imaginada hubiese producido igualmente el resultado. Se ha denominado a esta hipótesis como *exclusión de la imputación por falta de la realización del riesgo no permitido*, pues impide que se sancione el incumplimiento de deberes inútiles. De esta manera se resolvería el famoso ejemplo de los *pelos de cabra*: el empleador que no desinfectó la lana que manipulaban sus empleadas que contrajeron carbunco, probándose posteriormente que los detergentes reglamentarios no hubiesen evitado el carbunco. Se resuelven de igual modo los casos del que pasa un semáforo en rojo y arrolla a un suicida cien metros más adelante; y el de la *novocaína* (un médico inyecta cocaína en lugar de novocaína y la paciente muere, comprobándose luego que también hubiese muerto de habersele inyectado novocaína). En todos estos casos, si bien se introduce un riesgo no permitido, el resultado no es realización de ese riesgo.

Doble juicio hipotético para verificar el nexo

- 4 Se ha preguntado cuál es la solución cuando sólo existe la *probabilidad* de que la conducta alternativa conforme al cuidado debido hubiese evitado el resultado. Con argumentos preventivistas se ha pretendido que sólo se excluye el nexo de determinación cuando la acción alternativa hubiese evitado con seguridad el resultado. Esta solución lesiona el principio *in dubio pro reo* y, en rigor, borraría también el propio requisito del nexo de determinación, porque nunca existe certeza absoluta en un curso hipotético.

La certeza o probabilidad de evitación es una cuestión procesal

- 5 No obstante, no en todos los casos de concreción del peligro en el resultado corresponde la imputación culposa, pues aunque se supere el juicio en concreto, es posible pensar que *la norma de cuidado no tenga por fin la evitación del peligro de esos resultados*. De allí que sea necesario llevar a cabo un *segundo juicio* en

Tampoco hay tipicidad cuando la norma no tiene el fin de evitar esos peligros

abstracto, como correctivo del primero. El que estaciona el automóvil en un lugar prohibido, no puede ser imputado por las heridas del motociclista que colisiona con el vehículo. Sin duda que hay causalidad, creación de un peligro y realización en el resultado, pero la norma de cuidado violada no tiene el fin de evitar colisiones sino el de facilitar la circulación. Análogo es el caso de los dos ciclistas que avanzan en fila sin luces; el primero colisiona con otro que viene de frente; no se puede imputar al segundo ciclista en razón de que si hubiese circulado con luces no se hubiese producido el choque, porque el fin de la norma es evitar las propias colisiones y no las ajenas.

§ 160. Tipicidad conglobante: insignificancia, fomento, cumplimiento de un deber jurídico, consentimiento

La culpa insignificante elimina el nexo de determinación

En la tipicidad culposa, la cuestión de la insignificancia respecto del resultado no altera lo dicho respecto del tipo doloso. Sin embargo, la insignificancia en cuanto a la violación del deber de cuidado excluye la tipicidad, pero no en función del principio de insignificancia, sino porque en general excluye el nexo de determinación: cuando se excede el límite de velocidad máxima en sólo un kilómetro horario, la hipotética conducta de conducir a la velocidad reglamentaria no hace desaparecer el resultado. **1**

Acciones peligrosas ordenadas

Existen acciones que son impuestas por el orden jurídico y que generan peligros susceptibles de concretarse en resultados lesivos. Esto sucede en actividades como las de bomberos, policías, conductores de ambulancias, etc. Las acciones correspondientes a estas actividades se consideran como productoras de *peligros no prohibidos*, siempre que: (a) *se atengan a los límites reglamentarios*, (b) *observen las reglas del arte, oficio, función o profesión y*, (c) *fundamentalmente, como esos deberes se imponen en atención a la necesidad, se encuentren dentro de los límites de las causas de justificación para terceros en análogas circunstancias*, recordando que, los que son permisos para los no obligados, se transforman en deberes para los obligados (el tercero puede romper una ventana para salvar a una persona en peligro en un incendio y está justificado por estado de necesidad; el bombero debe hacerlo en cumplimiento de un deber jurídico). **2**

3 De cualquier manera, en cuanto a límites del peligro prohibido, *no es admisible que se considere que existe un deber jurídico de actuar con culpa temeraria respecto de terceros no sometidos a peligro o que no tienen el deber de soportarlo o ni lo hayan siquiera asumido* (el conductor de la ambulancia puede circular con exceso de velocidad en una ruta sin tránsito, aun a costa de un serio peligro para la vida del paciente en trance de muerte y del médico de auxilio, pero no puede hacerlo en un perímetro urbano con el mismo peligro respecto de peatones y conductores).

**No pueden crear
peligros para
terceros**

4 Se ha visto que la aquiescencia en el tipo doloso puede asumir la forma de acuerdo o de consentimiento, eliminando el primero la tipicidad sistemática y el segundo la conglobante (ver § 135). El consentimiento en la tipicidad culposa plantea distintas hipótesis, que veremos a continuación.

**El
consentimiento**

5 (a) En cuanto a la *contribución a acciones peligrosas de otro*, no hay razones válidas para rechazar la eficacia del consentimiento: el que entrega heroína a otro incurre en suministro de tóxico prohibido, pero no responde por culpa por la muerte del tenedor que, con consciencia del peligro, se la inyectó; el que vende ilícitamente un arma, no responde de las lesiones que sufre el comprador por el torpe manejo de ésta; el que acepta viajar en el automóvil cuyo conductor está claramente ebrio, habiéndole sido posible impedir que el ebrio conduzca o pudiendo abstenerse de viajar, también asume el riesgo. *Es la propia temeridad y no la de un tercero lo que hace típica una acción.*

**Acciones
peligrosas
de otro**

6 (b) Las *acciones salvadoras no institucionales*, en que la víctima se coloca voluntariamente en peligro, deben resolverse con análogo criterio: al bañista imprudente no puede imputarse la muerte de quien se arrojó voluntariamente al mar para salvarle; a quien provoca una agresión ilegítima, no pueden imputarle las lesiones que el agresor infiere al tercero que intenta su defensa.

**Acciones
salvadoras no
institucionales**

7 (c) En cuanto a las *lesiones que derivan de acciones determinadas por la propia víctima*, no puede imputarse culpa al barquero por la muerte de quien lo instigó con dinero a que le cruce en medio de una tempestad. La conducta de quien con conocimiento del riesgo lo produce a través de otro, no puede ser base configuradora de la tipicidad de la acción de quien opera por él determinado.

**Acciones
determinadas
por la víctima**

Asunción del control por otro

(d) Cuando otro *asume voluntaria o institucionalmente el control de la situación de riesgo*, como cuando un equipo municipal se hace cargo de una obra que amenaza ruina, cesa la imputación por culpa al primitivo generador del peligro (el propietario que omitió demoler). Los casos en que esta limitación no opera están expresamente tipificados en la ley (por ej., el art. 189 para el incendio), lo que indica que los restantes supuestos son atípicos.

§ 161. Tipo subjetivo en la culpa consciente y temeraria

El problemático tipo subjetivo culposo

Es muy discutida la existencia de un tipo culposo subjetivo. En la culpa inconsciente es imposible concebirlo, porque no hay representación del riesgo sino sólo un deber de representarse. Se podría hablar de un tipo subjetivo culposo sólo en la culpa consciente y temeraria, porque es necesario para posibilitar su distinción respecto del dolo eventual. No obstante, este tipo no se asemeja al tipo subjetivo doloso, dado que no se concibe el error de tipo como su negación, pues los supuestos que podrían considerarse tales eliminan directamente la tipicidad objetiva (conglobante). Cuando el agente entra a contramano en una autopista de alta velocidad, porque un tercero alteró dolosamente los carteles indicadores, no está en un error de tipo sino que falta el tipo objetivo culposo (falta la previsibilidad).

En la culpa consciente y temeraria

Cuando la culpa es temeraria (objetivamente hay dominabilidad), aceptar la existencia de un tipo culposo subjetivo es una cuestión terminológica, pero no significa confundir la representación del peligro con la estructura del tipo subjetivo doloso. Esto lo hace el sector doctrinario que considera que éstos son tipos dolosos de peligro y, por ende, se acepta la tentativa culposa. Para quienes consideramos que el dolo no es sólo representación o conocimiento, sino conocimiento y voluntad (ver § 142), el resultado no es abarcado por el fin de la conducta en el tipo culposo y, por ende, la tentativa culposa sigue siendo un *monstruo lógico*.

§ 162. Figuras complejas y exclusión de la responsabilidad objetiva (*versari in re illicita*)

1 El principio de culpabilidad (desde la vertiente de exclusión de la imputación por la mera causación de un resultado) *en el plano de la tipicidad significa que no hay conducta típica que no sea dolosa o –al menos– culposa*. Este principio lo viola el llamado *versari in re illicita* (quien quiso la causa, quiso el resultado). La dogmática contemporánea trata de excluirlo, no sólo mediante la tipicidad subjetiva, sino en la propia tipicidad objetiva: todos los esfuerzos de desarrollo de la tipicidad conglobante se enmarcan en esta empresa. El estado de policía intenta filtrar el *versari* a través de dos brechas: los llamados *delitos calificados por el resultado* y los *estados de inculpabilidad provocados por el propio agente*. Este último embate del *versari* se tratará en la culpabilidad (ver § 212).

El choque de la culpabilidad con el *versari*

2 Algunas disposiciones legales abarcan una solución particular para casos que, de no existir la previsión expresa, serían resueltos por las reglas del concurso ideal, como son las llamadas figuras *preterintencionales* en la tradición italiana. El concepto de *preterintención* generó una formidable confusión que llevó a sostener abiertas soluciones de responsabilidad objetiva. No menor fue la que introdujo, para ciertas calificantes, el concepto de *delito calificado por el resultado*.

Las figuras complejas como excepciones al concurso ideal

3 Para evitar la increíble confusión generada en torno de estas figuras y sus gravísimas consecuencias, en homenaje a la claridad es preferible optar por reconocer que existen *figuras complejas* entre las cuales: (a) *algunas combinan tipicidades dolosas y culposas*, (b) *otras califican tipos dolosos en razón de resultados dolosos más graves y, por último, (c) otras califican tipos culposos por resultados culposos más graves*. Es regla básica que en ninguna hipótesis puede admitirse una *pena más grave en razón de un resultado que no haya sido causado por dolo o culpa*, porque violaría el principio de culpabilidad, consagrando una inadmisibile responsabilidad objetiva.

Preterintención y calificación por el resultado

No obstante, establecida esta regla de garantía mínima, frente a cada figura se hace necesario determinar de cuál de las tres hipótesis se trata. En ocasiones ello es sencillo, como en el llamado homicidio preterintencional (art. 81, inc. 1° "b"), en que media

una lesión dolosa en concurso ideal con un homicidio culposo, pero en otras no se encuentran pautas interpretativas claras.

El máximo de pena no puede exceder la suma de las penas

Dado que en todos los casos se trata de supuestos en los que, 4 de no existir la figura compleja, debieran resolverse conforme a las reglas del concurso ideal (ver § 268), está claro que se trata de excepciones a lo dispuesto por el art. 54, que aplica al delito resultante la regla de la absorción: la pena más grave absorbe las menores. Si se quieren establecer excepciones de mayor gravedad a algunos concursos ideales, *el máximo no puede exceder la suma de todas las penas sin caer en irracionalidad*. De este principio puede deducirse, en cada caso, si lo que se suman son penas de delitos dolosos o culposos. Así, en el caso del delito de descarrilamiento con resultado de muerte del inc. 4° del art. 191, la pena de diez a veinticinco años está indicando que el resultado debe haberse producido dolosamente, puesto que de lo contrario no podría exceder el máximo de la pena del descarrilamiento simple más el máximo de la pena del homicidio culposo.

La tipicidad conglobante excluye otras hipótesis del *versari*

En los casos en que la figura compleja excepcione el art. 54 5 combinando una tipicidad dolosa con otra culposa, es fundamental cuidar que esta excepción no se convierta en un pretexto para el *versari*. Ello sucede cuando se pretenden imputar al hecho doloso todas las consecuencias que deben ser excluidas de la tipicidad objetiva en función de la tipicidad conglobante: nunca puede imputarse al autor del robo la muerte del coautor en enfrentamiento con la policía, porque asumió voluntariamente el riesgo; ni al captor la muerte del rehén causada por disparos de la policía, porque es otro quien se hace cargo de la situación; ni al que huye, las lesiones que sufre el policía que se lesiona en una colisión al perseguirlo, porque no puede imputarse al causante la imprudencia del preventor o de un tercero.

Casos en que el resultado no proviene de la actividad típica

Aunque haya tipicidad culposa, no siempre ésta abre la posi- 6 bilidad de excepcionar la regla del art. 54 por aplicación de una figura compleja; pues si el resultado lesivo no es producto de la actividad típica misma, sino de una acción negligente que puede cometerse en la interacción no típica, no es de aplicación la figura compleja: el caso del ladrón que olvida cerrar la puerta del sótano al salir, dando lugar a que al día siguiente el dependiente que entra caiga y se lesione, debe resolverse conforme al art. 54, del mismo modo que la muerte del secuestrado provocada por intoxicación, por comida comprada por el secuestrador en un restaurante.

CAPÍTULO 17

Tipos omisivos

§ 163. La omisión típica

1 En tanto que en la *estructura típica activa* la tipicidad se verifica mediante la *identidad* de la conducta realizada con la del tipo legal, en el tipo omisivo surge de la *diferencia* entre la conducta realizada y la descripta. Se trata de dos técnicas legislativas diversas para individualizar conductas prohibidas.

**Identidad
y diferencia**

2 Las normas que se deducen de los tipos siempre son prohibitivas en el sentido de que prohíben algo, pero toda norma prohibitiva puede *enunciarse* en forma propiamente *prohibitiva* o en forma *imperativa*. La diferencia entre el tipo activo y el omisivo se halla en la forma de enunciar la norma. En tanto que la norma que se deduce de un tipo activo asume un *enunciado prohibitivo*, la deducida de un tipo omisivo asume *enunciado imperativo*. En función de este enunciado, la norma imperativa prohíbe toda acción diferente de la prescripta en ese mandato, o sea, que resulta típico el *aliud agere* u *otro hacer*, tesis que fue expuesta en el siglo XIX por Luden.

**Enunciados
normativos**

3 Esto no significa que puedan trasvasarse libremente los enunciados, pues cuando una norma enunciada prohibitivamente se transforma en un enunciado imperativo, cobra una amplitud mayor y a veces inusitada que, sin duda, expande el alcance prohibitivo. Esto obedece a una ineludible limitación de lenguaje (*no matarás* no es idéntico a *cuidarás la vida del prójimo*) que no puede ignorarse frente al *principio de reserva o de clausura*. La segunda parte del art. 19 CN se ocupa primero de la precisión legal en los mandatos (imperativos) y en segundo término de los enunciados prohibitivos, lo que indica que privilegia el enunciado prohibitivo de la

**No se pueden
trasvasar
libremente**

norma deducida del tipo, y sólo por excepción admite el imperativo. Es bastante claro que no sería compatible con el principio de reserva una parte especial integrada en su totalidad o ampliamente dominada por tipos omisivos.

Las tentativas de asimilar la estructura omisiva a la activa (neokantismo) o la activa a la omisiva (tesis de Jakobs), pasan por alto la limitación de lenguaje señalada.

§ 164. Inexistencia de la omisión pretípica

La omisión es una técnica legal de prohibir acciones

En el plano pretípico no existen omisiones, sino sólo acciones, debido a que *la omisión no es el puro y simple no hacer* (omisión no es ausencia de acción). Como la omisión no es una mera *no acción*, sino un *no hacer algo* (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo cual el *concepto de omisión es necesariamente normativo*. Cuando se establece la adecuada distinción entre pragma y tipo, se advierte que *la omisión es una forma típica de prohibir acciones*.

En síntesis: (a) en el plano *pretípico* sólo existen acciones o conductas; en tanto que (b) en el plano *típico* pueden existir dos estructuras: (α) una que prohíbe la conducta que describe (activa) y (β) otra que prohíbe las conductas distintas de las que describe (omisiva).

Fracaso de la construcción pretípica de la omisión

Los intentos de construir la omisión pretípicamente fueron inútiles y crearon serias dificultades en la dogmática. El positivismo (Liszt-Beling) llegó a sostener que era una *distensión muscular*; el neokantismo se dividió: unos coronaron la cuestión suprimiendo todo concepto pretípico de acción (ver § 109); otros intentaron construir un concepto pretípico sobre la base de una acción *esperada*, sin explicar *quién* la esperaba y sin advertir que *el derecho no espera*, sino que prohíbe u ordena.

El *aliud agere* no es inofensivo

Se ha criticado la tesis del *aliud agere* sosteniendo que la conducta diferente de la debida puede ser totalmente ajustada a derecho e inofensiva. Tal argumento es fácilmente rebatible: el tipo nunca se limita a captar una conducta aislada, sino en cierta constelación situacional, en que la omisión sería una de las for-

mas reactivas. En el tipo omisivo esa situación constelacional siempre se precisa, la conducta debe tener lugar en ella y no en otra cualquiera, porque es sólo en ese contexto que se desvalora la acción efectivamente realizada. No hay acciones *ofensivas* o *inofensivas* en sí mismas: disparar un arma puede ser una acción inofensiva (en un campeonato de tiro), y jugar con terrones de azúcar puede no serlo, si el que lo hace es quien heredaría a la tía rica que está a su lado con una crisis hipoglucémica. Nadie puede decir que la pretendidamente ridiculizada conducta de la madre de *tejer* es inofensiva, cuando el niño está muriendo de sed.

§ 165. El tipo objetivo sistemático

1 El tipo omisivo –al igual que el activo– presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo, ambos con características particulares debidas a la peculiaridad de su estructura. El tipo omisivo objetivo sistemático, por su naturaleza, debe captar, ante todo, una situación objetiva que se da en llamar *situación típica*. La situación típica en el art. 108 es *encontrarse frente a una persona amenazada por un peligro cualquiera*. La acción indicada debe realizarse sólo en esa situación típica, dado que *todos los tipos omisivos son circunstanciados*. Como de esas particularidades depende la prohibición, el análisis de las circunstancias de la situación típica es de importancia primordial.

Los tipos omisivos son circunstanciados

2 El núcleo del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta *distinta de la ordenada*. Se demanda la existencia de una conducta *que no se dirija* al fin ordenado (en tanto que en el tipo activo se individualiza la que se dirige al fin prohibido). Es indiferente que el fin se logre, pues si existe una conducta con el fin ordenado (la evitación de la producción de la afectación al bien jurídico) no habrá omisión dolosa, pudiendo haberla quizá culposa.

Núcleo típico

3 El sujeto activo debe tener la *efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada*, pues de lo contrario, su conducta distinta de la ordenada (*aliud agere*) será atípica. Los casos de *atipicidad por imposibilidad de realizar la acción ordenada* y los de *ausencia de conducta* se distinguen porque en los últimos no sólo no existe posibilidad de realizar la acción ordenada sino *de realizar cual-*

Ausencia de acto

quier acción (pierde la consciencia, está sometido a fuerza física irresistible porque lo han amordazado y maniatado), o sea, que no hay un *aliud agere* cuya tipicidad deba averiguarse.

**Incapacidad
para realizar la
acción ordenada**

Cuando el sujeto no pudo realizar la acción ordenada por falta de capacidad, como cuando alguien no salva al que se ahoga porque no sabe nadar, la conducta, diferente de la ordenada es atípica. Esta atipicidad resulta del viejo principio que impide exigir lo imposible: *ultra posse nemo obligatur*.

**Ineficacia de la
acción ordenada**

Pero también ese viejo principio se pone en juego fuera del tipo objetivo sistemático: cuando el agente sabe nadar y no lo hace porque entiende que no llegaría a tiempo, o sea, se plantea un juicio hipotético sobre la ineficacia de la acción y, por ende, es una cuestión que debe resolverse en el tipo objetivo conglobante.

**Causalidad en
la omisión**

Quizás el problema que más confusiones ha provocado ha sido el de la causalidad en la omisión. *En la tipicidad omisiva no existe un nexo de causación, justamente porque debe existir un nexo de evitación*. El resultado típico siempre se produce por efecto de una causa, pero ésta no es puesta por el agente. La tipicidad objetiva sistemática omisiva requiere que el agente no haya interrumpido la acción que hubiese *interrumpido* la causalidad que provocó el resultado. La relevancia típica de la causalidad en el tipo objetivo omisivo no se produce a través del nexo de causación, sino del *nexo de evitación*.

**Nexo de
evitación**

Por definición, en el tipo objetivo sistemático omisivo falta el nexo de *causación*, precisamente porque es reemplazado por el nexo de *evitación*, pero *ambos se basan en la causalidad*: uno se determina comprobando que con la *hipotética supresión de la conducta prohibida* desaparece el resultado (*causación*), en tanto que el otro se determina comprobando que con la *hipotética interposición de la conducta debida*, desaparece el resultado (*evitación*). El nexo de evitación funciona en la tipicidad omisiva como el *equivalente típico del nexo de causación*, siendo *ambos formas típicas de relevar la causalidad a efectos de individualizar la conducta prohibida*. La acción no será típica cuando, imaginando la conducta debida en lugar de la realizada, igualmente se hubiera producido el resultado.

§ 166. Clasificación de los tipos omisivos

1 Conforme al criterio dominante hay tipos (muy pocos) en que la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea, que sólo aparecen en forma que la norma deducida siempre es imperativa. Se trata de tipos en los que cualquiera que se halle en la situación típica puede ser autor, pues la obligación de actuar en esa situación deviene de la mera condición de habitante y no por particulares relaciones jurídicas. Son los usualmente llamados *propios delitos de omisión* (art. 108 del código penal), excepcionales en la ley.

**Propios
delitos de
omisión**

2 A diferencia de éstos, la doctrina denomina *impropios delitos de omisión* a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara. Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí *equiparada* a una estructura activa, requiere que el bien jurídico se afecte de la misma forma que en el caso de la estructura activa. *Sus autores son siempre calificados, porque la ley, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación de actuar en la situación típica.*

**Impropios
delitos de
omisión**

3 Si bien ésta es la clasificación dominante de los tipos omisivos, no siempre se definió a los impropios de esta manera. Una de las definiciones más corrientes hasta hace unas décadas, pretendía que los tipos impropios no eran más que delitos activos en que la omisión era sólo el medio de cometerlos, por lo cual se los llamaba *delitos de comisión por* (o mediante) *omisión*. Sostenía que la norma violada era prohibitiva y asimilaba su estructura con la del tipo activo (de allí la denominación de *comisión* –o acción– *por* –o mediante– *omisión*).

**La asimilación
de los tipos
impropios
con los activos**

4 La nota diferencial de los impropios delitos de omisión consiste en que, al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, sus autores no son indiferenciados, sino que se hallan, respecto del bien jurídico, en lo que la doctrina llama *posición de garante*, o sea que se trata de *delicta propria*.

**Los tipos
impropios son
delicta propria**

5 En la actualidad los impropios delitos de omisión son tratados conjuntamente con los delitos omisivos, como una categoría delictiva estructural independiente, introduciendo la distinción

**Siendo omisiones
requieren tipos**

entre las *omisiones de cualquiera* (delitos propios de omisión) y las *omisiones de los garantes* (impropios delitos de omisión). La diferencia con la doctrina que consideraba que los improprios delitos de omisión eran formas de cometer delitos activos, no es una cuestión meramente especulativa, porque si los improprios no fuesen más que medios comisivos de los tipos activos, no sería necesario que estuviesen legalmente tipificados, porque la legalidad estaría satisfecha con el tipo activo.

§ 167. La inconstitucionalidad de los tipos omisivos improprios no escritos

La analogía

Aunque hoy sea minoritaria la tesis de que la llamada *omisión impropia* es una forma de comisión de los tipos activos, se insiste en que sólo algunos de los tipos improprios de omisión están escritos, pero que aun cuando no lo estén, detrás de cada tipo activo hay un tipo omisivo no escrito, que debe construirlo el juez, siguiendo el modelo de los improprios delitos de omisión legalmente tipificados. Esta es la opinión dominante en la doctrina, aunque se trate de analogía expresamente prohibida en la Constitución. **1**

Sanción legal de la analogía

Este criterio se ha introducido en los códigos más recientes, a **2** partir del artículo 13 del código alemán, que sirvió de modelo a los restantes (códigos austríaco, español, portugués, brasileño). En esta corriente legislativa –de la que hace excepción el código francés de 1994– además de criterios generales para sustituir las faltantes definiciones de posición de garante, suele establecerse una equivalencia de la omisión con la acción, con lo cual, por un lado, se crea una *cláusula de equivalencia*, pero por otro, también se introduce una *cláusula de correspondencia*, que permite disminuir la pena cuando la conducta diferente de la ordenada no tenga igual contenido ilícito que el de la que causa el resultado (activa).

Habilitar la analogía viola la legalidad

Estas disposiciones no salvan la inconstitucionalidad, por **3** que no son más que indicaciones habilitantes de la propia construcción analógica de tipos penales. La analogía no deja de ser tal porque la ley la habilite y señale criterios para su ejercicio, porque toda analogía legal siempre fue habilitada y se le señalaron

criterios (el *sano sentimiento del pueblo*, la *dictadura del proletariado*, etc.). No es con la habilitación de la analogía que se satisface la legalidad.

En el código argentino no existe ninguna de estas cláusulas, pero se ha venido sosteniendo en la doctrina una construcción análoga, fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisibles o escandalosas la imaginada impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos.

§ 168. La posición de garante

1 Para la construcción analógica de los tipos omisivos impropios suele reconocerse como fuente de la obligación de actuar la posición de garante, emergente de *la ley, del contrato y de la conducta anterior o precedente del sujeto*. Se trata de una posición especial de garantía, pues si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante: no tengo el deber de omitir pagar una deuda, aunque sepa que mi acreedor comprará con el dinero un arma para matar, porque no estoy en posición de garante respecto de la vida del posible sujeto pasivo.

Fuentes de la posición de garante

2 Según las tesis más corrientes en cuanto a la posición de garante como base limitadora de la construcción analógica, se sostiene que *el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía*: (a) *cuando imponga el cuidado de una persona*, como es el padre para los hijos; pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda. En el famoso caso del jardinero despedido que ve ahogarse al niño en la piscina y no lo salva, como el jardinero no estaba más obligado que cualquier otro habitante, no podría ser más que autor de un delito de omisión propia. Lo mismo valdría para quien encuentra a su enemigo herido y no le presta asistencia.

Deber de cuidado de una persona

3 (b) El deber legal suele sostenerse que se erige también en deber de garante cuando *el sujeto es legalmente responsable de un determinado ámbito o sector de la realidad*. Tal sería el caso del médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente, por-

Responsabilidad por un ámbito de la realidad

que tiene a su cargo un ámbito concreto, pero no sucedería lo mismo respecto de cualquier médico que pasase por el lugar del accidente o se hallase frente al accidentado.

**Poder especial
de protección**

(c) Un tercer grupo de deberes legales de garante se presenta- 4
ría cuando el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia para los bienes jurídicos de terceros, como es el caso de los empleados de fuerzas de seguridad. Algunos incluyen aquí el deber de vigilancia de los padres respecto de los hijos menores, llamado a veces *dominio material de vigilancia sobre personas menores*. En el caso de los niños, el particularmente obligado sería el padre, pero no terceros.

**Relación con una
fuente de peligro**

(d) Por último, se señala *el deber legal que emerge de la rela- 5*
ción del sujeto con una fuente de peligro, como puede ser el que tiene un automóvil en cuanto a la seguridad del tránsito, o el que tiene una fiera respecto de su vigilancia.

**La posición de
garante emergen-
te del contrato**

Otra de las fuentes clásicas de la llamada posición de garante 6
para la construcción analógica de los tipos es *el contrato*, pero tampoco cualquier deber emergente de contrato se considera fuente de posición de garante. Sólo puede serlo cuando de la confianza depositada emerja un particular deber de cuidado, vigilancia o protección, como es el caso de la enfermera, del guía de montaña o del instructor de vuelo, de conducción o de natación, y los encargados de establecimientos de educación y de casas de salud.

**Conducta
precedente**

La conducta precedente o el hacer anterior es la tercera de las 7
fuentes clásicas del deber de actuar del siglo pasado. Suele reconocerse el principio de que las conductas peligrosas que realizamos pueden obligarnos, dentro de determinados límites, a apartar el peligro que hemos creado. No obstante, nunca se ha logrado una formulación del todo satisfactoria a este respecto, especialmente en cuanto al deber de *evitación de conductas de terceros*, materia en que la jurisprudencia alemana ha llegado a límites inaceptables, afirmándola en el caso de un individuo que había omitido impedir que su amante cometiese un falso testimonio: la conducta precedente sería la relación adulterina. Con razón se comentó irónicamente que *el deber de impedir el falso testimonio no depende de que la relación amorosa sea contraria al deber* (Stratenwerth).

**Relaciones en
la sociedad**

Se sostiene un cuarto grupo de fuentes del deber de actuar. 8
que es el más indefinido y, por ende, el que mayores problemas

ha acarreado a los expositores de la doctrina: *el de las relaciones en la sociedad o en la vida*. Así, en relaciones de familia, no bastaría con lo formal si no fuesen reales: una prolongada separación de hecho excluiría la posición de garante. También se afirma que, si bien abstenerse de impedir un suicidio configura una omisión de auxilio (art. 108 CP), la no evitación del suicidio de un incapaz constituiría un homicidio cuando exista un especial deber de cuidado por parte del autor. Las dudas se acrecientan en otro tipo de relaciones, sembrando mayor inseguridad: se duda que el parentesco extramatrimonial pueda ser fuente de posición de garante; se la acepta de abuelos a nietos, pero se duda en cuanto al parentesco por afinidad; se la niega en las relaciones de amantes o de concubinato.

- 9 Si bien la posición de garante presenta notorias ventajas frente al mero enunciado del deber de actuar, pues reduce el círculo de autores, nunca pudo ofrecer la certeza que prometía y, de cualquier modo, no deja de ser un criterio difuso para la construcción analógica de tipos penales. Dada esta inseguridad se ha exigido la mencionada *correspondencia* de la omisión impropia con la acción, o sea, la exigencia de que el injusto omisivo presente similar gravedad que el activo. No obstante, tampoco esto ha aportado mayor seguridad, dada la disparidad de criterios para establecerla.

**El complemento
de la
correspondencia**

§ 169. La innecesariedad de la construcción analógica

- 1 El pensamiento penal en materia de omisión se remonta al viejo canonismo y a los glosadores, que afirmaban *qui peut et n'empêche, pêche* (quien puede y no impide, peca). Sostenían que quien no evitaba el crimen, estando obligado a ello por su estado y teniendo el poder de hacerlo, era responsable. Incorporaban también la regla de la correspondencia, considerando que siempre la pena debía ser menor, pues siempre reputaban más grave la culpa en la acción que en la omisión. Este principio de la glosa fue adoptado en toda su extensión por el código italiano de 1930 (art. 40), en el que se consagró que no impedir un resultado que se tenía el deber de evitar, equivalía a causarlo, pero eliminando la atenuante de los posglosadores.

**El origen
preiluminista de
la construcción
analógica**

**La limitación
por la posición
de garante**

Posteriormente, se apeló a la posición de garante para limitar la extensión del deber jurídico a toda la antijuridicidad. Finalmente, algunos códigos introdujeron la posibilidad de atenuar las penas en función de un menor contenido injusto, pese a la posición de garante, es decir, volvieron a la norma de los posglosadores. **2**

Esta dinámica muestra que los tipos de los impropios delitos de omisión no escritos, se originaron en una teoría preiluminista a la que se procura poner límites, porque *a nadie le pasa por alto la lesión a la legalidad* que importa y que no se salva con cláusulas generales: *nunca la legislación penal autoritaria consagró la analogía libremente, sino conforme a pautas que señalaba el propio legislador*.

**Inconsistencia
argumental**

Habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. No es válido afirmar que el legislador no podría prever todos los casos de omisión que merezcan ser punible, porque es el mismo argumento que usaron para justificar la analogía en tipos activos todos los totalitarismos que lo hicieron. Menos sostenible es el curioso argumento de que el código cobraría una extensión desmesurada, frente a la actual banalización irresponsable de la ley penal. En síntesis, la luz verde para la construcción analógica de tipos penales en esta materia, no tiene otra explicación que una pretendida *etización* que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho: *qui peut et n'empêche, pêche*, sí, es verdad, quien pudiendo impedir no impide, *peca*, pero en un derecho penal liberal *no delinque*, salvo que un tipo penal debidamente escrito lo establezca. **3**

**Los deberes
civiles no
son penales**

Es inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber que emerge de otras leyes, como puede ser la civil, y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito; igualmente, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia tiene sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, en ausencia de tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, cuando lo único legal sea un divorcio por injuria o la exclusión hereditaria. **4**

**El rechazo de la
analogía en
otras tradiciones**

No en vano la existencia de estos tipos no escritos ha sido rechazada por toda la tradición francesa y en la anglosajona fue hartamente discutida y se la acepta con mucha dificultad. En la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia **5**

que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*. En la parte especial existen numerosos tipos de impropios delitos de omisión, paralelos a los tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado (en posición de garante).

- 6 Los ejemplos que usualmente se esgrimen para argumentar la necesidad de construir analógicamente otros tipos, apelan a una supuesta impunidad escandalosa a que llevaría la posición correcta desde la perspectiva constitucional. El ejemplo siempre recurrido, es el de la madre que deja de alimentar al niño para que muera. Esta afirmación es dudosa incluso en los textos que contienen la cláusula de equivalencia, cuando se reconoce que *dejar morir* tiene un contenido injusto menor que *matar*. En consecuencia, tanto desde la intuición como desde la valoración jurídica, no puede afirmarse que sea exactamente lo mismo dejar morir que ahogar a la criatura.

**La pretendida
impunidad
escandalosa**

- 7 En la ley vigente, el caso encuadra en el tipo del art. 106, calificado por el parentesco conforme al art. 107. Esto significa que el delito está conminado con pena máxima de veinte años, según la reforma de la ley 24.410 del 1º de febrero de 1995. Dada la escala penal prevista, *la solución sería idéntica en los códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la ventaja de que en el texto argentino no se viola la legalidad.*

**La solución
legal no es
escandalosa**

- 8 En cuanto a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, también en el código existen disposiciones expresas en forma de tipos de impropios delitos de omisión escritos: se sanciona a los que *continúaren en funciones* en caso de usurpación del poder (art. 227) y a los que *no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance* (art. 235, 2º párrafo). En los delitos contra la administración pública, igualmente se prevé la omisión de un acto propio del oficio (art. 249), la de las acciones debidamente ordenadas por una autoridad (art. 239), y la de prestación de un auxilio debido a la autoridad civil competente (art. 259). En cuanto a la tortura, se pena al funcionario que omitiese evitarla (art. 144, cuarto). Esto prueba que, al menos en los delitos que afectan a alguno de los dos bienes jurídicos de cuya existencia depende la de los restantes bienes jurídicos,

**No se observan
lagunas
escandalosas**

esto es, la *vida de las personas* y el *estado*, no se presentan lagunas escandalosas, pues éstas se evitan con la mera aplicación de los tipos escritos.

El concepto de posición de garante es útil sin la analogía

Respecto de esta aplicación, cabe preguntarse si la difícil construcción teórica acerca de la posición de garante resulta irrelevante cuando ella está legislada y sólo se relevan los tipos omisivos escritos. Es claro que la teoría pierde gran parte de su significado, toda vez que ya no está incumbida en la inadmisble tarea de poner coto a la analogía constructiva de tipos. No obstante, ese esfuerzo doctrinario conserva valor para el análisis de los límites de las posiciones de garante legisladas, como materia propia de la parte especial, función que en ningún momento debe subestimarse. **9**

El legislador debe resolver las lagunas escandalosas

En cuanto a las pretendidas situaciones escandalosas de impunidad, además de que no existen, es necesario subrayar que incluso si se presentasen, se trataría de *omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a colmar por vía de la analogía*, y que no sería difícil resolver por legisladores responsables. *La irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces y, menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina.* **10**

§ 170. El tipo objetivo conglobante

La dominabilidad en los tipos omisivos

En general, todo lo dicho para los tipos activos en cuanto a la tipicidad conglobante, es válido para los tipos omisivos. Como particularidad de la tipicidad conglobante que merece destacarse, cabe señalar que en estos tipos la posibilidad física de realización de la acción ordenada no es más que un presupuesto mínimo de la objetividad típica que, además, requiere que *con la conducta ordenada se haya tenido la posibilidad cierta de interferir la causalidad*, evitando el resultado. Esta posibilidad debe constituir una *probabilidad en límite con la seguridad*. Esta es la característica particular que presenta la *dominabilidad* en la estructura típica omisiva. Se trata de la posibilidad objetiva de dominio del curso causal por parte del agente dentro de esta estructura. Puede pensarse que el sobrino que es curador del tío y no le impide ir al monte donde lo mata un rayo, actuaría atípicamente, porque **1**

no existiría la situación típica. Pero aún existiendo esta situación –porque el monte siempre es un lugar peligroso para un incapaz–, su conducta sería objetivamente típica (tipicidad sistemática) porque existiría el nexo de evitación, toda vez que la acción debida (impedir que el tío incapaz vaya al monte) hubiese hecho desaparecer el resultado. No obstante, aquí, al igual que en el tipo activo, no podría afirmarse la dominabilidad del hecho, porque no existiría en el caso poder humano que permita dominarlo hacia la producción de ese resultado: el observador tercero jamás podría considerar que se halla ante un plan criminal dirigido a no interferir el curso causal que desemboca en la muerte del tío, por no ser dominable.

- 2** En los tipos omisivos también *cuando un curso causal no puede ser dominado en el actual estado de la ciencia y de la técnica, aunque pueda ser explicado, se excluye la tipicidad conglobante, pese a que exista el nexo de evitación verificado en el tipo objetivo sistemático*. En cuanto a los cursos causales que son humanamente dominables, la información o el entrenamiento del agente debe tomarse en cuenta, puesto que la ponderación de una situación típica y la posibilidad de realización de una acción que efectivamente interrumpa el curso causal, depende en muchos supuestos de estos datos que, objetivados, permiten desde una observación neutra, advertir o no la exterioridad de la conducta como un plan criminal que opta por obtener su objetivo mediante la realización de una acción no interruptiva de la causalidad.

No se altera en otros aspectos

§ 171. El tipo subjetivo

- 1** El principal interrogante que en las última décadas se planteó en la doctrina acerca de la naturaleza del *dolo en la omisión*, puso en duda que éste tenga las mismas características que en la estructura típica activa, sosteniéndose por un sector doctrinario que es tan diferente de éste que en realidad, se trataría de un *cua-sí dolo*. De admitirse esta última perspectiva, el dolo en la omisión carecería de aspecto conativo. En cuanto al aspecto cognoscitivo, las diferencias han sido consideradas siempre menores.

El dolo en la omisión

**El aspecto
cognoscitivo**

En el *aspecto cognoscitivo del dolo típico de omisión*, siempre **2** es indispensable que el autor conozca la *situación típica*. Todos los tipos objetivos omisivos son circunstanciados y, por ende, el agente debe estar en conocimiento de esas circunstancias para que cobre vigencia el mandato de actuar, con todos los componentes descriptivos y normativos requeridos en cada caso. También debe estar en condiciones de prever el curso causal. Hasta aquí el dolo en la omisión, en su aspecto cognoscitivo, no difiere del dolo en la estructura activa, pero hay un aspecto potencial, una posibilidad de conocimiento que se requiere en el tipo subjetivo omisivo: debe serle posible al sujeto representarse la realización de la conducta debida, y cuando hay resultado típico relevante, la vía por la cual pueda evitarlo.

**Errores sobre
la posición
de garante**

En los tipos de impropios delitos de omisión, el círculo de **3** autores es limitado, tratándose de *delicta propria*, definiéndose por la posición de garante, que surge sólo en la situación típica. Es discutida la posición que debe ocupar el *conocimiento de la posición de garante*. En general, parece razonable distinguir entre: (a) el *error que recae sobre el deber mismo de actuar que emerge de la posición de garante y que sería un error de prohibición*, usualmente llamado *error de mandato*, (el error del padre respecto de sus deberes de actuar) y (b) el que recae sobre *la situación o estado que funda la posición de garante* (el que ignora su condición de padre) y que no puede menos que pertenecer al tipo objetivo. Conforme a ello, *las características que hacen a la posición de garante en particular* (saber que es el padre) *pertenecen al tipo objetivo, pero no así el deber de evitar el resultado de ella emergente* (el conocimiento de los deberes que surgen de la condición de padre), *que como tal pertenece a la antijuridicidad*. En consecuencia, el primero será un error de tipo que, como tal, eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sin perjuicio de que, en el supuesto de ser vencible, pueda dar lugar a la tipicidad culposa de ésta. Por el contrario, el error que recaiga sobre el deber que emerge de la posición de garante (los deberes que le incumben como padre) será un error de prohibición (error de mandato) que, en el supuesto de ser invencible, eliminará la culpabilidad (reprochabilidad) de la conducta.

**El fin en
la omisión**

La dificultad derivada del *querer de la omisión* (el llamado *dolo 4 de omitir*) ha creado serias dudas. El que frente a un accidente no se representa la posibilidad de actuar ayudando, no puede decir-

se que quiere omitir. Ante este problema, se han ensayado diferentes soluciones, siendo una de ellas la que sostiene que hay omisión dolosa sólo cuando media una decisión de permanecer inactivo. En rigor, en el tipo omisivo no se necesita una específica decisión de omitir.

- 5** Es necesario comenzar recordando que la esencia pretípica de la omisión es la conducta efectivamente realizada: ésta es precisamente la acción final que el sujeto realiza y, en la situación típica, esa misma finalidad está prohibida, por no ser la finalidad debida. Esta finalidad también existe en la omisión culposa, de modo que se impone distinguir entre ambas y, para ello, si bien es necesario el conocimiento efectivo de la situación típica y de una posibilidad de representación de la *vía de realización de la acción ordenada*, no es suficiente, porque en la tipicidad omisiva dolosa, el agente realiza la acción diferente de la ordenada, precisamente porque se representa la causalidad que provocará el resultado y, por ende, sabe que debe dejarla andar para que éste advenga y que debe realizar la acción diferente para no interferir el curso causal y, de este modo, dirigir esa causalidad hacia el resultado. En el tipo activo tampoco el agente se monta sobre la causalidad real, sino sobre su representación, porque siempre se trata de un curso causal futuro: por eso el dolo, tanto en el tipo activo como en el omisivo, se monta sobre una futura causalidad imaginada, sólo que para obtener el resultado en el tipo omisivo sabe que no debe interferirla y, para eso, debe realizar una conducta diferente de la debida.

También en la omisión el dolo se monta sobre la causalidad

- 6** No se puede prescindir del elemento final en el dolo típico de omisión, porque el puro conocimiento también existe en la culpa. No se trata aquí de *finalidad potencial* ni de una *conducta potencial*, sino que hay una conducta real y efectiva, que el sujeto lleva a cabo para no realizar la debida y dejar andar a la causalidad para que se produzca el resultado. El *aliud agere*, que tiene una estructura final, que no se agota en la mera producción de la calceta en el caso de la madre, sino en la muerte del niño, para lo cual la madre teje la calceta, porque sabe que debe hacer precisamente eso como acción diferente de la debida, que hubiese interrumpido la causalidad. Tejiendo calceta domina la causalidad hacia el resultado letal para el niño. El fin de que se produzca el resultado que se debía evitar no es una motivación que, como tal, debe ir a

En la omisión también hay finalidad

la culpabilidad: la madre no teje *porque* quiere que el niño muera, sino *para* que el niño muera.

§ 172. Las omisiones culposas

Supuestos de violación al deber de cuidado

Se señalan cuatro instancias en que puede surgir la culpa ¹ por falta al deber de cuidado: (a) en la apreciación de la situación típica (el policía que oye los gritos pidiendo socorro y faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma); (b) falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua); (c) falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); (d) falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche). La hipótesis (b), en rigor, lleva a una tipicidad culposa activa.

CAPÍTULO 18

Antijuridicidad

§ 173. Antijuridicidad, antinormatividad y ejercicio de derechos

1 Hemos visto que la teoría del delito es un sistema de filtros o compuertas inteligentes que sirven para contener las pulsiones del poder punitivo. El juego de pulsiones de éste y de las contrapulsiones del derecho penal determina una dialéctica, que se reitera en todos los niveles analíticos. Con la tipicidad de la acción se afirma su antinormatividad, o sea, la contradicción de ésta con la norma deducida del tipo, considerada aisladamente (tipo sistemático) y conjugada con las otras normas prohibitivas deducidas de toda la legislación (tipicidad conglobante). Pero las leyes no sólo contienen normas prohibitivas, porque a veces se hace necesario reconocer que la realización de la acción antinormativa es, precisamente, un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto o, al menos, la pretensión de injerencia punitiva. *De allí que de la legislación no sólo se deduzcan normas prohibitivas, sino también preceptos permisivos: la interpretación no contradictoria de las primeras es el orden normativo; la interpretación no contradictoria del orden normativo con los preceptos permisivos, es el orden jurídico.*

**Deducción
de normas
prohibitivas y
preceptos
permisivos**

2 Estos preceptos permisivos se llaman *causas de justificación o de licitud*, y la tensión entre tipicidad y causas de justificación es un nuevo capítulo dialéctico dentro de la teoría del injusto, impuesto por la inevitable necesidad legislativa de circunstanciar lo antinormativo para evitar que se convierta en prohibición afectándose la libertad de modo irracional. Mediante las causas de justificación el estado de derecho refuerza la exclusión de las manifestaciones más irracionales del poder punitivo.

**Causas de
justificación
o de licitud**

No son excepciones ni particularidades

Debe quedar claro que no se trata de un juego de reglas y 3 excepciones, pues eso es una cuestión numérica, sin contar con que el precepto permisivo, al preservar el espacio de libertad humana garantizado por la Constitución, es confirmatorio de una regla; simplemente, la norma y el precepto encajan como engranajes en un mecanismo indispensable para evitar que la norma, derivada de un instrumento necesariamente abstracto, lleve al campo de lo antijurídico conductas que la violan, para ejercer derechos que no pueden negarse sin incurrir en grosera irracionalidad. Tampoco se trata de una relación entre lo general y lo particular, porque tan general es la norma como el precepto permisivo. Además, *la libertad que confirma el segundo, es lo general por excelencia.*

Deben ser más particularizadas que las prohibiciones

La mayor particularización de las causas de justificación obedece a que éstas trabajan en los límites del ámbito de restricción de la libertad social, donde pese a la existencia de una conflictividad lesiva, ésta no resulta contraria al derecho, o sea que, en definitiva, la causa de justificación expresa *una antinomatividad circunstanciada que el legislador político reconoce como ejercicio de un derecho.* 4

Antijuridicidad es la característica del injusto o del ilícito

Por ello, de un lado, injusto penal no es cualquier conducta 5 antijurídica (no pagar, que es incumplimiento de obligación civil, por ejemplo), sino sólo la que es penalmente típica (apoderarse indebidamente, hurto); pero, por otra parte, tampoco es injusto una conducta meramente típica, sino sólo cuando ésta es también antijurídica (no lo sería el hurto famélico). En consecuencia, *se denomina injusto penal a la acción que es típica y antijurídica.* En tanto que la *antijuridicidad* es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, *injusto* es la misma conducta humana desvalorada. Es algo similar a un caballo blanco: la blancura (antijuridicidad) es la característica, pero el caballo blanco (injusto) es el objeto que la presenta. El injusto penal es una acción prohibida por el derecho penal, pero respecto de la cual ninguna ley penal o no penal le reconoce el carácter de ejercicio de un derecho.

La negación de la prohibición se sintetiza en la reafirmación de la libertad

Los derechos cuyo ejercicio se reconoce mediante los preceptos 6 permisivos son los mismos que garantiza el principio de reserva (art. 19 *in fine* CN). Esta misma garantía de reserva exige que se analicen en dos momentos diferentes, porque la inevitable abs-

tracción del tipo le hace pasar por alto circunstancias que determinan que en algunos casos la acción típica sea precisamente un ejercicio de esos derechos. En estos casos, cuando la acción típica está amparada por una causa de justificación, en razón del propio principio de reserva, la negación de la negación (el permiso niega la prohibición) es la afirmación (del derecho que se ejerce). Esto no significa que la norma coloca una prohibición que el precepto destruye, sino que *la antijuridicidad de la acción típica es una síntesis de la presencia de la norma con la ausencia de precepto permisivo, en tanto que la justificación de la acción típica es la síntesis de la norma con la presencia de dicho precepto.*

- 7 La doctrina que no percibe que la relación entre antinormatividad y justificación es una dialéctica que reafirma el ámbito de libertad social, reduce la relación a una cuestión lógica. Para ello, parte de una afirmación verdadera: la justificación presupone una *prohibición*, o sea, una tipicidad. Pero como no reconoce la esencia reafirmatoria de los espacios de libertad social, concluye en que la antinormatividad afirma algo que luego es negado por la justificación, como si se pusiese y quitase pan de una bolsa, dando lugar a la llamada teoría del *tipo de injusto*, o bien a una mera operación lógica de recorte, como sucede en la teoría de los *elementos negativos del tipo* (ver § 123). Si bien es cierto que no tendría sentido establecer un permiso sin una previa prohibición, esto advierte que el tipo siempre es la *ratio legis* de la justificación (pues ésta no tiene sentido sin un tipo prohibitivo) y, precisamente por ello, la tipicidad sólo es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad (todo intérprete, antes de concluir en una limitación a la libertad social debe indagar sobre la ausencia de justificación). *No se trata de un análisis en el que se pone y se quita, ni en el que se afirma y se recorta, sino de una dialéctica en que se afirma, se niega y se sintetiza.*

No quitan ni recortan la prohibición, sino que la niegan en una síntesis

- 8 La célebre afirmación de que no es lo mismo matar a un humano en legítima defensa que matar a un mosquito, es equívoca. Si bien ambas acciones comparten la misma naturaleza esencial, porque dan lugar a hechos lícitos y forman parte del mismo substrato de libertad, también es racional que se exija una atención particular y una síntesis ulterior a la luz de un precepto circunstanciante, cuando el ejercicio de un derecho consiste precisamente en la realización de una acción típica.

Requiere más atención que la muerte de un mosquito

La antinormatividad como indicio de antijuridicidad

Por ello, la antinormatividad (tipicidad) no pasa de ser un 9 indicio de antijuridicidad, puesto que sólo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la limitación al espacio social de libertad. Toda vez que los preceptos permisivos (*causas de justificación o de licitud*) capaces de neutralizar el indicio de antijuridicidad que proporciona la antinormatividad no proceden sólo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico, la antijuridicidad está dada por el choque de la conducta con la totalidad del orden jurídico funcionando como tal (como *orden*).

La garantía constitucional de no intervención

La Constitución enuncia derechos y garantías, que pueden 10 entenderse como promesas de no interferencia por parte del legislador, mediante los cuales fija ámbitos de libertad de actos en relación con la vida, la integridad física, la propiedad, la expresión de ideas, la participación política, etc. (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18 y 20; arts. 1 a 27 de la DUDH, y derechos contenidos en el resto de declaraciones, convenciones y pactos incluidos en el inc. 22 del art. 75, como parte de los derechos y garantías enumerados por el art. 33, CN), los que a la vez deben ser leídos como límites al poder de interferencia del estado.

La no intervención es la regla; lo prohibido, la excepción

Por ello, en un estado constitucional de derecho, la regla es la 11 libertad social y la excepción su limitación. Desde la perspectiva reductora, la antijuridicidad (juicio acabado de prohibición o de mandato) es el reverso de la libertad social, derivada del propio principio de reserva. La antijuridicidad no interroga sobre la ausencia de un permiso, frente a un indicio de prohibición, sino que, por el contrario, *el juicio de antijuridicidad pregunta si el permiso constitucional se mantiene a través de un permiso legal* que, de afirmarse, deja a la acción inmune a cualquier interferencia de la norma de coerción (por prohibición o mandato) e impide que se habilite ejercicio de poder punitivo sobre el agente. De este modo la antijuridicidad cobra mayor sentido y contenido: prácticamente, deviene el nivel analítico más estrechamente vinculado con la idea del estado de derecho.

Las causas de justificación son ejercicios de derechos, pero no crean derechos

En el derecho positivo argentino puede afirmarse que la ley 12 ordinaria es compatible y armónica con la ley constitucional e internacional, considerando que *el ejercicio de un derecho* del art. 34, inc. 4º, CP, *es la fórmula general de las causas de justificación*. Todos los supuestos de justificación o tipos permisivos representan casos particulares de justificación. Cabe insistir en que las

causas de justificación no crean derechos, sino que reconocen el ámbito de lo permitido o lícito, establecido a partir de la reserva constitucional. El carácter fragmentario y sancionador (ver § 22) obliga a reconocer que las causas de justificación se limitan a precisar los derechos reconocidos por la Constitución y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones donde es difícil reconocerlos.

§ 174. Antijuridicidad y unidad del orden jurídico

- 1 Adoptar el criterio de la *antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta*, presupone considerar al orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, lo que es generalmente admitido en la doctrina. Pese a esta casi general coincidencia doctrinaria, es menester precisar qué se pretende expresar con esta afirmación. Como se ha dicho, la jurisdicción debe proceder de modo no contradictorio y, por ende, *no puede dar lugar a escándalo jurídico*, esto es, a afirmar y negar algo al mismo tiempo. En este sentido, una conducta lícita en un ámbito del derecho, no puede ser ilícita en otro. No obstante, *nada impide que una acción considerada lícita por una rama del derecho, no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escándalo jurídico no se produce y la unidad o no contradicción del orden jurídico se mantiene*. Por supuesto que, con mayor razón, no puede pretenderse ninguna contradicción cuando se trate de valorar comportamientos diferentes, como puede ser la ilicitud administrativa de la presencia del agente en el lugar del hecho justificado (el agente policial que se defiende legítimamente frente a una agresión en un prostíbulo, pero que en ese momento estaba incumpliendo su deber de servicio en otro lugar).

La justificación no necesariamente exime de otras responsabilidades

- 2 Un entendimiento errado de la unidad de la antijuridicidad lleva a negar la posibilidad de cualquier consecuencia sancionatoria o responsable para toda conducta típica y justificada. Este concepto de unidad, al pasar por alto los *diferentes fundamentos de la responsabilidad en las respectivas ramas jurídicas*, lleva a con-

Lo importante es la no contradicción del orden jurídico

secuencias que también son inadmisibles: el que salva su vida a costa de la propiedad de otro, completamente ajeno al conflicto y al que deja en situación de desamparo, aunque posea una formidable fortuna, no estaría obligado a reparar; la necesidad de anestesiar a un preso para salvarle la vida, legitimaría la prueba obtenida por declaraciones involuntarias hechas bajo el efecto de la droga suministrada; etc. Estas consecuencias no resultan de la admisión de la unidad de la antijuridicidad, sino sólo de *la errada traducción de ésta en la regla de que el ejercicio regular de un derecho, afirmado en sede penal, no podría traer ninguna consecuencia en ningún ámbito.*

Los diferentes criterios de responsabilidad

El error del planteamiento parte del desconocimiento de la 3 existencia de muchas conductas que, si bien importan ejercicios de derechos, sin embargo generan responsabilidad civil o administrativa. *Acto ilícito* para el derecho civil es todo acto contrario a la ley, que abarca los actos personales del responsable, pero que se extiende a los actos ocasionados por sus dependientes, a las cosas que son de su propiedad o de las que se sirve, incluso llega hasta los actos de personas vinculadas con el principal por una especial relación de autoridad o de cuidado. Se trata de formas de culpa extrañas al derecho penal, que en éste serían inadmisibles por ser responsabilidad objetiva, pero que se introdujeron en el derecho civil para ampliar los márgenes de reparación, con la consigna de que ningún daño puede quedar sin indemnizar.

§ 175. Antijuridicidad material y formal

La antijuridicidad material como un hecho verificable

A fines del siglo XIX, von Liszt enfrentó el positivismo jurídi- 1 co sostenido por Binding (para el cual antijurídico era todo lo que la ley reputaba como tal), oponiéndole desde el positivismo sociológico, el concepto de *antijuridicidad material* entendido como *dañosidad social* de la conducta. Afirmaba que una acción es *formalmente* antijurídica como contravención a una norma estatal, en tanto que sería *materialmente antijurídica* la acción como *conducta socialmente dañosa* (*antisocial* o también *asocial*). Esta antijuridicidad *material* no era para von Listz algo creado por el legislador sino que pretendía verificarla en la realidad social. El

objetivismo valorativo del positivismo sociológico imponía esta solución, aunque von Liszt no la llevaba hasta sus últimas consecuencias lesivas de la seguridad jurídica, dado que no aceptaba que, en caso de discrepancia, el juez se alejase de la ley guiado sólo por la antijuridicidad material, pues respetaba escrupulosamente la legalidad.

- 2 El cuidadoso respeto de von Liszt por la ley penal fue rápidamente abandonado por el penalismo autoritario, pues semejante objetivismo valorativo no podía tolerar por mucho tiempo la valla legal, prestamente motejada como *prejuicio burgués o liberal*. Fue así que el positivismo criminológico italiano (ver § 74) se refirió al *daño público*, el nazismo proporcionó su versión *völkisch* como *dañosidad al pueblo*, y un empleo parecido tuvo lugar en el stalinismo como *peligro para la sociedad socialista*.

La rápida utilización antiliberal del concepto material

- 3 Las consecuencias prácticas de la separación de la antijuridicidad en material y formal son las siguientes: (a) si una conducta es formalmente antijurídica, pero no lo es materialmente, se ape- la a una llamada *causa supralegal de justificación* y (b) cuando una conducta no es formalmente antijurídica, pero lo es material- mente, se construye *un injusto supralegal*. La aceptación de una lleva a la otra, porque de la aceptación de la justificación supralegal no falta más que un paso para revertir el argumento y sostener que hay un injusto supralegal en los casos en que *la antijuridici- dad material abarca lo que no es formalmente antijurídico*. Esto último fue discutido en la posguerra ante la necesidad de juzgar los crímenes del nacionalsocialismo, cometidos conforme a la le- galidad formal de esa dictadura genocida.

Las justificaciones y los injustos supralegales

- 4 La más elemental seguridad jurídica rechaza la introducción indiscriminada de cualquier criterio pretendidamente sociológico para crear o eliminar antijuridicidad arbitrariamente o en función de valoraciones subjetivas del juzgador. Con esos conceptos tanto es posible criminalizar a inocentes como a asesinos, pero también criminalizar a los primeros y fundar la impunidad de los segun- dos. Por cierto que en el derecho positivo hoy vigente no pueden plantearse los problemas que el vacío legal generó al término de la Segunda Guerra Mundial, dado el desarrollo del derecho interna- cional en las décadas siguientes. En el orden interno argentino, la incorporación de convenciones, declaraciones y pactos como de-

Los injustos su- pralegales no son necesarios en el derecho vigente

rechos y garantías constitucionales (arts. 75, inc. 22 y 33, CN), permite resolver esas cuestiones dentro del derecho positivo, sin necesidad de apelar a la construcción jusnaturalista de un injusto supralegal.

**Las justificaciones
supralegales
tampoco son
necesarias**

Queda en pie el interrogante acerca de la necesidad de acudir a un concepto material o supralegal para restringir la antijuridicidad, o sea, para encontrar causas de justificación supralegales. Aunque más adelante se analizarán los supuestos por lo general esgrimidos, cabe adelantar que en nuestro derecho pueden ser resueltos en el marco positivo vigente. Los preceptos permisivos son claramente deducibles del mismo orden jurídico y la enunciación genérica del inc. 4° del art. 34 del CP (*obrar en legítimo ejercicio de un derecho*) les otorga carta de ciudadanía penal.

No debe confundirse la antijuridicidad material con la exigencia de lesividad

Dado lo peligroso del concepto de *antijuridicidad material*, el uso autoritario del mismo, su liberación a valoraciones subjetivas y en general, su innecesariedad práctica en el derecho penal de un estado constitucional de derecho y en el marco del derecho internacional contemporáneo, es claramente preferible archivarlo como una curiosidad histórica y casi un mal recuerdo. Por ello, *debe diferenciarse muy cuidadosamente de la exigencia de lesividad* (ver § 32), *con la que a veces erróneamente se confunde*.

Tampoco con la remisión limitativa a pautas sociales

Tampoco debe confundirse el nebuloso concepto de *antijuridicidad material* con la circunstancia de que, algunas veces, el establecimiento de los límites de una causa de justificación puede requerir la referencia a pautas sociales de conducta no reflejadas en el orden jurídico, aunque –por supuesto– tampoco contrariadas por éste. Es posible pensar en las dificultades que en ocasiones presenta la individualización del *mal menor* en el estado de necesidad. Si bien hay criterios en la propia legislación penal y muchos más en el orden jurídico general, no cabe descartar la posibilidad de un raro caso en que se imponga complementar estas pautas con las sociales. Pero, de cualquier manera, queda claro que esto no implica que la antijuridicidad dependa de la *dañosidad social*, de la lesión a *normas de cultura* ni de ningún otro vago concepto que remita –so pretexto de sociología– a objetivaciones valorativas preconcebidas. Tampoco aquí vale la pena emplear una expresión que traería más dificultades que claridad.

Síntesis

En síntesis, si dentro de este contexto se prefiere hacer una referencia a la *materialidad*, cabe advertir que no existen dos con-

ceptos de antijuridicidad, pues ésta siempre es *material*, en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de conducta. Pero la antijuridicidad también siempre es *formal*, porque su fundamento (a veces no toda su determinación) no puede partir más que del texto legal. Como consecuencia de lo anterior, tampoco existe un *injusto legal* y otro *supralegal*, sino que *todos los injustos son legales con un contenido material de lesividad*. De la negación de un *injusto supralegal* se deriva la inexistencia de *causas supralegales de justificación*: que ocasionalmente para la determinación de los límites de los permisos (contenido del ejercicio de un derecho) la ley necesite completarse con la remisión a pautas sociales, no significa que éstas *sean causas supralegales de justificación*, pues siguen siendo legales, precisamente en virtud de la remisión.

§ 176. Antijuridicidad objetiva e injusto personal

1 Hace varias décadas se desarrollaba el debate conocido como *causalismo/finalismo* (ver § 122.3), discutiendo la ubicación del dolo (para unos en la culpabilidad, para otros en el tipo) y, por ende, la naturaleza objetiva o subjetiva del *injusto*, lo que llevó a que algunas veces se creyese discutir si la antijuridicidad era objetiva o subjetiva. Esto produjo gran confusión, (a) primero, porque se confundía *injusto* o *ilícito* con antijuridicidad y (b) segundo, porque no se sabía qué se quería decir con el carácter *objetivo* de la antijuridicidad.

Confusiones del pasado

2 Está hoy bastante claro que el *injusto*, o sea, la acción típica y antijurídica, tiene aspectos objetivos y subjetivos, no pudiendo prescindirse de ninguno de ellos, aunque se los requiera con diferentes extensiones en las varias corrientes de la teoría del delito. También está claro que la antijuridicidad es la característica del *injusto* penal y no el *injusto* en sí. El *injusto* es el objeto desvalorado, la antijuridicidad es la característica que presenta ese objeto como resultado de la desvaloración. Reiteremos el ejemplo del caballo blanco: el caballo es el objeto valorado como "blanco" y la "blancura" es la característica del caballo, pero el caballo sigue

El injusto es complejo: objetivo y subjetivo

siendo un ente del mundo real (como lo es la acción típica y antijurídica) y su "blancura" sólo una característica que le atribuimos a ese objeto (como lo es la antijuridicidad del injusto). En este sentido la primera confusión que generaba esa discusión está despejada.

Sentidos de la objetividad en la antijuridicidad

En cuanto a la *antijuridicidad* (reconocida como característica), ésta es *objetiva en dos sentidos*: (a) en principio, la antijuridicidad de una conducta concreta se determina conforme a un juicio predominantemente fáctico y no valorativo: el juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la ley (en cuyo concepto, por supuesto, se abarca la Constitución), que se limita a concretarlo con la derogación de un ámbito de libertad constitucional y la consiguiente afirmación definitiva de la prohibición por la ausencia de un permiso legal que mantenga ese originario *status* normativo. De este modo, el juez realiza un juicio objetivo (con predominio fáctico); el legislador realizó un previo juicio subjetivo (valorativo). (b) En otro sentido, la antijuridicidad es objetiva porque no toma en cuenta la posibilidad exigible al sujeto de realizar otra conducta motivándose en la norma, es decir, lo que pertenece a la culpabilidad.

No es antijurídica toda causa de un resultado típico

En los señalados sentidos, *la antijuridicidad es objetiva*. No obstante, también hubo un tercer sentido en el cual no es admisible. En tiempos en que regía la sistemática derivada de von Liszt (injusto objetivo y culpabilidad subjetiva), el injusto era causación física del resultado, con lo cual toda acción que era causa del resultado era antijurídica, es decir, que lo antijurídico era la causación del resultado. Así, por ejemplo, si un sujeto le dice a un policía que quien corre delante le robó la cartera y el policía lo persigue y detiene, siendo falsa la acusación, no sólo habría actuado antijuridicamente quien denunció el hecho inexistente, sino también el policía, y la víctima podría defenderse legítimamente también contra el policía. A esto se le llamó *injusto objetivo* y también –más confusamente aún– *antijuridicidad objetiva*, por oposición al llamado *injusto personal*, conforme al cual el que actúa antijuridicamente sólo es el falso denunciante, mientras que el policía se limita a cumplir con su deber de detener a sospechosos. Cuando el injusto pasó a ser complejo (objetivo y subjetivo), la lógica consecuencia fue que deviniese *personal*, y que por ende, este sentido de objetividad se abandonase junto al criterio sistemático que le había dado origen (injusto objetivo/culpabilidad subjetiva).

§ 177. La justificación no exige elementos subjetivos

1 Se sostiene que es necesario que el agente que opera justificadamente tenga conocimiento de las circunstancias objetivas en que actúa: sepa que está siendo agredido, que le amenaza un mal mayor, etc. Estos conocimientos constituyen los pretendidos *elementos subjetivos de la justificación*. Quienes los requieren sostienen que no es necesario que abarquen la comprensión de la juridicidad de la acción, sino sólo de las circunstancias objetivas del permiso correspondiente. Si lo vemos desde la perspectiva del tipo sistemático, se trataría de una ultrafinalidad, pues el agente actuaría dolosamente (dirigiría su acción a la obtención del resultado típico) *para* obtener otro resultado (detener o evitar la agresión, salvar el bien mayor, etc.).

**Los pretendidos
elementos
subjetivos de
la justificación**

2 Aunque se ha señalado que estos elementos no pueden ser requeridos por los partidarios del viejo injusto objetivo y que son ineludibles para los que sustentan la tesis del injusto personal o complejo (objetivo y subjetivo), ello no es cierto. Históricamente hubo autores objetivistas que los han requerido, lo que demuestra que *se trata de una tendencia que tiende a complementar la justificación con requerimientos éticos extraños al derecho* (etización de la justificante) y cuyo origen *es anterior e independiente de la concepción compleja del injusto*. Esta conclusión, además de ser una comprobación histórica, se impone por vía lógica: *no existe razón para sostener que el concepto complejo del injusto obliga a admitir los elementos subjetivos de la justificación*.

**No se desprenden
de ninguna
concepción del
injusto**

3 Cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permisivo *confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad*, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria e incluso aberrante en un estado de derecho: nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo. En rigor, el que se imagina estar cometiendo un injusto cuando en realidad está ejerciendo un derecho, sólo incurre en un delito en su imaginación, porque no habrá nunca un injusto en el mundo real. La impunidad del delito putativo o imaginario no es discutible y, por ende, no puede pensarse en excluir la justificación cuando ésta existe.

**Constituyen un
requisito etizante
que refuerza la
pretensión de
obediencia diri-
gida al súbdito**

Los elementos subjetivos de la justificación son un intento de hacer recaer el desvalor de la antijuridicidad sobre el *animus* desobediencia a la *voluntad del estado*: por esta vía se llega a la conclusión de que sólo existe un bien jurídico, que es la voluntad estatal o, lo que es lo mismo, el consiguiente derecho a exigir obediencia del súbdito, pero es insostenible cuando lo que se pretende es reafirmar con la justificación el ámbito de libertad del ciudadano.

**Resultan de
armar los
permisos desde
las prohibiciones**

El tema se ha complicado por un afán de simetría mal enten- 4
dida, porque parte de la tradicional construcción de la justificación como derogación de una prohibición. Cuando se adopta este punto de partida, la justificación se elabora a partir de la prohibición y, por ende, resulta lógico el razonamiento por simetría: si la prohibición abarca algo subjetivo, el permiso debe ser un tipo permisivo (o *contratipo*) también con algo subjetivo. Pero si se lo concibe como confirmación de la libertad social y se lo estructura según esta perspectiva, esta relación no se impone. En realidad, armar los permisos desde las prohibiciones es una verdadera inversión del planteamiento. Cuando desde la no prohibición se reconoce que lo justificado no difiere en su naturaleza de lo no prohibido, no puede admitirse que las conductas justificadas sean antijurídicas cuando los autores no sabían lo que hacían, pues con idéntico criterio cabría restarle a una persona el derecho a profesar libremente su culto, cuando crea que está haciendo otra cosa.

**La posición
correcta**

En la doctrina nacional se destaca por su claridad la opinión 5
de Nino: *el estado de necesidad, la legítima defensa, y cualquier otro ejercicio de derecho, justifican la respectiva acción con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente. Esta conclusión está impuesta por la concepción liberal, según la cual el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una autodegradación moral del agente, sino situaciones socialmente indeseables. El que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión, no da lugar a una situación indeseable que el derecho trate de prevenir, cualquiera sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral.*

**No hay acuerdo
acerca de sus
consecuencias
prácticas**

Por otra parte, quienes sostienen la exigencia de estos ele- 6
mentos subjetivos en la justificación tampoco se ponen de acuerdo respecto de las consecuencias de su ausencia. Algunos recono-

cen que no hay un resultado antijurídico y pretenden que su ausencia da lugar a tentativa, para algunos inidónea. Otros pretenden que se trata de un delito consumado y algunos reconocen que opera una atenuación. Además, cabe observar que los elementos subjetivos de la justificación son una creación de la etización penal alemana de los años treinta, luego generalizada en los autores alemanes y que se sostiene casi únicamente en su ámbito de influencia. Su rechazo en Italia es casi total, al igual que en Holanda y Francia.

- 7 A todo lo dicho cabe agregar que la exigencia de elementos subjetivos de la justificación presenta serias dificultades sistemáticas no resueltas por sus partidarios. Así, sería necesario renunciar a la accesoriedad de la participación (ver § 247), porque de lo contrario se presentarían casos de solución absolutamente aberrantes. En principio actuaría antijurídicamente el partícipe que conoce la situación desconocida por el autor. Además, podría actuarse justificadamente contra el que está objetivamente obrando en defensa de un tercero sin saberlo. Ejemplos: A quiere matar a su enemigo B, que está agachado detrás del dintel de una ventana. El dintel le impide ver que en ese momento B está estrangulando a una anciana. C es el hijo de la anciana y sabe que B está ahorcando a su madre, por eso le alcanza el arma a A, quien dispara contra B y salva a la anciana. Como A actuó antijurídicamente y la complicidad es accesorio de un injusto principal, C sería cómplice de A y no le ampararía ninguna causa de justificación. Además, como A está actuando antijurídicamente, puede aparecer el hermano de B y disparar contra A en legítima defensa de B.

**Dificultades
dogmáticas**

- 8 Se ha sostenido que en nuestra legislación estos elementos son necesarios en base al texto del art. 34 CP, a partir de las expresiones *en defensa* (inc. 6°) y *por evitar* (inc. 3°). En principio, cabe recordar que la ley no puede violar la Constitución y, si bien las citadas expresiones del código pueden ser equívocas, dentro de su resistencia semántica cabe un sentido que no implica ninguna referencia a elementos subjetivos o de ánimo en la justificación. Sin violentar las reglas del sano entendimiento del idioma, es posible afirmar que la expresión legal *en defensa* no indica ninguna subjetividad o ánimo, del mismo modo que no la indica *en cumplimiento* de un deber o *en legítimo ejercicio* de un derecho, sino que la preposición *en* estaría indicando *dentro* de un ámbito, espacio, tiempo y modo, señalado por la ley. La expresión *por*

**No son elementos
requeridos
por la ley**

evitar otro mayor del inc. 3º del art. 34, tiene el mismo sentido que en respecto de la defensa: se trata de un sinónimo de la expresión usada para la legítima defensa y no indica ninguna subjetividad, pues uno de los sentidos de la preposición por es, justamente, a favor o en defensa.

§ 178. ¿Los elementos subjetivos de la justificación deben usarse *in bonam partem*?

Su requerimiento para la justificación frustrada

Los pretendidos *elementos subjetivos de la justificación* son **1** componentes de ánimo que, como tales, no pueden ser utilizados para limitar el alcance de una causa de justificación, pero cabe preguntarse si pueden servir para ampliar su alcance meramente objetivo. Para justificar su uso en este sentido amplificador de los límites objetivos, se apeló a la distinción entre justificación exitosa y frustrada. La última se daría en los casos en que el sujeto no logra neutralizar la agresión en la legítima defensa o evitar el mal mayor en el estado de necesidad, etc. Esta distinción carece de relevancia, porque basta con que objetivamente se perciba por cualquier observador la situación de defensa o de necesidad y la acción que tiende a neutralizarla. Toda otra sujetivización no hace más que confundir planos y momentos de análisis.

Introducen una confusión de antijuridicidad con culpabilidad

En efecto: cuando se dice que la situación de justificación (si **2** hay necesidad, por ejemplo) debe establecerse *ex ante*, se corre el riesgo de confundir casos de error invencible de prohibición (ver § 216) con supuestos de justificación, o sea, de borrar los límites entre la justificación y la inculpabilidad. Para evitar este cataclismo sistemático, es preferible mantener la objetividad de la justificación (si no hubo situación objetiva de justificación, ésta no existió) y remitir todos los restantes casos al campo de la culpabilidad.

No existe diferencia entre la justificación exitosa y la frustrada

En rigor no hay diferencia cualitativa entre la justificación **3** exitosa y la frustrada, salvo la necesidad de valorar *ex post* si la acción realizada era idónea para alcanzar el resultado de la justificante que corresponda. De lo contrario, si se exigiese en la justificante frustrada el ánimo correspondiente, se caería en la contradicción de exigirle al agente que por lo general habría su-

frido todo el mal (por no haber logrado el resultado neutralizante), un elemento del ánimo que no se requiere para quien logró evitarlo.

- 4 De toda forma, cabe advertir que en los casos en que la situación de justificación exista, pero se valore la necesidad con cierto grado de inexactitud comprensible, no se envía automáticamente el problema a la culpabilidad, lo que parece afirmarse hasta ahora sobre la base de razones de equidad, pero que no han sido dogmáticamente precisadas. La regla pareciera ser que la inexistencia de una situación de justificación no puede suplirse con la imaginación del agente o de terceros observadores, pero que no cabe igual solución cuando la situación existe y la imaginación sólo opera sobre la intensidad de la situación misma. Es obvio que esta regla requiere matices y precisiones sobre los que no hay hasta el presente conclusiones más o menos unánimes ni definitivas.

**Dificultades
cuando se trata
de medir la
intensidad de
la necesidad**

CAPÍTULO 19

Causas de justificación

§ 179. El debate ideológico de la legítima defensa

1 La legítima defensa (incs. 6° y 7° del art. 34 CP) y el estado de necesidad justificante (inc. 3° del art. 34 del CP) son dos tipos permisivos que tienen en común el elemento *necesidad*. Del texto de la ley surge que la primera presupone una agresión ilegítima, lo que en el segundo no sucede. Por ello en el caso de este último se ponderan los bienes jurídicos en conflicto y se justifica causar el *mal menor*. Respecto de la legítima defensa cabe preguntarse si la circunstancia de que medie una agresión ilegítima elimina por completo la ponderación de los bienes (o males) en conflicto, o bien sí, por el contrario, debe tomarse en cuenta y, en tal caso, en qué medida.

**La necesidad
como elemento
común**

2 La respuesta a esta última pregunta ha dividido a la doctrina entre *objetivistas* y *subjetivistas*. (a) Para los *objetivistas* su función es la defensa del orden jurídico (derecho objetivo). (b) Para los *subjetivistas* es la defensa del derecho *subjetivo* injustamente agredido. El objetivismo que se remonta a Hegel, exige una ponderación de bienes y el subjetivismo la rechaza. Desde esta perspectiva, la función de la legítima defensa se acerca a la que el pensamiento hegeliano asigna a la pena (ver § 72) y, como defiende el orden jurídico, la aproxima al cumplimiento de un deber jurídico. El subjetivismo, por su parte, tiene origen *contractualista*, y afirma que cuando el estado no puede acudir en defensa de los *derechos naturales* del individuo, cesa el deber de obediencia respecto del estado, porque si no puede tutelarlos tampoco puede exigirle obediencia. Por ello, desde este subjetivismo radicalmente individualista no importará la magnitud del daño que se infiera

**Objetivistas
y subjetivistas**

en la defensa, que sólo estará dado por una *necesidad* que no conoce ley.

El fundamento por la vía del principio de que nadie está obligado a soportar lo injusto

La doctrina más extendida supera este debate limitándose a 3 fundar la legítima defensa en el principio de que *el derecho no tiene por qué soportar lo injusto*, partiendo del reconocimiento del carácter *subsidiario* de la legítima defensa, es decir, de que *la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente*. Este fundamento supera el debate, porque quien no tiene el deber de soportar lo injusto *es porque tiene el derecho de rechazarlo o hacerlo cesar*, de modo que no sólo no sería incompatible con la naturaleza de ejercicio de derecho de la legítima defensa, sino que confirmaría ese carácter.

Naturaleza subsidiaria y efecto preventivo

La legítima defensa no tiene ninguna analogía con la pena. Si 4 cumple una función preventiva es por su semejanza con la coerción directa: si alguien se abstiene de robar en presencia del dueño es porque teme la reacción defensiva de éste, como teme a la coerción que puede ejercer sobre él un policía, pero no por temor a la pena. Su fundamento no es otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla con eficacia. Si cada vez que un sujeto es agredido apareciese un policía para protegerle, no tendría razón de ser la legítima defensa.

La racionalidad como límite de la necesidad

Como todo derecho, el ejercicio de la legítima defensa tiene 5 límites, de modo que aquí la necesidad conoce una ley que la limita, que es la *racionalidad*. Limitar racionalmente un derecho no significa privarlo de su naturaleza. A diferencia de la tradición legislativa germana –que se refiere a la *defensa necesaria*–, la argentina se ha referido siempre a la *defensa legítima*, con lo que expresa que la necesidad es un requisito, pero que el límite en definitiva es jurídico (valorativo) y está dado por la racionalidad: *la defensa necesaria es legítima siempre que sea también racional*. Toda defensa racional es necesaria, pero no toda defensa necesaria es racional. Como se verá de inmediato, esta racionalidad acotante no se deriva de ningún fundamento objetivista, ni de la consiguiente pretendida analogía con la pena o proximidad con el estado de necesidad.

§ 180. La racionalidad de la defensa legítima

1 La racionalidad es una característica del derecho de toda república (art. 1º de la CN) y en la legítima defensa sólo se trata de averiguar cómo se manifiesta. *El requisito de racionalidad significa que se excluyen de la legítima defensa los casos de lesiones inusitada o aberrantemente desproporcionadas.* Con esto no se renuncia al fundamento subjetivista, pues *todo derecho tiene límites en la coexistencia, sin que ello signifique asignarles el carácter de una concesión graciosa ni negarles su naturaleza derivándolos de su funcionalidad para el orden jurídico.*

Las lesiones inusitadamente desproporcionadas

2 La diferencia con el estado de necesidad es notoria. En el estado de necesidad el orden jurídico acepta la producción del *mal menor* y, por ello, el límite de la justificación está dado por la determinación de éste. En la legítima defensa no existen límites que provienen de la ponderación de males propios del estado de necesidad, sino los que le impone la racionalidad como ausencia de *disparidad escandalosa*. En el estado de necesidad se pesan los males cuidadosamente; en la legítima defensa sólo se cuida que la balanza no tenga cargado sólo un platillo y salte por completo hacia un lado.

La ponderación en el estado de necesidad y la racionalidad en la legítima defensa

3 Este límite no implica renunciar al fundamento subjetivista, sino *reconocer que no existe ningún orden jurídico que admita un individualismo tal que lleve la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la coexistencia, convirtiendo la vida social en una selva, porque tal extremo no sería otra cosa que su propia negación.* Así, el clásico y reiterado ejemplo del empleo de una escopeta por parte de un paralítico que tiene sólo esta arma al alcance de su mano, no disponiendo de ningún otro recurso para impedir que un niño se apodere de una manzana, será antijurídico, pero no porque el *bien jurídico vida* sea de superior jerarquía al *bien jurídico propiedad*, sino porque el orden jurídico no puede considerar conforme a derecho que para evitar una lesión de tan pequeña magnitud, se acuda a un medio que –aunque necesario por ser el único disponible– sea tan enormemente lesivo como un disparo mortal de arma de fuego. En éste y otros casos análogos, la acción de disparar es *necesaria, porque no existe otra menos lesiva para evitar el resultado, pero no cumple el requisito de racionalidad.*

La necesidad no racional

No es el único caso de deber de soportar lo injusto

Los casos de necesidad irracional son excepciones en que se impone el deber de soportar lo injusto. No son los únicos casos en que esto sucede en el derecho en circunstancias excepcionales, pues también tiene lugar en el pago de contribuciones extraordinarias o el cumplimiento de sentencias injustas, e incluso en otras no excepcionales, como los impuestos al consumidor o la no ejecución de sentencias justas contra el estado.

El agresor tampoco pierde todos sus derechos

Tampoco es intolerable que deba reconocérsele algún derecho al agresor, pues la negación de todo derecho a éste llevaría al absurdo: no sería posible sostener que el niño pierde todos los derechos por querer apoderarse de una manzana, lo que no sucede ni siquiera con la más severa pena estatal impuesta por el más grave de los delitos. Incluso quien pierde el derecho a la libertad, como condenado conserva el resto de sus derechos.

Aunque no lo dijese la ley, la necesidad siempre debe limitarse mediante la racionalidad

Por otra parte, la relevancia justificante de la necesidad, por imperio constitucional derivado del principio republicano, siempre debe limitarse mediante la racionalidad, lo diga o no la ley (con más razón cuando específicamente lo requiere, como en nuestro CP). No puede olvidarse que la necesidad ha sido la Celestina de todas las dictaduras, que siempre invocan la defensa en razón de la necesidad: se cometieron genocidios *en defensa* de una supuesta raza; se mató y torturó *en defensa* de una clase; se secuestró y suprimió *en defensa* de la nación; se esclavizó *en defensa* de la civilización, etc. Bastan estos ejemplos para demostrar que, *cuando de justificar se trata, la necesidad siempre debe ser limitada por la racionalidad*.

La necesidad no racional no es un caso de exceso

Cuando se defiende en forma necesaria pero no racional, falta uno de los requisitos para que la defensa sea legítima (justificada), y por tanto nos hallamos fuera de los límites del permiso (ejercicio del derecho de defensa). De allí que la defensa necesaria pero irracional no sea una forma de ejercicio abusivo o un exceso en la legítima defensa: el paralítico que mata al niño no abusa del derecho ni se excede en el ejercicio del derecho de legítima defensa, sino que actúa antijurídicamente, fuera del campo de su derecho, por falta de un requisito esencial de éste. Sería absurdo pretender penar al paralítico según el art. 35 CP, con la pena del homicidio culposo.

La necesidad racional está referida a la acción defensiva

Cuando la ley dice *necesidad racional del medio empleado*, no se está refiriendo al instrumento, sino a la conducta con que se lleva a cabo la defensa. La ley no exige equiparación ni proporcio-

nalidad de instrumentos, sino la *ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva*, precisamente en sus respectivas lesividades. Así, no será irracional la defensa del que siendo atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque no existe una aberrante desproporción lesiva entre ambas conductas, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo. Tampoco lo será la de quien emplea un arma blanca o de fuego frente a quien le agrede a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio.

§ 181. Casos de dudosa necesidad racional

1 No debe confundirse la *racionalidad* con la *necesidad* misma. La racionalidad es el límite de la necesidad justificante, pero si ésta no existe carece de sentido plantear la cuestión de la racionalidad. Si el paralítico podía evitar que el niño tomase la manzana avisando a su criado, directamente no habría necesidad de dispararle y no tendría sentido plantear la cuestión de la racionalidad del disparo. La necesidad que la racionalidad limita consiste en que *el agente no pueda llevar a cabo otra acción menos lesiva o inocua para neutralizar la agresión que sufre*. No actuará justificadamente quien para defenderse de los puñetazos inciertos de un borracho le propina un golpe que le fractura varios huesos; se excluye la legitimidad de la defensa, porque la conducta realizada no era necesaria para neutralizar la agresión: al borracho basta con darle un empujón.

**Innecesariedad
y necesidad no
racional son
cosas diferentes**

2 Lo dicho es válido también para las conductas que disponen medios mecánicos, que van desde los llamados *offendicula* (los vidrios puestos sobre los muros divisorios) hasta una máquina infernal que dispara un fusil a quemarropa cuando alguien abre la puerta del gallinero o la electrificación del cerco para evitar que le hurten flores. Aplicando el mismo principio, será necesario el medio menos lesivo de que se dispone. Así los *offendicula* serán necesarios para la defensa puesto que no se dispone de otro medio menos lesivo; no lo será la máquina infernal ni la electrificación del cerco, porque la defensa de la propiedad de las gallinas y de las flores puede llevarse a cabo por medios menos lesivos.

**Para los medios
mecánicos rigen
los mismos
principios**

**El caso del
funcionario que
debe defender**

Debe advertirse que la legítima defensa no constituye un ejercicio de derechos para quien tiene el deber jurídico de defender, como sucede con el policía o el militar en las circunstancias en que la ley se lo impone. En tales casos operará la atipicidad por cumplimiento del deber jurídico y no la causa de justificación. **3**

§ 182. Objetos legítimamente defendibles

**Todos los bienes
jurídicos son
legítimamente
defendibles**

En la actualidad es casi unánime la opinión de que todo bien jurídico es legítimamente defendible, aunque su lesión no sea relevada por el derecho penal. *Desde el punto de vista de un derecho penal liberal y reductor, no se concibe que haya ningún bien jurídico radicalmente excluido de toda forma de defensa legítima, pues en tal caso no sería un bien jurídico.* Esto está claro en la ley vigente al expresar ésta que la defensa puede ser propia, de sus derechos, de la persona o de los derechos de otro (arts. 34, incs. 6° y 7°). **1**

**La determinación
de la racionalidad
en los casos
concretos**

Una cuestión totalmente diferente y problemática es determinar en cada caso, conforme a la jerarquía del bien y a la intensidad de la lesión amenazada, la necesidad racional de la acción defensiva. Un borracho molesto, no puede ser alejado con disparos de armas de fuego para defender el derecho a la tranquilidad nocturna, porque se dispone de medios menos lesivos y, por ende, la defensa no es necesaria y, en caso de no disponerse de esos medios, el uso de un arma de fuego no sería racional, por el escándalo jurídico que implica la enorme disparidad entre la lesión que se evita y la que se causa. **2**

**Legítima defensa
de la propiedad
a costa de la vida**

Respecto de la admisibilidad de la legítima defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor, en nuestro derecho vigente es expresa la prohibición de privación arbitraria de la vida (art. 4 párrafo 1 *in fine* de la Convención Americana). Esta disposición importa la exclusión de los casos de manifiesta irracionalidad, la que no depende de una consideración abstracta de los bienes jurídicos, sino de la magnitud concreta de las lesiones, que no pueden separarse de modo escandaloso. Por ello, no cabe afirmar la exclusión total del derecho de defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor. En rigor, *pareciera que nunca es racional la muerte del agresor para defender sólo la propiedad, pero cobraría* **3**

racionalidad en la medida en que la lesión a la propiedad compromete o va acompañada con la de otros bienes jurídicos (integridad física, cuando a la víctima del robo se la amenaza con un arma; subsistencia de la persona o salud, cuando de lo que se hurta o roba depende la alimentación o medicación y tratamiento; libertad, cuando se trata de un secuestro extorsivo; etc).

§ 183. La agresión ilegítima

1 La *agresión ilegítima* demanda tres requisitos: (a) debe ser *conducta humana*, (b) *agresiva* y (c) *antijurídica*. Conforme a la primera de ellas, *no hay agresión ilegítima cuando no hay conducta* o, lo que es lo mismo, no se admite legítima defensa contra lo que no sea una acción humana.

**Condiciones
de la agresión
ilegítima**

2 Por consiguiente, no es admisible la legítima defensa contra animales, sino sólo el estado de necesidad. Se afirma que cuando sean usados como instrumentos por un ser humano la defensa no será contra los animales, sino contra el que se vale de ellos y siempre que pertenezcan a quien los emplea o los facilita para la agresión, puesto que si son libres o pertenecen a un tercero ajeno a ésta, no pueden ser jurídicamente afectados más allá del estado de necesidad justificante. Esta tesis no es correcta, pues legalmente los animales tienen derecho a la vida y, por ende, aunque sean usados por su propietario para agredir corresponde considerar que, a su respecto, también funciona el estado de necesidad. Hay quienes directamente sostienen que procede la legítima defensa contra animales, fundados en que no podría hallarse en mejor posición quien es atacado por una persona que quien lo es por un animal, toda vez que el primero no está limitado más que por la racionalidad de su acción, en tanto que la legitimidad de la acción del segundo se remite a la ponderación de males. No resulta totalmente cierto, porque si bien el atacado por un animal está limitado por la ponderación de males, la vida del ser humano siempre será más importante que la del animal. Por otra parte, para admitir la legítima defensa contra animales habría que suponer que éstos pueden violar el orden jurídico.

**Defensa contra
animales**

Defensa contra involuntables, niños e inimputables

Tampoco puede haber legítima defensa –sino sólo estado de 3
necesidad– contra la amenaza proveniente de un involuntable, de quien se halla bajo el efecto de una fuerza física irresistible o de un acto meramente reflejo o automático. En lugar, puede haber legítima defensa contra conductas de niños y de inimputables, aunque, dado el requisito de la racionalidad como limitativo de la necesidad, el ámbito del permiso se estrecha en estos casos.

Agresividad de la conducta

La conducta debe ser *agresiva*, lo que indica la necesidad de 4
una *dirección de la voluntad* hacia la producción de una lesión: en castellano *agredir* es *acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle cualquier daño*. La agresión ilegítima no requiere ser típica y, por ende, no cabe hablar de *dolo* cuando no hay tipicidad, por lo cual es correcto requerir meramente una *voluntad lesiva* y excluir del ámbito de la agresión las conductas que sólo son imprudentes. En una interpretación de estricta legalidad del texto argentino, si el sujeto no se ha percatado del peligro que causa con su acción imprudente, no mediará agresión (por falta de voluntad lesiva) y, por ende, sólo cabe obrar contra él en los límites del estado de necesidad; por el contrario, si lo sabe, se le ha advertido o se ha percatado y, no obstante, continúa con su conducta, ésta deviene agresiva, porque está voluntariamente dirigida a afectar otros bienes jurídicos defendibles, como es la tranquilidad o la libertad de la persona agredida.

Agresión intencional a la seguridad y a la libertad

Quien conduce peligrosamente violando normas de tránsito, 5
pero es advertido por su acompañante y persiste en su forma de conducción haciendo caso omiso al pedido de detenerse, agrede la libertad y la seguridad del acompañante en forma intencional y, por consiguiente, estará justificada por legítima defensa la conducta de éste si amenaza con un arma al conductor para que detenga el vehículo para apearse.

Procesos incontenibles desencadenados por imprudencia no constituyen agresión

Cuando el sujeto no puede contener los acontecimientos que 6
desencadenó por imprudencia, tampoco cabe la legítima defensa. Contra quien sin saber jinetea monta a caballo y se le desboca el animal, sin que lo pueda controlar, no es posible la legítima defensa, pues por más que se le advierta el peligro no puede hacer nada para evitarlo. En este supuesto no puede hablarse de *agresión*, dado que no puede ser tal un curso causal que está fuera del control del sujeto imprudente. Por otra parte, es razonable que aquí juegue el límite del estado de necesidad: no podría justifi-

carse que alguien, para proteger el jardín del estropicio que el animal desbocado puede causarle, dispare sobre el caballo. En consecuencia, no es una agresión la conducta del que actúa por error vencible o invencible, que excluya la dirección lesiva de la conducta.

- 7 Por supuesto que tampoco puede admitirse la legítima defensa contra quien actúa compelido por una fuerza desencadenada por un caso fortuito: a un automóvil se le quiebra la barra de dirección y asciende a la acera; un vehículo comienza a desplazarse solo por una pendiente y obliga a quien está a su paso a saltar bruscamente en forma de golpear a otro; etcétera.

**Casos fortuitos
tampoco son
agresión**

- 8 Todos estos casos *podrán dar lugar a conductas defensivas por parte de quienes ven amenazados sus bienes jurídicos, pero en los límites de la necesidad justificante o exculpante, según las circunstancias.*

**La defensa es
siempre posible,
pero como
estado de
necesidad**

- 9 Suele admitirse la posibilidad de agresión mediante omisión. Tal sería el caso del sujeto que no paga a su empleado colocándolo en una situación de miseria, que le lleva a apoderarse de algo de su empleador para asistir a su hijo enfermo o pagar el alimento de la familia, puesto que la acción resarcitoria llegaría cuando el daño al sujeto y a su familia fuese irreversible. Igualmente debe considerarse que hay agresión cuando un sujeto que puede prestar auxilio no lo presta, como el que hallando un herido en el camino se niega a transportarlo en su vehículo hasta donde se lo pueda atender; la conducta del tercero o del propio herido que amenace con un arma al que se niega a la conducta debida, está justificada por legítima defensa.

**La omisión puede
ser una agresión**

- 10 La conducta agresiva debe ser, además, *ilegítima*, lo que es sinónimo de *antijurídica*, es decir toda conducta que afecta bienes jurídicos (lesiva) sin derecho. Por ello se sostiene que no puede defenderse legítimamente quien es víctima de una tentativa inidónea, dado que esa acción no afecta bienes jurídicos. Si bien esto último es verdad –y sin perjuicio de considerar que las llamadas tentativas inidóneas constituyen supuestos de ausencia de tipicidad, por resultar sólo en apariencia tentativas, ya que de lo contrario serían inconstitucionales (ver § 262)–, de ello no se deduce que no se admita la legítima defensa contra esas acciones, al menos en forma absoluta. Muchas veces cabe la legítima defensa contra lo que el derecho penal llama tentativa inidónea e incluso contra el llamado delito putativo o imaginario.

**La ilegitimidad
de la agresión**

Afectación de bienes jurídicos que están fuera de los tipos penales

Ello se debe a que los bienes jurídicos o derechos que deben 11 tenerse en cuenta no son únicamente aquellos que releva el derecho penal, sino que abarca todos los derechos reconocidos y cuya afectación no se traduce en un tipo penal. Son derechos cuya lesión no fue convertida en prohibición penal, dado el carácter fragmentario de esta legislación. Por ello, en muchos casos de tentativas aparentes y de delitos putativos o imaginarios, es posible que se hallen afectados otros derechos: nadie está obligado a soportar que su vecino quiera matarlo, aunque sea con agua destilada, porque constituye una molestia que perturba su derecho a la tranquilidad, pese a que no afecta su derecho a la vida. En tal caso, para hacer cesar la conducta, no le será necesaria la misma acción defensiva que en el supuesto de la tentativa idónea, ni tampoco podría darle muerte aunque fuese necesario por no disponer de otro medio menos lesivo para cesar la agresión, pues no sería racional por redundar en una desmesura aberrante entre el mal amenazado y el causado.

No hay legítima defensa contra conductas conforme a derecho

Debido a que la acción agresiva debe ser antijurídica, resulta 12 inadmisibles la legítima defensa contra cualquier conducta que sea conforme al deber jurídico o que tenga lugar dentro del ámbito de la juridicidad. Por ello no cabe la legítima defensa contra el que actúa en legítima defensa ni contra el que actúa en estado de necesidad justificante, ni frente a quien ejerce un derecho o cumple un deber. En lugar, debe admitirse la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica, puesto que la ilicitud puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.

La legitimidad de la conducta de los funcionarios es normativa

Se ha sostenido que la antijuridicidad de la conducta de los 13 funcionarios se determina desde el punto de vista del afectado, lo que fue con razón criticado. El funcionario es funcionario de la Constitución o de la ley, y *siempre que actúe en el marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, que incluyen la obligación de no obedecer órdenes manifiestamente ilegales*, su conducta no puede ser considerada antijurídica, no pudiendo constituir una agresión ilegítima. Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares, se encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de los derechos que el orden jurídico establece y que emergen de las leyes que reglamentan su ejercicio. Así, si un policía detiene a un sospechoso cuando hay motivos reales y razonables, su conducta no será antijurídica, como lo sería en ausencia de esos motivos (detención arbitraria).

Si no hay razón para considerarlo tal, no desde la perspectiva de la víctima sino normativamente, será un ejercicio arbitrario de la función pública y –por ende– antijurídica.

§ 184. Límites de la acción defensiva

1 La conducta defensiva es legítima sólo cuando se dirige contra el agresor. Por consiguiente, no lo es cuando afecta a terceros, como la que se dirige contra el involuntario de quien se vale el agresor. Los terceros extraños a la agresión que sufran efectos de la conducta defensiva (y que no obedezcan a un estado de necesidad justificante del que se defiende respecto de los bienes de los terceros), podrán defenderse legítimamente de la conducta, por cuanto el autor actuará antijurídicamente (aunque en general inculpablemente) respecto de ellos. Si no hay agresión, no puede haber defensa, y quien no ha realizado ninguna conducta antijurídica no puede ser lesionado en razón de la que haya realizado un tercero, más allá de lo que al afectado le resulte necesario para evitar el mal mayor.

**La legítima
defensa sólo
puede ejercerse
contra el agresor**

2 Es inconcebible que el orden jurídico le impida a un tercero defenderse legítimamente de una agresión porque ésta, a su vez, forme parte de la defensa contra otra agresión que él no ha realizado ni tomado parte en forma alguna: así, el policía que cumple una orden ilegal impartida por un magistrado competente y cuya ilegalidad desconoce, puede defenderse legítimamente si la víctima le inflige un mal fuera de los límites del estado de necesidad. Pero si la víctima realiza una acción defensiva en el marco de la proporcionalidad del estado de necesidad, no procede la legítima defensa del policía. El policía que cumple la orden ilegítima cuyo contenido no pudo conocer, actúa antijurídicamente (aunque en error de prohibición) cuando, en la convicción de que se defiende legítimamente, actúa contra la víctima que se defiende con un mal menor que la privación de libertad (dentro de los límites del estado de necesidad).

**El tercero no
agresor puede
defenderse de la
acción de quien se
defiende de otro**

3 Es claro que puede darse el caso en que la legítima defensa que se ejerza contra el agresor quede también justificada respecto de los daños que para un tercero puedan resultar, pero ello será

**Posibilidad de
justificación res-
pecto del tercero
no agresor**

por efecto de un fenómeno de concurrencia de causas de justificación, o sea, cuando la acción justificada por legítima defensa respecto del agresor también lo sea respecto de un tercero, por efecto de un estado de necesidad justificante. Cuando un sujeto se defiende legítimamente de una agresión que pone en peligro su vida o su salud arrancando para ello una madera de una cerca, el daño en la propiedad ajena estará justificado por el estado de necesidad pero no por legítima defensa, y por lo tanto no habilita la legítima defensa del propietario del cerco frente al que se defiende (porque a su respecto lo hace en los límites del mal menor del estado de necesidad y por ende no media agresión ilegítima que repeler). No sucedería lo mismo si pretendiese usar el cuerpo del propietario como escudo para evitar la agresión.

El principio es que la lesión al tercero ajeno a la agresión no está justificada

De todos modos, debe quedar claro que quien repele una agresión a balazos, dentro de los límites de la legítima defensa contra el agresor, no actúa justificadamente respecto del tercero ajeno a la agresión que es alcanzado por un disparo. Muy probablemente se trate de un estado de necesidad exculpante, pero es absurdo que sea conforme a derecho la conducta de herir o matar a un tercero ajeno a la agresión. 4

Límites temporales

En cuanto a los *límites temporales de la acción defensiva*, cabe 5 señalar que ésta puede realizarse mientras exista una *situación de defensa*, que se extiende *desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico, hasta que haya cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos*. Si bien la agresión no necesariamente es típica, cuando lo sea, no deben identificarse estos momentos con la tentativa y la consumación, porque puede haber legítima defensa contra actos preparatorios, como también puede haberla después de la consumación.

Defensa después de la consumación

Defiende legítimamente su patrimonio el propietario de un 6 automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes, si lo halla casualmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo, circunstancia que es reconocida generalmente como justificada, aunque la doctrina se esfuerce por hacerlo por vía independiente de la legítima defensa, sea como forma de una llamada actuación *pro magistratu*, denominada también *derecho a autotutela* o *ejercicio de potestad delegada*. Ello obedece a que la legítima defensa no persigue evitar delitos sino proteger derechos y bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando a pesar de

haber afectado bienes jurídicos, una acción contraria puede aún neutralizar en todo o en parte los efectos de la conducta lesiva.

- 7 En cuanto a la *legítima defensa contra actos preparatorios*, que se ha llamado erróneamente *legítima defensa anticipada*, el texto de la ley argentina se refiere a *impedir* o *repeler* la agresión; contando con que sólo se puede impedir lo que no se ha producido, se trata de supuestos que están abarcados por la fórmula legal. Cabe concluir que la legítima defensa es posible desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y tiene a su disposición los medios idóneos para hacerlo, o sea que puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos.

La llamada *defensa anticipada*

- 8 Estas condiciones importan por sí mismas una lesión a la tranquilidad de la persona y, por ende, desde otro punto de vista puede pensarse en una agresión actual. El discutido caso de los registros de imágenes o sonidos tomados subrepticamente con el propósito de extorsionar, no es ninguna legítima defensa anticipada, al menos en la ley argentina, por lo cual si la futura víctima se apodera del registro o destruye el aparato cuando aún la extorsión no se ha intentado, actuará en legítima defensa.

¿Anticipación o lesión actual?

- 9 Aunque la doctrina requiere la *inminencia* de la agresión, el texto legal no la demanda expresamente. Es correcto exigirla si con este término se designa el requerimiento de un inmediato signo de peligro para el bien jurídico. Pero no sería correcto identificar la *inminencia* con la *inmediatez* en el tiempo cronológico entre agresión y defensa. La agresión es *inminente* cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor: cuando un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar, como tampoco el momento en que el agresor decida comenzar a extorsionar, cuando con manifiesta intención se ha provisto subrepticamente de un instrumento inequívocamente idóneo para hacerlo: la existencia del agredido se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y hace manifiesta su voluntad. En estos casos hay una correcta comprensión de la agresión como *inminente*, aunque no sea inmediata.

Inminencia no es inmediatez

§ 185. La provocación suficiente

No es igual a la agresión ilegítima

El apartado c) del inc. 6º del art. 34 CP contiene el requisito 1 negativo de *falta de provocación suficiente por parte del que se defiende*. Un sector de la doctrina entiende que la *provocación suficiente* equivale a la *agresión ilegítima*. Como no puede haber legítima defensa contra la legítima defensa, es obvio que esta equiparación la excluye. Cabe rechazar este criterio, porque si así fuese el requisito sería redundante.

La tesis del exceso en la causa

Por ello, otro sector consideró que se trataría de un *exceso en la causa* y, por ende, si la provocación suficiente fuese intencional, o sea, producida para desencadenar la agresión, quedaría fuera de la legítima defensa, pero si fuese imprudente, o sea, que desencadenase la agresión sólo por violación al deber de cuidado (de no desencadenar agresiones), debería resolverse conforme al art. 35 como delito culposo (defensa imperfecta). 2

Crítica

Esta tesis presenta tres aspectos criticables. (a) En primer lugar, el art. 35 no prevé conductas culposas ni convierte en culposas las dolosas, sino que se limita a aplicar la *pena* del delito culposo (ver § 195). (b) En segundo término, la expresión *exceso en la causa* encierra un contrasentido. La ley requiere que se hayan excedido los límites, y nadie puede exceder los límites de un ámbito dentro del que nunca ha estado. (c) Por último, como esta interpretación deja fuera de la defensa al provocador intencional, no puede menos que considerar que también actúa antijurídicamente cualquiera que le defienda o participe de su defensa. Esto contradice la letra del art. 34 inc. 7º, porque la provocación sólo perjudica al provocador y no al tercero que lo defiende sin provocar. 3

Provocación como conducta desvalorada por innecesariamente conflictiva

La tarea interpretativa prioritaria consiste en determinar el 4 concepto de *provocación* y el criterio de *suficiencia* dentro del texto del propio inc. 6º del art. 34. (a) Ante todo debe considerarse que la provocación es una conducta anterior a la agresión y que ella misma no puede configurar una agresión. (b) Además, esa conducta debe ser jurídicamente desvalorada en tal forma que haga caer el principio de que nadie está obligado a soportar lo injusto, lo que sucede cuando la conducta del propio agredido lo hubiese determinado. Se reconoce el derecho a la legítima defensa cuando no se puede deparar protección al agredido, pero el derecho *no*

fomenta el innecesario y gratuito aumento de conflictividad y, por ende, reconoce el derecho de legítima defensa en la medida en que el agente no haya caído en esa práctica.

- 5 Si la conducta provocadora excluye la legítima defensa por ser jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia (innecesariamente conflictiva), de allí pueden deducirse los caracteres que debe presentar para considerarse tal. Ante todo, la conducta debe ser *provocadora*, lo que significa que debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. Si el agresor hubiese ignorado la previa provocación del agredido, éste permanecerá en el ámbito de la legítima defensa, pues no habrá provocado (determinado) la agresión ilegítima.

**Carácter
provocador**

- 6 Además, no basta el carácter provocador de la acción para excluir la justificación, sino que es menester que ésta sea *suficiente*. Su *suficiencia* dependerá de dos caracteres, uno positivo y otro negativo. (a) El primero es la previsibilidad de que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante. Esta previsibilidad debe estar dada de modo tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta. (b) Por otra parte, en el cálculo de previsibilidad anterior no deben computarse las características personales del agresor negativas para la coexistencia, como matonismo, agresividad, hábitos pendencieros, irascibilidad, etc. Estos caracteres no deberán tomarse en cuenta cuando la provocación constituya una lesión al sentimiento de piedad, como por ejemplo el caso del que se dedica a molestar sistemáticamente a un débil mental, a un anciano o a un discapacitado, matar animales por mera crueldad, etcétera.

Suficiencia

- 7 En síntesis, puede decirse que *la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando la hace previsible, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principios elementales de coexistencia, salvo que la agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad.*

Síntesis

- 8 El que provoca suficientemente crea la situación de necesidad de defensa, lo que no debe identificarse con el mero *situarse* en esa necesidad: crear la situación es crear el estado de cosas que lleva a la necesidad. No crea la situación de necesidad el que,

**La provocación
suficiente excluye
la justificación y
queda antijurídica
la tipicidad dolosa**

sin ser agredido, ayuda a otro a defenderse (inc. 7° del art. 34), pese a que voluntariamente se coloca en estado de necesidad de defensa. La conducta defensiva en una situación provocada es antijurídica, y la lesión al bien jurídico que con ella se causa es incuestionablemente dolosa. No cabe duda que quien mata en legítima defensa quiere matar, y cuando falta la justificación el juicio de antijuridicidad recae sobre una conducta dolosa. Por ende, siempre que la provocación suficiente excluya el derecho, habrá un injusto doloso perfecto. Eventualmente el problema podrá trasladarse a la culpabilidad y presentarse un supuesto de exculpación, basado en que a nadie puede exigírsele, por ejemplo, que se deje matar.

No procede la exculpación automática del provocador

Pero no siempre quien provoca una situación de justificación 9 queda incurso en una causa de exculpación, porque los requisitos de la exculpación no son los mismos que los de la legítima defensa. Así, no actuará justificadamente el amante de la mujer sorprendido en adulterio en el lecho conyugal, cuando, pudiendo evitar la agresión con la huida, prefiera lesionar o matar al marido, sino que además de actuar antijurídicamente (en razón de que la provocación excluye la justificación), actuará también culpablemente, puesto que le era exigible otra conducta no lesiva con la que podía eludir la agresión. El estado de necesidad exculpante sólo lo amparará cuando no le quede otra alternativa que matar o morir (última parte del inc. 2° del art. 34).

No se resuelve por la teoría de la a.l.i.c.

Puesto que se trata de una situación o estado de inculpabili- 10 dad provocado por el mismo autor, vuelve a plantearse la pretensión de resolverlo por vía de la teoría de la *actio libera in causa*. Como se ha visto, dado que la provocación suficiente no es típica, o por lo menos no es típica del delito que luego se realiza (el adulterio no es típico de homicidio, la injuria no es típica de lesiones), la a.l.i.c. resulta violatoria del principio de legalidad penal. De cualquier manera, puesto que la conducta de provocar suficiente-mente es causa del resultado típico, eventualmente puede ser alcanzado por la tipicidad culposa, sin perjuicio de que, siendo ella misma típica, pueda dar lugar a un concurso ideal (injurias y lesiones culposas). Por lo expuesto al criticar la teoría de la *actio liberae in causa* (ver § 212) nunca podrá sostenerse la responsabilidad dolosa de la conducta del amante que se ve obligado a dar muerte al marido, aun cuando lo hubiese planeado de ese mo-

do. Incluso en este supuesto, únicamente podría discutirse la tipicidad culposa.

- 11 La doctrina ha distinguido la provocación dolosa y la culposa. Dado que la provocación no tiene por qué ser típica, no cabe la calificación de dolosa o culposa. En cuanto a la llamada preordenación (provocar para que el otro agrede), no es requisito suficiente de la provocación, porque nadie puede afirmar juiciosamente que no la hay cuando alguien injuria de la peor manera a otro, aunque no tenga ninguna intención de que el otro le agrede. Tampoco cabe excluir del concepto de provocación suficiente la conducta culposa: la conducta culposa de lesiones u homicidio es más que suficiente para desencadenar inmediatamente una agresión por parte del cónyuge de la víctima. Tampoco falta la provocación suficiente cuando se utilizan expresiones sumamente equívocas con tal grado de imprudencia que ni siquiera se piense en su posible interpretación injuriosa. En definitiva, el efecto práctico más inmediato de la cuestión es saber si al agredido se le impone el deber de huir cuando tiene la posibilidad de hacerlo o si se le reconoce el derecho a defenderse aunque tenga la posibilidad de huir: en los señalados ejemplos no parece admisible esta última solución.

No cabe distinguir entre provocación dolosa y culposa

§ 186. Defensa de terceros

- 1 La regulación legal expresa de la defensa de terceros *es el argumento más contundente para postular la naturaleza personal del injusto* en el derecho argentino: en tanto que el provocador que se defiende incurre en un injusto, el tercero ajeno a la provocación que le defiende actúa conforme a derecho. Es correcta la doctrina nacional en cuanto entiende que el mero conocimiento de la provocación no importa *participación* en ella, sino que ésta requiere *participación en el hecho provocativo*.

Injusto personal

- 2 Es claro que no todo el que con su conducta causa el resultado actúa antijuridicamente, pues con los mismos medios racionalmente necesarios y en la misma situación de defensa, la conducta defensiva de quien ha provocado será antijurídica, en tanto que

Rechazo legal de la antijuridicidad por causación del resultado

llevada a cabo por quien no ha participado en ella –aunque tuviere plena consciencia de la provocación– será conforme a derecho.

§ 187. La defensa del estado

El estado es un bien jurídico defendible

Es legítimamente defendible cualquier bien, porque traduce ¹ una defensa de la libertad general, sea como ejercicio de un derecho personal o como un derecho que se ejerce a través de una persona jurídica. En este sentido, es claro que no hay razón alguna para excluir al estado del ámbito de los bienes jurídicamente defendibles. El estado es una persona jurídica y, por ende, puede ser defendido por un tercero: nadie duda de la posibilidad de defender los bienes del estado. Tampoco puede plantear muchas dudas la legítima defensa de la existencia misma del estado ante la inminente amenaza externa a ésta, como por ejemplo, frente a una invasión.

El problema del orden jurídico como bien defendible

Estas hipótesis deben distinguirse nítidamente de la defensa ² del estado como orden jurídico, cuya legitimidad es negada por quienes sostienen que la defensa del orden jurídico sólo puede ser ejercida por los órganos del estado y no por los particulares. Es razonable este rechazo en la medida en que una admisión irrestricta de la legítima defensa del orden jurídico terminaría por desarticularlo, pues impulsa la generación de *vengadores*, justicieros y *guardianes del orden*. Pero esto no significa rechazarlo en todos los casos.

Sólo cuando importa afectación de otros bienes

Desde el subjetivismo, no hay razón para negar la legítima ³ defensa del orden jurídico, sino para acotarla racionalmente: *el orden jurídico es defendible cuando su lesión importa simultáneamente la afectación de derechos de los habitantes*. Desde esta perspectiva es admisible la defensa del orden jurídico frente al que conduce embriagado y está a punto de provocar un accidente, porque pone en peligro la vida, pero no es posible defenderlo frente al simple infractor de tránsito que no crea ningún peligro. Admitir la legítima defensa del orden jurídico en este último caso implicaría cancelar los órganos estatales y sustituirlos por particulares; en rigor, se trataría de casos en los que no hay agresión, sino sólo una infracción a la voluntad estatal.

- 4 La *defensa del orden institucional y del sistema democrático* tampoco es admisible en cualquier medida. Por ello, la propia Constitución se ocupa de acotar los actos frente a los cuales puede ejercerse el derecho de resistencia: es admisible sólo frente a *actos de fuerza* encaminados a interrumpir la observancia de la Constitución y, con mayor razón, cuando logren esa interrupción (art. 36 CN).

El orden institucional sólo es defendible en los casos previstos por la CN

- 5 De este modo, *la Constitución repudia la tesis formal que postula que la interrupción de la observancia de la Constitución por actos de fuerza genera un nuevo orden jurídico y hace cesar todo derecho de resistencia*, al establecer claramente que, pese a esa circunstancia, la Constitución mantendrá su *imperio*. Con ello consagra el derecho de resistencia a la opresión, de clarísima *raigambre liberal*.

Rechazo de la teoría de facto

§ 188. Presunciones *juris tantum* de legítima defensa

- 1 El inc. 6° del art. 34 establece dos supuestos particulares de legítima defensa, que han dado lugar a diferentes interpretaciones: (a) *Se entenderá que concurren estas circunstancias 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 que sea el daño ocasionado al agresor.* (b) *Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.*

Hipótesis

- 2 Se trata de disposiciones que se remontan al Digesto y a las Partidas, pero que en la codificación se escinden entre los textos que siguieron el sistema de la *declaración* o *presunción juris et de jure* (Código Napoleón) y el de la *presunción juris tantum* o de inversión de la carga de la prueba (Código Imperial del Brasil de 1830). La doctrina dominante entiende con razón que se trata de dos supuestos de *presunción juris tantum* en beneficio del agredido. No sólo es la interpretación acorde con todos los antecedentes legislativos, sino también la que no violenta el principio de que las *presunciones juris et de jure* no tienen espacio en el derecho penal.

Presunción *juris tantum*

No altera las reglas generales

Por lo demás, en ambos casos son de aplicación las reglas 3 generales de la legítima defensa: la expresión *cualquiera sea el daño ocasionado al agresor* no puede entenderse como *privilegio* que abdica del límite de la racionalidad, sino como una ratificación de la general exclusión de la ponderación de males del estado de necesidad.

Aparente contradicción

El texto contiene una aparente contradicción: literalmente 4 entendida la presunción beneficia al que rechaza a quien aún no ha penetrado en el domicilio aunque no oponga resistencia alguna, en tanto que, una vez que ha logrado penetrar en éste, sólo beneficia al defensor cuando el intruso opusiere resistencia. La contradicción se salva si se considera que la primera hipótesis abarca al que rechaza al escalador o efractor nocturno, aunque éste haya logrado su propósito de penetrar en la casa; en tanto que la segunda hipótesis se limita al que encuentra al extraño en el hogar, sin los requisitos de la primera (escalamiento o efracción), pero oponiendo resistencia.

§ 189. El estado de necesidad justificante y el exculpante

Diferentes efectos de la necesidad

La necesidad juega un papel central en la legítima defensa, en 1 el estado de necesidad justificante y en la exclusión de la culpabilidad. En los tres casos el concepto no varía: se entiende que *media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión*. No obstante, los efectos son diferentes: (a) en la legítima defensa la necesidad justifica, salvo que la lesión que se causa sea aberrante en relación a la que se evita; (b) en el estado de necesidad se justifica sólo la lesión menor que la que se evita; (c) en el estado de necesidad exculpante (ver § 227 y ss.) la conducta sigue siendo antijurídica (la necesidad no justifica), el mal que se causa es igual o mayor que el que se evita y sólo exculpa cuando no es exigible una conducta menos lesiva. Conforme a este esquema, el inc. 3° del art. 34 limita el estado de necesidad justificante al caso en que se causa el mal menor para evitar el mayor, distinguiendo nítidamente esta justificación de la legítima defensa y también del estado de necesidad exculpante. Esto hace que el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad, desde que no cabe jerarquizar vidas humanas.

2 La escueta disposición del CP ahorra en nuestra doctrina una enorme discusión desarrollada en otros países (especialmente en Alemania y Francia), donde se ha considerado que todos los estados de necesidad son justificantes, o bien que la colisión de bienes iguales provoca una *no prohibición*, o se ha distinguido entre un estado de necesidad agresivo y otro defensivo, etcétera,

**Discusiones
extranjeras**

3 En la ley argentina el inc. 3° del art. 34 establece claramente el estado de necesidad justificante. Las dificultades yacen en el estado de necesidad exculpante, ejemplificado con la consabida *tabula unius capax* o *tabla de Carneades* (un náufrago le quita a otro la tabla que sólo alcanza para mantener a flote a uno), pues algunos autores consideraron que la acción coacta de la segunda parte del inc. 2° del mismo art. 34 sólo contempla supuestos provenientes de una fuerza humana. En realidad, el inc. 2° abarca también supuestos no provenientes de acciones humanas y, por ende, debe resolverse como inculpabilidad (ver § 227).

**La necesidad
exculpante**

4 Tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante pueden provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza. La coacción (última parte del inc. 2° del art. 34 CP) puede ser estado de necesidad justificante o exculpante. Si se amenaza de muerte a un sujeto para que cometa un delito contra la propiedad, aquella será justificante de la conducta del amenazado que afectó dicho bien jurídico. En lugar, cuando se amenaza de muerte para obligar a matar, el coaccionado sólo actúa inculpablemente respecto del homicidio por él perpetrado.

**Fuentes humana
y natural**

5 La posibilidad de que la coacción configure un estado de necesidad justificante es una consecuencia de la tesis del injusto personal. La posición contraria, que pretende encuadrar siempre la coacción en las causas de inculpabilidad, desconociendo su naturaleza justificante cuando el coaccionado actúa para evitar un mal mayor para él o para otro, puede partir del concepto objetivo del injusto o bien, de argumentaciones menos comprensibles o poco explícitas por ideológicamente inaceptables: se ha sostenido que no debe admitirse, al menos en caso de delitos graves, para *no afectar la amplitud del derecho de defensa del agredido* (Roxin). Esto es inadmisibles, porque desvirtúa tanto la legítima defensa (que no puede ejercerse contra un inocente) como el estado de necesidad (sacrifica el bien mayor).

**La coacción
como necesidad
justificante y el
injusto personal**

6 Aunque esta aberración es rechazada por gran parte de la doctrina, en ocasiones se introducen distinciones no menos in-

**La vida de
los rehenes**

comprensibles en favor del estado: se exceptúa el caso de toma de rehenes para la fuga de delincuentes. Se argumenta que tratándose de delitos graves, la muerte de los rehenes es un mal equivalente a la liberación del delincuente. Con ello se equipara un riesgo no creado y que no se sabe si se producirá (posible comisión de un nuevo delito por el prófugo), con el peligro de muerte inminente y cierta del rehén inocente. En el estado de derecho el primer deber de todo funcionario es salvar la vida de los habitantes y, por ende, la acción u omisión que lleve a la muerte de rehenes, lejos de estar justificada, constituye un delito que casi nunca será inculpable porque se tenía la posibilidad de permitir la fuga. Por otra parte, no hay argumento que pueda equiparar el grado de mal de un resultado irreparable (muerte del rehén) con el de un resultado perfectamente reversible (fuga de un delincuente que puede ser capturado), ni la vida humana con el *prestigio* preventivo del estado.

§ 190. Condiciones y límites de la necesidad justificante

Exclusión de ciertos bienes y circunstancias

Por *mal* debe entenderse *la lesión o peligro para un bien jurídico*,¹ siendo todos ellos susceptibles de ser salvados mediante una acción justificada por estado de necesidad. No obstante la amplitud de bienes jurídicos salvables por necesidad, corresponde reconocer a su respecto las mismas limitaciones que se establecen para los legítimamente defendibles, en los casos en que el *mal* sea una mera afectación al orden jurídico. A su vez, aquella amplitud requiere algunas precisiones para excluir ciertos bienes en determinadas circunstancias. Se advirtió a este respecto que no sería admisible la extracción de un riñón por la fuerza para salvar la vida de un familiar, ante su inminente muerte por insuficiencia renal y la no disponibilidad de dadores voluntarios para el transplante que le salvaría la vida.

Teoría de los bienes personales

Este problema suele resolverse apelando a una *teoría general*² de los bienes personales, que distingue: (a) bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando consentimiento del titular (torturas, vejaciones, libertad –reducción a servidumbre–; vida); (b) bienes de que los individuos pueden ser

privados sólo mediando su consentimiento (actos de coerción personal del proceso, extracción de líquidos del cuerpo y otros procedimientos que causen lesión o dolor aunque sean insignificantes, extracción de órganos); (c) bienes de los que el individuo puede ser privado a condición de compensar su pérdida (propiedad, intimidad, la libertad en alguna medida –detención–); y (d) bienes de los que el individuo puede ser privado sin su consentimiento ni compensación (pena privativa de la libertad por sentencia, condenas civiles). Sólo las categorías (c) y (d) pueden afectarse por estado de necesidad. Conforme a este criterio, tampoco podría invocarse la necesidad justificante si, en lugar de un riñón, se tratase de una extracción forzosa de sangre, lo que se funda en que la dignidad humana y la autonomía de la persona son imponderables.

- 3 La situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre, sed, movimiento, reposo, evacuación, etc., incluso si tienen su origen en una enfermedad, como puede ser un síndrome de adicción. Cabe observar que si estas necesidades fisiológicas alcanzan un extremo de intolerancia que supera la capacidad de control del sujeto, desplazan el estado de necesidad por un supuesto de ausencia de acto por fuerza física irresistible proveniente del propio organismo. El hambre o la miseria pueden crear una situación de necesidad, pero no necesariamente lo son. El código se refiere a la misma como atenuante –o sea cuando no haya llegado a ser una situación de necesidad–, en el art. 41, pero si se dan los extremos del art. 34 inc. 3º, será una necesidad justificante.

**Necesidades
que no son
justificación**

- 4 El mal puede hallarse en curso o bien puede haber un peligro de producción del mismo, que debe ser inminente. Este peligro debe ser real, porque de no serlo el autor incurriría en un error de prohibición. En cuanto a la *inminencia del mal* son válidas las mismas reglas de la legítima defensa: la inminencia es independiente de todo criterio cronológico; es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto. También debe considerarse inminente el mal que tiene *continuidad* por su reiteración muy frecuente, como una inundación que se produce cada vez que llueve en zona de alta precipitación.

**La inminencia
del mal**

- 5 La *inevitabilidad del mal* por otro medio menos lesivo es un requisito de la necesidad, sin que sea menester que la ley lo requiera expresamente. Por ello se excluyen del ámbito del estado

**La inevitabilidad
del mal**

de necesidad los supuestos en que existen regulaciones legales para resolverlo o repararlo, como es el caso de la falencia comercial, que no autoriza la apropiación de dinero ajeno, pues dispone del procedimiento de quiebra, sin perjuicio de que pueda haber situaciones de exculpación. Por supuesto que el mal tampoco será necesario cuando no sea el medio adecuado para evitar otro, esto es, cuando igualmente el otro se producirá.

El mal menor

El límite del estado de necesidad justificante está dado por la 6 producción de un mal menor que el evitado. Para la individualización del mal menor debe seguirse un criterio que no puede atender sólo a la jerarquía abstracta de bienes jurídicos y del que debe excluirse la valoración subjetiva del peligro amenazado, aunque no la consideración objetiva de las circunstancias personales.

Criterio

El código argentino no indica como criterio la ponderación 7 abstracta de los bienes jurídicos, sino que requiere una ponderación concreta de *males*. Si un *bien jurídico* es la relación de disponibilidad del titular con un ente, *mal jurídico* es la afectación de esa relación. Pero no todos los males jurídicos son iguales, aun cuando se trate de conductas que correspondan al mismo tipo. El art. 41 CP reconoce grados de males cuando se refiere a la *extensión del daño y del peligro causados*. Como criterios generales para la ponderación de los males, pueden señalarse los siguientes: (a) la jerarquía abstracta del bien jurídico, (b) la intensidad concreta de la afectación, sea por lesión o por peligro, (c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar, (d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

Acciones culposas y proximidad del peligro

La proximidad del peligro del mal que se evita o se puede 8 evitar y la del que se puede causar es en especial importante cuando la conducta que se quiere justificar sea culposa. Siempre una lesión inminente e inevitable de otro modo, es decir, incuestionablemente próxima, constituye un mal mayor que el riesgo lejano de una lesión de igual o mayor entidad: el médico que habiendo observado que no viene ningún vehículo en sentido contrario, corta una curva para llegar al hospital con un enfermo en estado desesperante, actúa en estado de necesidad justificante. De cualquier manera, la menor proximidad de lesión no configura un mal menor cuando la eventual lesión sería mucho mayor que la próxima que se quiere evitar: la violación del deber

de cuidado en la conservación de una fuente de energía nuclear no puede justificarse por la necesidad de evitar una lesión leve. En materia de estados de necesidad que justifican tipicidades culposas, *cuanto mayor sea el peligro de lesión para terceros, tanto más restringido será el permiso con que cuenta el autor para violar el deber de cuidado.*

- 9 Para la ponderación de los males, no debe confundirse la *apreciación de las circunstancias subjetivas* con la *apreciación subjetiva*. Conforme al primer criterio deben tomarse en consideración las circunstancias del necesitado, en tanto que, conforme al segundo, es éste quien decide sobre el valor relativo de los bienes y de los males. En tanto que lo último es inaceptable, lo primero es correcto, pero a condición de que también se tomen en consideración las circunstancias de quien sufre la lesión. Por ende, no actuará justificadamente (aunque sí inculpablemente) el ganadero que para salvar diez animales de una infección, sacrifica la vaca de su vecino, cuando es el único bien que éste tiene en su patrimonio. Se trata de una colisión de bienes de igual jerarquía abstracta (propiedad de ganado) y, concretamente, se produce un daño menos extenso que el evitado (se mata uno para salvar diez), pero conforme a las circunstancias personales, uno de los titulares evita la pérdida de una pequeña parte de su contenido patrimonial a costa de dejar vacío el magro patrimonio del otro. Por supuesto que también en este caso entra en juego otro bien, como es la supervivencia del lesionado y de los suyos.

**Circunstancias
subjetivas**

§ 191. La actuación oficial y la corrección como pretendidos ejercicios de derechos

- 1 Como el inc. 4º del art. 34 menciona conjuntamente el *legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo*, se entendió que el funcionario que ejerce su autoridad está ejerciendo un derecho, cuando en realidad está cumpliendo un deber. Que en el cumplimiento de ese deber tenga un ámbito de potestad decisoria no implica que esto sea un derecho. El funcionario, al decidir dentro de sus atribuciones, cumple con su deber y es válido a su respecto resolverlo como ausencia de tipicidad objetiva conglobante (ver § 134).

**El ejercicio de la
autoridad es
un deber**

El derecho de corrección

El pretendido derecho de corrección y el consiguiente castigo físico con fines pedagógicos en el ámbito familiar y de enseñanza pública y privada, debe rechazarse como justificación, por cuanto su reconocimiento como permiso afecta de forma aberrante los derechos establecidos por la Convención de los Derechos del Niño, que dispone que el maltrato de un menor permite su separación de los padres (art. 9), que prohíbe las injerencias ilegales o arbitrarias, y que impone al estado el deber de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental y contra los malos tratos (arts. 16 y 19).

§ 192. Legítima defensa y estado de necesidad contra actuación oficial ilícita

Deberes jurídicos de los funcionarios

En los supuestos en que la autoridad estatal ejerce coerción directa sobre las personas o los bienes (detenciones, allanamientos, secuestros de cosas, etc.), su intervención legal será atípica por cumplimiento de un deber jurídico. El juez que ordena una detención o el funcionario que priva de libertad en flagrancia criminal (a diferencia del particular que detiene en flagrancia, que ejerce la legítima defensa propia o de tercero), tienen el deber de hacerlo, sin que la ley les acuerde la posibilidad contraria.

La injerencia ilícita del funcionario como agresión

Como el funcionario que cumple con un deber jurídico lo hace atípicamente (porque su conducta no es antinormativa), quien sufre la coerción no puede resistirse ni defenderse legítimamente. Sólo se justifica la resistencia del habitante cuando la conducta del funcionario sea contraria a su deber, porque actuando ilícitamente incurriría en una agresión ilegítima. Si el juez dispone dolosamente la prisión preventiva por delito no reprimido con pena privativa de la libertad, el imputado puede resistir la detención defendiendo legítimamente contra el juez su derecho a la libertad ambulatoria, toda vez que la decisión sería contraria a lo que expresamente establece el art. 312, inc. 1º del CPPN. No puede hacerlo contra el policía que cumple la orden judicial (sólo puede actuar en el límite del estado de necesidad frente a éste).

No existe el deber de soportar el error del funcionario

Cuando el funcionario actúa dolosamente, es pacífica la opinión de que el particular puede defender cualquier derecho que

se le quiera afectar. Pero los casos más dudosos son los de error, en los que se ha pretendido fijar un límite a la posibilidad de defensa, apelando a teorías con cierto tinte autoritario provenientes del derecho administrativo, donde se sostuvo la idea de que debe reconocerse al funcionario un cierto derecho al error o *privilegio a errar*. No hay razón que explique por qué el error convierte en lícito un ilícito y, por ende, por qué el habitante debe soportar el error del funcionario. Se sostiene que sería condición previa que el particular advierta al funcionario acerca del error, lo que sobreabunda, pues no es más que un requisito general de la legítima defensa: si para evitar la agresión basta con advertir sobre el error, es porque falta el requisito de la necesidad de defensa. Por supuesto que no pueden confundirse los casos de error en cuanto al deber con los deberes de obrar frente a indicios, en que el error es irrelevante porque su margen está abarcado por el deber funcional. El policía tiene el deber de detener al sospechoso en flagrancia, no al culpable; de lo contrario no podría detenerlo hasta después de la sentencia.

§ 193. Legítimo ejercicio de derechos

- 1 Si bien es claro que cuando el funcionario actúa ilícitamente y con dolo, no hay más problemas que los que plantea la legítima defensa en general, existen límites controvertidos respecto de ciertos deberes de injerencia, cuya solución depende de *la amplitud que se le reconozca a derechos fundamentales*, como la integridad física, la libertad ambulatoria, la intimidad, la reserva, etc. Por ello, es preferible tratar estos supuestos como *ejercicios del respectivo derecho*, abarcando tanto los casos en que la agresión ilegítima proviene de un funcionario, como también otros que no presuponen ninguna actuación oficial contraria al deber, como por ejemplo el derecho al aborto terapéutico. Esta enunciación demuestra que su análisis particularizado corresponde a cada uno de los respectivos ámbitos del saber jurídico al que incumbe su análisis (derecho constitucional, procesal, administrativo, etc.), y que la pretensión de resolverlos en sede penal importaría un avance indebido sobre éstos. De allí que el CP se refiera en general al *legítimo ejercicio de su derecho* (art. 34 inc. 4º) como una re-

El ejercicio de un derecho como remisión a otras ramas jurídicas

misión a todo el resto del orden jurídico. Si bien la naturaleza última de toda causa de justificación es el ejercicio de un derecho, la específica mención de este género cumple con la sana función de vincular la justificación a todo el orden jurídico.

El derecho a la libertad de movimientos

La *libertad de movimientos* sólo puede ser restringida en los 2 casos en que proceda la coerción directa administrativa o frente a una condena penal privativa de la libertad (art. 18, CN). Cuando el derecho a la libertad ambulatoria se cancela fuera de estos casos, el acto del funcionario es una agresión ilegítima que justifica una salvaguarda de ese derecho en los límites de la defensa legítima, que puede justificar conductas típicas de evasión (art. 280), resistencia (arts. 237 y 239), lesiones leves (art. 89), etc. De igual forma también estará justificada la acción lesiva en los límites de la legítima defensa de quien salvaguarda su derecho constitucional de opción de salir del país en caso de estado de sitio (art. 23 constitucional).

Integridad física

El *derecho a la integridad física* se afecta cuando el empleo de 3 fuerza o violencia contra el sospechoso de la comisión de un delito o contra la persona cuya conducta es necesario interrumpir, supere los límites de la racionalidad en el ejercicio del deber de coacción directa. El funcionario actuará violando su deber y, por ende, se legitimará la defensa contra él cuando aplique fuerza innecesaria, lo arrastre de los cabellos, lo golpee cuando ya no pueda ofrecer resistencia o lo haga en la cabeza cuando dentro de lo estrictamente necesario puede afectar una parte no vital. Con mayor razón configura una agresión ilegítima el uso indebido del arma reglamentaria. Más allá de cualquier disposición reglamentaria, es una agresión ilegítima el uso de un arma con poder letal sólo para detener a quien se fuga sin ejercer violencia o habiendo cesado en ella.

Aborto

La *justificación del aborto* debe abarcarse dentro del ejercicio 4 del *derecho a la integridad física o mental*, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del llamado sentimental o ético y del eugenésico. Conforme a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86: *si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios*. Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las

hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es in cuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto. En este sentido, cabe observar que la ley vigente, pese a que no se la quiere comprender, es mucho más clara que otras y evita los problemas que han planteado textos menos inteligentes que, en definitiva, han debido desembocar en la famosa *indicación médica*, que no es otra cosa que el enunciado genérico del art. 86.

- 5 Del *derecho a la libertad de conciencia y de cultos* deriva la posibilidad de objetar deberes, aun cuando esta decisión pueda afectar un bien jurídico, como en el caso del *testigo de Jehová* que se niegue a cumplir con deberes de solidaridad impuestos por un tipo penal, o cuando no se cumple con la obligación impositiva por razones de objeción de conciencia. El ejercicio de los derechos que se derivan de la libertad de conciencia sólo se pueden justificar cuando configuran expresiones críticas no violentas contra leyes o actos injustos para los manifestantes que, a la vez, pueden ejercer el *derecho de reunión* (CADH, art. 15).

**Libertad
de conciencia**

- 6 Respecto del *derecho a la privacidad*, como en el caso de tenencia de estupefacientes para uso personal, la impunidad está dada por el impedimento de imputación al tipo objetivo por aplicación de la reserva constitucional y no por ningún derecho que la justifique, pues la autonomía personal que consagra el art. 19 constitucional cancela la posibilidad de que un tipo penal abarque conductas que no afectan a terceros.

Privacidad

§ 194. Concurrencia de causas de justificación

- 1 En general, no es admisible la *concurrencia contraria* de causas de justificación, o sea, que a una conducta justificada se le oponga otra también justificada. Se trataría de un caso de aparente contradicción preceptiva, pero en realidad uno de los preceptos no sería válido, pues no es admisible que una persona esté

**Concurrencia
contraria**

autorizada a realizar una conducta que otra persona está autorizada a evitar o impedir.

Concurrencia positiva

La *concurrencia positiva*, es decir, el supuesto en que dos o 2 más causas de justificación abarcan una única conducta típica del agente es posible, como *concurso de preceptos permisivos*. En este último supuesto no cabe excluir ninguna de las justificaciones, aun cuando una de ellas sea suficiente para justificar la acción típica, en razón de que no hay jerarquía entre las causas de justificación.

Especialidad y subsidiaridad

No obstante, cabe advertir que existe la posibilidad de que 3 entre éstas pueda darse una aplicación del *principio de especialidad* (ver § 268.3) por el que sean incompatibles los objetivos perseguidos por los respectivos preceptos permisivos, es decir, que medie una incompatibilidad teleológica de los preceptos. La pretensión de aplicar el principio de subsidiaridad (ver § 268.3) no es viable, porque importaría consagrar una jerarquización de las causas de justificación.

§ 195. El menor contenido injusto en el art. 35 CP

Las múltiples interpretaciones del art. 35 CP

El art. 35 establece una disminución de pena para *el que 1 hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad*. La pena aplicable en ese supuesto es *la fijada para el delito por culpa o imprudencia*. Pocas disposiciones ofrecieron interpretaciones tan dispares como este artículo. (a) Para algunos el art. 35 abarca sólo conductas culposas; (b) otros entienden que se trata de conducta dolosas; (c) hay quienes opinan que las acciones allí previstas registran una atenuación que se funda en un error de hecho vencible que las hace culposas; (d) para otro sector, registran un menor grado de culpabilidad por miedo o emoción; (e) según otros la menor culpabilidad responde a un error vencible de prohibición; (f) algunos combinan posibilidades, sosteniendo que la atenuación responde a un menor contenido injusto tanto como a una simultánea reducción de la culpabilidad por error vencible o por imputabilidad disminuida (turbación); g) suele distinguirse el exceso *extensivo* (cuando la conducta continúa

una vez cesada la situación objetiva de justificación) e *intensivo* (cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario). Dentro de esta variante hay quienes (1) afirman que el art. 35 comprende ambas hipótesis, (2) otros que afirman que sólo abarca el exceso extensivo y (3) otros para quienes sólo abarca el intensivo; (h) por último, existen opiniones dispares respecto de los supuestos del art. 34 al que se refiere el art. 35. Esta enumeración de discrepancias pone de manifiesto la enorme dificultad que ofrece el texto, muy poco recomendable desde la perspectiva de *lege ferenda*.

- 2** Los antecedentes legislativos de esta disposición son también complicados, porque hacen imposible acudir a la genealogía del dispositivo para aclarar su alcance, dado que contenían requisitos que fueron desapareciendo en el proceso de elaboración legislativa y, en definitiva, no responde a ningún modelo de su tiempo.

La inutilidad de la interpretación genealógica

- 3** Ante la disparidad de interpretaciones, cabe partir del entendimiento más respetuoso de la propia letra de la ley. Por ende, sin agregar requisitos que la ley no menciona, parece que lo más correcto es entender que se trata de la previsión de una hipótesis de menor contenido injusto, toda vez que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada. Es la única interpretación que evita atribuir la atenuación a un error vencible o a otra causa que disminuya la culpabilidad, lo que no exige en ningún momento la ley.

No existen otros requisitos que los legales

- 4** El fundamento es claro sin salir del plano del injusto: *existe una mayor carga de antijuridicidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica que en otra que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente*. El requisito de que se inicie justificadamente se desprende de que *nadie puede exceder el límite de un ámbito en el que nunca ha estado*. (a) Esto no significa excluir totalmente del art. 35 el llamado *exceso intensivo*, sino sólo cuando éste se opera *ab initio*: no habrá exceso en la legítima defensa cuando alguien agrede a puñetazos y es repelido con un cañonazo. (b) Habrá menor contenido injusto cuando la conducta que comienza siendo justificada se continúa fuera del permiso, como cuando la conducta que comenzó siendo defensiva, se sigue realizando una vez cesada la agresión o su amenaza (exceso *extensivo*): habrá exceso cuando quien repele la agresión a puñetazos, continúa propinándolos una

El menor contenido antijurídico

vez que el otro ha cesado de hacerlo. (c) También lo habrá cuando el agresor sigue agrediendo, pero con un medio menos lesivo, y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes (exceso *intensivo*): el que agredió con disparos de arma lo sigue haciendo con los puños, y el que se defendió con otra arma de fuego sigue disparando.

**Hipótesis
que abarca**

Como el texto no precisa a qué incisos del art. 34 se refiere, **5** se han planteado dudas acerca de la posible inclusión de la coacción. Siempre se excluyó del art. 35 el supuesto del inc. 1º del art. 34, y en tiempos de la sanción del CP (1921) se sostuvo que abarcaba el exceso de cualquier supuesto de los incs. 2º a 7º del art. 34, lo que parece inadmisibile, puesto que siempre se tratará de un problema que debe resolverse en el plano del injusto y en el cual su mayor campo será, indudablemente, la legítima defensa y el estado de necesidad. En cuanto al cumplimiento de un deber jurídico, en principio, siendo una causa de atipicidad y no de justificación, es inadmisibile; no obstante, cabe atender la posibilidad de un menor grado de antinormatividad y, en consecuencia, de un injusto atenuado, particularmente en los casos en que el exceso tenga lugar en conductas defensivas que se realizan en cumplimiento de deberes jurídicos. Creemos que pueden plantearse hipótesis de exceso en los casos de legítima defensa y de estado de necesidad justificante. La coacción queda abarcada sólo cuando configura un estado de necesidad justificante.

CAPÍTULO 20

Concepto, ubicación y elementos positivos de la culpabilidad

§ 196. Necesidad de la culpabilidad como reproche personal del injusto basado en la autodeterminación

1 La culpabilidad es el tercer carácter específico del delito, consistente en un *juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste*, es decir, si puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche.

Concepto de culpabilidad

2 De este puente entre injusto y pena no puede prescindirse porque no es admisible el criterio de graduar la pena mecánicamente conforme al mayor o menor contenido injusto. Eso sólo sería racional si todos los humanos fuésemos iguales e inmutables (es decir, si no fuésemos humanos).

Necesidad de este carácter

Por suerte, tenemos personalidades, entrenamientos, fortuna, sexo, fuerza, instrucción, habilidades, edades y capacidades muy diferentes entre nosotros; también por fortuna cambiamos constantemente, porque nos vamos haciendo a nosotros mismos en el curso de nuestra existencia y reaccionamos de modo diferente según las circunstancias de la constelación situacional en que actuamos.

3 Justamente por eso es necesaria la personalización a la hora de proporcionar una respuesta jurídica basada en un reproche al agente. Por ende, un criterio racional que pretenda ser mínimamente equitativo en el reparto del poder jurídico de contención

Necesidad de personalización

del poder punitivo, requiere un puente también mínimamente personalizado entre el injusto y la responsabilidad.

Reproche según el ámbito de autodeterminación

La culpabilidad se entiende como un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de autodeterminación con que actuó. De ello se sigue que el principio de que *a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación* y que *no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación*, sea un mínimo requisito de racionalidad. 4

No presupone el "libre albedrío" idealista

Esta cuestión no se vincula al concepto idealista o romántico de *libre albedrío*, entendido como ficción según la cual todos los humanos son igualmente libres. En tal caso la culpabilidad resultaría innecesaria porque para ser todos igualmente libres en cualquier circunstancia, sería necesario que fuésemos iguales e inmutables. Precisamente por tener diferentes ámbitos de autodeterminación se hace necesario precisar cuál fue el que, en concreto, tuvo la persona en el momento de realizar el acto, teniendo en cuenta sus condiciones personales generales, las modificaciones que sufría en esa coyuntura y las circunstancias en que se hallaba en concreto. 5

Además, si sobre la base de una antropología romántica se admitiese la libertad de decisión como absoluta, ilimitada e incondicionada, se caería en la paradoja de permitir en cualquier caso concluir, con igual facilidad, en la responsabilidad tanto como en la irresponsabilidad. Un ser absolutamente libre puede ser considerado absolutamente responsable, pero también debe reconocérsele la posibilidad de destruirse y rehacerse en forma igualmente absoluta, o sea, de suprimir su identidad y construir permanentemente otra.

¿La autodeterminación es una ilusión metafísica?

Todos nos movemos con cierto ámbito de decisión que *no es infinito ni idéntico en todas las circunstancias*. No obstante, hay quienes afirman que esto es (o puede ser) una ilusión, dado que la autodeterminación no es verificable empíricamente y, por ello, sería imposible fundar *científicamente* un juicio de reproche personalizado. Agregan que esa ilusión es un concepto *metafísico* y, por ende, no mensurable, por lo que sería imposible que indique un *quantum*. 6

Es imposible descartar la autodeterminación

Contra este argumento cabe observar:

(a) Que tampoco el determinismo es verificable empíricamente. Si bien nadie puede verificar que en este momento decido es- 7

cribir, tampoco puede verificar que estoy determinado a escribir, y menos a hacerlo sobre la culpabilidad.

(b) Es científicamente verificable que en la interacción social los humanos nos comportamos como si tuviésemos ámbitos de autodeterminación y nos formulamos reproches o nos felicitamos, nos insultamos o nos abrazamos, nos consideramos amigos o enemigos, todo conforme a este criterio. En tal sentido, *todos somos metafísicos*, incluso el científico más determinista cuando deja su laboratorio y en la esquina choca su vehículo.

(c) Por otra parte, la psicología prueba que cada uno de nosotros, según nuestra personalidad y la situación vivencial concreta, tenemos cierto catálogo limitado de conductas posibles. El valiente en la guerra puede padecer una fobia a las cucarachas; el extrovertido reacciona de modo diferente al introvertido, el tímido al osado; etc. Esto es perfectamente verificable tanto intuitiva como científicamente y, por ende, señala magnitudes cuantificables o estimables.

(d) De igual modo es verificable que quien dispone de experiencia y entrenamiento puede enfrentar algunas circunstancias con más opciones de comportamiento que otro, lo cual también permite señalar magnitudes.

(e) Además, la posibilidad de optar es un atributo de la noción de persona en el sentido del derecho internacional de los derechos humanos (ver § 40) y del propio derecho constitucional. ¿En qué quedaría la soberanía popular sin este componente? ¿Qué valor tendrían las elecciones si no se admitiese que las personas son capaces de elegir? Hay una *antropología* (un concepto del ser humano) *jushumanista* (de derecho internacional de los derechos humanos) y una *antropología constitucional* que presuponen la capacidad de elegir y optar en las personas, *sin la cual perdería dicho atributo*.

§ 197. Insuficiencia de ese reproche para indicar criterios de contención del poder punitivo

- 1 Por supuesto que el reproche personalizado al autor de un injusto es un reproche del acto, o sea, que *se le reprocha lo que hizo* (la acción típica y antijurídica) y *no lo que es*. Desde el punto

La referencia a la culpabilidad de acto

de vista del derecho constitucional (art. 19 CN) se debe mantener estrictamente el derecho penal de acto (ver supra, § 14), rechazando todas las pulsiones del derecho penal de autor. La aclaración es necesaria porque en este carácter es donde con mayor fuerza proyecta sus tintes autoritarios el derecho penal de autor.

El injusto es el objeto del reproche y no síntoma de nada

Dentro del derecho penal políticamente liberal, el injusto no **2** es un síntoma de la personalidad (el carácter, la vida, etc.) del autor, sino el objeto mismo del reproche, que es muy diferente.

Los funcionarios del estado no son maestros primitivos que avergüenzan a los niños con bonetes de burro en los rincones, sino personas iguales a todos, habilitadas especialmente para reprocharle a otras personas sus conductas configuradoras de conflictos tipificados, personalizando el reproche en razón de los particulares ámbitos (más estrechos o más amplios) de autodeterminación de que hayan dispuesto para decidir las.

La personalidad condiciona el ámbito de autodeterminación

Esto no significa que para establecer el juicio de reproche **3** personalizado no deba tomarse en cuenta la personalidad del agente, pues forma parte de la circunstancia en que actuó. Pero la personalidad juega un papel muy diferente, según se la tome en cuenta en una culpabilidad de acto (liberal y constitucional) o en una culpabilidad de autor (de carácter, de personalidad, de conducción de vida o como quiera llamársele), es decir, dentro de un esquema autoritario e inconstitucional.

(a) En la culpabilidad de acto la personalidad sirve para señalar el catálogo de posibles conductas que el sujeto tenía a su disposición, el menú del que pudo servirse a la hora de elegir. No se le reprocha la personalidad misma, sino el ámbito de decisión que su personalidad contribuía a configurar. *En función de la personalidad se le reprocha lo que hizo.*

(b) En la culpabilidad de autor no importa el catálogo de posibles conductas, sino que se le reprocha la personalidad misma, el injusto sólo sirve como síntoma que permite al funcionario reprocharle al agente su *ser*. *En función del injusto se le reprocha lo que es.*

Consecuencias de la consideración de la personalidad en la culpabilidad de acto y de autor

Las consecuencias de una u otra perspectiva son muy diferentes en la práctica: si tomamos el caso de una persona que tiene una personalidad muy débil y sugestionable y que ha participado en un robo con violencia porque ha sido arrastrada al he- **4**

cho por la autoridad ejercida sobre él por un jefe o cabecilla, para la culpabilidad de acto será menos reprochable que si hubiese tenido una personalidad fuerte y nada sugestionable. Para la culpabilidad de autor será más reprochable porque el hecho cometido y cualquier otro son más compatibles con su personalidad débil y pueden repetirse siempre que se encuentre con otro cabecilla que la sugestione.

En el caso de la reincidencia, si se prueba que la anterior intervención del sistema penal fue fijadora de roles desviados, que el sujeto fue vejado y condicionado por una prisionización en condiciones degradantes, que esa intervención le dificultó su reinserción laboral y familiar, que le estrechó sus posibilidades de desenvolvimiento normal en la sociedad, que lo dejó estigmatizado y subjetivamente deteriorado, es claro que su ámbito de autodeterminación se hallará realmente reducido y, por ende, su culpabilidad deberá ser reducida. Para la culpabilidad de autor, como el sujeto será más proclive al acto realizado, en razón de su personalidad configurada por esas vivencias, ésta le será reprochada y, por ende, su culpabilidad será mayor.

En definitiva, la culpabilidad de autor no es otra cosa que una espiritualización grosera de la vieja peligrosidad positivista, como veremos luego (ver § 199.6).

- 5 En el entendimiento de que siempre nos estamos refiriendo a un derecho penal de acto (constitucional y políticamente liberal), cabe preguntarse si el reproche del injusto formulado sólo sobre la base del ámbito de autodeterminación es realmente adecuado para la cuantificación de la culpabilidad y si realmente es un juicio ético.

El juicio de reproche del acto no es ético

Sin duda que este reproche del acto responde a una forma que está inspirada en la ética tradicional (Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel), aunque *sólo en la forma*, porque el *juicio en sí no es ético*, dado que no toma en cuenta la selectividad del sistema penal. Cualquier persona a la que se le reproche un injusto penal –desde el ladronzuelo o ratero hasta el genocida–, puede argumentar que se la ha seleccionado con cierta arbitrariedad y reclamar: *¿Por qué a mí? ¿Por qué no a los otros?*

Sabemos que los procesos a los criminales nazis fueron reducidos considerablemente cuando comenzó la *guerra fría*. Pocos

criminales latinoamericanos contra la humanidad fueron sometidos a juicio, y en esos pocos casos no se aplicaron las reglas de la participación criminal, pues no fueron enjuiciados los ministros, los jueces complacientes, los consejeros, etc. Muchos rateros son penados, pero no lo son estafadores de gran vuelo. Nuestros países han perdido muchos miles de millones por administraciones infieles de sus áreas económicas y ningún ministro de economía ha sido procesado por eso. Los países periféricos pagan deudas con intereses usurarios y nadie ha procesado a los acreedores ni a quienes los han comprometido abusivamente. Los recortes presupuestarios en el área de dispensarios causan la muerte de miles de niños por diarrea estival en toda la región y nadie procesa a los responsables. Se procesa a los médicos por mala praxis, pero no a los responsables del área que no los proveen de los elementos necesarios para diagnosticar y tratar adecuadamente. Se procesa a los conductores de vehículos colectivos por homicidios culposos, pero no a las empresas que les imponen o permiten cargas horarias insólitas. Y así podríamos seguir casi al infinito, y todo ello es perfectamente verificable.

No se legitima el poder punitivo sino su contención jurídica

Dado que el juicio de reproche es *selectivo y discriminatorio*, **6** *no es ético*. Como no es ético, no legitima el ejercicio del poder punitivo.

Pero la culpabilidad es un juicio de reproche que no tiene por objeto legitimar el ejercicio del poder punitivo, sino señalar un filtro, o sea, proporcionar un criterio racional de limitación del ejercicio de ese poder. No convierte al poder punitivo en racional, sino que sólo dota de racionalidad a la actividad de contención.

Reiteramos que las agencias jurídicas disponen de un limitado poder de contención del ejercicio del poder punitivo, que deben administrar racionalmente. El poder punitivo no se vuelve racional por ello, sino que *lo racional es la distribución equitativa que la agencia jurídica hace de su limitado poder*. Es como si hubiese que decidir la prioridad para recoger a los náufragos, cuando se dispone de un limitado poder de rescate, y se decide atender primero a los inocentes que cayeron al mar, luego a quienes voluntariamente se pusieron en riesgo y, por último, a quienes hundieron la nave, sin perjuicio de que a veces, por razones de humanidad, se atenúe este orden.

- 7 No es novedoso el cuestionamiento a la pura culpabilidad de acto como base ética del reproche en ninguna sociedad, pues todas son estratificadas y conceden espacios sociales diferentes a las personas según su *status*. Como no existe el estado de derecho ideal ni la sociedad con movilidad vertical ilimitada, hay personas a las que se les concede un espacio social amplio y otras que quedan en límites de subsistencia, y es claro que esto tiene influencia en el ámbito de autodeterminación de cada uno.

**La co-culpabilidad
como correctivo**

Fue Jean Paul Marat (ver § 68) quien primero llamó la atención sobre esto en el contractualismo. Cien años más tarde el *buen juez Magnaud* en Francia escandalizó a sus colegas bonapartistas y burócratas y se hizo famoso en toda Europa, llegando a ser elogiado por Tolstoi y sus sentencias traducidas a varias lenguas, cuando en definitiva no hacía más que considerar a la miseria un estado de necesidad justificante o inculpante, según el caso.

El codificador argentino citó expresamente a Magnaud cuando agregó en la fórmula del art. 41 CP *especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos*. Con mucha posterioridad, en algunos países del llamado *socialismo real* se agregó una fórmula que relevaba el espacio social a los efectos del reproche o de la pena. Se llamó a esto *co-culpabilidad*.

Se decía que había una *co-culpabilidad de la sociedad* cuando no le había brindado al sujeto un espacio social adecuado para su desarrollo y que había que descargársela al agente en el momento de cuantificar el reproche y la pena.

- 8 Sin embargo, la idea de co-culpabilidad, pese a significar un notorio progreso, era insuficiente en varios sentidos.

**Insuficiencia
conceptual de la
co-culpabilidad**

(a) En principio, evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa del delito, ignorando que desde Sutherland (y aún mucho antes) sabemos que el delito permea todas las capas sociales. Se trata de una tesis tributaria de la vieja criminología etiológica de cuño socialista de comienzos del siglo pasado, como la de Bonger, que si bien tuvo el mérito de señalar las causas económicas del delito, ponía el acento en la pobreza y sólo en la delincuencia criminalizada o prisionizada.

(b) Si se corrigiese el error anterior, la consecuencia lógica de la co-culpabilidad consistiría en menor poder punitivo para los

pobres y más para los ricos. Esto termina en lo que hoy algunos llaman *derecho penal a dos velocidades*: más garantías (más contención del poder punitivo) para el delito común y menores (menos contención del poder punitivo) para el delito organizado, empresarial, etc. (según la fijación que aqueje a cada autor). La experiencia histórica demuestra que la excepcional habilitación del poder punitivo siempre termina ordinariizándose. Por eso el derecho penal no tiene dos velocidades, sino caja automática: avance y retroceso, y toda derogación de limitaciones al poder punitivo es una marcha atrás hacia la inquisición.

(c) En tercer lugar, la co-culpabilidad sigue ignorando el problema de la selectividad del poder punitivo. Sea quien fuere el seleccionado, como lo señalamos, puede objetar la arbitrariedad selectiva, de la que no se hace cargo este concepto. Se trató de una rectificación interesante, pero que siguió operando con la ficción de que el poder punitivo se reparte igualitariamente, cuando sabemos científicamente que lo hace con altísima selectividad criminalizante.

La pura culpabilidad de acto no es un juicio ético ni racional

En conclusión, incluso considerando el correctivo de la co-culpabilidad, la culpabilidad de acto no es un juicio ético porque no puede responder a la objeción de que habilita un poder que se ejerce discriminatoriamente sobre la población.

No puede ser ético un juicio que habilita un poder que prisioniza según la vulnerabilidad de las personas, o sea, que se reparte como si fuese una epidemia, representando un peligro para los que socialmente están más expuestos por estar más lejos del poder. *Pero no sólo no es ético, sino que tampoco es racional, porque no lo es proponer a las agencias jurídicas que agoten su potencial de contención del poder punitivo ignorando por completo su falla ética más notoria.*

§ 198. La culpabilidad penal como síntesis de la culpabilidad por el acto y por la vulnerabilidad

El estado de policía se repliega a la culpabilidad de acto pura

Tanto la ética como la racionalidad exigen a las agencias jurídicas que agoten su poder de contención neutralizando hasta donde les sea posible el fenómeno estructural de la selectividad del po-

der punitivo, lo que no consigue la pura culpabilidad de acto, porque no lo toma en cuenta.

La culpabilidad de acto marca el máximo de reproche que permite habilitar poder punitivo. Se trata del máximo esfuerzo del poder punitivo admisible en el marco de un derecho penal de acto (constitucional), al que se opone el dato de la selección criminalizante.

En este nivel analítico de la teoría del delito también se produce la tensión entre las pulsiones del estado de policía y el de derecho. El estado de policía pugna por la culpabilidad de autor o por cualquier otro concepto que –con ese u otro nombre– construya el puente entre el injusto y la pena habilitando poder punitivo sobre la base del reproche de lo que el agente es y reduciendo el injusto a un mero síntoma.

Cuando el estado de policía debe abdicar al derecho penal de autor frente a la barrera del art. 19 constitucional, no por ello deja de presionar para filtrar poder punitivo, sino que, perdida una batalla, se repliega a la culpabilidad de acto pura, pretendiendo legitimar el poder punitivo desde esa posición.

- 2 Si bien hay un avance del estado de derecho cuando obliga al de policía a replegarse hasta la culpabilidad del acto y a descartar la consabida *razón de estado*, la dialéctica pulsional entre ambos principios no cesa, porque la ética mínima y la racionalidad de los actos de gobierno que deben regir al estado de derecho exigen que se tome en cuenta el dato de la selectividad del poder punitivo.

Surge así un nuevo momento pulsional dialéctico entre la culpabilidad del acto pura y la consideración de la selectividad criminalizante. *La culpabilidad penal del estado de derecho no puede ser la simple culpabilidad por el acto, sino que debe surgir de la síntesis de ésta (como límite máximo del reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de la selectividad.* Sólo de este modo resulta ético y racional el reparto del poder jurídico para contener el poder punitivo (para recoger naufragos). Para elaborar este *principio que contrastará con la culpabilidad por el acto y que en definitiva se sintetizará en la culpabilidad penal*, deben tomarse en cuenta los datos reales de la selectividad.

**Un nuevo
momento
pulsional: la
selectividad
como antítesis
de la culpabili-
dad de acto**

Los criminalizados por estereotipo

Sabemos que la selección criminalizante se lleva a cabo principalmente en razón de estereotipos y recae sobre criminalidad grosera o burda practicada por personas de las clases más subalternas, sin entrenamiento para cometer hechos más sofisticados y, por ende, de más difícil captación por el sistema penal. **3**

Por otra parte, aun así, se captan de preferencia a las personas que presentan las características externas atribuidas a los autores de esas obras delincuenciales groseras, y que se reproducen por efecto de la fijación y asunción del rol desviado, impulsada por el mismo poder punitivo.

Esto demuestra que la mayoría de los criminalizados no lo son tanto por lo que hicieron sino porque lo hacen groseramente y ello los coloca al alcance del sistema penal.

La peligrosidad del sistema penal

Esto muestra que *el sistema penal presenta diferentes grados de peligrosidad*, según características personales y *status social* de los habitantes: *la peligrosidad del poder punitivo* es mayor para los hombres, los adolescentes y jóvenes, los desocupados y sin inserción estudiantil, los inmigrantes de países vecinos, los menos inteligentes, los que se parecen más a la imagen negativa del delincuente proyectada por los medios masivos, quienes están peor vestidos o se muestran más desaliñados, quienes viven en barrios con baja rentabilidad, quienes forman parte de minorías estigmatizadas, etcétera. **4**

Por el contrario, es menor para las mujeres, los más adultos y los viejos, los que tienen trabajo o inserción estudiantil, los nacionales, los más hábiles, quienes tienen aspecto de ciudadanos de clase media, quienes visten mejor y con elegancia, quienes viven en barrios de mayor rentabilidad, quienes no se identifican con ninguna minoría estigmatizada, etc. Todo esto se verifica cuando se piden identificaciones en la vía pública o cuando se seleccionan personas en las *razzias* policiales.

La mayoría de la población está en peligro

Pero no sólo son muchas las personas que se hallan en estado de preferente vulnerabilidad al poder punitivo, sino que, dado el deterioro de las condiciones sociales en toda la región, puede afirmarse que la mayoría de la población se halla en estado de vulnerabilidad, o sea, que el poder punitivo presenta un alto grado de peligrosidad para la mayoría de la población. No obstante, la criminalización sólo recae sobre unos pocos. Esto indica que no **5**

es el mero *status* o estado de vulnerabilidad lo que decide la selección criminalizante.

- 6 Efectivamente: la selección se produce en razón de una *situación de vulnerabilidad*, en la que sin duda juega un importantísimo papel el estado de vulnerabilidad, pero no la agota. La peligrosidad del poder punitivo se concreta en una situación particular, o sea, que *algo suele hacer la persona para alcanzar esa situación concreta de vulnerabilidad*.

La actividad de los seleccionados

Y es verdad, siempre media un esfuerzo o contribución personal que hace que una persona, partiendo de cierto estado de vulnerabilidad, alcance la *situación particular* en que se concreta el peligro del poder punitivo. A esto llamamos *el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*.

- 7 A nadie se le puede reprochar razonablemente su estado de vulnerabilidad, sino *sólo el esfuerzo personal por alcanzar la situación en que el poder punitivo se concreta*. Y, en efecto, este esfuerzo es muy diferente según los casos.

El estado de vulnerabilidad no es reprochable

(a) Excepcionalmente, hay personas que parten de un estado de vulnerabilidad muy bajo y realizan un esfuerzo formidable hasta que alcanzan la situación concreta, como sucede en el caso de los genocidas, de grandes delincuentes económicos, etc. Por lo general se trata de casos de retiro de cobertura por efecto de luchas de poder.

También hay otros supuestos en que desde un bajo estado de vulnerabilidad se realizan injustos brutales y con ellos se alcanza la situación concreta, como son los homicidios múltiples, etcétera.

(b) Hay otros supuestos de personas que partiendo de un elevado estado de vulnerabilidad y pese a que el esfuerzo que hubiesen necesitado para alcanzar la situación concreta hubiese sido muy reducido, no obstante llevan a cabo también esfuerzos formidables para ponerse en esa situación. Tales son homicidios brutales, agresiones sexuales despiadadas, supuestos que bordean la psicopatía, etcétera.

(c) Pero el grueso de los criminalizados no realiza grandes esfuerzos por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, pues parten de un estado bastante elevado y les basta muy poco para que se concrete en ellos la peligrosidad del poder punitivo.

porque lo más sencillo es seleccionar a quien camina por la calle vestido de ladrón, casi tanto como individualizar carteros, albañiles u operarios fabriles. Les basta un esfuerzo pequeño para que el poder punitivo concrete su peligrisidad en ellos.

Por supuesto que hay momentos especiales en que la vulnerabilidad puede variar por otros factores, como puede ser la insistencia en la selección política, que tiene lugar en los regímenes autoritarios. No obstante, las reglas no cambian mucho, pues sólo se modifican los estereotipos: se cambia el del ratero por el del disidente.

La distribución del poder contenedor según el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad

Distribuir el poder jurídico de contención del poder punitivo 8 según la magnitud del esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad es (a) racional y (b) posible.

(a) Como las agencias jurídicas cuentan con limitado poder de contención de las pulsiones del poder punitivo, es razonable que dediquen sus mayores empeños para los que poco han hecho para ser alcanzados por éste, o sea, a quienes el alto estado de vulnerabilidad del que partieron fue determinante de su criminalización y, por el contrario, que no descuiden pero tampoco agoten un poder muy limitado en quienes se han empeñado en un esfuerzo considerable por llegar a la situación concreta de vulnerabilidad. Es la lógica de la preferencia en la salvación de los náufragos.

Teniendo en cuenta que el esfuerzo jurídico colisiona constantemente con las fuerzas del estado de policía que le ponen sitio, resulta legítimo que el derecho penal reproche el esfuerzo personal por alcanzar la situación de vulnerabilidad, porque *esa es la medida del esfuerzo que la persona realiza conspirando contra el propio derecho penal, en cuanto a su cometido pacificador y reductor de violencia*. En otras palabras: *el esfuerzo por la vulnerabilidad es la contribución personal del sujeto a las pretensiones legitimantes del poder punitivo y, por ende, contrario al esfuerzo reductor y pacificante del derecho penal*.

(b) Por otra parte, es en general verificable que las agencias jurídicas disponen de mayor espacio de contención también cuando el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad por parte del sujeto ha sido menor y viceversa. Escaso poder de contención tienen frente a un genocida, a un delincuente económico de alto vuelo o a un homicida múltiple. Esta verificación no

puede negarse invocando ejemplos de presión política o de corrupción, pues demuestran que el sujeto no ha perdido el bajo nivel del estado de vulnerabilidad originario; se supone que nos referimos a supuestos en que las agencias jurídicas deben resolver fuera de esas interferencias, o sea, cuando el agente ha sufrido la pérdida de cobertura.

- 9 *La culpabilidad por la vulnerabilidad no es un correctivo de la culpabilidad por el acto, sino su contracara dialéctica, de la que surge la culpabilidad penal como síntesis.* Dado que la culpabilidad por la vulnerabilidad opera como antítesis reductora, nunca puede la culpabilidad penal resultante de la síntesis superar el reproche de la culpabilidad por el acto.

La culpabilidad por el acto no puede ser sobrepasada en la síntesis

- 10 Puede discutirse si la culpabilidad por la vulnerabilidad es culpabilidad de autor, aunque no hay razones para creerlo, dado que se trata de componentes del hecho mismo, pero aun concluyendo que lo sea, no tiene importancia, dado que en el peor de los casos sólo podría resultar en la síntesis un reproche equivalente al de la culpabilidad por el acto. Es algo similar a la analogía *in bonam partem*, que no viola el requisito de legalidad precisamente porque no se la usa para extender el poder punitivo sino para reducirlo; en este caso, la culpabilidad por la vulnerabilidad sólo podría reducir el ejercicio del poder punitivo o, en la peor hipótesis, no afectar lo indicado por la culpabilidad por el acto.

No importa si es de autor o de acto, porque siempre es "in bonam partem"

- 11 Cabe preguntarse si hay supuestos en que, verificada la culpabilidad por el acto, la culpabilidad por la vulnerabilidad es tan ínfima o negativa que cancela ésta y determina que no haya culpabilidad penal. Son casos excepcionales, pero no por ello dejan de existir. En especial, se trata de supuestos en que media provocación oficial (agente provocador) y sin embargo el injusto no deja de ser tal, por no tratarse de un delito experimental o de imposible consumación. Más adelante nos referiremos a estos supuestos (ver § 250).

Excepcionalmente neutraliza la culpabilidad por el acto

- 12 En síntesis, puede afirmarse que *la culpabilidad por la vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche formalmente ético, sino un paso superador de ésta, que -como todo proceso dialéctico- la conserva en su síntesis.* Afirmada la culpabilidad formalmente ética como culpabilidad pura por el hecho, conforme al ámbito de autodeterminación con que el sujeto pudo delinquir y señalando conforme a ella un cierto grado de reproche, la

Síntesis conceptual

culpabilidad por el esfuerzo del sujeto para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad se le opone, para contrarrestar su desconsideración de la selectividad y, en la medida que corresponda, se sintetiza en una culpabilidad normativa penal que puede reducir el reproche por el acto pero nunca ampliarlo. La culpabilidad penal resultante de esta síntesis traduce el esfuerzo (ético y legítimo) del saber jurídico-penal por reducir (hasta donde su poder alcance) el resultado de la culpabilidad formalmente ética.

El concepto de culpabilidad penal que podemos proporcionar después de haber transitado este análisis es más completo: sería el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.

Excursus: Las diferentes posiciones doctrinarias

§ 199. Del fundamento ético a la razón de estado

Ubicación de la cuestión

Hemos desarrollado el concepto de culpabilidad sin hacer referencias a otras construcciones teóricas a su respecto, por razones de claridad expositiva. La enorme disparidad de criterios respecto del elemento conectante entre el injusto y la pena es tal, que es imposible comenzar con su exposición sin correr el riesgo de confundir a quien se está introduciendo en el tema. Por tal razón, una vez expuesto el criterio que se sustenta, pasamos a ver las variab- 1
les doctrinarias desde comienzos del siglo XX hasta la actualidad.

El inevitable puente entre injusto y pena

No existe sistema o teoría del delito sin un puente con la res- 2
ponsabilidad de la agencia jurídica en cuanto a la habilitación de

poder punitivo (con la pena en la terminología tradicional), pero los caminos para construirlo han sido muy diferentes. La enorme disparidad constructiva se explica porque se trata del nivel teórico más específicamente penal (el más alejado del derecho civil y del derecho administrativo) y, por ende, en él se manifiesta mejor la disparidad tan enorme entre los puntos de partida, esto es, entre las funciones asignadas al poder punitivo que se colocan como cimientos de construcciones teóricas que rematan en cúpulas completamente diferentes. Mientras se construyen los cimientos, las diferencias no son notables, pero a medida que la estructura se va perfeccionando éstas alcanzan disparidades formidables.

- 3** Algunas de estas variables sólo merecen mencionarse como curiosidades históricas. Para evitar confusiones es mejor obviar detalles y limitarse a tener en cuenta los criterios clasificatorios que permiten ubicarse frente a cualquier enunciado. La confusión proviene de que las construcciones teóricas se elaboran con una opción doble, que opera como dos ejes entrelazados en espiral.

Ordenación de los criterios de construcción que se han seguido

Todo depende de que se opte por: (a) un *derecho penal de acto o de autor*, y, además, (b) un *derecho personalista o transpersonalista*. Combinando ambas opciones surgen todas las variables constructivas del puente entre injusto y pena.

(a) Como se ha visto, el derecho penal de acto desvalora lo que el agente *hizo* y el derecho penal de autor lo que el agente *es*. El primero desvalora la acción y el segundo a la persona.

(b) En cuanto al concepto general del derecho, unos optan por ponerlo al servicio de la persona (derecho personalista o intrascendente) y otros al de algún ídolo transpersonal (nación, estado, sociedad, clase, raza, cultura, etc.). Algunos ídolos no lo son en tanto se consideren bienes de las personas, pero pasan a serlo cuando se invierte la cuestión (el estado se convierte en ídolo cuando se considera que las personas están a su servicio). En estos casos, el poder punitivo se habilita (se imponen penas) sólo por *supuestas necesidades del ídolo* al que se sacrifica la persona. Esas necesidades idolátricas son siempre una vieja conocida: la *razón de estado* (se racionaliza el sacrificio de la persona al estado, que se convierte en una ficción que oculta el interés del que manda).

La versión más autoritaria: la peligrosidad policial

La combinación de razón de estado con derecho penal de au- 4
tor es la mezcla más peligrosa en la construcción del elemento vinculante entre injusto y pena. La expresión más abierta y duradera de esta combinación fue la llamada *peligrosidad* del positivismo de comienzos del siglo pasado (ver § 74.6 y ss.). *No se trataba más que de un concepto policial administrativo que aspiraba a captar todos los estereotipos negativos y aumentar la habilitación de poder punitivo sólo por cargar con ellos.* Era absolutamente incompatible con los principios y con la antropología constitucionales, pero servía como pocos conceptos al estado de policía, porque su potencial legitimante era formidable.

La culpabilidad como deuda

Superado este momento de terrible decadencia del pensamien- 5
to penal, se volvió a la *culpabilidad*. La diferencia entre injusto y culpabilidad proviene del derecho privado y se perfeccionó en el siglo XIX por obra de Rudolf von Jhering. *Culpabilidad* es una expresión que en alemán significa también *deuda* (*schuld*), duplicidad que se conserva en castellano, aunque haya caído en desuso (la antigua versión del *Padrenuestro* usaba *deudas* por *culpas*). La idea de *culpabilidad*, por ende, presupone un juicio, un reproche, una exigencia.

La culpabilidad como peligrosidad espiritualizada

Cuando el poder punitivo perdió su discurso legitimante máxi- 6
mo de la *peligrosidad*, no tuvo más recurso que jugar sus pulsiones dentro del concepto de culpabilidad, para lo cual se llevaron a cabo incontables esfuerzos para hacer de la culpabilidad un *equivalente funcional de la vieja peligrosidad*, o sea, para construir una *peligrosidad espiritualizada*.

Esto explica las muchas apelaciones al derecho penal de au- 5
tor y la consiguiente elaboración de culpabilidades de autor, y también la disparidad de ubicaciones del concepto que sirve de puente entre el injusto y la teoría de la responsabilidad: (a) unos lo colocan en la propia teoría del delito (la culpabilidad del delito se proyecta sobre el poder punitivo); (b) otros lo apoyan en dos patas, una en la teoría del delito y otra en la de la pena (quienes pretendieron que hay una culpabilidad para el delito y otra para la pena); (c) sin que falten otros que construyeron un *tertium* poco claro, que llaman *teoría del autor*.

De cualquier manera, como con la culpabilidad por el acto se llega a soluciones por lo general opuestas a las del juicio médico-

policial de la peligrosidad, no es de extrañar la tendencia a construir el concepto de culpabilidad como un equivalente funcional de la peligrosidad.

- 7 En los comienzos de la dogmática jurídico-penal del siglo XX suele explicarse que regía la llamada *teoría psicológica de la culpabilidad*, propia de Franz von Liszt. La culpabilidad era el nexo psicológico entre la acción y el resultado, así como el injusto era el nexo causal entre ambos términos.

**Liszt llamaba
"culpabilidad" a
los datos de
la imputación
subjetiva**

Más allá de que esta teoría psicológica de la culpabilidad no podía explicar la culpa inconsciente (donde no hay nexo psicológico alguno entre la voluntad del autor y el resultado), pretendía ser un concepto descriptivo que no admitía grados (sólo reconocía dolo y culpa) y por eso no se proyectaba sobre la pena (porque ésta se determinaba según la peligrosidad, dado que Liszt era la versión alemana del positivismo). Pero tampoco era en definitiva un juicio de culpabilidad, sino sólo lo que hoy llamamos tipo subjetivo. Por ende, *Liszt (y toda la teoría psicológica de la culpabilidad) no había hecho más que dar ese nombre a los requisitos de la imputación subjetiva.*

- 8 En 1907 Reinhart Frank recuperó el concepto de *culpabilidad normativa*, retomando la idea de la ética tradicional (Aristóteles, Santo Tomás, Kant, Hegel). No es más que la superación del positivismo y la vuelta a los conceptos anteriores a esa decadencia, con una formulación más elaborada. Desde Frank no se pretende que la culpabilidad sea un concepto descriptivo (un dato psicológico como en von Liszt) y pasó a ser un juicio de reproche, basado en la forma de la ética tradicional.

**La vuelta a la
forma ética con
Frank, 1907**

Pero en la versión de Frank la culpabilidad abarcaba elementos heterogéneos, porque incorporaba el dolo y/o la culpa (que era en lo que se agotaban los datos psicológicos para von Liszt) y también el reproche. Frank agregó el reproche a la culpabilidad descriptiva de von Liszt. Con esto, se caía en la dificultad de que la culpabilidad abarcaba al mismo tiempo los datos psicológicos y el reproche de éstos. Varios autores trataron de resolver esta heterogeneidad, especialmente James Goldschmidt (1913) y Berthold Freudenthal (1922), aunque sin mayor éxito. Este último sostuvo que la esencia de la culpabilidad radica en el reproche porque el autor pudo y debió realizar otra conducta o porque la representación del resultado debió y pudo ser un *contramotivo*. De este modo

la culpabilidad es concebida con un elemento ético que se traduce en *exigibilidad* y con otro, de índole psíquica, constituido por el dolo y la culpa.

**La culpabilidad
de autor:
Mezger, 1938**

Edmund Mezger en los años treinta hizo las tentativas más **9** fuertes para hacer de la culpabilidad un equivalente de la peligrosidad, tratando de legitimar por medio de la culpabilidad la mayor pena al *habitual*, al *reincidente*, al *profesional*, al *malvado*, etc. Conforme a la culpabilidad de acto pura, la *habitualidad* puede resultar un supuesto de menor culpabilidad, lo que es inaceptable para cualquier construcción legitimante del poder punitivo.

El dilema que esto planteó a las teorías legitimantes, trató de resolverse apelando a una culpabilidad que reproche *algo más* que el acto y, por ende, recayendo en una degradación sintomática del delito, que volvía a ser el signo de ese *algo más* que se reprochaba. Ese es el marco de las versiones del normativismo como *culpabilidad de autor*, en cualquiera de sus variables –culpabilidad *del carácter*, *de personalidad*, *de conducción de la vida* o *de decisión de la vida*– o en sus expresiones contemporáneas.

**La culpabilidad
por la conduc-
ción de la vida**

En las versiones más puramente éticas, el problema de la **10** culpabilidad de autor se conecta íntimamente con el de la responsabilidad moral. Salvo en las construcciones que crearon el puente entre injusto y pena a través de la *razón de estado*, el derecho penal nunca dejó enteramente de lado el esquema aristotélico, apoyado sobre la idea fundamental de que el ser humano es un ente capaz de elección. Esta presuposición es el tronco común entre la culpabilidad y la ética en el sentido aristotélico.

Para Aristóteles, la personalidad que se apartaba de la virtud se elegía, porque la persona iba cayendo por una pendiente, y en cierto momento ya no era libre para ser virtuosa, porque con sus actos anteriores daba lugar a una situación semejante a la del que arroja una piedra y luego es impotente para recuperarla. Por ello, en derecho penal se inventó una culpabilidad de autor como *culpabilidad por la conducción de la vida*, que claramente se remonta a este pensamiento.

**Aristóteles no es
el garante de la
culpabilidad
de autor**

Pero atribuir la culpabilidad de autor a Aristóteles es injusto **11** y falso, porque el planteo aristotélico era ético y no jurídico-penal, ya que Aristóteles no debía respetar ningún principio de legali-

dad ni de reserva. Pero en el campo penal, eso *implica el reproche de acciones atípicas y ni siquiera antijurídicas, o sea, una culpabilidad sin injusto*, e incluso importa prohibiciones irracionales, es decir, prohibiciones de lo que no puede cumplirse porque no puede ser violado ni respetado, como son las *prohibiciones de ser* de alguna manera.

- 12** Las acciones de vida anteriores al delito (si fumaba marihuana o si bebía alcohol o no trabajaba) no son típicas ni antijurídicas, o no configuran la tipicidad del injusto que se reprocha en concreto. Reprochando lo que el sujeto haya hecho antes de la conducta típica se viola el principio de reserva puesto que el juicio de culpabilidad se proyectaría sobre acciones que pueden ser inmorales, pero no típicas. En definitiva se trataría de un ardid para quebrar la barrera del art. 19 constitucional.

Inconstitucionalidad

- 13** Es insólito, pero cualquier posición que hace de la culpabilidad un juicio moral sobre el grado de *corrupción* del autor y reduce el delito a síntoma de ese grado, no puede evitar concluir que *cuanto más cerca de la inculpabilidad por imputabilidad se halle un sujeto, más culpable sea*, es decir, que cuanto más condicionado se encuentre en razón de sus características personales y, por ende, más reducido sea su ámbito de autodeterminación, mayor será la culpabilidad que hallarán los partidarios de estas corrientes, precisamente *porque le reprochan algo diferente del acto mismo*.

El más cercano a la inculpabilidad es el más culpable

- 14** Mezger explicó claramente esta tesis en pleno régimen nazista (1938), aunque escondiendo su pertenencia al derecho penal de autor mediante el recurso a una pretendida *combinación* de la culpabilidad de acto con la de autor, lo que no pasaba de ser una fórmula que permite reprochar el acto puro a los amigos y la personalidad a los enemigos.

Diferentes modos de disfrazar la culpabilidad de autor

Otra forma de disimular la culpabilidad de autor es pretender que no se puede distinguir entre ésta y la de acto, o también postulando una culpabilidad de acto en el delito y otra de autor en la teoría de la pena, etc. Son todas variables del mismo esfuerzo por hacer de la culpabilidad el equivalente funcional de la vieja peligrosidad médico-policial.

- 15** En las décadas siguientes se atendió poco a la inconstitucional incorporación de la culpabilidad de autor, pues la atención se desplazó hacia las cuestiones sistemáticas. La discusión

La atención se desvía hacia cuestiones sistemáticas, 1950

se centró en la ubicación de la llamada *consciencia de la antijuridicidad*, que en la versión originaria de Frank pertenecía a la culpabilidad y no al dolo (*teoría de la culpabilidad*), en tanto que en la de Mezger pertenecía al dolo (*teoría del dolo*) (ver § 149 y § 217). Cuando el finalismo llevó el dolo y la culpa al tipo, los autores aún cercanos al psicologismo le imputaron un *vaciamiento de la culpabilidad*, pero en realidad se homogeneizaba su contenido, que dejaba de contener los datos psicológicos y su reproche en el mismo estadio analítico.

Puede decirse que el gran debate de mediados del siglo XX, o sea, de los años de disputa entre *finalismo* y *causalismo*, se zanjó con la ubicación generalizada del dolo y la culpa en el injusto, lo que homogeneizó el contenido de la culpabilidad, pero en cuanto a la naturaleza de ésta no se modificó mucho en los planteos.

Bases diferentes de la responsabilidad individual

A medida que se fue negando la cadena conceptual *autodeterminación-reproche-retribución* como coordenadas capaces de construir el puente entre injusto y pena, éste se fue construyendo sobre bases distintas a la culpabilidad, aunque conservando su denominación, quizá por su antiguo prestigio. Con ese u otro nombre, por vías que cada vez tienen menor vínculo con la idea de responsabilidad por la decisión individual, el lazo entre injusto y pena se fue construyendo en dependencia de supuestas *necesidades sociales* (en realidad *estatales*) derivadas de las teorías de los *finés de la pena*. 16

La tendencia a convertir a la culpabilidad en un concepto jurídico con contenido *jurídicamente* dado por otro principio de igual naturaleza, se propuso por consideraciones de prevención general y también por el dogma de la prevención especial. Según esta corriente, la libre voluntad no sería una realidad sino un *principio jurídico regulativo*, es decir, algo así como una *ficción*.

La capacidad de decidir como ficción

La Constitución y el derecho en general, al considerar al humano capaz de elección, no tomarían partido en la cuestión antropológica, sino que se limitarían a consagrar un *principio regulativo o ficción necesaria*. Por ende, las intervenciones punitivas sólo se justificarían *político-criminalmente*, o sea, en función de una simple necesidad preventiva, donde la medida de la culpabilidad sólo serviría como límite, no siendo necesario que la pena alcance siempre ese límite. 17

Roxin es el más claro expositor de esta corriente. Para Roxin la culpabilidad es el merecimiento de pena, toda vez que *cuando alguien, por cualquier razón, no puede evitar el injusto típico que ha realizado, no tiene objeto castigarlo*, lo que parece incuestionable, toda vez que *en cualquier teoría de la pena no puede pretenderse castigar una culpabilidad inexistente*.

- 18 Pero este criterio oscurece los límites entre la culpabilidad y la punibilidad. Roxin trata de mantenerlos afirmando que las consideraciones político-penales acerca del fin de la pena determinarían la culpabilidad, en tanto que la punibilidad dependería de consideraciones político-sociales extrañas a la teoría del fin de la pena.

Confusión entre culpabilidad y punibilidad

Roxin traduce sistemáticamente la presencia de ambos criterios o principios, distinguiendo entre *culpabilidad* y *necesidad de prevención*: sobre la base de ambos construye el concepto más amplio de *responsabilidad*. Así, afirma que en el estado de necesidad exculpante el sujeto está disponible a la llamada de la norma según su estado mental y anímico, por lo que hay culpabilidad, pero por razones político criminales el legislador renuncia a la pena (no media necesidad preventiva) y, por ende, no existe *responsabilidad*, pese a existir *culpabilidad*.

- 19 La falla central de esta tesis es su punto de partida. Si la capacidad de elección del ser humano es una suerte de ficción, un límite artificial creado por el derecho en la forma de *principio regulativo* o *ficción necesaria*, lo cierto es que una ficción no puede tener más límite que el impuesto por ella misma, porque como no abarca una realidad y carece de otro contenido que ella misma, quedaría *autosostenido*. Además, no es posible medir una ficción, porque se trata de una *no realidad*.

Principal crítica a esta construcción

Por otro lado, parece contradictoria la tentativa de asentar la pena sobre la prevención especial (que es tan dogmática como la general), de cuño determinista, para luego limitarla en función de una ficción indeterminista.

Esta corriente objeta a la concepción tradicional de la culpabilidad que cae en un pretendido círculo vicioso que se establecería entre exigibilidad y reprochabilidad, pues como el criterio de reprochabilidad lo da el grado de exigibilidad, éste quedaría totalmente difuso. Se trata de una objeción sólo formal, porque la exigí-

bilidad, como todo criterio que depende de un contenido real, no se puede definir de antemano como una disyuntiva entre blanco y negro, sino que es eminentemente graduable.

Pero por sobre todas estas críticas, *se impone la observación de que considerar la libertad y la responsabilidad del humano como una ficción, implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre esa ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es un producto ficticio. Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de conciencia, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de Derechos Humanos, es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia sería resultado de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también a una ficción, que ésta aceptaría como un mero principio jurídico regulativo, en tanto que el segundo, más realista, la rechazaría.*

**Culpabilidad
que no es
culpabilidad**

La construcción funcionalista fue radicalizada por Jakobs al 20 construir directamente un sustitutivo de la culpabilidad equivalente a la vieja peligrosidad positivista, aunque con mayor capacidad legitimante y menor nivel ético.

Si bien lo sigue llamando *culpabilidad* para no violentar la fórmula legal alemana, en este sustitutivo no puede reconocerse ninguno de los caracteres de ésta, pues se trata de un mero criterio de prevención general positiva.

Para Jakobs la función de la pena tiene por fin mantener la vigencia de la norma; de allí deduce hegelianamente que es necesario replicarle al infractor porque cuestiona esa vigencia. Por eso afirma que la pena halla su fundamento *en el propio acto de penar* y en esa medida deba imponerse para ejercitar la *fidelidad al derecho*.

Como ésta es una pura respuesta a demandas del sistema (el estado o sus gobernantes), al igual que el positivismo, legitima un mayor poder punitivo en los casos de habitualidad y reincidencia, simplemente porque apodícticamente afirma que *no se puede tolerar que se remunere con indulgencia a la delincuencia reiterada* o porque *sólo se debe tomar en cuenta el déficit de fidelidad al derecho*.

- 21** Este sustitutivo de la culpabilidad es inconstitucional en la propia Alemania, porque el parágrafo 46 del código alemán exige la culpabilidad como medida de la pena, y éste es un concepto que puede debatirse para precisarse, pero que no es lícito reemplazar por otro por completo diferente de su sentido semántico (y de cualquiera de los que tiene para muchas otras disciplinas) para construirlo sólo sobre la base de la deducción de necesidades del estado o del sistema.

La inconstitucionalidad del sustitutivo

Este sustitutivo de la culpabilidad sólo se ocupa del reforzamiento de la confianza en el derecho por parte del público. Es una construcción jurídica que no toma en cuenta más dato de realidad que una pretendida necesidad de autoestabilización de los ciudadanos (lo necesario para que éstos se calmen), toda vez que *el derecho penal no acepta ninguna culpabilidad antes de él, sino que la construye*, según la propia afirmación de Jakobs.

- 22** Al igual que la peligrosidad positivista, este sustitutivo mira hacia el futuro, o sea, al efecto que la pena producirá en la generalidad al reforzarle su confianza en el derecho. Con ello privilegia el *sistema social* y, por ende, da lugar a un derecho penal transpersonalista.

Concepto transpersonalista y no mensurable

Además, al igual que en la peligrosidad, tampoco hay quien pueda medir esta hipotética necesidad de autoestabilización, que se convierte en otro dogma que abre paso a la arbitrariedad judicial.

Cuando se observa que este sustitutivo viola la ética al usar a una persona para calmar al resto, Jakobs responde que sólo se trata de una constatación de la realidad, que hace expresa una función latente. Dado que es un dato de realidad social y el sujeto no puede salir de la sociedad, no tiene otro remedio que aceptar la pena conforme a las necesidades de prevención del estado. En otras palabras, el sujeto debe sufrir la pena porque vive en sociedad.

- 23** Este sustitutivo de la culpabilidad y la peligrosidad de Ferri tienen en común que ambos hallan la *base de la responsabilidad en la pertenencia a la sociedad*. No obstante, la vieja peligrosidad tenía a su favor que, en la grosería ingenua del planteo positivista, se creía seriamente que con el poder punitivo se prevenían delitos, pero en el nuevo sustitutivo sistémico sólo interesa refor-

La peligrosidad positivista era menos legitimante

zar la opinión pública o el prejuicio en beneficio del estado, sin que importe si protege de algún mal a la gente.

Se elabora un sustitutivo que es funcional para prevenir un único mal, que sería el que podría producir la desconfianza de la opinión pública hacia la eficacia del estado. No importa que el estado sea eficaz, sino que la opinión pública no deje de creer que lo es. Si en lugar del sistema penal se tratase de una empresa estatal de aeronavegación, lo importante no sería la seguridad de los vuelos, sino que la gente creyese en ella para seguir comprando billetes y volando en sus aviones, aunque en la realidad sufran frecuentísimos accidentes.

**Síntesis de
observaciones
críticas a las te-
sis funcionalistas**

En síntesis, en las corrientes funcionales preventivistas pue- **24**
den reconocerse dos modelos en cuanto a la construcción de la culpabilidad: (a) un modelo *complementario* (Roxin) en que la culpabilidad constituye un límite a la prevención y (b) un modelo de *reemplazo* (Jakobs) en que directamente se prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a sí misma.

Ambos planteos han sido criticados y cabe esquematizar algunas de las contradicciones observadas del siguiente modo:

(a) Corresponde reconocer que estos modelos preventivistas operan con meras suposiciones en cuanto a los fines de la pena, cuando no con inferencias deductivas, cuyo respaldo es más o menos débil, sin perjuicio de la crítica que la propia doctrina legitimante pueda merecer.

(b) Es dable advertir que se parte del duro ataque a la pretendida falta de prueba de la capacidad de elección humana, pero se adopta sin discusión el concepto de *prevención*.

(c) Estas construcciones dogmáticas caen en una definición circular: fundamentan la pena en la culpabilidad y la culpabilidad en la pena; de lo que resulta que de la culpabilidad como medida de la pena se pasa a la pena como medida de la culpabilidad, cuando no, a la pena como la medida de la pena.

(d) Se duplica el juicio valorativo sobre la base de supuestos fines de prevención que resultan –cuanto menos– difíciles de precisar en los casos concretos y que, por ende, terminan transformándose en un dogma que abre el camino a la arbitrariedad.

(e) Por último, incurren en un salto lógico que altera el orden secuencial de la cadena conceptual *delito-pena*, al derivarse el antecedente del consecuente, reformulando el principio *no hay pena sin culpa* en la forma *siendo necesaria la pena, debe haber culpa*.

§ 200. Espacio de autodeterminación y culpabilidad de acto

1 En el plano de la culpabilidad en sentido estricto, el principio de culpabilidad puede enunciarse sintéticamente con la fórmula *no hay pena sin reprochabilidad*, es decir, no hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión o, si se prefiere, de libertad para decidir. Por ende, el principio de culpabilidad presupone la autodeterminación de la voluntad humana. *Cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y, con ella el concepto mismo de persona y, por consiguiente, el de ciudadano.*

No hay pena sin reprochabilidad

2 La culpabilidad de acto asentada sobre la *autodeterminación como ámbito o catálogo de posibles conductas de una persona en una situación constelacional dada*, no pretende que la ley o el juez penetren el ámbito de libertad decisoria de un individuo, lo que es imposible, como procuran quienes han sostenido que, como no puede probarse la autodeterminación, se invierte el principio de inocencia (Hassemer) o que por el beneficio de la duda se impondría la absolución de todos (Roxin).

Sin autodeterminación no hay persona

No invierte el principio de inocencia dar por supuesto que toda persona tiene un ámbito de autodeterminación en cada circunstancia, porque eso no es más que una condición indispensable para *ser persona*. Corresponderá a la acusación probar que fue más amplio y a la defensa que fue más estrecho, pero *el ámbito en sí mismo nadie tiene que probarlo, pues sin éste no podría haber proceso por falta de sujetos procesales.*

3 Tampoco se trata de imaginar lo que hubiera hecho un tercero o la generalidad ni cualquier otra ficción, porque con eso se sustituye el reproche personal. Se trata de averiguar cuál fue el ámbito autodeterminable del propio autor en esa circunstancia y no el que hubiera tenido otro que no fue el autor.

No se trata de lo que hubiera hecho otro

Para valorarlo se apelará a comparaciones y experiencias con otros seres humanos y con el mismo sujeto valorante, pues esto es lo corriente en las ciencias de la conducta, donde existe una analogía de objeto entre observador y observado, pero la inevitable incorporación de la experiencia humana en la determinación del ámbito autodeterminable de otra persona en una circunstancia concreta, no implica sustituir a la persona por otro, sino considerar a esa persona –y no a otra– en esa particular circunstancia.

Los bajos umbrales cancelan la culpabilidad

Los ámbitos de autodeterminación pueden ser sumamente 4
amplios, en cuyo caso corresponde una reprochabilidad mayor, y pueden llegar hasta grados o umbrales mínimos en que, aún cuando no estuvieran ni se pudiera asegurar que fuesen cancelados, la reprochabilidad desaparece porque todo indica que el agente debía haber realizado un esfuerzo que no le era jurídicamente exigible (en este último caso se trata de ámbitos de autodeterminación tan reducidos que son jurídicamente irrelevantes).

No puede negarse que cualquiera, en una circunstancia determinada, tiene la posibilidad de convertirse en héroe, pero tampoco puede exigírsele jurídicamente que lo sea y, por ende, no podrá reprochársele jurídicamente que no lo haya sido. Así como no es cierto que estos ámbitos no sean cuantificables empíricamente, tampoco lo es que se cae en una esfera de arbitrariedad, porque si bien siempre es materia de apreciación, el mismo orden jurídico emite pautas para establecer los umbrales mínimos, por debajo de los cuales la autodeterminación remanente no es relevante.

La inexigibilidad es el género común de las causas de exculpación o de inculpabilidad

Cada vez que el ámbito de autodeterminación no alcance un 5
umbral mínimo, no se le podrá exigir jurídicamente al agente una conducta diferente de la efectivamente realizada. Por ello, *todas las causas de inculpabilidad son supuestos de inexigibilidad de otra conducta adecuada al derecho*, o sea que la inexigibilidad no es una causa de inculpabilidad, sino el *común denominar, género o naturaleza última de todas las causas de inculpabilidad*.

La personalidad y la biografía condicionan la autodeterminación

Dado que el ámbito autodeterminable siempre existe, por el 6
mero hecho de que se trata de una persona, y que se valora conforme a la experiencia técnica y corriente, es incuestionable que las características personales –el carácter y la personalidad, la vida y las experiencias anteriores de la persona– también forman parte de las circunstancias que lo condicionan. En este aspecto

cabe afirmar que el carácter y las demás circunstancias personales y biográficas de la persona son relevantes a los efectos del reproche de culpabilidad, pero con la advertencia de que *en ésta son datos que no se reprochan –como lo hace la culpabilidad de autor– sino que se computan para determinar la magnitud del ámbito de autodeterminación concreto.*

§ 201. Cuadro de las causas de exculpación o de inculpabilidad

- 1 La inexigibilidad por reducción grave o cancelación del ámbito de autodeterminación que da lugar a exculpación o inculpabilidad reconoce varios supuestos, que son las llamadas *causas de exculpación o de inculpabilidad*. Aunque sean tratados en los capítulos siguientes en particular, conviene mostrar desde ahora su cuadro general.

Los dos reductores de la autodeterminación

Los supuestos o causas de inculpabilidad pueden obedecer a que:

(A) al sujeto no pueda exigírsele la comprensión de la antijuridicidad de su injusto o,

(B) pese a que esa comprensión le sea exigible, exista una constelación gravemente conflictiva que reduzca considerablemente sus posibilidades de decisión.

- 2 Los casos de inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad (A) están previstos en el inc. 1º del art. 34 del CP y tienen lugar cuando el agente opera en una situación:

Inexigibilidad de comprensión

(a) de *incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad de su conducta* o

(b) de *error de prohibición invencible*.

- 3 Los casos de inexigibilidad provenientes de una constelación situacional gravemente reductora de la autodeterminación (B) tienen lugar en:

Inexigibilidad por situación reductora

(a) el estado de necesidad exculpante (inc. 2º del art. 34 del CP: *el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente*) y en

(b) la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad (inc. 1° del art. 34 CP: *el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosa de las mismas...dirigir sus acciones*).

Tanto las situaciones que afectan la comprensión de la antijuridicidad (A) como las que sin afectarla reducen el ámbito de autodeterminación por su conflictividad (B), son abarcadas por el carácter genérico de *inexigibilidad*, común a todas las causas que excluyen la culpabilidad. Por tanto no se hallan en una relación de prioridad, lo que posibilita una eventual *conurrencia de causas de inculpabilidad*. Esta posibilidad implica que si concurre alguna causa de inculpabilidad que, no obstante, habilita alguna forma de coacción sobre la persona (inc. 1° del art. 34, medida de internación) con otra que no la habilita, no es admisible esa coacción en el caso.

§ 202. Posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad

Los valores se conocen y se comprenden

La antijuridicidad es una valoración: el derecho señala una acción como *mala*. Para *comprender* una valoración no basta con conocerla. Puedo conocer un desvalor y no comprenderlo por no compartirlo: para otro una acción puede ser mala y para mí buena. Se supone que el ladrón no comprendió el desvalor de su acto lesivo de la propiedad ajena, porque de lo contrario no lo hubiese cometido.

El conocimiento no garantiza la comprensión

El antropólogo cultural en su trabajo de campo conoce los valores de la cultura que estudia, pero no por ello los *comprende*. Sabe el alcance que tienen en la sociedad o en la ley que los consagra, se abstiene de violarlos porque quiere seguir investigando y no quiere que lo expulsen de la sociedad que observa, pero en cuanto termina su labor profesional sigue comportándose conforme a los valores de su propia cultura. No vuelve a su universidad y monta una tienda ni le exige a su cuñado encargarse de la crianza del hijo de su hermana ni le ofrece a sus huéspedes su mujer perfumada con orines. No lo hace porque no *internalizó o introyectó*

esos valores, no los hizo parte de su equipo psicológico de conducta, es decir, no los *comprendió*.

De allí que la *comprensión no sea el mero conocimiento de un dato de la realidad, sino una instancia superior de incorporación*. Incluso semánticamente, *comprender significa entender, alcanzar, penetrar, pero también contener, incluir en sí alguna cosa*, como que deriva de la raíz indoeuropea *ghend* (literalmente *coger, agarrar*), lo que confirma el sentido filosófico y jurídico-penal, que no se conforma con el mero conocimiento o posibilidad de conocimiento.

- 3** Si *comprender un valor (o desvalor) significa incorporarlo (cogerlo, agarrarlo)*, quien no sea capaz de vivenciar su condición de persona no podrá comprender un desvalor jurídico en el marco de una comunidad de individuos. Quien no distingue el *Yo* del *Tú*, no puede tener realmente un *Yo*, porque permanece sin saber que hay un mundo en el que puede ser de alguna forma, lo que para él será inalcanzable.

No puede comprender quien no se reconoce como persona

- 4** Pero con ese reconocimiento no es suficiente, porque requiere también *una* comprensión del mundo a través de la cual se comprende a sí mismo. El ser humano se halla lanzado a un mundo de *significaciones*, que son los *para qué* de cada cosa, que es su *cultura*, lo que le permite la *cotidianeidad* que le posibilita la *autenticidad*.

También requiere compartir la comprensión del mundo

El humano está lanzado a ese universo de significaciones, en forma tal que la comprensión del mundo del polinesio, del esquimal, del legislador que tipificaba el concubinato o la brujería, son distintas. Estas diferencias enormes de comprensión del mundo pueden, en situaciones extremas, hacer jurídicamente inexigible la comprensión de la antijuridicidad, porque no se le puede exigir a nadie que haga parte de sus propias pautas de conducta, otras que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero diferente.

Pese a conocer el desvalor jurídico y a comprender a los demás y a sí mismo como persona, no puede exigírsele en estos casos que incorpore ese valor como pauta propia de conducta.

- 5** Entendiendo *comprensión* en este sentido filosófico, semántico y etimológico, por regla general el autor de un injusto casi nunca habrá comprendido bien la antijuridicidad, porque de haberlo he-

La efectiva comprensión evita la comisión del injusto

cho no hubiese cometido el injusto. Si la ley exigiese la comprensión efectiva de la antijuridicidad, sería menester concluir en una inculpabilidad general. De allí que la ley penal disponga que *para la culpabilidad es suficiente con la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad* y, a contrario sensu, que *sólo es inculpable aquél al que no se le pueda exigir razonablemente la comprensión de la antijuridicidad*.

La exigibilidad de la comprensión es graduable

En principio, no parece irracional exigirle al habitante que **6** realice un esfuerzo por comprender, por lo que en cada caso debe preguntarse si el agente no lo ha hecho porque no le era exigible. *Cuanto mayor sea el esfuerzo que la comprensión le demande, menor será la reprochabilidad del injusto (menor culpabilidad), y viceversa, estableciéndose de este modo una relación inversa entre el esfuerzo que el sujeto deba realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta y la exigibilidad jurídica de la comprensión (a mayor esfuerzo menor culpabilidad).*

Por ello, podemos encontrarnos con la necesidad de un grado tal de esfuerzo de comprensión que no sea jurídicamente exigible. O sea que la llamada *posibilidad de comprensión de la antijuridicidad* no es más que un *grado de exigibilidad* de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho y, por ende, se tratará siempre de un presupuesto de la culpabilidad dado en *cierta medida*, o sea, *eminentemente graduable*.

La exigibilidad de la comprensión presupone el conocimiento

Cabe precisar que la posibilidad exigible de la comprensión **7** de la antijuridicidad, siendo un paso superior al mero conocimiento del desvalor, no puede menos que presuponer el conocimiento del referido desvalor o *consciencia de la antijuridicidad* o *de la ilicitud* (no puede exigírsele la comprensión de la antijuridicidad de su injusto de delito cambiario al que no pudo conocerlo, porque recién llegaba al aeropuerto y aceptó negociar con el primero que le ofreció comprar los dólares). No debe confundirse este conocimiento (*consciencia de la antijuridicidad*) con la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, de la que sólo es su presupuesto.

Conocimiento paralelo en la esfera del lego

Pero ese conocimiento presupuesto a la posibilidad de com- **8**
prensión no es el conocimiento formal de la ley, que muchas veces ni siquiera lo tenemos los especialistas. Hay general coinci-

dencia en que basta el conocimiento del profano, técnicamente llamado *conocimiento paralelo en la esfera del lego*, análogo al exigido para los llamados elementos normativos del tipo objetivo.

- 9 Como se ha visto, debido a la confusión entre la consciencia de la antijuridicidad como presupuesto de su posibilidad exigible de comprensión y esta misma posibilidad, se discutió su ubicación: los partidarios de la *teoría del dolo* la consideraron requisito de éste, dividiéndose entre quienes la exigían estrictamente y quienes le inventaron un sustitutivo (*ceguera para el derecho, enemistad al derecho*) (Mezger), para considerar que había dolo cuando no lo había. Los partidarios de la teoría de la culpabilidad, hoy ampliamente aceptada, también se dividieron entre quienes la colocaban en la culpabilidad (teoría estricta) y quienes la ubicaron entre el dolo y la culpabilidad (teoría limitada).

Discusiones sobre la ubicación de la consciencia de la ilicitud

- 10 Es necesario precisar que para el código argentino, dado que exige la *posibilidad de comprensión de la criminalidad, no se conforma con el presupuesto del conocimiento de la contrariedad del acto con el derecho, sino que se requiere que el agente también haya podido conocer que esa contrariedad está tipificada penalmente, es decir, que se trata de antijuridicidad con relevancia penal*.

En el código no basta el conocimiento de la antijuridicidad

En Alemania se cita el caso de un estudiante que tomó un libro de una librería para usarlo y luego devolverlo, porque creía que el hurto de uso no era delito; el tribunal lo condenó porque conociendo que era un ilícito civil podía comprender la antijuridicidad. En la Argentina la solución hubiese sido absolutoria, porque había conocido la antijuridicidad pero no la *criminalidad* (art. 34 inc. 1º) y, por ende, no le era exigible la comprensión de ésta. En otras palabras: el código argentino no se conforma con que como presupuesto de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad se exija la consciencia de ésta, sino que requiere que presuponga una consciencia de la criminalidad, o sea, de que la antijuridicidad de esa conducta es penalmente relevante.

- 11 Tampoco cuando se emplea *consciencia de la antijuridicidad* puede confundirse *conciencia* como sinónimo de *conciencia moral*. Una cosa es decir *tengo conciencia de dónde estoy* y otra, muy distinta, *mi conciencia me impide hacer eso*. En la primera se entiende *consciencia* como suma de representaciones y en la segunda como conocimiento interior del bien y del mal, en sentido pare-

"Consciencia" y "conciencia"

cido al *super yo* psicoanalítico o a la *voz de la conciencia* del lenguaje corriente. Como en alemán se usan dos palabras diferentes, para evitar confusiones de traducción –y aunque no sea admitido en la ortodoxia de la lengua– se ensayó traducir como *consciencia* (tomando la *sc* de *inconsciencia*) la primera y reservar *conciencia* para la conciencia moral.

Por ello cuando hablamos de *consciencia de la antijuridicidad* no nos referimos a la conciencia moral a su respecto, porque está fuera de duda que, en general, la validez del orden jurídico no puede depender de la conciencia moral (de la ética individual) y que *la llamada consciencia de la antijuridicidad no puede identificarse con el concepto de conciencia moral*. Todo ello, sin perjuicio de reconocer que eventualmente algunos de estos problemas de conciencia individual disidente afectan la exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad, particularmente en el caso de condicionamientos culturales diferenciados que pueden considerarse verdaderos errores (ver § 223).

CAPÍTULO 21

La inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica

§ 203. Concepto, ubicación y delimitación de la inimputabilidad

- 1** La imputabilidad penal ha sido definida de muy diferentes maneras y, en consecuencia, también se le asignaron ubicaciones dispares dentro de la teoría del delito y aun fuera de ella. Como veremos, para los hegelianos (a) era la total capacidad psíquica de delito y la ubicaban antes de la conducta; (b) en el extremo opuesto, positivistas e idealistas creían que el inimputable cometía realmente un delito y que la imputabilidad servía sólo para decidir si se aplicaba una pena o una medida de seguridad, ubicándola en la teoría de la pena (en lenguaje tradicional). En medio hubo quienes la consideraron sólo como capacidad psíquica de culpabilidad, pero ubicándola; (c) unos como presupuesto de ésta (Goldschmidt); (d) otros como parte de la misma (Mezger); (e) tampoco faltaron quienes, a la división tripartita tradicional del derecho penal (teoría de la ley, del delito y de la pena), agregaron una cuarta (teoría del autor), donde ubicaban a la imputabilidad.

Concepto de imputabilidad e inimputabilidad

Semejante desconcierto ha determinado que Frank la calificara –con toda razón– como un *fantasma errante*.

- 2** En un sentido *amplísimo*, se usa *imputabilidad* como *posibilidad de cargar a alguien con algo* (de ponerle a cargo). Así la emplea el título 5° del código penal, abarcando todas las eximentes del art. 34, pero jamás se la usa técnicamente en este sentido amplísimo. El uso que se hace en el derecho penal es técnico y difiere del amplísimo: significa sólo capacidad psíquica de culpabilidad.

Aclaración: no se la usa en sentido amplísimo

- 3** Reiteramos que sería posible hacer un corte longitudinal de la teoría del delito y hablar de una *capacidad psíquica de delito*.

Imputabilidad y capacidad psíquica de delito

que abarcase todas las capacidades necesarias para cumplimentar los requisitos subjetivos que demande cada uno de los niveles analíticos del concepto de delito, porque siempre que se requiere algo subjetivo es lógico que se presuponga la capacidad para cumplimentarlo.

Así, hemos visto que para que haya conducta, es necesario que el sujeto activo tenga capacidad de voluntad (voluntabilidad) (ver § 99). Igualmente, si la persona no puede conocer los elementos del tipo objetivo, habrá un error de tipo psíquicamente condicionado que elimina la tipicidad (ver § 149.5). Lo que falta ahora es saber qué capacidad psíquica necesita un autor para que haya culpabilidad, es decir, cuál debe ser la capacidad psíquica de culpabilidad.

Dicho en otras palabras: *para reprocharle una conducta típica y antijurídica (un injusto o ilícito penal) a un autor es menester que éste haya tenido cierto grado de capacidad psíquica, que le hubiera permitido disponer de un ámbito de autodeterminación.*

La capacidad psíquica de culpabilidad (imputabilidad) es, pues, sólo un capítulo del concepto longitudinal de capacidad psíquica de delito.

La imputabilidad es una característica del acto

En el lenguaje corriente y aun en el técnico, con frecuencia se ⁴ habla de *autores imputables* e *imputables*, lo que –con la debida advertencia– no es incorrecto si sólo se quieren evitar precisiones terminológicas que no siempre resultan imprescindibles, pero debe quedar claro que en estricto sentido técnico, *la imputabilidad es una característica del acto* aunque provenga de una capacidad del sujeto.

No hay una clasificación de las personas en imputables e imputables, sino injustos que son imputables y los que no lo son por razones de capacidad psíquica del autor. Esto tiene consecuencias prácticas claras: a una persona puede serle imputable un injusto pero no otro distinto. Un débil mental puede tener capacidad de pensamiento concreto y no mucha de pensamiento abstracto; la primera le puede permitir comprender el contenido injusto de un homicidio o de un robo, pero no el de un delito cambiario.

Capacidad de comprensión y de adecuación

La capacidad psíquica requerida para reprocharle a un su- ⁵ jeto un injusto es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza antijurídica de lo que hacía y que le hubiese

permitido adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antijuridicidad.

(a) Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, no puede ser reprochado: quien padece una psicosis delirante que le lleva a creer que el vecino lo está matando con polvos venenosos, cuando en realidad el pobre hombre está persiguiendo hormigas en su jardín, no puede ser reprochado porque no puede exigírsele que comprenda la antijuridicidad de su conducta.

(b) Por otra parte, quien comprenda la antijuridicidad de su conducta, pero no tenga capacidad para adecuarla a esa comprensión, tampoco puede ser reprochado por su injusto: quien padece una severa fobia a los insectos, sabe que es injusto empujar ancianas por la calle, pero sí ha visto una cucaracha y eso le desencadena un pánico irresistible, no podrá adecuar su conducta a la comprensión de la antijuridicidad, por mucho que razonando se percate de que su miedo no tiene causa real y de que empujar a una anciana en esa circunstancia es un acto deplorable y malvado.

- 6 De allí que la imputabilidad –entendida como capacidad de culpabilidad– tenga dos niveles: uno que debe ser considerado como la capacidad de comprender la antijuridicidad, y otro que consiste en la capacidad de adecuar la conducta a la comprensión de ésta. Cuando el sujeto carezca de la primera capacidad, no habrá culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad; cuando lo que falte sea la segunda capacidad, se trata de un estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica (a diferencia del estado de necesidad exculpante, en que proviene de un factor externo) (ver § 228).

Nos ocuparemos aquí del primer caso y dejaremos el segundo para los supuestos de estrechamiento del ámbito de autodeterminación.

**Efectos de
ambas
capacidades**

Inimputabilidad por	incapacidad de comprensión de la antijuridicidad	Elimina la culpabilidad porque cancela la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad
	incapacidad para autodeterminarse conforme a la comprensión de la antijuridicidad	Elimina la culpabilidad porque estrecha el ámbito de autodeterminación del sujeto.

§ 204. Enunciación de los conceptos históricos de la imputabilidad

La razón de la disparidad teórica

El *fantasma* de Frank no era gratuitamente *errante*; sus razones tenía para no hallar paz. El concepto de *imputabilidad*, aun dejando de lado su sentido amplísimo, dista mucho de ser pacífico, dadas las diferentes sistemáticas del delito pasadas y presentes. En las teorías con vigencia actual hay cierto grado de coincidencia, al menos sobre su ubicación sistemática como problema de culpabilidad, pero las diferencias fueron mucho mayores a lo largo de la evolución de la teoría del delito. Pese a que muchas de estas posiciones no son sostenidas hoy en la doctrina, siempre es bueno recordarlas y mencionar sus inconvenientes, porque en derecho penal con demasiada frecuencia se *descubren* conceptos perimidos.

Hegelianos

Para los hegelianos (ver § 91.3), cuya sistemática iba de lo subjetivo a lo objetivo (del autor al acto) la imputabilidad era el primer componente de la teoría del delito. El *loco* no podía actuar con relevancia penal y la imputabilidad se confundía con la total capacidad psíquica de delito. Según esta teoría, el *loco* no podía defenderse legítimamente, por ejemplo.

Psicólogos e idealistas

Para los partidarios de la teoría psicológica de la culpabilidad 3 (von Liszt) (ver § 199.7), la imputabilidad era un presupuesto de la culpabilidad y la definían como la capacidad de motivación normal. Sin ella no podía tener relevancia penal la relación psíquica entre la conducta y el resultado y, como el dolo y la culpa eran formas de su culpabilidad descriptiva, no podía saberse por el injusto de qué delito imponían una medida de seguridad a un inimputable.

Para algunos psicólogos más coherentes (Lilienthal, discípulo de von Liszt), cuyas teorías no tuvieron ecos importantes en Latinoamérica, la ubicación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad era una impronta valorativa que rompía la unidad descriptiva de la teoría. En realidad, como la teoría psicológica de la culpabilidad llamaba *culpabilidad* a lo que realmente es el aspecto subjetivo del tipo, resultaba coherente que la imputabilidad se hallase fuera y después de lo que ellos llamaban *culpabilidad*. Pero como en esa construcción la teoría del delito se terminaba allí, no quedaba más remedio que llevarla a la teoría de

la responsabilidad o respuesta penal (que ellos llamaban *sanción penal*). Tenía la ventaja de que relevaba el llamado *dolo del loco* (que para esta teoría era un problema sin solución) y permitía explicar que el *loco* pudiese cometer tentativas, lo que no resultaba muy claro dentro de ese esquema teórico (si no se sabía si el inimputable actuaba con dolo, no podía determinarse si había incurrido en una tentativa).

Es curioso que algunos idealistas invirtiendo la premisa hegeliana, sostenían que siempre que había acción había algo de autodeterminación (Antolisei); la solución era la misma de Lilienthal: si siempre había autodeterminación, la imputabilidad sólo podía ser una cuestión de punibilidad.

Es lógico que en teorías extremas –sea que se considere que nunca hay autodeterminación (positivismo de Lilienthal) o que siempre la hay (idealismo de Antolisei)–, la imputabilidad no incida para la existencia de un delito.

- 4 Dentro de la teoría compleja de la culpabilidad normativa (ver § 199.8) se abrieron dos corrientes: (a) la mayoritaria consideraba que la imputabilidad era capacidad y elemento de la culpabilidad (Mezger); (b) la minoritaria –pero que fue la más extendida en cierto período en la Argentina– consideraba a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, lo que ofrecía los mismos inconvenientes que la teoría psicológica.

**Normativismo
complejo**

§ 205. Concepto funcionalista de imputabilidad

- 1 Ninguna de las ideas históricas acerca de la imputabilidad satisfacía los requerimientos de una sana teoría del delito, lo cual generó una gran desconfianza a su respecto y, lo que es más grave, ésta fue transmitida a los tribunales.

**La desconfianza
hacia el concepto
de imputabilidad**

Hubo primero un rechazo de los conceptos psiquiátricos en los ámbitos forenses, porque condenaron penalmente a personas sin duda incapaces, lo que puede ser considerada una *desconfianza regresiva*, pero hoy se discute también una *desconfianza progresista o crítica*. Ambas desconfianzas se plasman en conceptos más recientes de imputabilidad, polarizándose las posiciones

entre un concepto pretendidamente *normativo puro* (Jakobs) y otro *político puro* (Bustos Ramírez).

**El concepto
normativo puro**

El funcionalismo de Jakobs, al sostener un concepto de culpa- **2**
bilidad sin datos psicológicos, reducido a la necesidad de prevención general positiva (ver § 199.20 y ss.), deduce que las ciencias psicológicas y sociales no pueden aportar nada al concepto de culpabilidad y que la inimputabilidad no es más que la *falta de competencia para cuestionar la validez de la norma*.

Dicho de manera más clara: si el poder punitivo sólo sirve para calmar a la gente que se alarma cuando se comete un delito procurando restaurar la confianza en el sistema, cuando un *loco* mata a alguien la gente no se alarma, porque por ser *loco*, no pone en tela de juicio la validez de la norma, que se supone dirigida a los cuerdos.

Aunque no lo dice, desde esta perspectiva podría sostenerse que la imposición de medidas de seguridad sería una forma por la cual el sistema penal refuerza la confianza supliendo el defecto evidenciado por el sistema psiquiátrico, que no supo evitar que el *loco* matara a alguien.

**No se trata de
una incapacidad
real, sino de la
percepción
pública**

De esta manera, el funcionalismo extremo excluye los conoci- **3**
mientos de las ciencias de la conducta, encerrándose en un normativismo cuyas consecuencias no son claras, pero al tratarse de castigo, esa poca claridad constituye una fuente de peligro.

No se trataría de saber si la persona dispuso de un ámbito de autodeterminación de cierta relevancia o si careció de él en razón de su incapacidad psíquica, sino de averiguar si puso en crisis la confianza en el sistema, o sea, si pudo menoscabar la confianza pública en el respeto a la norma.

Es claro que esta es una solución análoga a la del hegelianismo, que descalifica directamente al incapaz psíquico y ni siquiera lo considera capaz de acción o conducta, pero es menos transparente. El hegelianismo operaba deductivamente, pero el funcionalismo hace depender su juicio de la pérdida de confianza en la validez de la norma, lo que es un dato real.

Esta perspectiva desarrollada coherentemente debiera concluir en que la inculpabilidad no depende de la incapacidad, sino de que *la gente* perciba como incapaz a alguien.

Esta consecuencia es inevitable para una culpabilidad entendida como necesidad de prevención general positiva: si alguien

—por más loco que esté— no es considerado de ese modo por *la gente*, la vigencia de la norma (en este sentido) se debilita cuando aquél la infringe. De allí que debiera concluirse que inculpable no es el incapaz psíquico, sino *el que la gente reconoce como tal*.

- 4 Un delirio bien sistematizado no es percibido fácilmente como un signo de psicosis. Una psicopatía, en que el sujeto aparece como un malvado, difícilmente se pueda percibir por el común de las personas como una carencia muy grave e incapacitante. Y muchos otros cuadros de indudable incapacidad psíquica, no son percibidos como tales por el lego y son incluso discutibles entre los mismos peritos.

Casos de incapacidad con difícil percepción pública

En todos estos casos, como la población no percibe la incapacidad, se alarma por la violación de la norma y —desde el funcionalismo— debe considerarse que la vigencia de esta norma se debilita. Las absoluciones fundadas en esa incapacidad, cabe entender que alarman mucho más a *la gente*.

- 5 Por lo dicho, esta opinión debiera aceptar que corresponde pasar por alto la verdadera incapacidad y condenar al sujeto, porque es necesario para reafirmar la vigencia de la norma en la población, dado que para la mayoría sería *competente para cuestionar la validez de aquélla*.

Sería necesario condenar a incapaces

Pero también, inversamente, habrá que concluir: *cuando un sujeto es percibido como loco por la opinión pública, habrá que considerarlo inimputable*, porque todo poder punitivo será innecesario en ese caso para ratificar la validez de la norma. Aunque tampoco se lo dice, cabe entender que el reforzamiento de la confianza en el sistema demandará en ese caso el control psiquiátrico de quien no es incapaz. Esto llevaría directamente a la psiquiatrización de disidentes.

Estas consecuencias (condenar a incapaces, absolver a capaces y psiquiatrizan a estos últimos por disidentes) serían no sólo de evidente injusticia y de grave riesgo para todas las garantías, sino también de inusitada crueldad, pero es la consecuencia última de esta posición: si el objetivo del poder punitivo es reforzar en la gente la confianza en el sistema y reafirmar la validez de la norma, se impondría su ejercicio cuando la opinión pública lega considera que no se trata de un loco y es innecesario cuando considera que es un loco.

§ 206. El concepto político de imputabilidad

El control social represivo psiquiátrico

Es innegable que el control psiquiátrico encierra iguales o mayores riesgos que el punitivo: son conocidos los casos de manicomialización de disidentes del viejo régimen soviético, los de pacifistas en la Primera Guerra Mundial o la de homosexuales en varios países autoritarios. Estos ejemplos son hoy mucho más dramáticos, particularmente porque se cuenta con medios químicos para controlar la conducta. En nuestra época, pocas dudas caben de que Jesucristo, Buda, San Francisco o Santa Teresa, serían psiquiatrizados y se les trataría con psicofármacos.

El psiquiatrizado es tradicionalmente excluido o *inferiorizado*. Su situación es de mayor indefensión que la del propio penado, en especial cuando se asocia a su condición el discurso *tutelar*. El psiquiatrizado –y más el manicomializado– pasa a ser un *incapaz* jurídico, deja de ser un ciudadano para convertirse en *tutelado*, tal como lo fueron en su momento las mujeres, los esclavos y los indios, y en gran medida lo siguen siendo los niños y adolescentes pese al derecho internacional. El loco es menos escuchado que el preso.

Tampoco puede negarse que cierta psiquiatría arrastra prejuicios y conceptos a veces provenientes del viejo biologismo racista, presentándose a los jueces como discurso científico, lo cual es muy peligroso en razón del total desconocimiento de la materia revelado en muchas decisiones judiciales.

El poder punitivo ejercido sobre inimputables

La inimputabilidad tiene consecuencias diferentes respecto de las restantes eximentes. Lejos de lo que suele creerse por la opinión lega, la inimputabilidad puede acarrear privaciones de libertad (con el nombre de *medidas de seguridad*) más extensas y deteriorantes que las de la propia pena formal (ver § 15), y sin guardar ninguna proporción con la gravedad del injusto cometido.

Para la ley vigente tomada literalmente, el inimputable enfermo mental debiera permanecer manicomializado el resto de su vida, cualquiera sea el injusto en que hubiera incurrido (ver el segundo párrafo del inc. 1º del art. 34 del CP). Algunos códigos (el brasileño, por ejemplo) prevén análogas *medidas* para las perso-

nas en las cuales una dolencia permanente les provoque sólo una imputabilidad disminuida, con lo cual aumenta el riesgo para las garantías.

Esto implica que la declaración de inimputabilidad puede significar una privación de libertad mayor a la propia pena de prisión perpetua. Aunque no cabe interpretar así el texto legal argentino (ver § 276.11 y ss.), muchas veces ha sido ésta la interpretación judicial, lo que habla por sí mismo del tremendo potencial habilitador de poder punitivo de cualquier manipulación del concepto de imputabilidad.

- 3 Por los años sesenta del siglo pasado, ante el innegable poder punitivo ejercido por el sistema psiquiátrico, hubo un movimiento que denunció la politización de los conceptos de esa disciplina, llegando a una radical negación de la psiquiatría tradicional, que fue la *antipsiquiatría*. Sus autores llegaron a aconsejar a los jóvenes esquizofrénicos acerca de cómo disimular sus síntomas para liberarse del manicomio.

**La crítica radical
a la psiquiatría:
la antipsiquiatría**

No es necesario caer en semejante extremo para afirmar que el derecho penal no puede dejar de valorar los conceptos manejados por los peritos, no sólo para determinar si hay culpabilidad (la que, obviamente, es un concepto jurídico y no psiquiátrico), sino también desde el punto de vista ideológico y de las garantías y derechos, pues con ello no hace más que *reservarse la potestad de depurar el discurso que recibe de los elementos de control social represivo que arrastra, o sea, de operar del mismo modo crítico en que debe hacerlo con su propio discurso*.

- 4 Desde una perspectiva que puede considerarse diametralmente opuesta a la del funcionalismo, se considera a la inimputabilidad como algo diferente de una incapacidad, o sea, como una *disidencia valorativa grupal o criterio político* (Bustos Ramírez). Esta posición se funda en la crítica a la psiquiatría tradicional, sosteniendo el mero carácter político del límite de imputabilidad.

**La perspectiva
política de
inimputabilidad**

- 5 La oposición entre el concepto funcionalista señalado antes y esta última tesis es clara:

**La oposición de
ambas tesis**

El funcionalismo normativista	El concepto político puro
(a) se encierra en su normativismo para excluir cualquier posibilidad de discusión con las ciencias de la conducta	(a) reconoce el carácter político del límite de imputabilidad
(b) parece temer a las ciencias de la conducta por discursivamente contaminantes	(b) las descarta por represivas
(c) asigna al inimputable el trato de un objeto	(c) pretende que sea tratado como un ciudadano disidente
(d) extrema la desconfianza regresiva	(d) puede considerarse una tendencia crítica que se hace cargo de la desconfianza progresista

Los conceptos se elaboran para esta sociedad

Es posible que en una sociedad futura, sin poder punitivo **6** ejercido bajo el manto de la psiquiatría y con un grado de espacio social o de pluralismo mucho mayor que el actual, sea posible reubicar a la imputabilidad en la punibilidad, con un sentido por completo diferente del que tuvo en su época con el positivismo y el neidealismo.

No obstante, el discurso jurídico-penal (derecho penal) debe ser construido como un instrumento de reducción del poder punitivo para uso de las agencias jurídicas *en esta sociedad y con los hechos de poder en la forma en que en ella se presentan realmente.*

La inversión de conceptos humanitarios

Sabemos por larga experiencia que la extrema perversión del **7** discurso punitivo manipula alquímicamente los conceptos invirtiendo su sentido. Así, la descriminalización puede usarse para aumentar la arbitrariedad punitiva, el concepto limitador de bien jurídico se usa para legitimar mayor poder punitivo, o la pretensión de tratar a los niños infractores igual que a los carenciados sirve para tratar a los carenciados como infractores.

Pues bien, esta alquimia haría que una teoría puramente política de la imputabilidad, con la actual estructura de poder, tuviese casi los mismos resultados prácticos a que debiera llegar la teoría funcionalista desarrollada coherentemente hasta sus consecuencias últimas. Los locos serían considerados disidentes, pero

no para ser tratados como disidentes, sino para tratar a los disidentes como *locos*.

El concepto político puro es altamente generoso y orientador para la reforma social, pero pasa por alto que el actual poder punitivo pervierte cualquier discurso, pues opera en una sociedad muy estratificada y se ejerce en forma muy selectiva, reca- yendo sobre los más vulnerables y sobre algunos disidentes.

- 8 Por mucho que sea verdad que el discurso psiquiátrico contiene conceptos políticos represivos, no puede ignorarse que la psicopatología existe. Nadie puede dudar de la realidad de una oligofrenia o de una demencia. Algo debe hacerse frente al psicótico que sufre porque escucha voces que lo amenazan y siente pánico porque lo quieren matar. No puede permanecer indiferente ante la angustia terrible del alucinado que ve insectos que lo circundan. No es humano dejar al catatónico inmóvil o al histérico ciego o mudo. Y tampoco se puede ignorar que éstos se hallan en un extremo de vulnerabilidad al poder punitivo, que prácticamente se le ofrecen por efecto de su propia incapacidad.

**La psicopatología
existe y los
enfermos sufren**

- 9 Es cierto que Louis Althusser, después de dar muerte a su mujer en un brote psicótico, escribió un libro (*El porvenir es largo*) donde se quejaba amargamente de que el sistema penal, al declararlo inimputable, le había privado de su derecho a expiar su culpa.

**La necesidad
subjettiva de
expiación no
legítima el
poder punitivo**

Por muy respetable que sea el deseo de alguien por participar en un ritual de reincorporación y por hallar cauce a la expiación de su culpa real o inconsciente, no se puede asignar esa función al sistema penal que, de ese modo, adquiriría un discurso de legitimación ya ensayado, sino reconocer que ese objetivo debería ser alcanzado mediante una adecuada terapia respetuosa de la dignidad, que le permita sublimar o canalizar en forma constructiva estas pulsiones.

Además, no todos los pacientes son filósofos y, por lo general, son pobres personas que sufren enormemente, abandonados por todos y sin ser oídos, en instituciones totales más deteriorantes que las prisiones. Y en esta sociedad y con esta estructura del poder punitivo, éste debe ser acotado y reducido, sea que se ejerza por agencias policiales y en prisiones, o por médicos en manicomios.

La construcción del concepto jurídico también es política

Para ello, el concepto de imputabilidad, si bien es político, 10 como todo concepto jurídico-penal debe ser construido sin prescindir del límite óntico que le impone la existencia innegable de la psicopatología y la peligrosidad del poder punitivo para la persona con un padecimiento psíquico, como realidades del mundo. *El concepto político de imputabilidad, pues, debe ser construido con respeto del dato óntico de la patología y de las alteraciones no patológicas de la comprensión y del comportamiento, aunque para ello deba hacerse cargo de la dificultad crítica que importa reconocer y depurar los elementos represivos y controladores o punitivos del propio discurso de las ciencias de la conducta.*

Algunas reglas básicas

Esto no es simple, especialmente en los casos dudosos y fron- 11 terizos, pero algunas reglas elementales permiten orientar esta tarea, teniendo en cuenta que:

(a) el poder punitivo no se ejerce sólo por las agencias del sistema penal, pero cualquiera sea la forma que asuma, el derecho no puede habilitarlo ilimitadamente ni fuera de las pautas de mínima racionalidad en ningún caso, sea la persona capaz o incapaz.

(b) Existen situaciones en que las condiciones psíquicas de la persona hacen que nadie pueda reprocharle razonablemente que no se haya comportado conforme al derecho.

(c) Esas situaciones se esclarecen con elementos proporcionados por las ciencias de la conducta, pudiendo estar cargados de componentes represivos, que el derecho penal debe depurar al incorporarlos, del mismo modo en que depura su propio discurso.

(d) El derecho penal debe contener tanto el poder punitivo de las agencias del sistema penal como el que ejercen las agencias de la salud, incorporando las mismas reglas de mínima racionalidad a cualquier manifestación punitiva.

(e) No se puede tolerar el ejercicio del poder punitivo para señalar que al estado no le gusta que la gente consuma ciertos tóxicos o que se suicide o autolesione, pero tampoco para simular que los pacientes psiquiátricos son ciudadanos, manicomializando a los disidentes o masacrando psicóticos en las prisiones.

(f) Existe una realidad de poder que hace que una cantidad de personas asuma comportamientos que los hacen mucho más vul-

nerables que al resto y, por ende, debe preservárselos hasta donde sea posible de un poder punitivo que los aniquilaría, sin que esto implique someterlos a otro ilimitado o peor, o ejercer sobre ellos tutela alguna.

(g) Los pacientes psiquiátricos deben ser ampliamente escuchados por los jueces en el proceso penal y posteriormente, en especial cada vez que sea necesario discutir su capacidad jurídica.

§ 207. La incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad en el derecho vigente

- 1 La inimputabilidad por incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad, la que es producida por la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a esa comprensión será tratada en su acápite (ver § 235) siempre tiene como base una perturbación de la consciencia. No debe tratarse de un caso de *inconsciencia* porque, como vimos, la privación de la consciencia es una incapacidad de conducta (ver § 99). También vimos que cuando la consciencia funciona perturbada puede haber una incapacidad para percibir los elementos del tipo objetivo, en cuyo caso se tratará de una atipicidad de la conducta, pero si no impide este reconocimiento, el problema es de imputabilidad, o sea, de capacidad psíquica de culpabilidad.

La inimputabilidad requiere perturbación de la consciencia

- 2 No es sencillo definir la *consciencia*, porque es un concepto clínico sintetizador que resulta del funcionamiento armónico de todo el psiquismo. Es un concepto psiquiátrico de orden práctico, quizá no definible en una fórmula general, pero eficaz en la labor diagnóstica, pudiendo afirmarse que no se halla perturbada cuando el sujeto responde al interrogatorio mostrando un cuadro de comportamiento donde los aspectos intelectuales como afectivos de su psiquismo se hallan armónicamente dispuestos, con un adecuado contacto y adaptación al mundo objetivo.

La consciencia es una formulación clínica

A todo el complejo funcional que desemboca en la *consciencia* se lo llama *sensorium*, pero por mucho que se repasen los tratados de psiquiatría de todas las épocas, no se encuentra una defi-

nición satisfactoria, expresando un conocido autor clásico que si bien *es un concepto claro, no se lo puede definir bien* (Bleuler). En efecto: no es definible porque se trata de una impresión clínica más que de un concepto abstracto disponible.

El tiempo y el espacio psíquicos

Para determinar su perturbación se toman en cuenta fundamentalmente la ubicación en el tiempo y el espacio psíquicos. Cuando el psiquiatra entabla diálogo con el paciente, hace su diagnóstico, y si no tiene trato anterior, las primeras preguntas introductorias siempre se refieren a su situación témporoespacial, para descartar las perturbaciones más severas de la consciencia. A medida que el diálogo avanza, la indagación debe volverse más fina, hasta abarcar el mayor número de relaciones posibles de la vida del paciente.

No interesa la distinción entre lo normal y lo patológico

Para la imputabilidad lo que interesa es sólo el grado de esfuerzo que la persona debe haber realizado para comprender la antijuridicidad de su conducta, sin importar si ésta es normal o patológica. La diferencia entre lo normal y lo patológico es muy discutible y, en definitiva, es un problema psiquiátrico, sin contar con que el concepto de *normalidad* se halla muy desprestigiado, hasta el punto de que algunos psiquiatras prefieren hablar de una norma *corresponsiva*, o sea, habría una norma para cada quien, sin que pueda establecerse una general (Kolle).

Por ende, sin que importe si desde el punto de vista psiquiátrico es normal o anormal, lo que el perito debe informar son las características psíquicas de la persona que le facilitaron o dificultaron la comprensión de la antijuridicidad en el momento de la conducta típica y antijurídica. Cuanto mayor sea la perturbación de la consciencia observada por el juez con ayuda del perito, mayor debió ser el esfuerzo del sujeto para comprender la antijuridicidad y, consecuentemente, menor debe ser la reprochabilidad. El objetivo del peritaje psiquiátrico es, justamente, ayudar al tribunal a comprender la magnitud de ese esfuerzo, que es lo que el juez debe valorar para determinar si excede el marco de lo jurídicamente exigible y, por ende, reprochable.

No basta un simple diagnóstico

No se trata de que el psiquiatra haga un diagnóstico ubicando una dolencia dentro de la nosotaxia psiquiátrica, por lo general complicada y discutida entre los mismos técnicos. Ese diagnós-

tico puede ayudar a comprender y cuantificar la magnitud del esfuerzo y la posibilidad de su realización, pero por sí mismo dice muy poco, porque las más graves enfermedades mentales, como la demencia por ejemplo (que implica un deterioro progresivo e irreversible del psiquismo, anátomo-patológicamente reconocible), en sus primeros síntomas puede ser que aún no implique una incapacidad psíquica de culpabilidad, al menos en algunos delitos que no exigen mayor memoria ni atención.

- 6 No debe olvidarse que la imputabilidad es una característica de la conducta que depende de un estado del sujeto. Por ende, la capacidad de culpabilidad debe establecerse para cada delito concreto. Hay algunos estados patológicos en los cuales cabe presumir que generan una incapacidad que se transforma en inculpa-bilidad en cualquier delito, como puede ser un brote esquizofrénico o un delirio bien sistematizado, porque en esos casos no se trata de una disminución del nivel de consciencia, sino de una verdadera quiebra de la relación con el mundo objetivo.

**La imputabilidad
debe determinarse
para cada hecho**

Pero hay otros padecimientos, como el ya mencionado caso de la oligofrenia, que en su grado superficial (debilidad mental) puede generar una incapacidad psíquica para ciertos delitos que exige una considerable dosis de pensamiento abstracto, pero no para otros en que el pensamiento predominantemente concreto basta para permitir la comprensión de la antijuridicidad.

- 7 Cualquiera sea el padecimiento y aunque se trate de un esta-do psíquico no patológico, lo que en definitiva interesa es que haya una perturbación de la consciencia, producida por *insufi-ciencia* o por *alteración morbosa de las facultades*.

**Lo que
verdaderamente
interesa**

Perturbación de la cons- ciencia (causa)	{	insuficiencia de las facultades	{	imposibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta o (efecto)
		alteración de las facultades		imposibilidad de dirigir las accio- nes conforme a esa comprensión (ver § 99) (efecto)

§ 208. La insuficiencia y la alteración morbosa de las facultades

**La insuficiencia
no necesita
ser morbosa**

La insuficiencia de las facultades no requiere tener origen ¹ morboso. Así, una disminución de la atención proveniente de falta de sueño o agotamiento, es normal, pero puede dar lugar a inimputabilidad. Lo mismo cabe decir de ciertos estados crepusculares, entre dormido y despierto, que todos atravesamos a diario, habiendo personas y circunstancias en que éstos se prolongan un poco más, sin carácter morboso.

Es criteriosa la ley cuando menciona por separado la insuficiencia de las facultades y la alteración morbosa, porque de este modo da entrada a la insuficiencia no patológica sin necesidad de forzar los conceptos, como sucede en otros textos, donde la estrechez de la fórmula hizo que se debieran construir conceptos jurídicos de *demencia* o *alienación*, diferentes de los psiquiátricos, para permitir la entrada de los trastornos pasajeros de la conciencia (ver § 210).

**¿Qué abarca la
insuficiencia?**

Dentro de la insuficiencia de las facultades caben todas las ² oligofrenias (tradicionalmente clasificadas en idiocia, imbecilidad y debilidad mental, según el grado de edad mental alcanzado por la persona), es decir, los casos en que hay una falta de inteligencia congénita o producida por algún padecimiento (incluso social como la insuficiente alimentación en los primeros años de vida) que impidió el desarrollo de ésta, a condición de que no sea de grado tal que provoque una incapacidad psíquica más profunda (de conducta o un error de tipo psíquicamente condicionado). Pero también hay insuficiencia de las facultades en los casos de demencia y en las psicosis endógenas (esquizofrenia) o en la psicosis maniaco-melancólica, como también en las exógenas (tóxicas, traumáticas o provenientes de enfermedades orgánicas).

**La alteración
morbosa provoca
insuficiencia**

Debe quedar claro que las alteraciones morbosas de las fa- ³ cultades son, en definitiva, un supuesto más de insuficiencia, pero es conveniente que se lo precise por separado, porque algunas afecciones provocan aumento de ciertas funciones, como por ejemplo la *taquípsiquia* (aceleración de la ideación), tanto que la persona no llega a completar las ideas que expresa. Pero estas aceleraciones invariablemente resultan en detrimento del funcionamiento armónico del psiquismo, de modo que siempre se tra-

ducen en una insuficiencia. De cualquier modo, la expresión usada por separado no deja lugar a dudas acerca de la amplitud de los fenómenos psíquicos que la ley admite como fuente de perturbación de la consciencia, capaz de generar una incapacidad de comprensión de la antijuridicidad.

- 4 Existe una interpretación tradicional de la fórmula del inc. 1º del art. 34 CP, según la cual el *estado de inconsciencia* debe identificarse con el trastorno mental transitorio, sea o no patológico; la *insuficiencia de las facultades* correspondería a las oligofrenias y la *alteración morbosa* se identificaría con las psicosis. Aparte de que la *inconsciencia* no es un supuesto de inimputabilidad, esta interpretación es objetable también porque, en sentido semántico (a) la *alteración morbosa de las facultades* no es sinónimo de alienación mental y (b) la *insuficiencia de éstas* no se agota con las oligofrenias.

La
interpretación
alienista

De ninguna manera el texto argentino obliga a esta identificación. La interpretación tradicional de la fórmula argentina desperdicia la amplitud de la fórmula legal, porque al asimilar *alteración morbosa* con *alienación* (tesis alienista) y limitar la insuficiencia a las oligofrenias, deja los trastornos pasajero a la *inconsciencia*, violentando la letra de la ley.

La identificación de la *alteración morbosa* con la alienación mental es conocida con el nombre de *tesis alienista* y proviene de un discurso médico que clasificaba a las personas en inimputables e imputables, según fuesen o no alienados mentales, asimilando sólo la oligofrenia a la alienación, lo que en la actualidad ha perdido todo prestigio en la psiquiatría.

- 5 Si, como pretendía esta tesis, alteración morbosa de las facultades significase únicamente alienación mental, se limitaría el concepto a la esfera intelectual y, automáticamente, pasarían a ser imputables todos los psicópatas, los posencefalíticos y postraumatizados craneanos, los esquizofrénicos residuales, los toxicómanos, los débiles mentales, los afásicos y los preseniles, cualquiera sea la gravedad de su trastorno, el tratamiento requerido y la auto o heteroagresividad que presentaran.

Consecuencias
de la tesis
alienista

Conforme a la psiquiatría moderna, toda *alteración morbosa* es una *enfermedad mental*, pero no toda enfermedad mental es un caso de alienación.

El origen de la tesis alienista

La tesis tradicional en la doctrina nacional responde al pensamiento positivista que definía la enfermedad mental como alienación, exigiendo una base orgánica reconocible. Consideraba signo de alienación exclusivamente la pérdida de la razón de carácter *instrumental*. Pero lo cierto es que un neurótico grave, un toxicómano, un alcohólico o un psicópata en sentido estricto, fuera de todo prejuicio doctrinario, tiene tanto derecho a ser considerado un enfermo mental como un delirante, un maniaco o un esquizofrénico, y le cabe el mismo género de trato y asistencia especializada. 6

Esto obedece a que es totalmente arbitrario restringir el concepto de alteración o insuficiencia al sólo ámbito del aspecto intelectual de la actividad psíquica, descartando toda insuficiencia o alteración de la emotividad y de la afectividad por grave que sea, sin contar que semejante escisión es discutible y muchas veces imposible, dado que la consciencia es una totalidad armónica.

Cabe observar que esta tesis, al pretender identificar siempre la alteración morbosa con una *alienación*, excluye la valoración necesaria para concluir en el juicio de culpabilidad, porque el diagnóstico pericial de alienación impondría mecánicamente al juez la exclusión de la culpabilidad, limitándolo al papel de convidado de piedra en el proceso.

Síntesis

Al contrario de la tesis tradicional, cuando el código se refiere a la insuficiencia de las facultades y a la alteración morbosa, no significa con ello entidades o grupos de entidades nosotáxicas que sean fuente de la inimputabilidad, sino que precisa sus efectos psíquicos, de origen morboso o no morboso, que pueden sintetizarse en *perturbación de la consciencia*, puesto que *ninguna insuficiencia o alteración dejará de producir una perturbación de este tipo, como tampoco se la observará a la que no provenga de alguna insuficiencia o alteración*. 7

A partir de que el concepto de enfermedad mental se liberó de su limitación a lo orgánicamente reconocible, la misma se diagnostica por observación de signos de comportamiento y de síntomas que surgen de manifestaciones del paciente, que señalan la presencia de una alteración o de una insuficiencia y el nivel o grado de perturbación de la consciencia como función sintetizadora.

§ 209. Algunos casos particulares

- 1 Hemos visto que la incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de una conducta no se determina con el etiquetamiento de una persona dentro de una entidad nosotóxica, sino que se establece según el esfuerzo que la persona haya debido realizar para comprender la antijuridicidad, tarea que incumbe al juez y sobre la que el perito sólo debe ilustrar, siendo el diagnóstico un simple dato informativo.

**El perito ilustra
y el juez valora**

Una pésima práctica tribunalicia, heredada de la tesis alienista, permite que los peritajes concluyan afirmando o negando la comprensión de la criminalidad del acto. Pese a que muchas veces los propios jueces formulan esa pregunta, lo cierto es que usurpa la función judicial, por tratarse de una cuestión de culpabilidad jurídico-penal y no de una mera comprobación técnico-médica.

- 2 Algunos padecimientos proyectan serias dudas en lo que hace a la capacidad psíquica de delito en general y de culpabilidad en particular. El que desde más antiguo ha llamado la atención es el delirio, que los psiquiatras del siglo XIX llamaban *locura razonante*. Se debe a que el paciente en apariencia está lúcido y guarda una relación normal con el mundo objetivo, salvo en cuanto a la temática delirante.

**La vieja
parcialización
de la consciencia
en el delirio**

- 3 Pero lo cierto es que el delirante padece una tremenda alteración de toda su relación con el mundo, puesto que su centralización ideativa tiñe todo lo que ve a través de su interpretación arbitraria del mundo. En el siglo XIX se explicaba el delirio por una parcialización de la consciencia, que llevaba a afirmar que si un enfermo creía que tenía una pierna de vidrio y lesionaba a quien intentaba golpearle la pierna, era inimputable, pero si libraba un cheque sin fondos, era imputable. Hoy se coincide en que la consciencia es un todo y semejante alteración no es más que la manifestación de que todo el *sensorium* está muy perturbado.

**La tesis contraria
hoy unánime**

Esto no debe confundirse con la explicación dada respecto de algunas oligofrenias, que pueden hacer al sujeto inimputable para ciertos delitos y no para otros: la oligofrenia opera como una limitación en lo largavistas, que impide al paciente ver objetos lejanos y pequeños, pero no los cercanos y mayores, pero el delirio es

un largavistas que puede ser muy potente, pero cuyos vidrios de color, tiñen todo lo que observa.

La actual discusión sobre la parcialización y la psicopatía

Aunque nadie sostiene hoy la parcialización de la esfera intelectual de la consciencia, se sigue fragmentando el psiquismo al pretender –como vimos– distinguir tajantemente entre las esferas intelectual y afectiva, como si fuesen absolutamente independientes.

Los psicópatas propiamente dichos

En psiquiatría se emplea la palabra *psicópata* y *personalidad psicopática* en sentidos muy diferentes; por lo tanto, cuando se pregunta si el psicópata es inimputable no sabemos qué responder, porque ignoramos de qué se trata.

Pero hay algunos casos, pocos por suerte, de personas que sufren una gravísima incapacidad de internalización de pautas; esos son los *psicópatas propiamente dichos*. Tienen la esfera afectiva completamente atrofiada y pueden cometer los hechos más crueles. *No tienen moral, pero no sólo la moral burguesa, tradicional, revolucionaria, criminal, mafiosa o la que fuere, sino directamente ninguna, porque no pueden tenerla*. No se trata en estos casos del sello de *psicópata* que se reparte a cualquiera en una nosotaxia confusa, sino del sujeto que *no puede tener moral*.

La tesis alienista

Para los *alienistas*, que reducen el concepto de consciencia a la esfera intelectual, los psicópatas propiamente dichos no son incapaces. Para quienes sostienen también aquí la unidad de la consciencia, se trata de verdaderos inimputables. El problema radica en que la *psicopatía propiamente dicha* se presenta como irreversible.

Las neurosis

Las neurosis (que algunos llaman *enfermar por causa psíquica* y otros no las consideran enfermedades) por lo general no provocan inimputabilidad. No obstante, toda neurosis tiene un núcleo problemático y provoca una alteración de la personalidad, pudiendo, en determinadas situaciones constelacionales que tocan directamente a este núcleo, dar lugar a un estado del sujeto en que se haga sumamente difícil comprender la antijuridicidad de su conducta. Esto debe manejarse con mucho cuidado y tener en cuenta la potenciación de ciertas situaciones tensionales prolongadas, como suele suceder en la forzada convivencia familiar en que median permanentes malos tratos, en situaciones labora-

les reiteradas por mucho tiempo, en el sometimiento a vejaciones y humillaciones permanentes, etcétera

- 8 Además, fuera del campo patológico, situaciones meramente vivenciales pueden generar una incapacidad de comprensión de la antijuridicidad por insuficiencia de las facultades. Eso sucede en circunstancias amenazadoras, que provocan miedo no patológico, porque responde a un objeto amenazante existente en el mundo real y capaz de infundirlo. El miedo disminuye la capacidad de comprensión, pudiendo quedar por debajo del nivel de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad. Incluso niveles superiores de miedo pueden provocar parálisis (incapacidad de conducta), llegando también en algunos casos a causar la muerte de la persona.

**El miedo
incapacitante**

- 9 Hay personas que tienen un especial entrenamiento que le permite conocer mejor el peligro y las formas de evitarlo (bomberos, policías, soldados, médicos), pero si se comprueba que en el caso concreto no ha evitado la perturbación de la consciencia en razón del miedo, caben sanciones administrativas por incompetencia, pero la inimputabilidad no se puede excluir, pues de lo contrario se caería en un reproche de culpabilidad fundado en una ficción.

**Las personas
a las que se
exige afrontar
el riesgo**

- 10 Desde siempre se supo que las personas actuando en grupo y, en especial, integradas en multitudes, modifican considerablemente su conducta, al punto que el derecho canónico lo consideraba atenuante, salvo para los instigadores. En circunstancias extraordinarias y especialmente cuando ese efecto potencia alguno de los cuadros descritos –que fuera de ellas serían irrelevantes–, el efecto de la *multitud* puede disminuir la culpabilidad y aún provocar un verdadero estado de incapacidad psíquica. De todos modos, tales circunstancias deben ser consideradas en cada caso, sin que pueda afirmarse que por el hecho de actuar en grupo o masa, automáticamente opere una atenuante o una eximente.

**La influencia de
las multitudes**

- 11 Menos aún pueden suscribirse las tesis reaccionarias (la más conocida es la de Le Bon) que desde el siglo XIX, una vez asentada la burguesía europea en el poder, desarrolló un verdadero delirio respecto de las *multitudes* o *masas*, en que prácticamente todas las *masas* eran *criminales en potencia*, para lo cual no tenían empacho alguno en postular la psiquiatrización de líderes e ideólogos de movimientos políticos, desde la Revolución Francesa hasta la Comuna de París, pasando por el anarquismo y el socialismo.

**La estigmatización
reaccionaria de las
multitudes**

§ 210. El momento de la inimputabilidad: el llamado trastorno mental transitorio

La capacidad debe existir al momento del hecho

La ley requiere la capacidad de comprensión de la antijuridicidad en el *momento del hecho*, de modo que poco importa que ésta sea anterior o que subsista después del hecho. La regla de apreciación en el *momento* implica que debe valorarse la capacidad psíquica del agente *al tiempo de realizar la conducta*, sin que interese la capacidad al tiempo del resultado ni en el momento previo a la acción. 1

El llamado trastorno mental transitorio

No obstante, se ha discutido como aspecto particular el llamado *trastorno mental transitorio*, que por razones patológicas o no, tiene lugar en el momento de la acción y luego desaparece, o sea, que no responde a un padecimiento permanente o éste sólo circunstancialmente provoca esa incapacidad. 2

En rigor, no merece consideración especial dentro de la dogmática, puesto que *no pasa de ser un supuesto más de inimputabilidad*. Los interrogantes que se plantean a su respecto, responden a cuestiones probatorias o bien a sus eventuales conexiones con patologías permanentes. Se trata de problemas correspondientes más al derecho procesal penal y a la psiquiatría forense que a la dogmática.

Los casos de intoxicación aguda

Entre las perturbaciones graves y transitorias de la consciencia (o trastornos mentales transitorios) que dan lugar a inimputabilidad, suelen mencionarse los episodios de intoxicación aguda siempre que no lleguen al coma (con insistencia en los provocados por alcohol u otras sustancias psicotrópicas), la llamada *ebriedad del sueño*, ciertos estados oníricos y crepusculares, la psicosis postparto, y las alteraciones emocionales que, dependiendo de su intensidad, pueden perturbar la consciencia hasta provocar la inimputabilidad (entre las que, quizá, el miedo sea la más importante). 3

La embriaguez alcohólica

En los casos de intoxicación aguda es determinante el grado de perturbación de la consciencia, que debe ser grave, lo cual en el caso de la embriaguez alcohólica se conoce como *embriaguez completa*. Según la concentración de alcohol en sangre, se determina la posibilidad o la certeza de la embriaguez completa. De cualquier forma no pueden tomarse esos índices como determinantes 4

sin valorar la resistencia individual al tóxico, que depende de una gran variedad de factores (acostumbramiento, ingesta de medicamentos, patología, emociones, etc.). Tampoco debe descartarse la *embriaguez patológica*, producida por una pequeña ingesta de alcohol y que suele obedecer a una patología previa, como en los enfermos alcohólicos o neurológicos. Uno de los criterios para cuantificar la perturbación de la consciencia es la memoria; siendo muy pormenorizada no se compadece con la embriaguez completa, aunque es compatible con el recuerdo detallado de algunas de las circunstancias más esenciales del hecho, puesto que la memoria parcial es relativamente frecuente en casos de incuestionable embriaguez completa.

- 5 En caso que la embriaguez haya sido provocada por el propio agente, o sea, que se haya intoxicado voluntariamente con cualquier sustancia, debe analizarse la posible tipicidad culposa de la provocación o, en los casos en que la mera conducta de intoxicarse configure por sí misma una tentativa, la posible tipicidad dolosa. Esto último sucede especialmente en tipos penales omisivos (el médico que una vez abierta la herida quirúrgica, se embriaga para no suturar y matar el paciente, el operador de un aeropuerto o el piloto de avión que se embriaga en pleno vuelo para causar una catástrofe).

**Tipicidad dolosa
de la conducta
del ebrio**

- 6 La tipicidad culposa (el que bebe antes de conducir) queda excluida en todos los casos en que: (a) no haya tipo culposo (el que ebrio hurta, por ejemplo), (b) como también cuando la intoxicación aguda sea un episodio dentro de un cuadro general de toxicofrenia o intoxicación crónica, en especial de dependencia fisiopsíquica a la sustancia.

**Posible
tipicidad
culposa**

§ 211. Las dependencias tóxicas

- 1 Hay tóxicos prohibidos y no prohibidos. La prohibición suele ser arbitraria: el Islam prohibió el café en cierta época; en los EE.UU. ocurrió lo mismo con el alcohol en los años veinte, al igual que fue prohibida la marihuana antes que el opio, etc. Muchos tóxicos son también medicamentos y en ocasiones su uso medicinal produce acostumbramiento. También afectan la salud, pero

**Uso, abuso y
dependencia
de tóxicos**

no todos lo hacen con la misma intensidad ni son igualmente criminógenos. El tóxico criminógeno, sin duda, es el alcohol, que provoca graves hechos de sangre y muertes en el tránsito. Todos somos usuarios de tóxicos, y algunos lo son de tóxicos prohibidos. Muy pocos consumidores de sustancias tóxicas abusan de ellas (beben de más, fuman demasiado, etc.). Muy pocos abusadores de tóxicos se convierten en dependientes, esto es, en consumidores compulsivos de tóxicos, que producen un grave daño a su salud y que no pueden abandonar su uso sin ayuda terapéutica. Para ello se necesita una personalidad obsesivo-compulsiva y otros factores determinantes (frustraciones, pérdidas, etc.), que no todas las personas los presentan.

Tampoco todos los adictos tienen el mismo grado de dependencia tóxica, ni la abstinencia (privación del tóxico) les produce el mismo efecto. Hay unos pocos tóxicos cuya abstinencia es grave, porque la dependencia no sólo es psíquica sino también fuertemente orgánica o física (alcohol, derivados del opio como la morfina y la heroína).

La punición del enfermo

La ley 23.737 tipifica una serie de conductas referidas a tóxicos prohibidos. Su art. 14 pena la mera tenencia, incluso cuando sea para uso personal del tenedor, aunque atenúa la pena en ese caso. El art. 18 establece que si la tenencia es para consumo propio, cuando el tenedor fuese dependiente, se le someterá a un tratamiento y, si dentro de los dos años éste estuviese curado, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, o sea, si el mismo siguiese siendo un enfermo, se le aplicará la pena. Semejante disparate constitucional no requiere mayores reflexiones: la ley argentina pena a un enfermo –que padece una enfermedad que puede ser mortal– porque no ha podido curarse. **2**

El tóxicode- pendiente no se intoxica porque quiere

Las tóxicodependencias son enfermedades. El tóxicodependiente no es un vicioso, sino un enfermo, que padece una dolencia que en muchos casos es mortal, porque no es de fácil tratamiento. Es posible desintoxicar compulsivamente a una persona, pero no curarle su dependencia, lo que depende de muchos factores. La experiencia mundial enseña que los tratamientos compulsivos no obtienen resultados positivos. **3**

La enfermedad del tóxicodependiente radica, justamente, en que no tiene manejo del tóxico, siente la necesidad irrefrenable (compulsiva) de consumirlo y su privación (en casos de depen-

dencia muy fuerte) le causa graves sufrimientos y hasta la muerte. Es claro que quien padeciendo una tóxicodependencia se encuentra en un episodio agudo de intoxicación (el comúnmente llamado *borracho*) no se intoxica *voluntariamente* sino porque no puede hacer nada por evitarlo.

- 4 En casos de dependencias fuertes (como la del alcohol y la heroína) y no de las más débiles (como el tabaco o la marihuana), se presenta un grave problema respecto de los injustos cometidos fuera de los episodios agudos, pero con el fin de procurarse el tóxico. No obstante esta problemática no está referida a la comprensión de la antijuridicidad, sino al estado de necesidad que la abstinencia provoca en el sujeto (y que, como decimos, puede llegar a provocarle la muerte) o a la capacidad de ajustar la conducta a esa comprensión, en razón de la compulsión a que está sometido.

**Hechos cometidos
para proveerse
algunos tóxicos**

§ 212. El momento de la inimputabilidad: la teoría de las acciones liberae in causa

- 1 Toda época tuvo sus emergencias y sus escándalos. Los tóxicos siempre fueron motivo de alarma y fuente de los peores prejuicios, sin desmedro de la real capacidad de lesión a la salud, que nunca fue lo que más interesó al poder punitivo, como sucede siempre, sino sólo el pretexto para ejercerlo.

**El alcohol como
emergencia**

- 2 El tóxico que mayor alarma causaba en el siglo XIX era el alcohol, materia predilecta de la moralina literaria de esos años. Por cierto que causaba muchos muertos por su potencial criminógeno y, más aún, por su dañosidad para la salud. El discurso penal, con argumentos médico-policiales, aunque invocando un poco claro pasaje de Aristóteles, consagró el *versari in re illicita*. Sostuvo que cuando el agente se embriagaba voluntariamente, por completa que sea su embriaguez, ésta era irrelevante.

**La solución a la
embriaguez
mediante el
"versari"**

Se consideró que como el estado de inculpabilidad causaba la conducta típica y, conforme al *versari in re illicita*, quien quiso la causa quiso el efecto (ver § 40 y § 162), debía reprocharse el resultado del injusto inculpable. Consideraba que el agente era respon-

sable del delito cometido en estado de inculpabilidad por incapacidad psíquica, siempre como autor doloso.

Según el *versari in re illicita*, quien en estado de embriaguez hurtaba, robaba o lesionaba, debía ser penado como si no hubiese estado ebrio, aunque al recuperarse de su intoxicación no tuviese el menor recuerdo de lo sucedido y pese a que no hubiera tenido ninguna posibilidad razonable de preverlo. Este modelo de violación flagrante al principio de culpabilidad dominó en la jurisprudencia nacional hasta los años sesenta.

**Las tesis de las
"actiones liberae
in causa"**

Desde el siglo XIX se sostuvo también otra tesis, ensayada ³ por la doctrina italiana medieval, especialmente por Farinaccio, que apelaba a la teoría de las *actiones liberae in causa o ad libertatem relatae (a.l.l.c.)*, también buscando como garante a Aristóteles, con las mismas citas.

Esta tesis parte de la premisa de que la acción del ebrio o de cualquier inimputable voluntario es una *actio liberae in causa*, es decir, no es libre en el momento del hecho, pero lo es *en su causa*, por lo que la culpabilidad se traslada a ese momento previo, esto es, a la conducta realizada para colocarse en el estado o situación de inculpabilidad para cometer el delito y a la voluntad que existe en ese momento.

Así, (a) si el sujeto se incapacitó accidentalmente, no hay culpabilidad; (b) si lo hizo por el puro gusto de hacerlo, pero sin poder prever el resultado, tampoco; (c) pero si pudo preverlo, la responsabilidad será culposa; y (d) si lo hizo para causar el resultado, la responsabilidad será dolosa.

Esta es la tesis en la jurisprudencia nacional que reemplazó a la anterior a partir de los años sesenta, especialmente con el plenario de la Cámara de la Capital cuyo primer voto correspondió al Prof. Jorge Frías Caballero.

**¿Cómo fabricar
un delito de
dos acciones
diferentes?**

Si bien representa un inmenso progreso respecto de la ante- ⁴ rior, no cabe duda que tampoco es seriamente sostenible. El ánimo con que un sujeto bebe es sólo ánimo, pero no dolo, porque no hay tipo objetivo. Si hay dos sujetos bebiendo en una barra, y uno lo hace para olvidar y otro para agredir a quien le disputa el amor de su pareja, ambos hacen exactamente lo mismo y no hay ninguna objetividad típica de homicidio, ningún comienzo de ejecución

(tentativa). Este se concreta sólo cuando llega el rival que seduce a su pareja y el sujeto que bebe para lesionarlo comienza a hacerlo.

El problema insuperable es que en el momento en que el sujeto comienza a lesionar al rival no es imputable; en el momento en el cual bebe lo es, pero no hay tipicidad. No se puede con dos conductas diferentes armar un delito, tomando la pretendida culpabilidad de una acción atípica (beber) y completándola con la tipicidad de un injusto inculpable (lesionar).

No puede sostenerse que el ánimo convierta el acto de beber en una tentativa de homicidio. Si el sujeto cae al piso y no hace nada, no podría hablarse de un desistimiento voluntario de la tentativa (ver § 263) y, sin embargo, nadie sostendría su tipicidad de tentativa.

- 5 En rigor, esta tesis es una aplicación particular de la culpabilidad de autor (ver § 199.9 y § 10), pues la culpabilidad de autor por la conducción de la vida no es más que una generalización de la teoría de las *actiones liberae in causa*. Por otra parte, la ley es clara al exigir la capacidad *en el momento del hecho* (inc. 1° del art. 34 CP) y no antes o después.

Es una versión de la culpabilidad de autor

- 6 Se ha querido defender la tesis con argumentos mecánicos: el sujeto que bebe para lesionar sería asimilable al de quien coloca una bomba con reloj. Esto es falso, porque nadie puede saber en estado sobrio lo que hará en una intoxicación completa: el sujeto puede ser que experimente una liberación de su pareja y abraza al rival y lo felicite.

Casos en que realmente hay tipicidad dolosa

Los argumentos mecánicos son válidos sólo en algunos casos, especialmente omisivos, en que la precisión de movimientos requerida para realizar la acción debida se impide con la intoxicación y, por ende, el comienzo de la incapacitación ya es típico de tentativa (ya mencionamos al médico que se embriaga para no terminar la intervención, el operador de un aeropuerto o el piloto de avión que hace lo mismo en pleno vuelo, para provocar una catástrofe). Pero en estos casos no se alteran los principios generales, pues se trata de una acción típica de tentativa, que se realiza con plena culpabilidad.

- 7 Tampoco es necesario manejar la teoría de las *actiones liberae in causa* para considerar típicamente culposas algunas conduc-

Tampoco es necesaria para la forma culposa

tas: nadie puede dudar que quien se embriaga sabiendo que debe conducir un vehículo viola un deber de cuidado.

§ 213. Imputabilidad disminuida

La culpabilidad disminuida

Entre la capacidad y la incapacidad psíquicas no hay una 1
diferencia tajante. Tratándose de medir un esfuerzo, se plantea una cuestión de grado. Por ello, muchos códigos modernos contienen previsiones para ciertos casos en que el reproche no se excluye, pero es sensiblemente menor. Estos supuestos se suelen llamar de *imputabilidad disminuida*, aunque en realidad son casos de menor culpabilidad, por menor reprochabilidad de la conducta.

El positivismo peligrosista discutió mucho la conveniencia de estas previsiones, sosteniendo que los *semiimputables* eran más peligrosos que los imputables (cabe aclarar que también consideraban *semiimputables* a los mestizos y mulatos), pero archivados semejantes desatinos racistas, estas fórmulas están hoy aceptadas en la legislación comparada.

La culpabilidad disminuida en el CP

En nuestro CP no hay una fórmula general de la imputabili- 2
dad ni de la culpabilidad disminuida. No obstante, hay claros casos de culpabilidad disminuida, como la emoción violenta del inc. 1º del art. 81 y las circunstancias extraordinarias de atenuación en el caso del parricidio, del art. 80. La emoción violenta no debe considerarse limitada al homicidio y a las lesiones, porque conduciría a soluciones aberrantes. Como vimos, por vía de analogía *in bonam partem*, debe considerarse que es aplicable a cualquier delito en que sea admisible. Existe una contradicción entre el mínimo de la pena del parricidio con culpabilidad disminuida prevista en el art. 82 (parricidio en emoción violenta, diez años como pena mínima) y el del último párrafo del art. 80 (parricidio con circunstancias extraordinarias de atenuación, ocho años como mínimo), cuando la emoción violenta importa menor culpabilidad que las circunstancias extraordinarias. Cabe entender que el mínimo del art. 82 no puede ser tampoco superior a ocho años.

CAPÍTULO 22

La inexigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente de error (errores exculpantes)

§ 214. Fundamento de los errores exculpantes

1 Quien no puede saber que la acción que realiza está penada, no puede comprender su carácter *criminal* y, por ende, no puede ser reprochado jurídicamente sin violar reglas elementales de racionalidad. La exigencia de ley penal previa tiene por objeto que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización. Por tanto, el principio de culpabilidad, como necesaria consecuencia de la legalidad, impide el ejercicio del poder punitivo cuando esa comprensión fuese imposible.

No se puede reprochar a quien no sabe

Durante mucho tiempo se sostuvo que el error de derecho no excusa (en latín: *error juris nocet*) (ver § 148), en abierta violación al principio de culpabilidad. Hoy se lo rechaza y se sostiene que el principio mencionado debe respetarse en todos los casos. Por ende, se admiten plenamente los *errores que excluyen la culpabilidad o errores exculpantes*.

2 El principio de culpabilidad y su violación mediante la regla *error juris nocet* expresan la dialéctica entre estado de derecho y estado de policía en la teoría del error. A favor de la regla *error juris nocet* se argumentaba que las prohibiciones penales eran obvias para todos. Esto no es sostenible frente a la actual legislación penal, que ya no es un limitado catálogo de conductas más o menos conocidas por todos, sino un abigarrado conjunto de disposiciones sin transparencia. De la vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocerla, se ha pasado a una situación en que la ley no es conocida por casi nadie

Dialéctica en la culpabilidad

e incluso quienes la interpretan técnicamente tienen grandes dificultades.

**El ocultamiento
como técnica
autoritaria**

El ocultamiento normativo es una técnica autoritaria que permite ejercer poder mediante el ocultamiento de sus modos de operar, lo que confirma que el poder se fortalece escondiendo sus mecanismos (Foucault). Esto revela que una *teoría del error fuertemente respetuosa del principio de culpabilidad debe ser la valla infranqueable que oponga el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable la normación legislativa.* **3**

§ 215. Delimitación con el error de tipo

**Ignorar lo que se
hace e ignorar
que eso es ilícito**

Los errores exculpantes se diferencian del error de tipo en 1 que, en este último, el agente cree estar realizando una acción diferente (cree llevar a cabo un acto de caza de un oso, pero está disparando sobre un ser humano; cree que se lleva su abrigo y se lleva el ajeno), o sea, piensa estar realizando otra conducta (cazar, recoger su abrigo).

**Es claro que
quien no sabe lo
que hace tampoco
sabe que es ilícito**

Por cierto que quien cree estar haciendo otra cosa tampoco 2 puede comprender la prohibición o la punibilidad, pero porque no hay tipicidad (dolosa), lo que hace innecesario analizar la culpabilidad. No tiene sentido preguntarse si podía comprender la ilicitud del homicidio quien no sabía que causaba una muerte.

Pero la distinción respecto del error de tipo tiene otras consecuencias importantes. En principio, este error excluye directamente el injusto (al menos el injusto doloso): el que dispara para cazar no incurre en tipicidad dolosa, aunque su conducta pueda configurar tipicidad culposa (arts. 84 o 94); quien se lleva el abrigo ajeno no actúa típicamente, pues por negligente que haya sido su conducta (se lleva un abrigo negro y el suyo es verde), no hay tipo culposos de hurto.

**Diferentes
consecuencias
respecto del
error de tipo**

En los errores exculpantes las consecuencias son diferentes: 3 eliminan la culpabilidad cuando son invencibles o *no imputables* (como dice la ley, art. 34 inc. 1°), pero no tienen nada que ver con la tipicidad, de modo que aunque sean imputables o vencibles no

pueden generar tipicidad culposa. *En tanto que el error de tipo vencible puede dar lugar a tipicidad culposa, el exculpante vencible nunca puede convertir en culposo el injusto doloso.* El error exculpante sólo afecta la reprochabilidad del injusto, pero no lo altera.

- 4 El único efecto de un error exculpante vencible (o imputable) es el de producir un menor reproche (menor grado de culpabilidad), lo que se traduce en la pena aplicable, sea en los límites del art. 41 CP, o bien, si el mínimo de la escala legal fuese excesivo en relación al grado de culpabilidad del caso, por debajo de ese mínimo, por imperativo constitucional (ver § 287).

El error exculpante vencible disminuye el reproche

§ 216. Vencibilidad e invencibilidad de errores exculpantes

- 1 El error *imputable* o *vencible* (también llamado *evitable*) no elimina el reproche. Suele decirse que el error es vencible cuando al autor le era exigible evitarlo. Con esto sólo se dice que el error vencible es reprochable, lo que no constituye ninguna regla práctica para individualizarlo.

La vencibilidad del error es un límite de culpabilidad

- 2 Para ello, en los últimos tiempos se sostuvo que en el error vencible se violaría un pretendido *deber de información jurídica*. Pero lo cierto es que este deber *general* no existe y, si existiese, sería menester preguntarse qué sucede cuando se ignora ese deber, lo que llevaría a un *regressus ad infinitum*, sin contar con otras dificultades: se volvería a la teoría de las *actiones liberae in causa*, se penaría la violación de ese pretendido deber y no el delito cometido, se exigiría una consciencia efectiva y actual de la antijuridicidad, etcétera.

No existe un deber de información jurídica

- 3 En realidad, la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un *límite de culpabilidad*, es decir un *límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad*. No puede inventarse ningún deber de información jurídica que obligue al ciudadano como tal; el único deber que tienen los ciudadanos –sin lugar a dudas– es el de no cometer delitos, que les es exigible en la medida en que dispongan efectivamente de la correlativa posibilidad de comprender la naturaleza o la punibilidad de tales injustos, sin que impor-

El único deber que existe es el de no cometer delitos

te si hicieron uso de esa posibilidad de comprensión. Si realmente podían comprender, aunque no lo hubiesen hecho, igualmente serán culpables.

La evitabilidad del error debe valorarse respecto del sujeto concreto

Como todo límite de culpabilidad, la evitabilidad de la no comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al *sujeto en concreto y a sus circunstancias*, lo que permite afirmar que ésta presenta, por lo menos, tres aspectos que deben ser analizados para su correcta valoración:

(a) si le fue posible acudir a algún medio idóneo de información;

(b) si la urgencia de la toma de decisión le impidió informarse o reflexionar, y

(c) si le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento y con un *standard* mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla.

No puede medirse respecto de un humano imaginado

Como cualquier límite de culpabilidad o reproche, la vencibilidad del error debe determinarse conforme a las condiciones personales del agente y nunca en función de una pretendida objetividad que acuda a una figura de imaginación (un *homúnculo* jurídico u *hombre normal*). Siempre se reprocha a una persona concreta, en situación y circunstancias también concretas.

Hay personas que tienen menos capacidad psíquica que otras para comprender

Si bien el código argentino no contiene una fórmula general de la imputabilidad o culpabilidad disminuida, no significa que no reconozca grados de reprochabilidad conforme a la capacidad psíquica de la persona. Se trata de un dato de realidad que la ley no puede desconocer ni alterar. La capacidad de imaginación, el juicio crítico, el nivel de pensamiento abstracto, de atención, de fijación mnémica, de sensopercepción, etc., son funciones que pueden estar disminuidas de modo que hagan inexigible que el agente imagine la criminalidad de su acción, que la deduzca por un análisis reflexivo de los datos disponibles, que comprenda su lesividad, etc. Por ello, el error exculpante y la imputabilidad no son conceptos que deban separarse completamente, sino que el grado de capacidad psíquica de culpabilidad puede incidir en la invencibilidad del error. En otras palabras: es posible que haya personas que no sean incapaces psíquicos de culpabilidad respecto de ese injusto en concreto, pero que, por sus características

psíquicas, sea imposible exigirles, en la concreta circunstancia del hecho, que hayan vencido o evitado el error.

- 7 Un problema que aumenta con la confusión legislativa, es el error que se origina en una interpretación de la ley sostenida por una *corriente de opinión* amplia y reconocida por los tribunales. En países con control difuso de constitucionalidad –como la Argentina– y donde no existe jurisprudencia obligatoria a nivel nacional, ésta puede variar entre el orden federal y dos docenas de competencias ordinarias, e incluso dentro de cada una de ellas. La disparidad de interpretaciones es la regla y no la excepción. Pero incluso en la propia jurisprudencia de casación y constitucional suprema, existen diferentes criterios según la integración de los tribunales.

**La jurisprudencia
como fuente
de error**

- 8 Se ha señalado que media un error invencible cuando cambia una jurisprudencia casatoria o incluso invariable a lo largo de muchos años, que consideraba que una acción no es punible: es imposible que el agente conozca la conminación penal de una acción que hasta ese momento había sido pacíficamente considerada impune. Por lo menos en todas las conductas realizadas hasta la publicación de la nueva jurisprudencia, debe considerarse que median errores invencibles.

**Los cambios de
criterios
jurisprudenciales**

Sería sano que la jurisprudencia constitucional suprema que declara inconstitucional una ley penal, no pueda regresar a ese estado, lo que excluiría toda posibilidad de error a su respecto, pero como no es éste el criterio imperante, también estas oscilaciones supremas originan errores invencibles.

- 9 Pero también cuando la jurisprudencia duda dando lugar a diferentes interpretaciones simultáneas dentro de una misma competencia, el ciudadano no puede saber cómo se valorará su acto. No es razonable exigirle que se abstenga de realizar la acción que es punible según la jurisprudencia más represiva, ante el riesgo de resultar sometido a la competencia de ese tribunal, pues subordinaría su destino a un sorteo. Importaría consagrar siempre el criterio más represivo en función de una extorsión en forma de ruleta rusa penal. En todos estos casos debe considerarse también un error exculpante. No se trata de *supuestos de duda del agente*, sino de *duda del derecho mismo*. No son dudas del sujeto sino de sus jueces. La regla de que quien actúa en la duda es culpable, no rige cuando quien vacila no es el agente sino las

**La disparidad
de criterios
jurisprudenciales**

agencias del estado encargadas de precisar la ilicitud, mediante decisiones contradictorias e incompatibles.

§ 217. El error exculpante vencible para la teoría del dolo y para la teoría de la culpabilidad

El error para la teoría del dolo

Desde la perspectiva de la culpabilidad, estamos ahora en 1 mejores condiciones para comprender las consecuencias negativas de la vieja *teoría del dolo* (o sea, de la tesis que sostenía que la llamada *consciencia de la antijuridicidad* pertenecía al dolo).

Para esta tesis, todo error eliminaba el dolo y, siendo vencible, podía dar lugar a un caso de culpa. Era la vieja *teoría única o unitaria del error*.

Sus consecuencias inaceptables

La teoría unitaria del error (derivada de la teoría del dolo) 2 tiene dos consecuencias insalvables: una de carácter sistemático y otra de orden político-penal.

(a) Como para ella todo error elimina el dolo y el vencible da lugar a culpa, la consecuencia más notoria es que debe admitir la tentativa culposa, lo cual es un verdadero monstruo lógico. Además, es difícil explicar cómo puede haber culpa o negligencia en los casos en que el agente quiso el resultado que produjo.

(b) La consecuencia político-penal de la teoría unitaria es también desoladora. En primer lugar, cualquier desconocimiento de la antijuridicidad eliminaría el dolo. Por otra parte, se penaría la culpa de no informarse y quedaría con total irrelevancia jurídica la voluntad que produjo el resultado lesivo. Esto significa que los que cumplieron órdenes nazistas por creerlas lícitas (error vencible), habrían incurrido en tipicidad culposa, pero no frente a las normas que prohíben matar a miles de personas, sino frente a una supuesta norma que obliga a informarse sobre la legalidad.

La teoría limitada del dolo

En la propia época nazi se pretendió evitar que con este argu- 3 mento quedaran impunes disidentes y para ello se pretendió (Mezger) que había *equivalentes* de la llamada *consciencia de la*

antijuridicidad, como la *ceguera ante el derecho* o la *enemistad con el derecho*, puestos de manifiesto por los que desconocían la antijuridicidad indicada por *el sano sentimiento del pueblo alemán* (es decir, por la ideología nazista) lo que era una ficción de consciencia de la antijuridicidad. De este modo, se pretendió construir una llamada *teoría limitada del dolo*, por oposición a la teoría estricta de éste.

- 4 La teoría de la culpabilidad también se bifurcó entre una *teoría estricta* y la llamada *teoría limitada*. Esto obedece a que, para quienes sostienen que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad (ver § 123.4), las circunstancias objetivas de una situación de justificación (que el sujeto crea que lo están agrediendo, etc.) formarían parte del tipo objetivo, debiendo ser captadas por el dolo y, por ende, cuando se las supone falsamente, ese error sería de tipo y no de prohibición. Por lo tanto, estiman que la llamada *justificación putativa vencible* da lugar a un delito culposo. En cambio, para la teoría estricta de la culpabilidad –que es la aquí postulada– no es posible sostener que la justificación putativa elimine el dolo, puesto que éste queda afirmado en el nivel de la tipicidad; de modo que cualquier error que recaiga sobre el carácter o entidad del injusto del acto producirá sus efectos en el estrato analítico de la culpabilidad.

**Teorías estricta
y limitada de
la culpabilidad**

- 5 La llamada *teoría limitada de la culpabilidad* tiene casi las mismas consecuencias sistemáticas y político-penales que la teoría unitaria del error: debe admitir la tentativa culposa y deja impunes los errores vencibles de esa naturaleza cuando no existe tipo culposo. El esfuerzo por quitar el error vencible sobre la situación de justificación del ámbito del error exculpante (para considerarlo error vencible de tipo, al igual que la teoría unitaria del error), choca con el inconveniente de que no puede negar la voluntad dirigida a la producción del resultado (es difícil considerar culposa la conducta dirigida a lesionar). Por ello, no faltan quienes admiten que se trata de tipicidad dolosa, sosteniendo que sólo por razones político-criminales es aplicable la pena del delito culposo.

**Inconvenientes
de la teoría
limitada de
la culpabilidad**

- 6 Pero quienes pueden beneficiarse con estas *razones político-criminales* son, por regla general, los agentes del propio estado. Mientras el ciudadano contribuyente que yerra en su declaración

**Las pretendidas
razones político-
criminales**

impositiva por error vencible estaría incurso en delito doloso, el funcionario estatal que incurriera en exacción ilegal cobrándole sumas indebidas, en caso de vencibilidad, sólo respondería por culpa.

§ 218. El error exculpante vencible en el código penal

El error vencible sólo puede atenuar la culpabilidad

Como acabamos de ver, el error invencible sobre la criminali- 1
dad da lugar a inculpabilidad. Las dificultades doctrinarias surgieron en cuanto al error exculpante vencible. Si ubicamos la posibilidad de comprensión de la criminalidad en la culpabilidad (siguiendo la llamada *teoría estricta de la culpabilidad*), en ningún caso este error vencible puede convertir en culposo un injusto doloso, porque lo referente a la comprensión de la criminalidad sólo responde la pregunta sobre si el injusto es o no reprochable al autor y, en caso de serlo, en qué grado.

En general, casi siempre que haya un error exculpante vencible, particularmente cuando hizo actuar al agente sin conocimiento del contenido injusto del hecho, la culpabilidad será de menor intensidad, porque la *comprensión tuvo dificultades que no le son imputables totalmente al agente*.

La propuesta del art. 35 y la del art. 41

Como el código no contiene una fórmula general de la 2
culpabilidad disminuida o atenuada, se plantea la dificultad de establecer las escalas penales en los errores vencibles sobre la criminalidad que determinen un menor grado de culpabilidad.

Para ello se propuso aplicar el art. 35, que señala la pena del delito culposo (Bacigalupo). Pero este artículo no presupone un error (ver § 195), por lo que no corresponde su aplicación. Por ende, la única solución es hacer uso de los criterios del art. 41, sin perjuicio de que, en los supuestos en que los mínimos legales resulten desproporcionados respecto del grado de culpabilidad, se imponga una pena por debajo de ellos, que siempre se han de considerar indicativos, acatando las leyes de mayor jerarquía (constitucional e internacional) que imponen la adecuación de las penas al grado de culpabilidad.

§ 219. Cuadro general de los errores exculpantes

1 El *cuadro general de los errores exculpantes* se configura con:

**Errores
exculpantes**

(A) el *error de prohibición*, que comprende:

- (a) el error de conocimiento de la prohibición (falsa suposición de que la conducta no viola ninguna norma prohibitiva: el sujeto que llega al país e ignora las prohibiciones cambiarias penalmente conminadas).
- (b) los errores de alcance de la prohibición, que son falsas suposiciones de:
 - (α) cumplimiento de un deber jurídico,
 - (β) consentimiento,
 - (χ) fomento por el derecho, y
 - (δ) riesgos no prohibidos,
- (c) el error de comprensión de la prohibición (el indio que conoce la prohibición de sepultar difuntos en la casa, pero que no puede comprenderla porque su cultura le impone hacerlo),
- (d) el error indirecto de prohibición por falsa suposición de la existencia legal de una causa de justificación, cuyas reglas se aplican también al error sobre el alcance de una causa de justificación existente (falsa suposición de que la acción está amparada por alguna de las causas de justificación legales y cree que tiene un derecho de retención que en realidad no existe); y
- (e) el error indirecto de prohibición por falsa suposición de un supuesto fáctico de justificación (cree que es agredido y se defiende); y

(B) los *errores exculpantes especiales*, que son:

- (a) el error sobre la situación objetiva de necesidad exculpante (falsa suposición de estar actuando al amparo de una exculpante), y

(b) el error sobre causas que excluyen la punibilidad (falsa suposición de un supuesto de exclusión de la punibilidad).

Delito putativo

El error puede ser inverso, o sea, llevar al agente a creer que ² comete una acción típica y antijurídica, cuando la conducta no tiene ese carácter (*delito putativo o imaginario*). Existe general acuerdo en que estas acciones no son punibles, porque la imaginación del autor no crea la antijuridicidad.

La única dificultad que se plantea es su eventual distinción con la *tentativa inidónea* o *delito imposible* (ver § 262), sobre lo cual suele decirse que el delito imaginario es un *error de prohibición invertido*, en tanto que la tentativa inidónea es un *error de tipo invertido*.

El doble error

El delito imaginario no se puede relevar, ni siquiera cuando en ³ un *error de prohibición invertido*, por efecto del error sobre la situación objetiva, resultare que en realidad se comete una acción típica (el llamado *doble error*). Se pone como ejemplo quien imagina que el ratón es un animal cuya caza está vedada y dispara sobre uno de ellos, creyendo que su conducta es antijurídica. En realidad, actúa antijurídicamente porque confundió a una comadreja –cuya caza esía verdaderamente prohibida– con un ratón.

§ 220. Errores directos e indirectos de prohibición

Diferencias respecto de otros errores

Se denomina error de prohibición al que *impide exclusivamente la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto*. Debe distinguirse de otros errores:

(a) Se asemeja al error de tipo en que este último también impide esa comprensión, pero se distingue de él en que no afecta para nada a la tipicidad;

(b) se parece al error sobre una situación objetiva de inculpa-bilidad (el que empuja a otro para salir antes de un supuesto incendio que no es tal) en que también elimina la culpabilidad, pero este último lo hace sin impedir la comprensión de la antijuridicidad, sino porque limita el ámbito de autodeterminación; y

(c) se distingue del error sobre la punibilidad (el que cree que le hurta al padre y lo hace a un tercero) en que éste, al igual que el anterior, también elimina la culpabilidad y tampoco impide la comprensión de la antijuridicidad, pero sólo afecta al conocimiento de la conminación penal de la conducta.

- 2 En primer término, dentro del error de prohibición, debe distinguirse el error de conocimiento y el de simple comprensión. En el primer caso, se trata de *errores de conocimiento* del carácter antijurídico en sí mismo. Como la *comprensión* presupone el conocimiento, cuando falta éste la comprensión es imposible. Estos deben distinguirse del error de prohibición que no es de mero conocimiento, sino de comprensión (ver § 223). Un error de conocimiento lo padece el turista que compra divisas en la calle en un país donde eso está penado. Un error de comprensión lo sufre el indio que ancestralmente entierra sus muertos en la casa y, pese a que sabe que está prohibido, no puede internalizarlo, por efecto de su carga cultural.

Error de conocimiento y de comprensión

- 3 El error de conocimiento de la prohibición que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto, puede ser un *error directo* o un *error indirecto de prohibición*.

Error directo e indirecto de prohibición

Error directo de prohibición es el que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la *representación de la valoración jurídica del acto* conforme a la norma prohibitiva (el del turista mencionado).

El error indirecto de prohibición consiste en la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto. Dicho más sencillamente, *el error indirecto de prohibición es el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación*.

Este error puede obedecer a que el agente cree falsamente que la ley reconoce una causa de justificación que no existe, o bien, puede darse porque el sujeto cree que se halla en un supuesto previsto por la ley como justificante, pero que no existe en la realidad.

§ 221. Error directo por desconocimiento de la prohibición

Sus distintas variables

Este error reconoce distintas modalidades, pero todas tienen 1 idéntica consecuencia. El desconocimiento de la norma no se limita a la hipótesis en que el agente desconoce su existencia legal, sino también al supuesto en el cual el autor la conoce, pero no sabe que su conducta choca con ella en razón de un error en la interpretación de la norma, sea porque la entienda mal (lo que algunos autores llaman error de subsunción), o porque crea que ésta no es válida, por ser contraria a otra norma de superior jerarquía, o porque supone que está en un ámbito espacial diferente o que ha sido derogada o ha perdido vigencia (hipótesis que la doctrina suele llamar *error de validez*).

Desconocimiento de la relevancia penal

Otra forma que puede asumir es la de error limitado a la 2 relevancia penal o típica de la antijuridicidad, lo que tiene lugar cuando el agente conoce la antijuridicidad de su acción, pero cree que ésta sólo acarrea sanciones civiles o administrativas. Este error afecta el conocimiento de la relevancia penal de la antijuridicidad, que es requisito implícito en la exigencia de posibilidad de comprensión de la *criminalidad* requerida por la ley.

En cualquiera de estas hipótesis se trata de claros casos de error de prohibición directo, por desconocimiento de la norma, pues el error en cuanto a la interpretación no es más que un conocimiento insuficiente acerca de ella (es decir, en definitiva, también un desconocimiento), en tanto que el error de validez importa análoga insuficiencia, pero de la norma encuadrada dentro del orden normativo.

Pueden ser errores de hecho o de derecho

El error directo que recae sobre el conocimiento de la prohibi- 3 ción misma puede ser tanto *error facti* como *error iuris*, sin que ello sea mayormente importante. En el caso del error de validez, por ejemplo, bien puede consistir en la falsa creencia de que la norma es inconstitucional, pero también puede estar referido a circunstancias fácticas, como sucede en el error del sujeto, sobre el tiempo o el espacio (cuando el sujeto ignora que la norma prohibitiva alcanza a su conducta porque cree que está en otro territorio o porque cree que aún no está vigente).

§ 222. Errores directos de prohibición sobre el alcance de la norma

1 Se ha señalado que los errores sobre la tipicidad conglobante constituyen por regla errores de prohibición y sólo excepcionalmente errores de tipo, siendo estos últimos los casos de errores sobre la dominabilidad y la naturaleza no banal del aporte del partícipe secundario (ver § 139 y § 140). Como los aspectos de la tipicidad conglobante que hacen sólo a la *antinormatividad* no están abarcados por el dolo, el error a su respecto será de prohibición. Se trata de conocimientos actualizables pero no actuales –como los del dolo–, lo que los distingue claramente de los que son necesarios para éste y cuya ausencia, por ende, da lugar a errores de tipo.

Errores sobre la tipicidad conglobante

2 Un caso lo configura la *ignorancia del agente acerca del deber jurídico que le incumbe*, siempre que éste no se derive del desconocimiento de alguno de los elementos requeridos por el tipo objetivo (cuando el sujeto ignora la calidad de la que emerge el deber en cualquiera de los *delicta propria*: ignora que es pariente, funcionario, depositario, etc.), en cuyo caso se trata de un error de tipo. Se trata de supuestos harto posibles en los casos de los llamados *conflictos de normas o deberes* en que la jurisprudencia o la doctrina vacilan acerca del deber que debe preponderar (obligación de denunciar por parte del médico y deber de guardar el secreto médico) y en todos los casos en que el agente obra en cumplimiento de órdenes cuya ilegalidad no puede conocer ni controlar (el allanamiento con una orden formalmente válida del juez, pero materialmente ilícita), como en todas las situaciones en que se producen errores acerca de la situación fáctica que presupone el respectivo deber jurídico.

Ignorancia del deber

3 También configura un error directo de prohibición la *falsa suposición de un consentimiento inexistente*, o sea, los errores acerca de la aquiescencia cuya ausencia no sea elemento configurador del tipo objetivo. Se trata de supuestos en los que el agente supone que el sujeto pasivo ha aceptado, por ejemplo, conductas de riesgo que en realidad no había consentido porque desconocía el peligro o quien supone que el sujeto pasivo ha consentido un tatuaje que en realidad no ha admitido.

Error sobre el consentimiento

4 Error de prohibición directo sobre el alcance de la norma es también el de quien *crea erróneamente estar realizando una con-*

Otros errores sobre el alcance de la norma

ducta que es fomentada por el derecho, como puede ser la práctica de una cirugía con finalidad terapéutica, pero que en realidad se ignora que no es necesaria. Igualmente lo es el de quien cree estar generando un riesgo no prohibido cuando en realidad genera uno que lo está: el exportador de armas de gran poder destructivo que las vende a un país que luego, en lugar de emplearlas en su defensa, lo hace en una guerra de agresión.

Delitos omisivos

En los delitos omisivos es necesario distinguir entre el error 5 que recae sobre la situación objetiva de la que se deriva la posición de garante (padre, cónyuge, médico de guardia, etc.), cuyo desconocimiento dará lugar a un error de tipo, y el relativo al desconocimiento del deber de cuidado que de esa posición se deriva, cuya ignorancia debe ser tratada como error de prohibición directo.

§ 223. Errores directos de comprensión y conciencia disidente

Error puro de comprensión

El error de prohibición directo no se presenta sólo como desconocimiento de la prohibición o de su alcance, sino que también abarca el caso en el cual, pese a ese conocimiento, no puede exigirse la comprensión: es el llamado puro *error de comprensión*. Son los casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo. Son supuestos frecuentes cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde internalizó valores diferentes e incompatibles con los legales.

La conciencia disidente

El tema se superpone en parte con la llamada *conciencia disidente* 2 o *autoría por conciencia*, que tiene lugar cuando los valores *personales* del agente no coinciden con los de la ley y éste experimenta el apartamiento de sus valores como un sufrimiento de conciencia. Si bien resulta obvio que no es posible dejar la exigencia del derecho librada a la conciencia individual, este principio tiene límites que no es sencillo establecer, pues la libertad de conciencia constitucional debe balancearse adecuadamente con ella, especialmente en todo lo derivado de la libertad de cultos.

Un verdadero autor por conciencia disidente es quien experimenta la realización del injusto como un verdadero deber de con-

ciencia, conforme a un sistema cerrado de valoraciones y consiguientes pautas, distinto del jurídico. El agente en esa situación debe realizar un esfuerzo mucho mayor para evitar el injusto, que el que lo comete sin experimentar esa vivencia dolorosa. Por ende, la conciencia disidente o autoria por conciencia será siempre, al menos, una causa de disminución de la culpabilidad.

- 3 No obstante, puede haber casos en que tenga el efecto de excluir la culpabilidad. Tal sucede cuando el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica y, por ende, quede excluida la reprochabilidad, o sea, cuando el error de comprensión sea un invencible error de prohibición.

Casos de exculpación

Este supuesto tiene lugar, principalmente, cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente: cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no la puede internalizar por razones culturales; por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión).

- 4 El error de comprensión permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables, la apelación a una genérica y supralegal inexigibilidad de otra conducta o la artificiosa construcción de un estado de necesidad. El matrimonio indígena a temprana edad no es delito simplemente porque los pertenecientes a esa cultura no pueden comprender que lo sea, y no por inexigibilidad ni por estado de necesidad.

Es error y no necesidad ni inexigibilidad supralegal

En el derecho nacional es necesario tener en cuenta que la Constitución prescribe *reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural* (art. 75 inc. 17). En función de esta disposición, cuando éstos hayan aplicado sanciones a ilícitos cometidos por sus miembros, el estado no puede imponer otra pena sin violar el principio de prohibición de la doble punición, por lo menos cuando la primera haya sido grave.

§ 224. Error indirecto de prohibición

Concepto y formas

El error indirecto de prohibición es el que recae sobre la justificación de la conducta típica, o sea, cuando el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva, pero cree que su conducta está justificada.

Este error puede asumir dos formas:

(a) la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo), y

(b) la falsa suposición de circunstancias que hacen a una situación objetiva de justificación (la corrientemente llamada *justificación putativa*).

Falsa suposición de justificante no legal

En la primera de estas variantes el autor cree que le ampara una causa de justificación que la ley no reconoce, y presenta las mismas modalidades que el error directo de prohibición por desconocimiento de la norma misma, es decir, puede consistir en una falsa suposición de la norma, pero también en un error de validez de ésta y, por ende, asumir la forma de un *error juris* o de un *error facti*, caso este último que tendría lugar cuando el agente creyese estar en un ámbito territorial diferente o estar en otra fecha. Las mismas reglas son aplicables a los supuestos en que el error del agente se limita al alcance del permiso legalmente reconocido.

Las mal llamadas justificaciones putativas

La otra variante del error indirecto de prohibición tiene lugar cuando el autor supone falsamente una necesidad o una situación de justificación que no existe. Suelen llamarse *justificaciones putativas*, denominación no correcta, porque no son casos de justificación sino de inculpabilidad. Esta clase de error indirecto de prohibición es la que más dificultades ha causado, porque –como vimos– un buen sector doctrinario pretende que en caso de vencibilidad debe resolverse como el error de tipo (culpa), sea porque se pliega a la llamada teoría limitada de la culpabilidad (ver § 217.4) o bien, por pretendidas razones político-criminales (ver § 217.6).

§ 225. Errores exculpantes especiales

Manifestaciones

Los errores exculpantes especiales son dos: (a) los que recaen sobre la situación objetiva de necesidad exculpante (falsa suposi-

ción de una situación objetiva de necesidad exculpante) y (b) los referidos a causas personales de exclusión de la punibilidad (falsa suposición de causas de exclusión de pena). El error sobre la situación objetiva de necesidad exculpante, será considerado en el capítulo siguiente, porque su íntima vinculación con la necesidad exculpante permite una mejor comprensión mediante su tratamiento conjunto. Nos ocuparemos aquí del segundo, llamado también *error sobre la punibilidad*.

- 2 La expresión *criminalidad* del inc. 1º del art. 34 debe entenderse abarcando la posibilidad de pena o punibilidad, derivada de la inexistencia de causas coetáneas a la acción que obsten legalmente a ella (ver § 270.2). Debe quedar claro que por *error sobre la punibilidad* se entiende aquí el error sobre *causas personales de exclusión de ésta*, que la doctrina tradicional llama *error sobre las excusas absolutorias*, es decir, la *falsa suposición de una causa personal de exclusión de la punibilidad*, sea porque el sujeto cree que están dados los supuestos fácticos o jurídicos de una de ellas, o porque *suponga que lo ampara una causa personal de exclusión de la punibilidad que no está prevista en la ley* (o porque entiende una prevista en la ley con alcance diferente y más amplio que el realmente establecido). Al igual que en otros casos, poco importa que se trate de un *error juris* o de un *error facti*, pues es igualmente relevante el error invencible de derecho que le hace suponer a alguien que existe una causa de exclusión de la punibilidad que la ley no reconoce o que no lo hace con la amplitud que el agente cree que tiene, o el error de hecho que hace que el agente suponga que se halla en otro territorio o que aún no cumplió los diez y seis años de edad o que el sujeto pasivo es su ascendiente.

Error de punibilidad

- 3 El error de punibilidad es relevante sólo cuando recae sobre las causas que la *excluyen* y en ningún caso sobre las que la *cancelan*, porque las primeras son coetáneas a la realización de la conducta típica y antijurídica, en tanto que las *cancelantes* sobrevienen con posterioridad. Quien supone falsamente una causa de cancelación de la punibilidad que lo beneficiaría en el futuro, no ignora la *criminalidad* en el momento de la acción, sino que sólo espera cancelarla más adelante. No sería relevante el error de quien creyese que pudiendo casarse con la ofendida por lesiones graves se extinguiría la acción penal.

No exime el error sobre causas que cancelan la punibilidad

CAPÍTULO 23

La inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación

§ 226. Las exculpantes distintas del error

1 Todas las causas de inculpabilidad son supuestos en que no puede exigírsele al autor una conducta distinta al injusto. Por ende, *la inexigibilidad de otra conducta no es una exculpante, sino la esencia última de toda inculpabilidad*. En efecto, la inculpabilidad puede proceder de la no exigencia de: (a) la comprensión de la antijuridicidad, o (b) de la adecuación de la conducta a esa comprensión. Vistas las causas de inculpabilidad basadas en la inexigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad, restan los casos en que siendo ésta jurídicamente exigible –e incluso eventualmente efectiva– no obstante, no hay exigibilidad de una conducta diferente, lo que tiene lugar cuando opera una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción.

**Inculpabilidad
con comprensión**

2 En el derecho positivo hay dos supuestos de inexigibilidad de otra conducta provenientes de la situación reductora de la autodeterminación: (a) el estado de necesidad exculpante; y (b) la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad. El primero halla fundamento en el inc. 2º del art. 34 del CP: *el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente*. La incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad encuentra base legal en el inc. 1º del art. 34, que establece que no es imputable la acción de quien *no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas, dirigir sus acciones*. La capacidad psíquica para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad,

**Supuestos
legales**

que presupone la capacidad para comprender la antijuridicidad, configura con esta última, la *imputabilidad* o capacidad psíquica de culpabilidad.

Concurrencia de causas

Cuando concurren dos o más causas de inculpabilidad, *debe primar la que importe menor injerencia en los bienes jurídicos del agente*. Así, cuando concorra la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica con un estado de necesidad exculpante, no podrá imponerse la medida de derecho psiquiátrico del inc. 1º del art. 34, sino la del derecho psiquiátrico civil u ordinario, si fuese procedente. Cuando la concurrencia sea de causas de inculpabilidad que tienen los mismos efectos jurídicos, no prima ninguna de ellas.

§ 227. Necesidad exculpante y coacción

Mal proveniente de conducta humana y de la naturaleza

El estado de necesidad exculpante tiene lugar cuando el mal que se evita no es mayor que el que se causa, pues de lo contrario, nos hallaríamos ante una necesidad justificante (inc. 3º del art. 34 CP). El mal puede provenir de un acto humano tanto como de acontecimientos naturales. Se ha pretendido interpretar este dispositivo como limitado a una acción humana (coacción). Para ello se ha tomado la palabra *amenazas* en el sentido literal indicador de un actuar humano. Pero junto al sentido estricto, el verbo *amenazar* también tiene un sentido figurado, que es el de presagiar un daño. En este segundo sentido, la *amenaza* puede ser una vivencia y el daño provenir de un peligro generado por otro o por la naturaleza.

Coacción sólo como un supuesto

La coacción (situación de necesidad creada por una conducta humana), es sólo uno de los supuestos del estado de necesidad exculpante, y ello siempre que ésta no genere un estado de necesidad justificante. Cuando el mal amenazado es mayor que el causado, el coacto se encuentra en estado de necesidad justificante, y por tanto dicho supuesto no es abarcado por el inc. 2º, sino por el inc. 3º del art. 34.

§ 228. Fundamento de la necesidad exculpante

1 El *estado de necesidad exculpante* tiene lugar cuando entran en conflicto males equivalentes o cuando se sacrifica el bien mayor (inc. 2º del art. 34). En esto coincide casi toda la doctrina, menos una opinión minoritaria que prefiere sostener que todos los estados de necesidad son justificantes. El fundamento del estado de necesidad exculpante es la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional en que realiza la acción, lo que neutraliza la posibilidad de reproche.

Reducción de la autodeterminación

2 Se ha sostenido que invariablemente en el estado de necesidad exculpante hay un injusto menor, porque aunque el mal que se causa no sea menor, siempre se salva un bien. Se ha extremado esta tesis, hasta pretender considerar unitariamente a todo el estado de necesidad como justificante. No es cierto que siempre haya un injusto menor, al menos en los casos en que la salvación no se logra (salvamento fallido). El menor injusto es, pues, sólo eventual. Lo que sucede es que siempre la culpabilidad es el reproche personalizado de un injusto penal y, el contenido injusto del hecho es variable. Así, en los casos de los policías, bomberos y militares, existe el deber de afrontar ciertos riesgos y, por ende, el mismo hecho cometido por ellos, dado que en su caso incorpora el dato injusto de violación al deber que les incumbe, tiene un mayor contenido injusto.

A veces el injusto es menor

3 Así como en la vida de relación la lluvia puede justificar la omisión de ciertas obligaciones ligeras (como no asistir a clase) pero no la de otras muy especiales (como no ir al registro civil el día del matrimonio), del mismo modo en la culpabilidad jurídico-penal, la misma reducción del ámbito de autodeterminación que neutraliza el reproche de un injusto menor (el cometido por el que no tiene el deber especial) no puede neutralizar el de un injusto mayor (el cometido por quien viola el deber especial). *La exigencia de abstenerse del injusto más grave siempre es mayor que la de abstenerse del más leve y, por ende, se necesitan causas más poderosamente limitativas de la autodeterminación para excluir el reproche del injusto más grave.* Esto –por supuesto– no excluye que pueda haber una reducción aún mayor que también impida el reproche del injusto de más gravedad cometido por quien tiene el deber especial: el deber de afrontar o soportar riesgos tiene limi-

La exculpación debe valorarse en relación al injusto

tes y nunca puede llegar al extremo de obligarle a soportar la muerte.

Otros datos
que hacen al
contenido injusto

Para ponderar la eficacia exculpante de la situación de necesidad, no sólo cuenta si al agente le incumbía el especial deber de 4
enfrentar el riesgo, sino también la magnitud y proximidad del mal amenazado y si el peligro era preexistente o fue introducido en alguna medida por la acción del agente.

No se exige
ponderación
de males

El inc. 2º del art. 34 es suficientemente amplio y lo único que 5
requiere es la *gravedad e inminencia del mal amenazado*. Tampoco exige la exacta equivalencia de males para amparar al sujeto, lo cual indica que el criterio es la magnitud de la reducción de la autodeterminación que, como siempre, debe valorarse en relación con el injusto de que se trate. De allí que una mujer pueda defender inculpablemente su libertad sexual frente a un sujeto que no realiza conducta incluso a costa de la vida de éste (en algún caso de hipnosis, por ej.), si es el único camino que tiene para evitar el mal.

§ 229. Requisitos del estado de necesidad exculpante

No limita
bienes jurídicos
amenazados

Para que opere la necesidad exculpante debe haber un peli- 1
gro para un bien jurídico. La ley no limita los bienes jurídicos que pueden estar en peligro para que tenga lugar la inculpabilidad, como ocurre en otras legislaciones. El mal grave e inminente puede provenir de cualquier fuente y amenazar a cualquier bien jurídico. El código opta por limitar el material salvable atendiendo a la gravedad del mal y no a los bienes jurídicos en particular, por lo cual establece que el *mal* debe ser *grave*, porque resultaría irracional exculpar injustos contra inocentes para evitar males menores aunque no sean insignificantes.

Los ejemplos
clásicos

El ejemplo clásico –y siempre reiterado– de necesidad 2
exculpante es el de la *tabla de Carneades*: el náufrago que quita a otro la tabla que sólo alcanza para mantener a flote a una persona. Se mencionan otros ejemplos del siglo XIX, como el del *Mignonette*, juzgado en Inglaterra, en que los náufragos dieron muerte a un grumete para alimentarse, o el incendio del *Bazar de Caridad de París*, en que se empujó a algunas personas para conseguir alejarse del fuego.

3 Que no haya bienes jurídicos que no sean salvables por el estado de necesidad exculpante no es contradictorio con el requerimiento de *gravedad* del mal, pues no sólo pueden ser graves los peligros para la vida, la salud o la libertad sexual, sino también los que pueden afectar la propiedad, la libertad e incluso bienes jurídicos colectivos, o los que indirectamente pueden afectar la libertad individual, como los que protegen el sistema democrático de gobierno. Cualquiera de estos bienes puede ser afectado en forma grave o leve, pues la gravedad del mal no sólo deriva del requerimiento expreso de la ley, sino también de que *sin gravedad el sujeto no puede hallarse violentado*, puesto que *nadie es violentado por la amenaza de un mal ínfimo*.

**La gravedad
del mal
amenazado**

4 El conocido *caso de la cigüeña*, que resolvió el Tribunal de Reich y que Freudenthal comentó, debe ser resuelto en el derecho argentino como una real y efectiva reducción del ámbito de autodeterminación del trabajador. Se trataba de una empresa minera que concedía franco al padre y con percepción íntegra del salario el día que naciese su hijo. Los mineros cuyos niños nacían en domingo amenazaban a la comadrona con no requerir sus servicios si no accedía a denunciar los nacimientos en un día hábil. La mujer ante la perspectiva de quedar sin trabajo cometió una serie de falsedades en las inscripciones.

**El caso de
la cigüeña**

5 En la ley argentina tiene efecto exculpante la necesidad creada por la amenaza de pérdida del único medio de subsistencia, que sin duda es un mal grave e inminente. Esto no deja de provocar serios problemas de difícil solución, pues en las situaciones de desempleo se multiplican las posibilidades de extorsión a trabajadores, muchas veces con consecuencias más graves que en el caso alemán, como puede ser el resultado de cargas horarias de trabajo en el transporte, en la seguridad o en la salud. Hay quienes sostienen que cuando una situación de necesidad se generaliza deja de eximir de culpabilidad, lo que no es cierto en todos los casos, pues en las crisis lo que se generaliza son las oportunidades de coaccionar y, por ende, no es racional penar a la víctimas cuando aumenta la frecuencia de los delitos de coacción.

**La amenaza
de pérdida
del empleo**

6 Tampoco exige el código que el mal que se quiere evitar deba recaer directamente sobre bienes jurídicos del necesitado, sino sólo que constituya para él un mal grave e inminente. Es lo que sucede cuando la afectación directa recaería sobre bienes jurídi-

**Bienes jurídicos
ajenos**

cos de personas estrechamente vinculadas al sujeto, lo que el mismo código reconoce al establecer taxativamente la inculpabilidad en el caso de encubrimiento personal cometido en favor *del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud* (art. 277, inc. 4° CP).

**Inminencia,
provocación
del mal**

El código penal exige que el mal amenazado, además de grave 7 sea *inminente*, para lo cual valen las reglas señaladas para el estado de necesidad justificante (ver § 189). Un particular problema doctrinario tiene lugar respecto del caso en que la situación de necesidad es provocada por el propio sujeto. Un gran sector de la doctrina niega que en ese caso opere el estado de necesidad exculpante. El art. 34 inc. 2° exceptúa a quien provocó la situación de necesidad, lo que debe destacarse, particularmente teniendo en cuenta que la ley consigna la referencia excluyente para el estado de necesidad justificante. Por consiguiente no hay base legal alguna para excluir del estado de necesidad exculpante a quien provocó la situación.

**El mal provocado
como injusto
mayor**

Sin embargo, es verdad que la provocación de la situación de 8 necesidad da lugar a un injusto de mayor entidad y, por ende, exige una mayor reducción de la autodeterminación para exculpar. Esta sería la única cuestión que válidamente puede plantearse, porque pretender que quien provoca la situación nunca puede ser exculpado por necesidad, implica afirmar la existencia de un deber que a nadie se le exige, como en ocasiones puede ser el de someterse a una muerte segura, o mutilaciones u otros males de similar entidad.

**Tipicidad
culposa**

En el derecho positivo argentino la única solución para estos 9 supuestos, cualquiera haya sido la intención del sujeto al provocar la situación de necesidad, es la tipicidad culposa de la conducta, como ya se observara al rechazar la teoría de la *actio libera in causa* (ver § 212.3). No se trata de convertir el dolo en imprudencia, sino que se considera típica, antijurídica y culpable la conducta que provoca la situación de necesidad que *causa* la muerte.

**La necesidad
de la conducta**

Cabe tener en cuenta que el estado de necesidad exculpante 10 presupone, al igual que el justificante, la *necesidad de la conducta* para apartar el peligro del mal amenazado. Teniendo el sujeto la posibilidad de realizar otra conducta no lesiva (o de menor contenido injusto), y siendo exigible ésta, queda descartada la necesi-

dad exculpante. La necesidad de la conducta implica el requerimiento de que la misma sea objetivamente idónea y adecuada, pues sin esas condiciones no es necesaria para apartar el peligro.

§ 230. La falsa suposición de la situación de necesidad

1 Cuando el agente supone falsamente la existencia de una situación de necesidad exculpante (la llamada *necesidad exculpante putativa*) el error excluye la culpabilidad. En la falsa suposición el autor sufre una coacción psíquica idéntica a la que correspondería a la existencia real de la situación de inculpabilidad. Real o falsa la situación, su autodeterminación se halla comprometida psíquicamente con motivo del error invencible sobre las circunstancias. En caso de vencibilidad del error sobre la situación de necesidad, no desaparece la exigibilidad, debiéndose tener en cuenta a los efectos de la pena para considerarlo un supuesto menor de culpabilidad. *No se trata de un error de prohibición, pero se resuelve conforme a sus reglas.*

El error sobre la situación de inculpabilidad

2 La falsa suposición de una situación de necesidad exculpante muchas veces no es sólo un puro error sobre la culpabilidad, sino que eventualmente, puede ser un supuesto de simultáneo error sobre ésta y sobre la magnitud del injusto (prohibición). Quien cree actuar para salvar un bien jurídico, sólo podrá comprender la antijuridicidad de un injusto menor que el realmente cometido.

Simultáneo error sobre la magnitud del injusto

3 La necesidad exculpante putativa tampoco es necesariamente un error *facti*. Como ejemplo de lo que conforme a la vieja clasificación sería error *juris*, se da el caso de la viuda que amenazada por un acreedor con una inminente ejecución de su vivienda, que es su único bien, libra un cheque sin provisión de fondos para obtener dinero y pagar la deuda, pero ignora que su casa es inembargable porque está sujeta al régimen de *bien de familia*, circunstancia ocultada por su letrado en connivencia con el acreedor.

Puede ser error de hecho o de derecho

4 El fundamento legal de la inculpabilidad en caso de error invencible acerca de la necesidad exculpante, se halla en el inc. 1°

Fundamento legal

del art. 34. Puede entenderse que está abarcado por la fórmula *el que no haya podido en el momento del hecho, por error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto*, pues dentro de la criminalidad debe entenderse incluida la culpabilidad, es decir, la comprensión de que se dispone de un ámbito de autodeterminación.

§ 231. Los casos del llamado error de culpabilidad

Se resuelve como error de prohibición, pero no lo es

El desconocimiento del carácter particular del error que determina la falsa suposición de una situación de necesidad exculpante, puede llevar a considerarlo un verdadero error de prohibición y, por ende, a imaginar que también pueden plantearse en la culpabilidad las otras dos modalidades del error indirecto de prohibición: el caso del error invencible que lleva al agente a suponer que existe una causa legal de exculpación que la ley no reconoce o a errar sobre los límites de una causa de inculpabilidad legalmente reconocida. Es el caso de quien supone que es inculpa- 1
ble el encubrimiento de un pariente en grado que la ley no contempla.

Una particular categoría de error

Esta deducción no tiene en cuenta que la necesidad exculpante 2
putativa, aunque se resuelva conforme a las reglas del error de prohibición, no es un error de tal tipo, sino una particular categoría de error y, por ende, no corresponde reproducir a su respecto la relevancia de todas las modalidades del error indirecto de prohibición. Si bien es imaginable que alguien crea que existe una causa de exculpación que la ley no reconoce o que yerre sobre los límites de una inculpabilidad reconocida por la ley, estos errores no son relevantes como errores de culpabilidad contruidos por analogía con el error de prohibición.

Puede derivar un error de punibilidad

Esto no significa que el error invencible que determine la falsa 3
suposición de una causa de inculpabilidad que la ley no reconoce (o de que los límites de una reconocida por la ley no abarcan su injusto), sea un error que no tenga relevancia penal alguna. Lo que sucede es que su importancia no deriva de una construcción paralela a la del error de prohibición indirecto, sino que semejante error se traduce necesariamente en un error de punibilidad y,

por ende, debe ser tratado como un supuesto más de esa clase de error (ver § 225.2). Quien por error invencible cree que es exculpado ocultar a la justicia al hijo de su primo, porque cree que ese grado de parentesco se halla comprendido en el art. 279, está en un error invencible acerca de la punibilidad de su injusto y, por ende, debe ser exculpado, pero por error invencible de punibilidad.

§ 232. El error que perjudica: el desconocimiento de la necesidad exculpante

1 El caso exactamente inverso al de la falsa suposición de una situación reductora de la autodeterminación es el de la existencia real de esa situación, pero ignorada por el agente. Se trata de una *necesidad exculpante putativa invertida*. Suele negársele toda relevancia, exigiendo que la exculpación sólo funcione cuando exista el conocimiento de la situación objetiva de necesidad exculpante. Como máximo se admite que no es necesario el fin de salvar el bien en peligro, pero siempre que el agente conozca la situación de necesidad. La coherencia de esta tesis radicaría en la total subjetivización de la necesidad exculpante: la reducción de la autodeterminación sería una vivencia del agente en el momento del acto. Pareciera que esta tesis es siempre verdadera, porque la culpabilidad sólo opera en función de un ámbito psíquico de reproche, que cuando no está reducido no puede tener efecto exculpante. De lo contrario se correría el riesgo de confundir el injusto con su culpabilidad.

**El caso
inverso al error
de culpabilidad**

2 No obstante, cabe tener en cuenta que la culpabilidad es un reproche jurídico formulado por el estado conforme al principio republicano y, por ende, no puede ser completamente irracional. Si bien en principio es verdadera la conclusión anterior, cuando pasamos a los ejemplos, la mera intuición del sentido común parece indicar que algo no está claro, indicando que en la cuestión hay un nivel de complejidad que no se ha observado suficientemente.

**Complejidad
no advertida**

3 Imaginando el caso de un sujeto que arroja a otro al mar desde una lancha para heredarlo, vuelve de inmediato al embarcadero y a los treinta segundos se produce un tifón, comprobán-

**En el ejemplo
clásico es correcto
no relevarlo**

dose luego que la lancha no podría haber llegado a tiempo a la costa con ambos pasajeros y que la muerte del otro salvó la vida del homicida, parece razonable que esto no pueda traducirse ni siquiera en un menor reproche del homicidio.

Hay otros en los que parece que se pena la necesidad

Pero no faltan los ejemplos que, de resolverse con el mismo **4** criterio, harían que los tribunales cayesen en el ridículo, como el caso de un sujeto tan atolondrado que crea que es parte de una escenificación el humo de un incendio y para hacer una payasada salga derribando personas; o el famoso amante sorprendido en adulterio por el marido, si fuese tan extremadamente necio que creyese que éste le dispara con balas de foguero para asustarlo y le diese muerte para sacarlo del medio; o un piloto tan torpe e inexperto que aterriza diez kilómetros antes de la pista por creer que se hallaba sobre ella, provocando la muerte de un pasajero y lesiones a él mismo, sin darse cuenta del incendio de un motor advertido por el pasajero y de la necesidad del aterrizaje inminente para salvar la vida de ambos.

La vencibilidad opera a favor

Es verdad que en ninguno de los cuatro casos los agentes se **5** habrían motivado en la necesidad objetivamente existente y habrían actuado como si su autodeterminación no sufriese ninguna limitación, pero en tanto que en el del que arroja al otro al mar, el agente opera con un desconocimiento que es insuperable, los tres últimos lo hacen obedeciendo a increíble torpeza, necesidad e insensatez. El reproche de culpabilidad es un juicio jurídico por el que se recrimina un injusto en razón de que fue cometido en un ámbito de autodeterminación de cierta magnitud y vivenciado como tal, *pero en modo alguno puede desaprobarse una vivencia que sólo es fruto de la insensatez, porque la culpabilidad sería -por carácter transitivo- un reproche de la insensatez*. La culpabilidad no puede ser el reproche de la condición de insensato que le lleva a un sujeto a no caer en la cuenta de lo que todos los otros están viendo. En definitiva se trata del mismo fundamento con que la doctrina dominante que admite la tentativa inidónea rechaza la supersticiosa.

La regla de un error invertido

Lo anterior demuestra que, si bien en principio y por regla **6** general, el que actúa en necesidad exculpante debe conocer la situación, su desconocimiento no es irrelevante en la medida en que convierte a la culpabilidad en un reproche de la insensatez, que violaría la racionalidad republicana hasta el límite de colocar-

la al borde del absurdo. La regla a seguir a este respecto debe derivarse de la naturaleza misma de este error. Se trata de un *error al revés*, pues es un *error que perjudica* o un *error in malam partem*. Así como al que beneficia se le otorga un tratamiento diferencial según su vencibilidad, alguna discriminación debe efectuarse en los casos de un error que perjudica. Si en el que beneficia, el error invencible exime de culpabilidad y el vencible sólo puede atenuarla, *en el que perjudica cabe invertir la regla y admitir que el error vencible es exculpante y el invencible sólo permite atenuar la culpabilidad*.

- 7** En efecto: *cuanto más vencible es el error que hace que el agente desconozca la situación de necesidad en que se halla, más irracional será el reproche de culpabilidad, pues más reducido quedará a simple reproche de la necesidad. Inversamente, cuanto más invencible sea el error que le lleva a ese desconocimiento, menos irracional será el reproche de culpabilidad, hasta llegar al máximo de invencibilidad o caso fortuito, imposible de conocer por cualquiera, por hallarse más allá de los límites de la ciencia disponible, en donde ni siquiera atenuará la culpabilidad.*

**Cuanto más
vencible más
favorece**

- 8** En cualquier caso debe tenerse en cuenta que si en el caso concreto se ha salvado un bien jurídico valioso, el injusto será menor, porque el mal no puede subjetivizarse, so pena de caer en un injusto parcialmente imaginario (error de prohibición al revés sobre la magnitud del injusto).

**Hay un injusto
menor**

§ 233. La necesidad exculpante en los delitos culposos

- 1** En los delitos culposos la necesidad exculpante ofrece un campo de aplicación quizá mayor que en los dolosos. Hay una serie de circunstancias, tales como el cansancio físico y psíquico y el sometimiento a una actividad sobreexigente, que provocan agotamiento del cuerpo y de la mente, que sin duda se traducen en claras violaciones al deber de cuidado y que, frecuentemente, son supuestos de inculpabilidad, particularmente en época de vértigo por preservar la fuente de trabajo. Desde el punto de vista político-criminal tiene gran importancia la comprensión de la verdadera naturaleza de la autoría y de la coautoría culposa.

**Ambito
importante**

Casos

El ejemplo clásico de necesidad exculpante en el delito culposo **2** es el caso del cochero al que su empleador obliga, bajo coacción de perder el empleo, a atar un caballo que tiene un defecto, desbocándose luego el animal y produciendo lesiones a una persona; también se consideraron casos tales como el del padre que omitió la oportuna internación de su hijo gravemente enfermo, ante las súplicas del propio niño y de la promesa hecha a la madre, muerta poco antes en la misma clínica en que debía internar al niño; la maniobra brusca para evitar el choque, pese a que la misma lleve a tomar la calle a contramano; o el conductor de transporte público de pasajeros, que es obligado a conducir el doble de horas de su turno y, agotado, causa lesiones.

La proximidad del peligro creado

En tales casos no tiene lugar, muchas veces, una equivalen- **3** cia de males, pues se trata de enfrentar peligros patrimoniales con peligros para la integridad física o la vida o incluso, para la vida ajena. No obstante, en los delitos culposos, hay que tener en cuenta para cuantificar los males y ponderarlos, el *grado de proximidad del peligro* como criterio general para establecer la distinción entre justificación e inculpabilidad en estos casos. Será mayor el mal cuanto más próximo sea el peligro, por cuanto mayor será el grado de probabilidad de que sobrevenga la lesión. Por supuesto que el grado de proximidad no puede valorarse libremente por el autor, sino que debe responder a las pautas de un observador objetivo.

§ 234. La obediencia debida: su disolución dogmática**Una fórmula problemática**

El inc. 5° del art. 34 prevé la *obediencia debida* como eximen- **1** te. Esta fórmula, que nos llega de España y que no existe en otros códigos, siempre ha presentado dificultades en cuanto a su alcance y naturaleza. Debido a que es demasiado escueta, cobra una magnitud peligrosamente desmesurada, que la doctrina y la jurisprudencia debieron limitar, con cierto esfuerzo para no comprometer la legalidad. De *lege ferenda* sería preferible que desapareciese del texto para evitar dudas, aunque éstas se hallan un tanto clarificadas como resultado de más de un siglo de esfuerzos doctrinarios.

2 Ante todo, el código no establece la clase de obediencia a la que se refiere. La doctrina coincide en forma unánime en que se trata de la obediencia que se debe al superior jerárquico administrativo, aunque no cabe descartar ciertos casos de obediencia doméstica o laboral, si configuran situaciones de necesidad exculpante.

**Obediencia
jerárquica**

3 La doctrina se ha desconcertado tanto respecto de esta fórmula, que la ha considerado como caso de ausencia de conducta, como causa de justificación y como causa de inculpabilidad y, dentro de algunas sistemáticas, podría ser tratada como supuesto de causa personal de exclusión de la punibilidad. Esto demuestra que deambula por toda la teoría del delito. El único punto en que pareciera haber acuerdo es que el problema de la obediencia debida se plantea cuando el contenido de la orden es antijurídico. Cuando la orden es lícita se admite que elimina el injusto, lo que casi todos hacen por la vía de la justificación, aunque para nosotros sería atipicidad por cumplimiento de un deber jurídico (ver § 134).

**Deambula por
toda la teoría
del delito**

4 Los problemas que ha causado a la doctrina la orden formalmente válida, pero de contenido ilícito, son enormes. Unos autores consideraron que había que distinguir según que el inferior tuviese poder para revisar el contenido de la orden del superior, o que no lo tuviese. En el primer caso actuaría antijuridicamente y en el segundo su conducta sería justificada. Como se movían con el concepto de injusto llamado *objetivo* (era injusta la causación del resultado), no podían admitir que el inferior obrase justificadamente cuando no tenía poder de revisión. Por ello sostuvieron que actuaba sólo inculpablemente, pero que su conducta era antijurídica. Pero esto tenía el inconveniente de permitir que el sujeto pasivo se defendiese legítimamente contra el inferior, causándole un mal que podía ser muy superior al de la lesión que el sujeto pasivo evitaba. Sin duda que un sujeto puede defender legítimamente su libertad incluso a costa de la vida de su secuestrador, pero no podía admitirse la misma amplitud contra el policía que cumplía la orden antijurídica de un juez. Había que ponerle, por lo menos, el límite del estado de necesidad justificante, y para ello la doctrina no tuvo empacho en sostener que el inferior no realizaba conducta, lo que deforma totalmente los datos del mundo y la misma coherencia del orden jurídico, que premia y castiga las acciones del inferior, que el derecho penal le niega nada menos que el carácter de conducta humana.

**Las más dispares
respuestas
doctrinarias**

Una fórmula inútil

Lo cierto es que la fórmula legal no distingue según que el contenido de la orden sea lícito o ilícito. Tampoco tiene en cuenta si el inferior podía revisarla o no, y ni siquiera si es formalmente válida o si el contenido ilícito es evidente. *Todas estas distinciones deben hacerse, pero no para saber si funciona la obediencia debida como eximente, sino para saber si el caso encuadra dentro de alguno de los otros supuestos abarcados en el art. 34 CP.* Con lo cual, resulta que la obediencia debida es una fórmula legal absolutamente inútil, que sólo exime cuando opera alguna de las otras eximentes, en las que termina disuelta. No hay un solo supuesto en que opere como eximente, que no se halle al mismo tiempo fundado en alguna de las otras hipótesis de iguales características contempladas en la ley.

Los distintos supuestos: orden lícita y deber jurídico

En efecto, los distintos casos que pueden presentarse son los siguientes: (a) en el caso en que la orden sea legítima y su contenido sea lícito, es deber del inferior cumplirla y, por consiguiente, el caso es un simple cumplimiento de deber jurídico. (b) En el supuesto en que la orden sólo sea formalmente lícita, pero de contenido antijurídico, no hay casos en que el inferior *puede* controlarla, sino supuestos en que el inferior tiene el deber de controlar la legalidad del contenido de la orden (controles de legalidad recíprocos, propios de la administración), y casos en que predomina el deber de ejecutar la orden. Teniendo el inferior el deber de revisar la orden, éste es parte de su cumplimiento, de modo que si la cumple sin control, no está cumpliendo con su deber. Cuando no tiene ese deber de revisión, el deber jurídico consiste en cumplir la orden, salvo en caso de manifiesta ilegalidad. Es decir, el cumplimiento de una orden formalmente lícita y de contenido antijurídico, es atípico (por cumplimiento de un deber jurídico) siempre que la antijuridicidad no sea manifiesta y que el inferior no haya tenido el deber de revisar la orden.

Necesidad y error

(c) Puede ser que la orden sea formalmente lícita y de contenido antijurídico manifiesto o que el inferior tenga el deber de revisarla y que, no obstante, la cumpla porque de esa manera evita un mal mayor. Se trata de supuestos de estado de necesidad justificante. (d) Puede ocurrir que el subordinado no haya revisado la legalidad de la orden, o bien que lo haya hecho y no se percatara de su ilegalidad, o que la orden fuese manifiestamente antijurídica y, pese a ello, el inferior no haya comprendido su antijuridicidad. En cualquiera de estos casos se tratará de un

error de prohibición. (e) Por último, puede ser la orden ilícita y el subordinado saberlo, sin que sea posible reprocharle su cumplimiento, puesto que en caso contrario recaerían sobre él gravísimas consecuencias, lo que puede dar lugar a un estado de necesidad exculpante.

§ 235. La reducción de la autodeterminación por incapacidad psíquica (segunda forma de inimputabilidad)

1 La eximente a que hace referencia el inc. 1° del art. 34 cuando dice *no haya podido dirigir sus acciones*, se puede interpretar como *incapacidad para dirigir las acciones a secas* o como *incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad*. Ambas interpretaciones son posibles y no excluyentes, pues bien puede entenderse la fórmula como una forma sintética de ambas variables, lo que –además– responde al estilo sobrio del código argentino en esta parte del articulado. En tanto que la primera es un supuesto de ausencia de conducta, la segunda es una forma de inimputabilidad distinta de la imposibilidad de comprensión de la antijuridicidad.

**Incapacidad
de adecuación
de la conducta**

2 Esta segunda forma de incapacidad psíquica de culpabilidad tiene lugar cuando el sujeto es capaz de comprender la antijuridicidad de su conducta pero, no obstante, padece una incapacidad psíquica que hace inexigible la adecuación de su conducta a esa comprensión. De esto surge claramente que el reproche de culpabilidad requiere, no sólo que el sujeto tenga la capacidad psíquica que le permita la comprensión de la antijuridicidad, sino, también que esa capacidad psíquica tenga un grado tal que permita hacerle exigible la adecuación de la conducta a la comprensión del desvalor jurídico.

**Incapacidad
psíquica de
adecuación**

3 En los cuadros que en general sirven de base para los supuestos de este género de incapacidad, ésta no recae tanto en la esfera intelectual ni afectiva del sujeto –aunque las afecten–, sino que son trastornos que se manifiestan con preferente intensidad sobre la volición misma. El sujeto se encuentra seriamente limitado, en forma análoga a la coacción, sólo que la limitación no proviene en este caso del medio externo, sino del propio psiquismo

**Esfera
volitiva**

del autor en cuadros que –con frecuencia– presentan dificultades de diagnóstico.

§ 236. Las conductas impulsivas

Casos de impulsividad

La impulsividad tiene una gama de matices que van desde el automatismo y descontrol casi total, hasta la irrupción en el pensamiento del paciente: vgr. en el síndrome postencefálico común, las tendencias impulsivas son bien manifiestas y pueden revestir carácter autoagresivo o heteroagresivo, que también suele estar vinculado a impulsividad en la esfera sexual. No obstante, las conductas pueden descontrolarse parcialmente en otros padecimientos no tan graves, tales como algunas neurosis fóbicas. El fóbico tiende a armar toda su conducta defensiva frente al objeto o a la situación temida, que le es muy difícil evitar. En general, si bien donde se plantean con mayor dramatismo las dificultades penales de las tendencias impulsivas es en el ámbito de los delitos graves contra las personas y en los delitos sexuales, lo cierto es que la impulsividad como inimputabilidad tiene gran importancia, pues se presenta también en delitos menos graves como las injurias: la impulsividad se traduce en risas inmotivadas, explosión de carcajadas, necesidad de huir del lugar sin explicación aparente, etcétera. Debe pensarse también en el papel que las fobias pueden desempeñar en las omisiones de auxilio, abandono de personas, etcétera, particularmente las fobias a los lugares vacíos (agorafobia), al encierro (claustrofobia), a animales, armas, etcétera.

Las compulsiones

Las *impulsiones* son tentaciones fuertes a realizar algo, distinguiéndose de las *compulsiones*, que son impulsos hechos realidad. La compulsión, a diferencia de la impulsión, no se concibe sin el correspondiente acto. Es obvio que cuando hay una compulsión, la culpabilidad queda eliminada, en tanto que las impulsiones presentan grados, que es necesario mensurar y valorar. De toda forma, siempre que haya impulsividad al menos habrá una disminución de la culpabilidad, según el grado de limitación de la autodeterminación del sujeto. En cambio la compulsión conlleva siempre la inimputabilidad, pues ésta se define como un

tipo de conducta que el sujeto se ve obligado a realizar por acción de una exigencia interna cuyo incumplimiento genera angustia, la que, en los casos extremos, puede llevar a la despersonalización. Si bien la etiología de este género de conductas y el diagnóstico preciso del padecimiento tienen importancia para el pronóstico y para la prueba –pues permiten inferir el grado de limitación de la autodeterminación del sujeto–, desde el punto de vista puramente penal no reviste gran importancia, dado que, aunque derive de una neurosis obsesiva, de un cuadro postencefálico o de una psicosis, lo decisivo será siempre determinar la intensidad de la impulsión o la presencia de la compulsión.

§ 237. La tóxicodependencia

1 El hecho que tiene lugar en el curso de un episodio agudo de intoxicación llamada completa o plena, es un supuesto de incapacidad psíquica de delito. No obstante, con ello no se agotan los problemas que presenta la dependencia de tóxicos –prohibidos o no– en particular cuando un dependiente comete un injusto para procurárselo.

**El injusto y
la abstinencia**

2 La dependencia tóxica, cualquiera sea su origen independientemente de la sustancia (prohibida o legal), se caracteriza por modificaciones del comportamiento, que pasan del abuso grave a la compulsión irreprimible, a un consumo continuo o periódico a fin de experimentar sus efectos psíquicos y de evitar malestares producidos por su privación (llamado *síndrome de abstinencia*).

**Dependencia
orgánica**

3 No cabe duda que el dependiente de un tóxico, fuera de los episodios de intoxicación aguda –que producen la otra forma de inimputabilidad y que pueden llevarlo a la muerte según el tóxico de que se trate– tiene la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta. Pero mediando un cuadro de dependencia física es claro que el sujeto carece de suficiente capacidad para actuar conforme a esa comprensión si se presenta un síndrome de abstinencia. Este síndrome no tiene la misma intensidad en todos los cuadros de dependencia tóxica pero, de cualquier manera, siempre se traduce en un fuerte malestar físico que, según sea la sustancia, puede ir acompañado de síntomas como sudo-

**La compulsión
de la
abstinencia**

ración, hipotensión, vómitos, convulsiones, delirios, pérdida de conocimiento, etc. Cuando el cuadro presenta esta gravedad, no es exigible la adecuación de la acción del sujeto a la comprensión de la antijuridicidad y, por ende, debe concluirse en la inimputabilidad de la conducta.

Argumentos absurdos

Nadie ha pretendido seriamente en la doctrina negar esta con- 4
secuencia apelando a la teoría de la *actio libera in causa*, ya que implicaría el disparate de hacer típico el curso de una enfermedad: cualquiera que descuide su salud y enfermase, sería imputable de todas las consecuencias lesivas para terceros causadas por su propia enfermedad. Tampoco es argumento válido pretender que el dependiente siempre tiene la alternativa de someterse a tratamiento antes de cometer un injusto, pues esta afirmación pasa por alto que éste es un enfermo –con toda su patología– y no un sujeto sano en estado de necesidad, confusión que ha sido causa de muchas dificultades terapéuticas.

Sólo en algunas dependencias

Sin embargo, el síndrome de abstinencia y la consiguiente 5
dependencia física no tiene lugar respecto de todas las demás, pues son muchas las que sólo dan lugar a una dependencia psíquica. Desde el punto de vista terapéutico, la conducta a seguir en uno y otro caso es diferente. No es posible afirmar que en los supuestos de dependencia psíquica haya siempre inimputabilidad respecto de las conductas que tienen por objeto obtener el tóxico o, al menos, no sería correcto indicarlo con igual fuerza que en los casos en que ésta es física. En la actualidad está superada la tesis constitucional de la etiología de la tóxicodependencia y se reconoce que es compleja, al par que cada adicto presenta rasgos psicológicos propios, es decir, que la patología varía según el sujeto y el grado de dependencia física o psíquica. Pero no debe pensarse que la falta de la primera hace siempre menos grave el pronóstico. Esto suele ser verdad en ciertos pacientes y respecto de ciertas sustancias como la *cannabis sativa*, pero tampoco es invariable, porque a la dependencia puede sumársele un cuadro patológico previo, lo que puede alcanzar un grado importante de limitación de la autodeterminación del sujeto.

Sólo algunas conductas

Es indiscutible que cuando se trata la compulsión y la 6
impulsividad como causas que restringen el ámbito de autodeterminación de un sujeto, se quiere señalar la limitación de ese ámbito en cuanto a evitar las conductas a que lleva la impulsión y no

respecto de otras. Del mismo modo, en las dependencias, se lo hace en cuanto a las conductas dirigidas a procurarse el objeto de ella o el alivio de la abstinencia, es decir a la supresión del malestar provocado por la privación en forma directa y no a otras.

CAPÍTULO 24

El concurso de personas en el delito

§ 238. Reconocimiento legal de las diferentes formas de intervención

1 No siempre el delito es un emprendimiento individual, sino que con frecuencia concurren dos o más personas, con similares o diferentes roles. Esta situación de pluralidad de agentes es lo que se denomina *participación, concurrencia o concurso de personas en el delito*. Para evitar confusiones, cabe precisar que la palabra *participación* tiene dos sentidos diferentes en derecho penal: (a) en sentido amplio, que es el que usa el CP en la rúbrica del título 7º, *participación* es lo que acabamos de señalar, o sea, una pluralidad de personas *tomando parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; (b) en sentido limitado, se dice que hay participación cuando una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *participes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores. En lo sucesivo usaremos la palabra para referirnos a este segundo sentido limitado.

Participación:
sentido amplio
y limitado

Concurso de personas en el delito	Autores	
	Participes	Instigadores
		Cómplices

2 Como en casi todos los temas penales, también en éste se pregunta si los conceptos que se manejan (autor, instigador, cómplice) son jurídicos o pertenecen a la realidad del mundo. Por supuesto se trata de conceptos jurídicos, en el sentido que el derecho penal los precisa y delimita bastante finamente, pero en su esencia son también conceptos que provienen del mundo, o sea, tienen *base óptica* que, en definitiva, el derecho penal no puede

La base óptica
de los conceptos

ignorar cuando cumple su tarea de precisión delimitadora. Más gráficamente dicho: son conceptos *jurídicamente precisados, pero no inventados por el derecho penal*.

Conceptos cotidianos

Efectivamente, cuando leemos un libro sabemos quién es el autor o los autores. En el prólogo éstos suelen agradecer a quienes los han ayudado y, a veces, también a quienes les han sugerido el tema y los decidieron con su consejo y apoyo a escribir la obra. Para nada de esto necesitamos leer el CP. Si el libro fuese una novela pornográfica donde los personajes fuesen reconocibles y se les atribuyesen comportamientos infamantes, habría un delito de injurias y, por ende, quien lo escribió sería el autor, quien colaboró sería el cómplice, y quien decidió al autor a escribirlo sería el instigador.

La tentativa de negar la base óptica

Es verdad que el derecho penal puede tener la pretensión de borrar todas estas distinciones del mundo y aplicar a todos la misma pena que al autor. Esta es la solución de algunos códigos, como el italiano de 1930, pero con ello no logran convertir a todos en autores (la llamada teoría del *autor único*), sino que sólo se limita a *aplicar al partícipe la pena del autor*, que no es lo mismo, llegándose al extremo máximo de irracionalidad cuando se quiere considerar autor del delito de autoaborto al farmacéutico que proporciona el abortivo a la mujer, o autor de violación al que sólo golpea o amedrenta a la víctima.

El sistema del CP

El CP argentino opta por respetar la base óptica, porque claramente se refiere a *complicidad* y *cómplice* en el art. 47, indicando que es cómplice quien coopera con el autor, es decir, *cómplice es el que coopera en el delito ajeno*. La *instigación* no está definida en la parte general ni tampoco se la menciona expresamente en ella. El concepto está reconocido en la parte especial, donde el art. 83 pena *al que instigare a otro al suicidio* y el art. 99 *al que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo*. De estos tipos –y de los arts. 148 y 209– resulta claro que el código argentino no cae en el absurdo de alterar el *sentido semántico de la instigación*, entendido como *inducir a alguien a hacer algo*. Así, los conceptos de cómplice y de instigador son receptados por el código argentino respetando sin alteraciones su base óptica.

§ 239. Las figuras como parámetro de la pena

1 Acabamos de ver que el CP no sólo rechaza la tesis del autor único, según la cual todos los que concurren en el delito son autores, sino que, por el contrario, respeta la base óptica de los conceptos de autor, cómplice e instigador, o sea, recoge de la realidad la distinción que viene impuesta por la *naturaleza de las cosas*. Pero el CP adopta un criterio especial para la fijación de las penas, introduciendo una distinción entre los cómplices, según que éstos sean simples cómplices (llamados *cómplices secundarios* por la doctrina dominante) y los llamados *cómplices primarios*, que prestan al hecho una cooperación imprescindible para su realización conforme al plan concreto, pero que no pueden ser considerados autores porque carecen de los requisitos típicos para serlo. En tanto que los secundarios tienen una pena atenuada, los primarios tienen la misma que el autor.

Figuras para la fijación de las penas

2 Por otra parte, impone la pena del autor al que se vale de quien no domina el hecho, que a veces es autor (autoría mediata) pero que en otras no puede serlo, porque le faltan los caracteres típicos exigidos para éste (y tampoco puede ser considerado instigador, porque su conducta no es accesorial). Para este último caso crea una figura especial de autor de determinación al delito.

Autor de la determinación

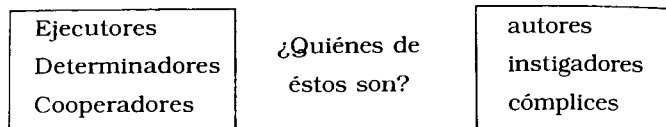
3 Este sistema se asemeja a un baile de club de barrio, donde a veces pagan más los hombres que las mujeres, pero también hay tarifas diferentes para los socios y los no socios. El CP establece la tarifa sólo según sean socios o no lo sean, pero éstos seguirán siendo hombres y mujeres. A efectos de fijar las penas, el CP se limita (arts. 45 y 46) a establecer que la pena del delito se aplica a los *ejecutores, determinadores y cooperadores necesarios*, en tanto que la escala reducida se aplica a los *cooperadores no necesarios*.

Las figuras para la pena no se identifican con las formas de concurrencia

4 Ejecutores, determinadores y cooperadores (necesarios y no necesarios) son figuras que crea la ley para individualizar las penas, pero que no niegan la distinción de base óptica entre autor, instigador y cómplice, sino que es tarea del derecho penal averiguar en cada supuesto cuáles de esas figuras corresponden a los conceptos de base óptica. La tarifa para la entrada (pena) se cobra según sean socios o no, y quien quiera saber cuáles son hombres y cuáles mujeres deberá tomarse la molestia de observarlos y con-

Esas figuras no niegan la distinción óptica

tarlos. Es tarea del derecho penal, pues, desmenuzar cada una de estas tres figuras para averiguar, conforme a los datos que configuran la base óptica conceptual, cuáles de ellos son los autores, cuáles los instigadores y cuáles los cómplices.



§ 240. Delimitación conceptual entre autoría y participación: el dominio del hecho

Debe distinguirse entre autor y partícipe

Ni siquiera la llamada teoría del *autor único* logró obviar la 1 distinción entre autor y partícipe, porque la propia doctrina de los países que la adoptaron debieron recurrir a ella para evitar absurdos. Con ello queda demostrado que esta teoría, lo único que consigue, es imponer a todos los concurrentes la pena del autor y nada más. Con más razón se impone la distinción entre autor y partícipe cuando el mismo CP la adopta.

Criterios doctrinarios diferenciales: teoría formal objetiva

Para establecer la diferencia entre el autor y el partícipe se 2 enunciaron varios criterios. Como es de esperar, los dos primeros fueron el *objetivo* y el *subjetivo*. Para el primero, es decir, la llamada *teoría formal objetiva*, autor es quien realiza la conducta típica. Resulta absurdamente estrecho, porque si dos personas asaltan a un tercero y, mientras una lo amenaza con un arma otra le despoja de sus pertenencias, la primera habría cometido un delito de coacción y la segunda uno de hurto y ninguna sería autor del robo. También quedarían fuera de la autoría todos los casos de la llamada autoría mediata, porque quien cambia las balas de fogueo de una representación teatral por balas de plomo, no realiza la acción típica de matar.

Teoría material objetiva

La llamada *teoría material objetiva*, procura establecer una 3 diferencia cuantitativa entre el aporte del autor y el del partícipe en el plano de la causalidad (diferenciando causas determinantes y coadyuvantes, entre otras). Sin embargo, el fracaso de todos los ensayos de distinción limitativa de la causalidad (ver § 167) condujo al archivo de estos intentos.

4 Dadas las dificultades insalvables que provocaba el concepto extensivo de autor, la doctrina se inclinó a buscar la delimitación conceptual entre autores y partícipes por el camino de lo subjetivo. Ciertamente, dicho intento partía de la tesis de la equivalencia de las condiciones, pero caracterizaba al autor mediante un elemento del ánimo (subjetivo); así, sería autor quien quiere el hecho como propio en razón del *animus auctoris* con que opera (a diferencia del *animus socii* que configuraría un rasgo propio del partícipe).

**Teoría
subjetiva**

5 Este concepto extensivo de autor y la consiguiente distinción subjetiva tienen varios inconvenientes sistemáticos: (a) En principio, no se explica cómo pueden ser autores los que no reúnen los requisitos típicos para serlo (el farmacéutico que no está *embarazado* respecto de la comisión del delito de autoaborto). (b) En segundo lugar, conforme a nuestra ley, los cómplices primarios o cooperadores necesarios no tienen ningún privilegio, de modo que no habría razón para no considerarlos autores. (c) En tercer lugar, no queda claro qué es el *animus auctoris*, por cuanto, frecuentemente, se acude al interés que el agente tenga en el resultado, lo que lleva a soluciones muy poco convincentes.

**Inconvenientes
sistemáticos**

6 En efecto: la jurisprudencia alemana ha resuelto, conforme a esta tesis extensiva y subjetiva, algunos casos de un modo que no parece satisfactorio. Así, se ha dicho que un sicario entrenado en un país extranjero, al cual se enviaba para matar con una pistola de gas a asilados croatas, no era el autor sino cómplice de los homicidios cometidos, porque no quería el resultado como suyo, sino que el interés pertenecía a la potencia que le enviaba. Se ha afirmado en otra sentencia que la hermana de la parturienta que por indicación de ésta –postrada y carente de fuerzas– ahoga al recién nacido en una bañera, no era autora, sino cómplice, porque no quería el hecho como suyo ni tenía interés en el resultado para sí misma. Parecen ser posiciones insostenibles a la más ligera observación.

**Casos
conocidos**

7 La renuncia a la vieja dicotomía –que parecía dar en un callejón sin salida– fue promovida por el finalismo, quien ensayó su teoría *final objetiva* sobre la base del *dominio del hecho*, y que puede considerarse seguida por la doctrina mayoritaria, siendo hasta hoy la más fructífera en cuanto a soluciones razonables. Según ella, autor es quien domina el hecho, retiene en sus manos el curso causal, puede decidir sobre el *si* y el *cómo* o –más breve-

**Teoría final
objetiva del
dominio
del hecho**

mente dicho-, *quien puede decidir la configuración central del acontecimiento*. De varios concurrentes en un hecho, es autor quien actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual. Con todo, corresponde recordar el recorte de orden objetivo derivado de la función conglobante de la tipicidad mediante la *posibilidad de que una obra sea imputada al agente como propia*, a través de la hipótesis de la *dominabilidad* (ver § 139). En efecto, *autor y hecho* son términos de un juicio analítico y no sintético, pues sin *dominio del hecho* no hay *autoría dolosa*, pero toda vez que sin la *posibilidad objetiva de dominio del hecho* es sobreabundante interrogarse acerca de la *existencia real y efectiva de dominio*, resulta que la *dominabilidad* es el *presupuesto objetivo del dominio*.

Antecedentes argentinos remotos

La tesis del *dominio del hecho* tiene antecedentes muy claros ⁸ en la doctrina no germana, debiendo recordarse que en la Argentina, en el siglo XIX, Adán Quiroga enunciaba un criterio que es exactamente el que hoy maneja la dogmática: *los que ejecutan el delito por su hecho y los que toman y conducen a la víctima, los que han cometido violencia en la persona de los dueños de casa; en fin, hasta los criados que abren las puertas, siempre que ese acto haya sido indispensable para el delito, son autores del rapto; pero no sucede lo mismo con los que vigilan la casa, los que prestan los instrumentos que pueden fácilmente suplirse, los que borran los rastros del delito, etc, porque su participación es indirecta y accesorio*. El concepto de *dominio del hecho* se asienta sobre la finalidad de la conducta, que lo aproxima al dolo, del que debe distinguirse, toda vez que con dolo también actúan los partícipes que, por definición, no tienen el dominio del hecho.

Dominio de la acción, del hecho y de la voluntad

El *dominio del hecho* no puede ser concebido desde una ca- ⁹ racterización amplia del fenómeno, lo que obedece a que siempre el dominio del hecho se presenta en forma concreta, que puede ser la de *dominio de la acción*, la de *dominio funcional del hecho* o la de *dominio de la voluntad*. (a) El *dominio de la acción* es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano; (b) el *dominio funcional del hecho* es la idea central de la coautoría, cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva; y (c) el *dominio de la voluntad* es la idea decisiva de la autoría mediata, y tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad o por error.

- 10 Modernamente aparecen nuevas tendencias de la tesis extensiva o amplia de autor. Desde el funcionalismo (ver § 91.12), Jakobs renuncia a la categoría del dominio del hecho para distinguir autoría de participación. En tanto que *para la vieja teoría del autor amplio, todo causante era autor y la participación era una forma de autoría atenuada, para la teoría funcionalista del autor amplio, todo causante que viola roles es autor*, y sólo en base a los diversos niveles de *deberes de comportamiento* y de *grados de apremio* se procura una distinción, con lo cual se regresa a la idea de que la participación es una autoría privilegiada.

**Renacimiento
sistémico de la
teoría extensiva**

- 11 La negación del dominio del hecho, la ignorancia del principio de lesividad (ver § 32) y la asunción de posiciones radicalmente idealistas, lleva a la reconstrucción del viejo concepto extensivo de autor, que los partidarios del injusto objetivo elaboraban sobre la base de la causación física, remendada luego con el idealismo neokantiano. Pero los intentos contemporáneos en este sentido incluso van más allá de esta vieja tesis, porque con ello adelantan la punición del partícipe al momento de su propia acción y no al del comienzo de ejecución del autor, lo cual no sólo es inadmisibile en la ley vigente en la Argentina y en casi todo el mundo, sino que también es insostenible *de lege ferenda*. En efecto –al igual que en la omisión y en la tentativa– aquellos intentos parecen tender a cerrar cualquier laguna de impunidad mediante el expediente de normalizar lo excepcional, es decir, de invertir lo que siempre fue regla estructural del derecho penal; con ello consiguen que las fórmulas que por excepción extienden la prohibición pasen a ser la regla, y las limitaciones sean sólo excepcionales. Las pretensiones de *normalización de las excepciones* no sólo son *contra legem*, sino que su recomendación *de lege ferenda* es claramente ampliatoria de punibilidad y, por ende, de marcado tinte represivo.

**El nuevo con-
cepto extensivo
quiere penar las
tentativas de
participación**

§ 241. Autoría directa y mediata

- 1 No cabe duda que hay dominio del hecho cuando un sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descripta en el tipo. No debe confundirse esta afirmación con lo sostenido por la vieja teoría formal objetiva (ver § 240.2), pues para esta bastaba con que el sujeto realizase la parte externa, objetiva de la con-

**Domina el hecho
quien realiza
personalmente
la acción típica**

ducta, ya que se enmarcaba en una teoría también objetiva del tipo (ver § 122). En la teoría del dominio del hecho, el autor debe cumplimentar el tipo no sólo objetiva, sino también subjetivamente.

El autor directo

Cuando el agente cumple objetiva y subjetivamente con la 2 conducta típica en forma directa, no hay duda acerca de que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho. También puede suceder que se valga de alguien que no realiza conducta como mero instrumento, o sea, como una masa mecánica (empuja a otro para hacer caer a un tercero que se lastima). En tal supuesto da lo mismo que utilice un cuerpo humano o una piedra, de modo que también será autor directo.

El autor mediato

A esta forma de autoría, se contrapone la *autoría mediata* o 3 *indirecta*, que aparece cuando el agente se vale de otro que actúa pero no comete injusto, sea porque actúa *sin tipicidad objetiva, sin dolo o justificadamente*. (a) Quien se vale del agente de policía denunciando a otro que corre como autor del hurto de su portafolios, comete una privación ilegal de libertad valiéndose de un funcionario que actúa atípicamente porque cumple con su deber, y que está coercionado jurídicamente a ello, porque si no lo hace sabe que su omisión estaría conminada con pena. (b) El que para cometer un homicidio se vale del actor mediante el reemplazo de balas de fogeo por otras de plomo, indiscutiblemente tiene en sus manos el dominio del hecho, pues el actor *no sabe lo que hace* (error de tipo, ausencia de dolo). (c) El que amenaza de muerte a otro colocándole una ametralladora en la sien para que escriba una carta injuriente a un tercero, tiene el dominio del hecho respecto del delito de injurias, porque si bien quien escribe actúa con dolo, el que tiene la ametralladora domina el hecho al crear la situación de necesidad para el otro, colocándolo en una posición en la cual el derecho le permite la conducta antinormativa. En otras palabras: tiene el dominio del hecho porque se está valiendo del permiso legal que tiene el otro a raíz de la situación en que él le ha colocado.

Autor directo	{	quien realiza personalmente la conducta típica aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza conducta.
Autor mediato	{	quien se vale de un tercero que
	{	- actúa sin tipicidad objetiva - actúa sin dolo - actúa justificadamente

4 La autoría mediata no siempre presupone una autoría directa por parte del interpuesto, porque en el caso del que actúa sin dolo (el actor con las balas de plomo) no puede ser autor doloso del delito (como máximo podrá ser culposo). La expresión *autoría mediata* indica autoría mediante determinación de otro, pero *no un autor mediante otro autor*, porque como acabamos de señalarlo, con frecuencia el interpuesto no es autor.

**Autoría mediata
no presupone
autoría directa**

5 Suele decirse que hay autoría mediata también cuando el agente se vale de otro que actúa inculpablemente, es decir, de otro que comete un injusto inculpable, o sea, que es inimputable, se halla en error de prohibición o en una situación de necesidad exculpante. Por nuestra parte, no creemos que este supuesto configure autoría mediata en todos los casos, por entender que la falta de reprochabilidad de la acción del interpuesto no siempre proporciona al determinador el dominio del hecho.

**El determinador
del inculpable**

6 En efecto, no requiere mayores demostraciones la afirmación de que el determinador tiene el dominio del hecho cuando es autor directo porque se vale de quien no realiza una conducta. También tiene el dominio del hecho el que se vale de otro que se halla en error de tipo, porque el interpuesto no tiene la dirección de la acción hacia el resultado (el actor no dispara para matar). También tiene el dominio del hecho quien se sirve del que cumple con un deber jurídico, porque el determinado está conminado por el orden jurídico a realizar la conducta y el determinador crea la circunstancia en que esa conminación opera. Quien se vale del que actúa justificadamente, también domina el hecho al colocar o usar la situación del otro, que el derecho ampara con un permiso y cabe suponer que hará uso del mismo ante el mal mayor que lo amenaza.

**Los casos de
dominio
del hecho**

7 Pero los casos en que lo único que hay es una mera ausencia de reprochabilidad del injusto, no siempre dan al determinador el dominio del hecho, porque el determinador sólo cuenta allí con una *probabilidad* de que el interpuesto cometa el injusto. Quien le dice al inimputable con delirio persecutorio que su vecino es el autor de todos sus males, no tiene el dominio del hecho, porque no puede controlar preponderantemente el curso de los acontecimientos, ya que no sabe ni tiene motivos para creer más que en una probabilidad, pues la decisión al hecho la conserva el inimputable.

**Con el inculpable
sólo hay una
probabilidad**

Son dos situaciones diferentes

Puede argumentarse que tampoco tiene el dominio del hecho ⁸ quien se vale del que cumple con su deber (atipicidad objetiva) o de quien actúa en estado de necesidad justificante (justificación), pero en estos casos hay un fundamento jurídico serio para presumir que el interpuesto actuará en cumplimiento del deber o en uso del permiso. Esto no sucede en los casos donde el derecho lo único que prevé es que no puede reprocharle la conducta a quien actúa en su contra, salvo que haya elementos de hecho que lleven a presumir en el caso que el interpuesto actuará conforme a los designios del determinador.

Se las distingue mejor desde la perspectiva de la tentativa

Esto resulta más claro cuando lo analizamos a la luz de la ⁹ tipicidad en el caso de la tentativa: hay comienzo de ejecución (art. 42 CP) y, por ende, acto ejecutivo o de tentativa, cuando el determinador con dominio del hecho inicia la determinación del interpuesto, aunque no logre determinarlo, puesto que allí comienza la configuración del hecho, en tanto no puede decirse lo mismo en el caso en que el interpuesto sólo sea inculpable. Si el agente policial se percató de la falsedad de la denuncia, si el actor reconoce las balas de plomo y no dispara o si el coaccionado se niega a escribir la carta, habrá tentativa de privación ilegal de libertad, de homicidio o de injurias. Pero no hay tentativa de homicidio si el delirante, en lugar de agredir al vecino, lo abraza y lo besa.

La determinación del inculpable configura en general una instigación

La determinación del inculpable por lo general es instiga- ¹⁰ ción pero no autoría, y esto se confirma cuando se tipifica la instigación al suicidio y se lo hace precisamente como instigación, porque si la determinación del inculpable fuese autoría, la gran mayoría de los casos de instigación al suicidio serían homicidios.

El dominio del hecho en el inculpable debe probarse

Por lo anterior, la existencia del dominio del hecho en caso ¹¹ de inculpabilidad del interpuesto no puede presumirse, sino que deberá probarse en cada caso, cuando haya especiales razones para presumir que el interpuesto operará conforme a los deseos del determinador: así, cuando el determinador del delirante es su médico tratante, que conoce los detalles de su patología desde mucho tiempo; o cuando el mal amenazado en el estado de necesidad exculpante sea de muy grave entidad (pérdida de la vida, de la vista, de la vida de la familia, etc.). La generalidad de

los casos en que el interpuesto es inculpable serán supuestos de instigación y no de autoría y, por ende, la tentativa comenzará sólo cuando el interpuesto comienza la ejecución del hecho, a diferencia de los verdaderos casos de autoría mediata, en que el comienzo de la determinación es el comienzo mismo de la ejecución del delito.

- 12** Roxin elaboró la tesis de que existe otra forma de autoría donde el dominio del hecho se da *por fuerza de un aparato organizado de poder*, sosteniéndose que los conceptos usuales no son aplicables cuando se trata de crímenes de estado, de guerra y organización, en que el determinador y el determinado cometen el mismo delito, siendo decisivo el carácter fungible del último, que puede ser cambiado a voluntad como si se tratara de un artefacto mecánico. La regla que establece que un sujeto que se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, tiene menor dominio del hecho, en los casos de aparato organizado de poder sufre una inversión, pues cuanto más alejado el ejecutor está de las víctimas más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que le proporciona mayor dominio del hecho. Se trata de situaciones de excepción, donde el estado de terror configura toda la organización del poder punitivo nacional. Esta tesis se discutió en nuestro país con motivo del juzgamiento de las Juntas de la dictadura de 1976-1983 y no fue acogida por la Corte Suprema.

**El dominio
del hecho por
aparato organi-
zado de poder**

- 13** Si bien no habría dificultad para compatibilizar esta tesis con el texto legal argentino, puesto que no cabe duda que el comitente es un determinador y su posición es bastante distinta, la diferencia estribaría en que si se lo considera autor mediato, habrá tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto si se lo considera instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience su conducta. En rigor, no se observan las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria. La fungibilidad de los ejecutores no indica nunca que su aporte no sea necesario, incluso sin apelar a esta tesis. Además, es menester evitar el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar ciertas soluciones políticas poco deseables.

**Problemas
de esta tesis**

§ 242. La coautoría

Autoría concomitante y coautoría funcional

Pueden concurrir varios autores en un delito. Si cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, habrá una *autoría concomitante*, pues cada uno tendrá el dominio del hecho. Pero también pueden desarrollarse los hechos de otra manera, donde haya una división de las tareas, lo cual puede provocar confusiones entre coautoría y participación. Así, si alguien se apodera del dinero en un banco mientras otro mantiene a todo el personal contra la pared con un arma, no es que uno esté cometiendo un hurto (art. 162) y el otro coacciones (art. 149 bis 2º párrafo), sino que ambos cometen un delito de robo a mano armada (art. 166 inc. 2º).

El dominio funcional del hecho

Estos casos de reparto de tareas se resuelven por el llamado *dominio funcional del hecho*, que tiene lugar cuando el aporte que cada uno realiza al hecho es de tal naturaleza que, *conforme al plan concreto*, sin ese aporte el hecho no podría haberse llevado a cabo según dicho plan. En este caso tenemos un supuesto de coautoría y no de participación. Como debe tenerse en cuenta el plan concreto del hecho, ésta es una cuestión que debe decidirse en cada caso conforme a las características de éste. Así, no puede decirse *a priori* si el llamado *campana* es coautor (autor) o partícipe, sino frente al plan concreto del hecho: si el campana sólo facilita la consumación, de modo que ésta pueda lograrse más rápidamente, será un partícipe, pero cuando sin el campana el hecho no podría haberse cometido, será un coautor.

Supuestos

El chofer del automóvil será coautor cuando se trate de un robo en que se opera por sorpresa y es menester desaparecer antes de que pueda darse la alarma, o cuando se hurta algo que no es posible transportar a mano, o bien cuando el transporte de otra manera hubiese llamado la atención y alertado sobre el robo. El chofer del transporte de ganado hurtado es coautor si, de habérselo arriado, hubiese permitido seguir de inmediato la huella y detener a los autores. En lugar, el chofer será un mero partícipe si sólo acude por comodidad del autor, si se limita a facilitarle la empresa delictiva que bien podría desarrollarse sin su cooperación.

Limitación legal al principio del dominio del hecho

Naturalmente que en la coautoría, cada uno de los coautores debe reunir los requisitos típicos exigidos para ser autor. Cuando éstos falten, por mucho que medie división del trabajo y un aporte

necesario para la realización del hecho conforme al plan concreto, no habrá coautoría, sino complicidad necesaria (ver § 245). Se trata de una limitación legal al principio del dominio del hecho.

- 5** Desde el punto de vista legal, el art. 45 CP comienza diciendo que *los que tomasen parte en la ejecución del hecho ... tendrán la pena establecida para el delito. A fortiori*, los que ejecutan el hecho tienen la pena del delito. ¿Y quiénes son los que toman parte en la ejecución? No pueden ser otros que los coautores. Por ende, la figura del ejecutor del art. 45 abarca tanto a quien ejecuta como a quien toma parte en la ejecución, es decir, al autor y al coautor.

**Los coautores
en el CP**

- 6** La figura del determinador, que erróneamente quiere limitarse al instigador, encierra verdaderos casos de autoría junto a supuestos de instigación: el que determina a otro puede ser autor mediato, pero también determina a otro quien se vale del que no realiza conducta (involuntario o sometido a fuerza física irresistible), que es la manera más tajante y radical de determinar. Las figuras del autor mediato y del que se vale de quien no realiza conducta se encuentran, pues, en la última parte del art. 45 CP: *los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*.

**Ubicación legal
del autor mediato
y del interpuesto
que no realiza
conducta**

§ 243. Autoría dolosa y culposa

- 1** En tanto que la autoría dolosa se configura sobre la base del dominio del hecho, el fundamento de la autoría culposa es completamente distinto, puesto que *se basa sólo en la causación*. Autor culposo es el que *causa* un resultado determinado por una acción violatoria de un deber de cuidado (ver § 155), no pudiéndose hablar aquí de dominio del hecho, que es un concepto propio del dolo de autor.

**La autoría
culposa se basa
en la causación**

- 2** El concepto subjetivo de autor (ver § 240.4) no hacía más que equiparar la autoría dolosa y la culposa, o mejor, extendía el campo de la autoría culposa a la dolosa, siendo la única diferencia un *animus* en la última. Conforme a nuestro punto de vista la diferencia es completa, puesto que la autoría dolosa se basa en el dominio del hecho y la culposa en la causación del resultado.

**La teoría
subjetiva
no distingue**

Participación sólo en delitos dolosos

Esta diferencia tiene claras consecuencias en el campo de la **3** *participación, que queda limitada únicamente a los delitos dolosos*. Sólo se puede participar en la autoría dolosa, porque en la culposa, todo el que pone una causa para un resultado es autor. *No es posible la participación culposa en delito doloso ni la participación dolosa en delito culposo*. La única participación posible es la dolosa en delito doloso. Unos ejemplos servirán para aclarar estos conceptos.

Participación culposa en delito doloso

No hay participación culposa en delito doloso. Cuando alguien **4** presta un arma a su vecino, quien le argumenta que debe regresar tarde y teme un asalto, no comete ninguna complicidad culposa si el vecino usa el arma para convertirse en uxoricida, sin perjuicio de que pueda haber de su parte una autoría culposa, si se diesen los requisitos típicos de ésta (el sujeto supiese de un conflicto grave del vecino con la esposa, lesiones la noche anterior, etc.).

Participación dolosa en delito culposo

No hay participación dolosa en delito culposo. Si un sujeto le **5** indica a un miope que sólo ve un bulto que dispare sobre éste porque se trata de un jabalí, es absurdo pretender que media una instigación dolosa al delito de homicidio culposo, porque se trata de una autoría mediata del delito de homicidio doloso.

Participación culposa en delito culposo

No hay participación culposa en delito culposo. Cuando quien **6** va junto al chofer y le convence de que viole una norma de tránsito y con ello produce lesiones a una persona, al convencerle ha puesto una causa y, por tanto, resulta autor culposo y no participe. Cuando un sujeto quiere jugar a otro una broma y le convence de que no hay profundidad en las aguas en que nada, sabiendo que el otro no sabe nadar, y un tercero desde la costa dice lo mismo y decide al sujeto a arrojarle al agua, el que está en la costa es tan autor como el que está en el agua, porque ambos han sido causantes del resultado. Todas éstas son consecuencias de la diferencia de que el autor doloso es quien tiene el dominio del hecho y el culposo es el causante del resultado.

§ 244. Tipo de autoría de determinación**En delitos de propia mano el determinador no es autor**

Se llaman *delitos de propia mano* los que el tipo exige que sólo **1** puedan ser cometidos por el autor realizando personalmente la acción típica. Se consideran delitos de propia mano: la violación,

el falso testimonio y el autoaborto. En todos estos casos, es inadmisibile tanto la autoría mediata como la autoría directa cuando el agente se vale de quien no realiza conducta.

- 2** No deben confundirse los supuestos anteriores con los *delicta propria* o *delitos propios*, en los que el autor debe presentar ciertos caracteres que están exigidos en el tipo objetivo, por oposición a los *delicta comunia*, en que el autor puede ser cualquiera. Así, no puede cometer cohecho pasivo el que no es funcionario, ni charlatanismo quien no es médico, tampoco prevaricato quien no es juez ni abogado, ni parricidio el que no es pariente, ni conceder facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo los que no sean miembros del Congreso, etcétera. En estos delitos no cabe la autoría mediata por parte de quienes no tienen esos caracteres.

No son autores los no calificados en delitos propios

- 3** Cabe pensar que en todos estos casos, los determinadores serían partícipes y no autores, pero la participación –como veremos más adelante (ver § 247)– tiene carácter accesorio de un injusto y, en muchos casos, éste no existe, de modo que tratándose de acciones que claramente el CP sanciona, quedarían sin explicación ni por la autoría (no presentan los caracteres del autor) ni por la participación (no son accesorias de un injusto principal).

Tampoco son partícipes

- 4** Pensamos en el caso de una mujer que se valga de alguien que no realiza conducta (un hipnotizado) para cometer una violación (delito de propia mano). Como el hipnotizado es involuntable, no hay injusto en que la mujer pueda participar; como la mujer no realiza personalmente la acción tampoco podría ser autora. En los casos en que falta la autoría mediata porque el determinador no presenta los caracteres típicos (delitos propios) tampoco puede invocarse la instigación, dado que el que actúa en error de tipo no comete un injusto, como tampoco el funcionario que cumple con su deber ni el que actúa justificadamente en el supuesto de coacción. Tampoco puede ser autor, por tratarse de un delito propio, el que sin serlo se vale de un funcionario para cometer un cohecho, cuando el funcionario actúa en error de tipo porque cree que lo que se le entrega no tiene valor económico (supone que se le regala una lámina de valor ínfimo y se trata de un cuadro de firma), pero tampoco puede ser considerado instigador, porque el funcionario actúa atípicamente y, por ende, falta el injusto del que la instigación debe ser accesorio.

Exclusión de la autoría y de la instigación

Estos huecos que se producen entre la autoría y la participación obedecen a que tanto los delitos de propia mano como los propios, son limitaciones de carácter legal al principio del dominio del hecho como caracterización de la autoría.

El CP los pena aunque no sean autoría ni participación

Los casos que hemos planteado no son atípicos ni impunes en el CP argentino. El art. 45 CP dispone claramente: *En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*. En todos los casos mencionados, sin duda que hay determinación directa. Esta existe en los casos de autoría directa por medio de quien no realiza conducta, como en los de autoría mediata y en los de instigación, pero también en los de quienes determinan sin ser autores ni instigadores. Es incuestionable que estos supuestos caben dentro de la fórmula del CP. ¿Cómo se explica esto? Parece claro que el CP en esa fórmula también crea un *tipo de autor de determinación*. Los determinadores que no son autores ni cómplices son penados como *autores, pero no del delito, sino de la determinación de otro a la producción de un resultado típico*.

Tipo de autoría de determinación de otro al delito

No se trata de una interpretación extensiva de la ley penal ni mucho menos. La ley claramente abarca estos supuestos, dado que no se refiere en el art. 45 a instigadores y autores mediatos, sino a quien *determina*. Por ende, siempre que hay determinación debe imponerse la pena del delito y la única explicación que esto tiene es que la propia ley construye un *tipo de autoría de determinación*. Se trata de un tipo especial, que está en la parte general, pero que bien podría estar en la especial del CP, pues nada tiene que ver con la instigación ni con la autoría propiamente dichas. Por ello, el concepto de determinador no se agota en la instigación y en la autoría mediata, sino que incluye una tercera variable, que es la del tipo de autor de determinación, lo que implica una prohibición legal de ser autor de la determinación misma de otro a la materialización de una mutación típica del mundo.

Síntesis sobre los supuestos de la figura del determinador

Estamos ahora en condiciones de ver un poco más claramente la figura del determinador del art. 45 que encierra los casos de: (a) autoría directa de quien se vale de otro que no realiza conducta; (b) los de autoría mediata (de quien se vale de otro que no realiza injusto); (c) los de instigación (que no es autoría sino participación); y (d) los de quienes determinan sin ser autores ni instigadores, a los que pena como autores de la determinación de otro a provocar una mutación típica del mundo.

§ 245. El cómplice primario

1 Hemos dicho que la coautoría funcional se distingue de la participación porque hay una división del trabajo que implica un aporte necesario para la realización del hecho (dominio funcional del hecho) conforme al plan concreto de éste. Sin embargo, el art. 45 establece que los que *presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito*. Esta fórmula fue entendida en algún momento como excluyendo de nuestra ley el criterio de la división funcional del trabajo criminal como distintivo de la autoría. No obstante, creemos que precisamente esta disposición nos convence de lo contrario.

La fórmula legal

2 El CP se refiere a los que *presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse*, es decir que si ese auxilio o cooperación debe prestarse al *autor o autores*, esto significa que quienes lo prestan no son los autores. ¿Quiénes son los que prestan un auxilio indispensable a los autores sin serlo? Pues sólo quienes pese a hacer un aporte indispensable, no pueden ser autores por tratarse de delitos propios o de delitos de propia mano. El que ejerce fuerza inmovilizando a una mujer mientras otro la viola, no es coautor de la violación, porque se trata de un delito de propia mano, pese a que hace un aporte indispensable según el plan concreto del hecho. Tampoco es autor de parricidio quien presta un auxilio indispensable al pariente, porque se trata de un delito propio que sólo puede cometerlo el pariente. Tanto el que ejerce fuerza sobre la mujer como el que presta auxilio indispensable al pariente no pueden ser autores, por limitaciones legales al principio del dominio del hecho como configurador de la autoría, pero sin duda que son cómplices que, por tener el dominio del hecho, la ley sanciona con la misma pena que al autor del delito. Aparte de estos dos casos (delitos propios y delitos de propia mano) hay un tercer caso de limitación legal al principio del dominio del hecho como configurador de la autoría. Se trata del caso de quien presta un auxilio o cooperación necesario en un acto preparatorio, anterior al comienzo de ejecución o tentativa (ver § 258), supuesto en que, pese a tener también el dominio del hecho, no puede ser considerado autor, porque el agente no toma parte en la ejecución, tal como lo requiere el art. 45 CP. Dentro de

Prevé los casos de limitación legal al principio del dominio del hecho

este ámbito cabe incluir al llamado *entregador*, que facilita toda la información necesaria para un plan de robo. También se trata de una complicidad necesaria y no de una coautoría.

Sintetizando todo el planteamiento, vemos ahora que,

(a) Los *ejecutores* son autores

(b) Los *determinadores* pueden ser

- 1. Autores – Directos (se valen de quien no realiza conducta)
- Mediatos (se valen de quien no realiza injusto)
- De determinación (incluye los dos supuestos anteriores pero referidos a delitos de mano propia y a los denominados *delicta propria*)

2. Partícipes (Instigadores)

(c) Los *auxiliadores* o *cooperadores* son cómplices

- Primarios (realizan un aporte indispensable al hecho, según el plan concreto)
- Secundarios (realizan un aporte no necesario)

§ 246. Resumen provisorio de la concurrencia de personas en el delito

Supuestos

1. El ejecutor (autor directo) actúa como autor individual cuando ejecuta personalmente la acción típica: el que hace cinco disparos contra otro para matarlo y lo mata.

2. El autor directo, actuando como autor individual, debe presentar los caracteres requeridos en el tipo objetivo en los llamados delitos propios: quien no es pariente no puede ser autor de parricidio.

3. La autoría directa puede darse en la forma de autoría concommitante, cuando varios realizan la acción típica: dos o más personas ejercen violencia sobre la víctima y la despojan.

4. La autoría directa puede asumir la forma de coautoría por reparto funcional de las tareas, cuando entre los concurrentes se reparten el trabajo criminal, haciendo cada uno un aporte sin el cual el plan concreto del hecho no podría realizarse: uno apunta a la víctima para intimidarla, mientras el otro la despoja.

5. No hay coautoría funcional cuando el que hace el aporte necesario no presenta las características típicas del autor en los delitos propios: no es funcionario, no es pariente, etc. En este caso es cómplice primario o necesario.

6. No hay coautoría funcional en los delitos de propia mano: el que tiene a la mujer para que el otro la viole no es coautor. Se trata de un cómplice primario o necesario.

7. No hay coautoría funcional cuando el aporte necesario se hace en la etapa preparatoria sin que el agente participe en la ejecución del hecho. Se trata de un cómplice primario o necesario.

8. El determinador puede ser autor directo cuando se vale de alguien que no realiza conducta: el que empuja a otro contra una vidriera.

9. El determinador puede ser un autor mediato, cuando se vale de alguien que actúa en error de tipo: el que le cambia al actor las balas de fogeo por balas de plomo.

10. El determinador puede ser autor mediato cuando se vale de alguien que cumple un deber jurídico: el policía que detiene a un sospechoso falsamente denunciado por una pretendida víctima.

11. El determinador puede ser autor mediato cuando se vale de alguien que actúa justificadamente: el que coacciona a otro con un revólver para que escriba una carta injuriosa.

12. El determinador no puede ser autor mediato cuando no presente los caracteres típicos del autor en los delitos propios: el que amenaza de muerte a un funcionario público para que cometa un cohecho, no puede ser autor mediato de cohecho, pues no es funcionario público. En este caso es autor de la determinación del otro a la realización del resultado típico.

13. El determinador no puede ser autor mediato en los delitos de propia mano: no es autor mediato de violación el que hace incurrir en error a otro para que tenga acceso carnal con una mujer, haciéndole creer que ésta prestó su acuerdo cuando en realidad está narcotizada. En este caso también es autor de determinación.

14. El determinador no es autor mediato –por regla general es instigador, salvo que se pruebe que tiene dominio del hecho– cuando se vale sólo de alguien que está amparado por una causa de

inculpabilidad: el que convence a otro de que tiene derecho a violentar la puerta de una casa y ocuparla, cuando carece de este derecho.

15. El determinador no puede ser autor directo cuando determina a otro que no realiza conducta y se trata de delito de propia mano: no es autor directo el que hipnotiza a otro para que en tal estado viole a una mujer. En tal caso es autor de la determinación de otro a la realización del resultado típico.

16. El determinador no es autor directo cuando determina a otro que no realiza conducta y se trata de un delito propio, del que no presenta los caracteres típicos: el que hipnotiza a un funcionario para que en tal estado acepte una dádiva. Es autor de determinación.

§ 247. Concepto y naturaleza de la participación

Participación es un concepto referenciado siempre con otro

La participación es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, 1
 hecho en la forma de instigación o de complicidad. Expresado en forma negativa, puede decirse que el *partícipe* es quien es alcanzado por la pena sin ser autor. La propia expresión *participación* nos está indicando que nos hallamos ante un concepto referenciado, es decir, ante un concepto que necesita de otro, porque *participación*, en sí misma, no expresa nada sin una referencia al *en qué se participa*. Inevitablemente, indica una relación, porque siempre que *se participa* se lo hace en *algo*: un baile, una obra de teatro, un libro, una fiesta o un delito. Este carácter referencial o relativo (relacionado con algo, necesitado de algo) es lo que confiere a la participación su *naturaleza accesoria*.

Naturaleza accesoria de la participación

Cuando comenzamos diciendo que la participación es el aporte 2
 doloso que se hace al injusto doloso de otro, hemos asentado nuestra posición y respuesta respecto de la naturaleza accesoria de la participación y también de la naturaleza de aquello de lo cual la participación es accesoria: afirmamos que la participación debe ser siempre accesoria de un injusto doloso ajeno. No puede haber participación criminal (instigación o complicidad) en la conducta de otro, si ésta no es típica y antijurídica. Quien coopera en los

movimientos de quien no realiza conducta, quien lo hace en la conducta atípica ajena o en la acción ajena justificada, no puede ser partícipe (sin perjuicio de que en algunos casos pueda ser autor, conforme a los principios que se han enunciado respecto de la autoría).

- 3** Hay opiniones que sostienen que la participación no es accesorio, afirmando que se trata de delitos independientes, es decir, de una *autoría de participación*, que opera con un desvalor propio, en forma independiente del desvalor de la conducta en que se participa. Esta teoría es contraria a nuestra ley positiva.

La tesis del tipo independiente de participación

- 4** Si la participación consistiese en tipos independientes de complicidad e instigación, se admitiría la tipicidad de la tentativa de instigación, es decir que sería punible la mera proposición a cometer un delito (tentativa de instigación) o que alguien prestase a otro un cuchillo filoso para que mate a su mujer (tentativa de complicidad), aunque el prestatario lo use sólo para cortar un pollo. De la última parte del art. 47 CP surge que la pena del cómplice, en caso de que el autor haya intentado el delito sin consumarlo, se determina conforme a los principios de la tentativa y de la participación, lo que indica claramente que la participación es accesorio del hecho principal, es decir, que si el hecho penal se intenta, el partícipe será penado conforme a la escala del delito en grado de tentativa y con la propia de la participación (puede ser la pena igual a la del autor o una pena reducida en caso de complicidad secundaria). Si el autor se queda en la etapa preparatoria, o sea, si no intenta el hecho, la tentativa de complicidad será atípica y, por ende, no habrá manera de penarla.

Es la pretensión de penar la tentativa de participación

- 5** Con lo expuesto queda afirmado el carácter accesorio de la participación, pero dentro de esta posición existen diferentes corrientes, que hace muchos años fueron clasificadas de la siguiente forma: (a) la participación es accesorio de una conducta típica (teoría de la *accesoriedad mínima*); (b) es accesorio de una acción típica y antijurídica (un injusto) (teoría de la *accesoriedad limitada*); y (c) es accesorio de una conducta típica, antijurídica y culpable (un delito) (teoría de la *accesoriedad extrema*). La elección de una u otra de estas teorías depende en gran medida de la sistemática del delito que se adopte y del fundamento que quiera darse a la punición de la participación.

Tesis acerca de la accesoriadad

La accesoriedad extrema

Tanto la accesoriadad extrema como la mínima parecen vincu- 6
larse a la sistemática objetivo/subjetivo del delito. Dentro de ésta
algunos autores trataban de fundar la participación en el hecho
doloso, y como ubicaban al dolo en la culpabilidad, no podían
menos que hacerla participar en la culpabilidad ajena. Es una
tesis que no acepta nuestra ley positiva, pues el art. 48 CP esta-
blece que *las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo
efecto sea excluir o disminuir la penalidad, no tendrán influencia
sino respecto del autor o cómplice a quienes correspondan.*

La accesoriedad mínima

Frente a esta dificultad no quedaba otra alternativa que fundar- 7
la en lo objetivo, por lo que se caía en la accesoriadad mínima: la
participación era accesoria de una conducta meramente típica, por-
que la tipicidad era entendida como la causación típica de un resul-
tado, según la concepción meramente objetiva del tipo. La conse-
cuencia de esta tesis objetivista es la teoría extensiva de la autoría
(ver § 240), porque la participación en el curso causal no permite
distinguir entre ésta y la autoría, por lo que debieron acudir al ele-
mento de ánimo (*animus auctoris*) para establecer esta diferencia.

La accesoriedad limitada y el CP

En general, estas dificultades desaparecen con el concepto com- 8
plejo del tipo, hoy doctrinariamente dominante, y que permite soste-
ner la tesis de la accesoriadad limitada, o sea, que la participación
es el aporte doloso al injusto doloso ajeno. El art. 47 CP obliga a
acoger esta tesis: *si el acusado de complicidad no quiso cooperar
sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena
será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió
ejecutar.* La gravedad del hecho no puede ser otra que la gravedad
para el orden jurídico, es decir, el peso del hecho para éste, o sea,
su magnitud de injusto penal. El *querer cooperar* denota el requeri-
miento de dolo por parte del cómplice. Todo esto descarta cual-
quier pretensión de fundamentar en nuestra ley la punición de la
participación en la mera contribución a la causación del resultado.

§ 248. Delimitación del concepto

La llamada participación necesaria

Hemos visto el deslinde de la autoría y la participación en los 1
párrafos anteriores. No obstante, algunas cuestiones merecen ser
precisadas. Al respecto, la llamada *participación necesaria* es una

denominación que genera confusiones. Tiene lugar cuando el propio tipo penal requiere una coautoría, de modo que no se trata de casos de participación, sino de *coautoría* o de *autoría plural necesaria* (el robo en banda, por ejemplo). Hay otros supuestos en que el tipo requiere comportamientos de la propia víctima, como la estafa o la usura, sin cuyas acciones el delito quedaría en grado de tentativa. En otros casos el tipo demanda la concurrencia de terceras personas que deben realizar conductas atípicas, pero sin las cuales el hecho no configuraría el tipo penal correspondiente, como es la intervención de los padrinos en el duelo (art. 97 CP). Todos estos casos no tienen nada que ver con el concepto de participación en sentido estricto.

- 2 Otro de los problemas no siempre bien resuelto es el deslinde entre participación y encubrimiento. En los antiguos códigos penales el encubrimiento estaba legislado en la parte general, junto a la participación criminal. En razón de que éste tiene lugar cuando ya se ha consumado el delito, no puede considerarse una participación en el delito, sino una cooperación posterior al autor, lo que hizo que la doctrina primero y la legislación después le reconocieran el carácter de un tipo independiente, como delito contra la administración pública en la forma de administración de justicia.

Encubrimiento

- 3 No siempre es sencillo establecer cuándo termina la ejecución y, por ende, ya no es posible la participación, pudiendo darse sólo una acción típica de encubrimiento. En los delitos permanentes, como el secuestro, será en el momento en que la persona recupera su libertad o muere. Pero en los delitos no permanentes, también puede darse la separación entre la consumación y el agotamiento, como se verá en el capítulo siguiente (ver § 257). En tales casos la participación es posible hasta que se opera el agotamiento del delito.

Consumación y agotamiento

§ 249. Estructura de la participación

- 1 Dado que la participación lo es en un injusto doloso, externa u objetivamente requiere que el hecho principal se halle en una etapa ejecutiva para que la participación sea punible, es decir,

La tipicidad depende del comienzo de ejecución del hecho principal

que por lo menos el injusto se haya intentado. Mientras no media un acto de tentativa por parte del autor del injusto, la conducta del partícipe en los actos preparatorios es atípica. Si alguien paga una suma de dinero a otro para que mate a un familiar y el supuesto sicario la emplea en pagar el alquiler de su casa y no mata a nadie, no hay tipicidad alguna de instigación, salvo la de posible estafa del supuesto sicario. El que facilita una ganzá a otro para que vaya a robar esa noche, no realiza una acción típica si el que la recibe decide pasar la noche bebiendo. El art. 209 no tipifica la tentativa de instigación, sino la autoría de instigación pública, que lesiona el bien jurídico tranquilidad pública. Tampoco debe confundirse la tentativa de instigación con la instigación en la tentativa, que es precisamente cuando la participación comienza a ser típica, que es el supuesto expresamente previsto en el art. 47 último párrafo del CP.

Participación ineficaz

Hay también tentativa atípica de participación, cuando ésta **2** es ineficaz: cuando alguien quiere instigar a quien ya está decidido, cuando alguien quiere cooperar aportando un elemento inútil (una información de la que ya dispone el autor), etcétera.

Participación en cadena

La participación puede darse en forma eslabonada, es decir, **3** la llamada participación en cadena, que tiene lugar cuando se instiga a instigar, se induce a la complicidad, se es cómplice en la instigación o se es cómplice del cómplice. Así, hay participación en cadena cuando se decide a alguien para que convenza a otro de que elimine a su enemigo, cuando se mueve a otro a que co-opere en el asalto a un banco que cometerá un tercero, cuando se ayude a otro a convencer a un tercero para que defraude a la empresa en la que trabaja, o cuando se le repara el arma que otro va a entregar al que ejecutará un homicidio. En todos estos casos, la tipicidad de todas las participaciones dadas en cadena *dependerá de que el autor al menos comience a ejecutar el injusto* y no de que el otro partícipe intente la participación.

Concurrencia de participaciones

Es posible que concurren diferentes formas de participación: **4** el que instiga también puede cooperar en la ejecución del hecho. En tales supuestos, las formas más graves de participación absorberán a las más leves: la instigación y la complicidad primaria absorberán a la complicidad secundaria.

Excepción a la participación

El art. 49 CP establece una excepción a los principios genera- **5** les de la participación: *No se consideran partícipes de los delitos*

cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta. Así, no es partícipe de las injurias por la prensa el canillita que vende el periódico, los propietarios y empleados de la empresa que lo distribuye, el técnico que lo arma, el diagramador, etcétera.

- 6** El art. 47 CP dispone: *Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.* De aquí resulta el requisito de que la participación sea siempre dolosa y al partícipe se le pene en la medida de su dolo.

Error en la participación

- 7** La tipicidad de la participación cesa tanto por el error vencible como por el invencible, dado que no hay participación culposa. Así, quien quiere cooperar en un hurto, pero ignora que el autor, antes de recibir su cooperación, rompió la puerta del lugar, objetivamente está cooperando en un robo con fuerza en las cosas, pero sólo será penado como cómplice de un hurto. El que quiere cooperar con un homicida, pero ignora que éste es el hijo de la víctima, objetivamente cooperará en un parricidio, pero sólo será penado como cómplice del homicidio simple. En todos estos casos no interesa si el cómplice, poniendo la normal diligencia hubiese conocido la fractura de la puerta o la calidad de hijo del homicida, porque al no haber participación culposa esa circunstancia es irrelevante.

Error de tipo en el partícipe

- 8** La primera parte del art. 47 se ocupa de la complicidad, pero no vemos inconveniente alguno en extenderla a la instigación, porque se trata de principios generales del error y en modo alguno es extensiva de punibilidad.

Extensión del art. 47 a la instigación

- 9** Cuando el error recae sobre la magnitud e importancia del aporte, como sucede cuando quien cree estar sólo cooperando, en realidad hace una contribución indispensable según el plan concreto del hecho, o sea, que quien en realidad tiene el dominio del hecho (es coautor) lo ignora y cree que es cómplice, debe decidirse conforme a los principios del error sobre atenuantes (ver § 153). Por ejemplo, quien conduce el vehículo creyendo que sólo facilita la tarea de los ladrones, cuando en realidad su intervención es necesaria para que éstos consumen el hecho, conforme a un plan concreto que aquél desconoce.

Errores sobre el dominio del hecho

§ 250. El agente provocador

Es un instigador

Se llama *agente provocador* al que instiga a otro a cometer un 1
delito con fines de investigación policial. Como principio general, debe considerarse que el agente provocador actúa típicamente. La ley pena a quien determina a otro a cometer un delito, sin distinguir si se trata de un delito tentado o consumado. *Los agentes de la policía tienen la obligación de perseguir delitos perpetrados, y no la de suscitar, más o menos malignamente, acciones delictuosas con fines pretendidamente lícitos* (Bettiol).

Casos de necesidad

Se afirma que la conducta del agente provocador está cubier- 2
ta por un estado de necesidad en caso de que no haya otro recurso para descubrir un delito o por la atipicidad cuando media el consentimiento del sujeto pasivo. Esta tesis no se puede rechazar de plano, pero tampoco puede sostenerse que en todos los casos opere una causa de justificación respecto del agente provocador. (a) En principio, quedan fuera de consideración los hechos en los cuales no se persigue el fin de descubrir ningún delito ya cometido, ni de impedir uno inminente: en tales casos es incuestionable que el agente provocador incurre en un injusto. El policía que recorre farmacias insistiendo para que el encargado le venda una droga sin receta, no está amparado por ninguna causa de justificación. (b) En segundo término, si media un acuerdo del sujeto pasivo, puede haber una atipicidad, pues se trataría del famoso *delito experimental*, que es un delito inexistente: la víctima se pasea con expresión de tonto aguardando la reaparición del estafador y vigilada por agentes policiales. (c) Por último, si se trata de interrumpir una serie de delitos o la continuación de un mismo delito, estando afectados o en peligro bienes jurídicos tales como la vida o la libertad sexual, sin que reste otra solución que acudir a la provocación de una nueva tentativa –idónea o inidónea–, se trata de una situación análoga a la que habilita la coerción directa, y quien lo realiza estará cumpliendo con un deber jurídico o cooperando con quienes lo cumplen, de modo que la conducta no estará justificada por el estado de necesidad, sino que será atípica por cumplimiento de un deber jurídico. El agente policial travestido que se pasea para detener a Jack de Londres no comete ningún delito, porque cumple con su deber jurídico.

- 3** De cualquier manera, la atipicidad o la justificación sólo serán viables cuando la importancia de la lesión que se evita o el peligro que se neutraliza sean de inminencia y magnitud tal que la *imagen ética del estado* no sufra desmedro. No se trata de casos meramente destinados a descubrir y sancionar, sino de medidas que tienen por objeto evitar o interrumpir procesos lesivos inminentes o en curso, respecto de bienes jurídicos fundamentales y amenazados en concreto. No puede alegarse esto respecto del policía que se disfraza de expendedor para detener personas que quieren comprar marihuana. En tanto que en este caso sufre un desmedro ético la imagen del estado, la conducta del que intenta detener a Jack la exalta.

**La imagen
ética del estado**

§ 251. Comunicabilidad de las circunstancias

- 1** El art. 48 CP establece que *las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe*. Sobre la base de este texto la doctrina nacional ha llamado *comunicabilidad de las circunstancias* a las consecuencias de la accesoriedad de la participación y del principio de la individualización personal de la culpabilidad, aplicado a la interpretación del art. 48. El código adopta el criterio de la accesoriedad del injusto, porque en el estado de necesidad justificante y en la legítima defensa justifica la conducta del que coopera con quien está amparado en la justificación. En consecuencia, el art. 48 debe ser interpretado de conformidad con las reglas que surgen del principio de accesoriedad limitada puesto que, en caso contrario –es decir, entendido literalmente–, haría trizas el intento de construcción racional de la participación en el derecho penal.
- 2** El art. 48 CP contiene una regla general y luego formula una excepción. Corresponde iniciar el análisis por la regla general y, por ende, determinar ante todo *cuáles son las relaciones, circunstancias y calidades personales que disminuyen o excluyen la penalidad* y que, conforme a la ley, *sólo tienen influencia respecto del*

**Se llama así a las
consecuencias
de la accesorie-
dad limitada**

**La regla general
del art. 48 CP**

autor o cómplice a quienes correspondan. Conforme al principio de accesoriedad son todas las que no corresponden al injusto. Por ende, debe concluirse que se trata de todas las *relaciones, circunstancias y calidades personales que están referidas a la culpabilidad y a la exclusión y cancelación de la penalidad.* Por consiguiente, todas las circunstancias de inculpabilidad y de menor culpabilidad, sean estas últimas especialmente relevadas –como en el caso de la emoción violenta– o relevadas en general (a través de la fórmula del art. 41), no tienen influencia más que para el concurrente en el cual se presenten, al igual que cualquier circunstancia que excluya la punibilidad o que la cancele.

**La excepción
del art. 48 CP**

La dificultad pareciera plantearla la excepción: *Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.* Dicho de otro modo: tienen influencia en la pena del partícipe las *relaciones, circunstancias y calidades personales que agravan la penalidad del autor.* Partícipe en este contexto son los cómplices e instigadores, es decir, *partícipe en sentido estricto.*

**Se trata de
grados de
culpabilidad
del autor**

Existen dos clases de *relaciones, circunstancias y calidades personales que agravan la penalidad del autor*, fuera del injusto, y que tienen influencia sobre los partícipes: (a) unas son las comprendidas en una mayor culpabilidad dentro del marco del art. 41; (b) otras son las especialmente relevadas por la ley, tales como los homicidios calificados por la motivación. En ambos casos la ley establece que estas circunstancias tienen *influencia*, pero en modo alguno transfieren la culpabilidad del autor al partícipe, como no podría ser de otro modo: *conocer la motivación* del autor puede tener influencia sobre la culpabilidad del partícipe, pero no puede nunca ser la *motivación del partícipe* cuando en realidad no lo sea. El autor y el partícipe tendrán en cada caso las motivaciones que los hayan llevado a la realización de sus respectivas acciones y éstas no pueden ser inventadas por la ley ni por sus intérpretes: el conocimiento de las motivaciones más aberrantes del autor puede ser importante para aumentar el reproche de la acción del partícipe, pero nunca para sustituir sus propias motivaciones.

**Tener influencia
no es transferir
ni comunicar**

Es menester tener en cuenta que se trata de un reflejo de la mayor reprochabilidad del autor en la reprochabilidad del partícipe, que debe ser valorado en cada caso y que, en definitiva, resul-

taría también de una correcta interpretación del art. 41. La ley dice claramente que *tienen influencia*, lo que, por cierto, no es *comunicar* y menos *extenderse*, sino sólo *producir algún efecto* sobre la penalidad del partícipe. Esto significa que los implicados en los delitos cuya pena no se aumenta o califica por mayor contenido injusto, sino por circunstancias de mayor culpabilidad (como pueden ser particulares motivaciones), no pueden ser penados más que como partícipes en los injustos del autor, pero dentro de la escala penal del correspondiente delito debe ser tomado en cuenta su conocimiento de las motivaciones aberrantes del autor para graduarles la pena, en la medida que constituyan razones de mayor reprochabilidad de sus respectivas acciones de participación.

§ 252. Instigación

1 La instigación es una forma de determinación en la que el determinador no tiene el dominio del hecho; *determinar* significa aquí hacer surgir en el autor la decisión al hecho, es decir, provocar que el autor se decida. El dolo del inductor debe estar dirigido a un determinado hecho y, por lo que la inducción desaparece cuando no puede individualizarse la persona a quien se dirige la instigación o da lugar a otra tipicidad cuando es pública e indeterminada. De igual modo, debe estar referido a la ejecución de un hecho definido en sus elementos esenciales o rasgos fundamentales. De lo expuesto surge claramente que no puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya está decidido al hecho. Por supuesto que no lo está quien duda sobre si cometerá o no el injusto. No es necesario que el instigador haga surgir la idea misma en el autor, sino que ésta puede estar instalada en el autor, siempre y cuando el instigador sea el que lo decida a ejecutarla.

**El instigador
hace decidir**

2 No puede haber instigación cuando un sujeto ya se decidió al hecho, aunque el reforzamiento de la decisión ya tomada pueda constituir una complicidad intelectual en la forma de un aporte psíquico al acto, que queda típicamente abarcado por la cooperación prestada *de cualquier otro modo* a la ejecución del hecho, en

**No se puede
instigar al
decidido**

el caso que consista en un *consejo técnico* o en la promesa de ofrecer ayuda después del hecho. Como la determinación sólo puede ser a cierto tipo de delito, la decisión que se hace surgir en el autor también debe ser a ese delito determinado, pero cuando se le disuade de cometer el injusto del tipo agravado para que incurra en el simple, o bien de que cometa el simple para que realice el atenuado, no habrá instigación, toda vez que la decisión ya estaba tomada. El problema inverso que tiene lugar en la hipótesis donde al sujeto se le disuade de la comisión del injusto que tenía decidido para que cometa otro agravado (se disuade del hurto para que realice un robo) es bastante discutido, pero consideramos que sólo debe responder por la instigación a la parte que no tenía decidida, siempre que configure un injusto autónomo.

La instigación debe ser directa: no basta con la ocasión

En cuanto al medio por el que es susceptible de cometerse **3** una instigación, la discusión es más formal que de fondo. En realidad, siempre la instigación se lleva a cabo por un medio psíquico, *intelectual* o *espiritual*, desde que debe influirse el psiquismo ajeno para que el autor tome la decisión. Por consiguiente, para que haya instigación siempre debe haber un *contacto psíquico* entre el instigador y el autor. En realidad, el problema se confunde en parte con la admisión de las tentaciones y medios similares. La mayor parte de la doctrina se expresa en el sentido de que la mera creación de la ocasión favorable no configura instigación. En el derecho argentino la solución parece proporcionarla la misma fórmula legal que, para cualquier caso de determinación, exige que sea hecha *directamente*, expresión que no tiene el sentido de excluir la instigación en cadena, sino los medios indirectos, esto es, las incitaciones sutiles, tales como las tentaciones o las sugerencias veladas y ambiguas.

§ 253. Complicidad secundaria

Caracteres generales

La complicidad secundaria consiste en una cooperación dolosa **1** que se presta al autor de un injusto penal doloso. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, que la misma siempre requiere una cierta coordina-

ción entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico. El conocimiento de la ayuda y su aceptación por parte del autor, son presupuestos objetivos de la tipicidad de la participación secundaria. Si el autor no se entera de la ayuda que se le presta –o si enterado la rechaza– no puede haber complicidad secundaria. No es necesario que sepa concretamente de quién procede la ayuda, ni tampoco cumplir ninguna formalidad para aceptarla. Nunca puede ser cómplice secundario quien dispone las cosas en forma tal que el autor resulte engañado y crea que es un efecto de la naturaleza o del azar. En cuanto a la forma de la complicidad, nada obsta para que ésta pueda tener lugar por omisión, como el funcionario que deja de cumplir con su deber de vigilancia para permitir que otro cometa un delito (las llamadas *zonas liberadas*).

- 2** Para que haya complicidad secundaria, la cooperación no debe ser necesaria para la comisión del hecho, pues en tal caso el agente tiene el dominio del hecho y será autor, o bien, si la ley limita la vigencia de este principio, será cómplice necesario o primario (ver § 245). Entre los cómplices simples, es decir, entre quienes cooperan de modo no necesario a la comisión del hecho, la ley no distingue categorías, aplicando a todos la escala reducida y remitiendo al art. 41 CP para sus consecuencias en cuanto a la importancia del aporte, en donde expresamente se señala que para individualizar la pena debe tomarse en cuenta *la participación que haya tomado en el hecho*. De esta forma, el código vigente distingue entre los autores y los cómplices en cuanto a sus consecuencias penales.

**Cooperación
no necesaria**

- 3** Es requisito necesario que el aporte que hace el cómplice sea causal para el resultado. La mediación de una relación causal entre el aporte y el resultado es requisito de cualquier forma de participación y, por consiguiente, también de la complicidad, sea que ésta asuma la forma de una participación por cooperación física o psíquica con el autor. La cooperación física es la acción que facilita la conducta del autor. En cuanto a la psíquica o intelectual se pueden distinguir dos formas: el consejo técnico y el reforzamiento de la decisión del autor. La primera es la que proporciona quien da indicaciones que facilitan el hecho, sea que éstas lleguen a su conocimiento por vía de su experiencia, su especial capacitación personal o profesional o sus indagaciones previas. En este sentido, el llamado *entregador* es cómplice psíquico o intelectual, como también lo es el *planificador* (en tanto ninguno de ambos asuman el papel de instigador). La otra forma

**Debe ser
causal del
resultado**

de cooperación psíquica debe ser manejada con cuidado, pues *la única forma de participación por fortalecimiento de la decisión del autor que hay en nuestra ley es la promesa anterior al delito y está sometida a la condición de ser cumplida con posterioridad*. Esta excepción –especialmente regulada en forma tan prudente y metódica– revela la inadmisibilidad de la tipicidad por complicidad psíquica o intelectual de cualquier otra forma de fortalecimiento de la decisión. En otras palabras: es cómplice quien promete al ladrón que le ocultará en su casa, pero no será punible si luego no lo oculta, o sea que el incumplimiento de la promesa es una causa de cancelación de la penalidad. Pero no será complicidad la conducta de quien aprueba entusiastamente la decisión ya tomada por el autor de cometer el delito.

La promesa anterior

Dado que la naturaleza de las cosas impide la posibilidad de 4
participar en un hecho pasado, las promesas deben ser anteriores y la ayuda posterior al mismo; esto significa que la promesa puede formularse durante la ejecución y mientras la misma se mantenga, debe cumplirse con posterioridad a la ejecución y no durante el curso de la misma, caso en el cual sería un aporte material. No se requiere identidad en forma absoluta con la promesa, bastando que sea de la naturaleza e identidad de lo prometido en líneas generales.

Actos preparatorios

Una característica general de la complicidad secundaria es 5
que ésta puede tener lugar tanto en los actos preparatorios como en los ejecutivos y aun después de la consumación, con tal que sea antes del agotamiento. Esto implica que es perfectamente posible la complicidad sucesiva, o en otros términos, que el cómplice pueda intervenir en distintas etapas del desarrollo del delito.

CAPÍTULO 25

Las etapas del delito

§ 254. Límites a la anticipación de la punibilidad

1 El art. 42 del CP consagra un dispositivo legal amplificador de la tipicidad, que permite abarcar un *delito incompleto*, porque retrocede en el tiempo a partir del delito consumado y convierte en típica una conducta que no se ha desarrollado por completo en su aspecto objetivo y subjetivo.

**Delito
incompleto**

2 No es verdad que la tentativa sea un tipo objetivamente incompleto y subjetivamente completo, porque en ella no se despliega totalmente la causalidad (por lo menos no se produce el resultado típico) y por eso tampoco se desarrolla completamente el dolo que, montado sobre la causalidad, no llega a término pues ésta se interrumpe; el dolo queda sin cabalgadura.

**No es un tipo
objetivo ni
subjetivamente
completo**

3 Hay tipos (a) que exigen lesiones para bienes jurídicos (delitos de lesión) y (b) otros que, anticipando la tipicidad a momentos anteriores a la lesión, se conforman con exigir sólo el peligro para el bien jurídico (delitos de peligro). La tentativa es una forma específica de estos últimos: *la tentativa de delito sintetiza una fórmula general con la que se criminaliza en razón del peligro de lesión, o sea, peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en el tipo como requerimiento ineludible*. La tentativa, desde la perspectiva del bien jurídico, no se identifica pero tampoco difiere mucho de un delito doloso de peligro y, por ende, siempre su contenido injusto es menor que en un delito de lesión.

**Tipificaciones
del peligro**

4 En síntesis, la tentativa de delito es la más general de todas las anticipaciones punitivas, pero como a la vez señala el límite que el poder punitivo no puede exceder, su ámbito prohibido que-

**Anticipación
punitiva general**

da circunscripto por aquellas etapas del delito que conllevan el comienzo del peligro de lesión y llegan hasta el momento anterior a la consumación, en que se produce la efectiva lesión.

Iter criminis

Desde la decisión como producto de la imaginación del autor **5** hasta el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso temporal –sólo parcialmente exteriorizado– que se denomina *camino del crimen* o *iter criminis*. Son los sucesivos momentos cronológicos en la dinámica del delito: *concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho*.

Reglas generales

Como reglas orientadoras generales puede decirse que: **6**

(a) las etapas que corresponden al fuero interno del sujeto no pueden ser alcanzadas por la tipicidad, acorde al elemental principio de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur*; y

(b) pese a que trascienda al mundo objetivo, tampoco es punible la parte de la conducta inmediatamente precedente a la ejecución misma, es decir, la *preparación*. Un sujeto parado delante de una puerta con una ganzúa en el bolsillo, no incurre en una tentativa de robo.

Actos preparatorios punibles

Se ha entendido que la prohibición de penar actos preparato- **7** rios admite excepciones, aunque menos de las que usualmente se aceptan. Para penar actos preparatorios se siguen dos caminos diferentes:

(a) El primero consiste en extender lo prohibido hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria, extendiendo la fórmula general del art. 42. Este grupo de casos se compone de *delitos incompletos más amplios que la tentativa* y no la admiten.

(b) El otro es la *tipificación independiente de ciertos actos preparatorios, pero que al mismo tiempo implican otras lesividades que exceden las del delito tentado*, lo que da lugar a una tipicidad que, según los casos, puede admitir la tentativa. Este último supuesto no presenta problemas de constitucionalidad, porque siempre hay un bien jurídico afectado.

Casos

En tal sentido, configurarían ampliaciones de la prohibición **8** del primer caso la conspiración para cometer traición (art. 216), y por el art. 233 del CP, para cometer rebelión (art. 226) o sedición

(art. 229) y la usurpación de mando o seducción de tropas para la rebelión o sedición (art. 234), y sus penalidades son interferidas en el supuesto de tentativa o consumación de los delitos respectivos, en función del principio de subsidiaridad por unidad de ley (ver § 268.3).

- 9 Las anticipaciones punitivas para estos casos son las únicas admisibles en el derecho argentino como excepciones al principio general establecido en el art. 42 CP, sin que puedan extenderse a otras hipótesis. Esto se explica porque en el caso de los tipos que exigen lesión a las instituciones republicanas y democráticas, por lo general toda la tipicidad sufre un adelantamiento que obedece a que el agotamiento del delito importaría una imposibilidad de intervención, al menos temporal (la rebelión punible es la fracasada). De allí que los propios delitos consumados sean ónticamente actos de tentativa (cuyo agotamiento es un dato coyuntural), lo que explica que el peligro se adelante a algunos actos preparatorios.

**Anticipaciones
punitivas
admisibles**

- 10 Pero esta originalísima y particular característica no se extiende a otras anticipaciones que se convierten en tipicidades independientes –como por ejemplo, la tenencia de materiales destinados a falsificar (art. 224) o la asociación ilícita (art. 210)– y son de constitucionalidad dudosa, pues revelan una ampliación del ámbito de la prohibición que no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad.

**Dudosa
constitucionalidad de otras**

§ 255. Fundamento de la punición de la tentativa

- 1 Las opiniones acerca del fundamento de la punición de la tentativa se dividieron conforme a las perspectivas legitimantes del poder punitivo de los diferentes autores, dando lugar a tres variables: (a) se sostuvo una teoría *objetiva*, (b) otra *subjetiva* y (c) una tercera denominada *teoría de la impresión*.

**Teorías según
la legitimación
de la pena**

- 2 Según la *teoría objetiva*, muy difundida entre autores antiguos, *la ley pena la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico*. Para esta posición es atípica toda acción que no hubiera determinado que el bien jurídico en concreto haya corrido algún

**Teoría
objetiva**

peligro: quien penetrase en una habitación en la que no hubiese nada que hurtar, no cometería tentativa de hurto. Consecuencia necesaria del punto de vista objetivista es que la pena de la tentativa sea inferior a la del delito consumado, porque el peligro siempre importa un injusto menor que la lesión. Es la tesis que respeta en mayor medida el principio de lesividad, además de ser la más clara.

Teoría subjetiva

En el extremo opuesto se halla la llamada *teoría subjetiva*, que **3** funda la punibilidad de la tentativa en la voluntad del autor contraria al derecho. Sostiene que con la tentativa se quiere reprimir la voluntad criminal, desentendiéndose del problema del peligro para el bien jurídico y equiparando a aquélla con el delito consumado –por tratarse de idéntica voluntad criminal– con la consecuente paridad de penas o, como máximo, con atenuación facultativa de la pena de la tentativa. El subjetivismo tuvo gran número de adeptos en Alemania luego de la reforma penal de 1939, cuando la atenuación penal de la tentativa pasó a ser sólo facultativa, renovándose en las dos últimas décadas del siglo XX con la subjetivización del injusto y el funcionalismo. Fundan la equiparación de la tentativa y el delito consumado en que no puede estar en mejor posición la *mala voluntad* fracasada que la exitosa.

Derecho penal de ánimo

Es inevitable la tendencia de la teoría subjetiva a arrimarse a **4** la punición del ánimo y a extender el ámbito punible a los actos preparatorios. Desconoce el aspecto objetivo del injusto, aproximándose a un derecho penal de enemigos, sólo centrado en el desvalor de una voluntad que se revele hostil y contraria al orden que el poder quiere establecer. Es cierto que se intenta revertir el argumento afirmando que, conforme a sus consecuencias, todos los delitos debieran penarse conforme a la escala reducida de la tentativa. Históricamente su consecuencia fue siempre inversa y *de lege lata* es insostenible en nuestro derecho.

Teoría de la impresión

Como fundamentación marginal, entre ambas teorías se ubi- **5** ca la llamada *tesis de la impresión*. Como la teoría subjetiva implica la ausencia de todo límite, pues no permite distinguir los actos preparatorios de los de tentativa, se trató de buscarle un límite objetivo, para lo cual se ensayó la mencionada *tesis de la impresión*. Según ésta la punibilidad de la tentativa sólo es admisible cuando la actuación de la voluntad enemiga del derecho sea adecuada para conmover la confianza en la vigencia del orden nor-

mativo y el sentimiento de la seguridad jurídica en los que tengan conocimiento de la misma.

- 6 Se trata de una teoría que presupone la aceptación de la función preventiva de la pena. Es muy antigua, pues se remonta a los prácticos (ver § 62.4), y en los últimos años la sostiene el funcionalismo, afirmando que existe una suerte de *derecho a la seguridad jurídica*. Por ello, la tentativa dañaría un bien jurídico diferente al del delito consumado: en tanto que si la bala del homicida produce la muerte se lesionaría la vida, si no acierta o si la víctima sobrevive, se produciría una lesión a este derecho a la seguridad jurídica, que sería un bien jurídico público. El tipo del art. 42 CP sería un delito independiente, es decir, que habría un *delito de tentativa* en lugar de una tentativa de delito. Además de crear un bien jurídico estatal, subestimando la afectación de los bienes jurídicos individuales, en el plano procesal, la víctima no podría ser admitida como querellante en ninguna tentativa.

**Impresión y
función preventiva
de la pena**

- 7 La teoría de la impresión convierte a la tentativa en un delito de lesión, pues exige una afectación al sentimiento de confianza. Para saber si este sentimiento está lesionado no basta con ninguna característica del hecho, sino que debe apelarse a lo que realmente sucede en la confianza pública. La *impresión* del hecho en el público se produce a través de la información en las sociedades actuales. En el actual estado de las disciplinas de la comunicación y ante el conocimiento de la dinámica perversa de las llamadas *campañas de ley y orden*, esto se traduce en la pretensión de insinuar un derecho penal que *normalice* la opinión distorsionada por esas campañas. En otras palabras ¿Cómo no *causará impresión* que un sujeto esté mirando una puerta si tiene una ganzúa en el bolsillo, ante el número creciente de robos que se producen? ¿Cómo el juez va a absolver a un individuo que sigue a una mujer si se producen violaciones todos los días? ¿No se sentirá lesionado el derecho a la seguridad si se considera atípica la conducta de comprar veneno ante los casos de envenenamiento conocidos?

**¿Impresión es la
que provoca la
comunicación?**

- 8 Existe otra forma de afirmar la lesión a la confianza pública, prescindiendo de todo dato real acerca de ésta: sería librarlo a la imaginación del juez, a cómo éste imagina que reacciona la opinión pública. En síntesis: dicha lesión puede definirse: (a) conforme a la construcción de la realidad de los medios masivos, y dentro de éstos habría que elegir cuáles (diarios de gran circula-

**¿Es la impresión
del juez?**

ción, televisión abierta, diarios sensacionalistas, etcétera) o (b) conforme a criterios subjetivos e intuitivos de los jueces, que en definitiva traducirán todos sus prejuicios y temores. Ninguno de ambos caminos provee seguridad jurídica.

**La impresión
lleva a la tesis
subjetivista**

La teoría de la impresión en formulación funcionalista pre- 9
tende fundar la paridad de gravedad de la tentativa con la consumación en el dolo: si éste es *ex ante* racional en la imaginación del autor, no habría diferencia con el dolo del delito consumado, aunque el resultado fuese imposible. Exceptúa sólo el *dolo irracional*, o sea, la pretensión de matar con un grano de sal o con un terrón de azúcar. En rigor, tampoco se justifica esta excepción, salvo porque la propia teoría quiere evitar caer en el ridículo, puesto que en la imaginación del autor también lo supuso idóneo, por irracional que sea desde el punto de vista de un tercero.

**Irracionalidad de
la equiparación
de la ejecución
con la
preparación**

Equiparar el peligro de la tentativa y el que generan los actos 10
preparatorios, importa consecuencias poco racionales; el peligro que implica la compra del arma asesina para la vida del sujeto pasivo, es conceptualmente idéntico al que sufriera si, después del atentado, se salvara sólo por la pericia y celeridad del cirujano. Por este camino es imposible que la doctrina y los jueces puedan poner algún límite a las anticipaciones criminalizantes del legislador político.

§ 256. La dialéctica en el *iter criminis*: la tentativa es la negación de la consumación

**La tentativa es
una cuestión de
tipicidad**

*La tentativa de un delito de lesión –que son los únicos en que 1
se concibe una anticipación punible respetuosa de la lesividad– representa una tipicidad diferente aunque de formulación general, cuya sanción penal sólo es posible en razón de la proximidad de la conducta con el resultado (peligro de lesión).* De este modo valen, respecto de la tentativa, todas las limitaciones acotantes impuestas por la tipicidad sistemática y conglobante, como las señaladas por la justificación y la culpabilidad.

Eximentes

Con ello se quiere significar que como general tipicidad de 2
peligro, la tentativa puede ser atípica por ausencia de un elemen-

to del tipo objetivo sistemático (v. gr. disparar sobre un cadáver que se cree persona), por cumplimiento de un deber cuando la obligación es frustrada por un tercero que la impide (v. gr. al policía que le frustran dolosamente cumplir con la orden de detención), por la insignificancia del peligro en los mismos casos en que la consumación resultaría insignificante, por el consentimiento, así como también puede hallarse amparada por cualquier causa de justificación o de exculpación, lo cual no se deriva de que la tentativa sea una fracción objetiva incompleta de un delito consumado cuyo aspecto subjetivo se encuentra completo, sino porque se trata de una programación criminalizante anticipada a la de dicho delito y de formulación general, cuya naturaleza es equivalente a cualquier otra tipicidad de peligro de lesión.

- 3 La tentativa no puede justificar la punición sólo en lo subjetivo, en el dolo, porque si no se toma en cuenta la tipicidad objetiva, no habrá dolo sino sólo *animus*. Es como pretender construir un monumento ecuestre sin caballo. Imaginemos un intendente loco, que pronuncie un discurso pretendiendo inaugurar un monumento ecuestre, pero que en realidad sea sólo el prócer. No hay jinete, sino sólo un hombre con las piernas abiertas.

**Sin tipo objetivo
no hay dolo
sino *animus***

- 4 El injusto siempre es complejo, y el dolo es un dato más que se le agrega al aspecto objetivo. El dolo cumple la función de reducir lo abarcado por el aspecto objetivo del injusto y nunca de ampliarlo. No basta con una causalidad lesiva si falta la voluntad realizadora. Claro que el dolo funda el injusto, pero siempre para ello presupone una objetividad típica, pues si ésta falta no hay dolo, sino *animus* (hombre con las piernas abiertas y no jinete). No hay dolo sin cierta causalidad en el mundo real que ponga en peligro un bien jurídico, pues falta el caballo, controlado o desbocado.

**El tipo objetivo
es la cabalgadura
del dolo**

- 5 La pretensión de fundar la tentativa en el *animus* rebautizado como dolo, supliendo a la lesión o al peligro típicos, en el campo de la tentativa, lleva a extender el ejercicio del poder punitivo a acciones no peligrosas por sistemáticamente atípicas (tentativas aparente por ausencia de tipo) (matar al muerto) o conglobantemente atípicas (por ausencia de dominabilidad) (el envío del tío al monte con la esperanza de que lo mate un rayo). En definitiva, lo que se hace no es fundar la tentativa en el dolo, sino transformar el *animus* en síntoma de desviación de una media normati-

**Derecho penal
sintomático**

zada que perturba externamente, con lo que se recae en un derecho penal de autor *sintomático*. Es volver a la peligrosidad positivista de un modo complicado y espiritualizado.

Distinto grado de conflictividad

No queda otra solución basada en límites al poder punitivo 6 que reconocer que lo que decide una consideración diferente de la tentativa respecto del hecho consumado es la diversa naturaleza del conflicto que expresan. No puede dudarse que lo externo (conflictividad lesiva) que perturba, no es igual para el autor (y con más razón para la víctima) en un caso u otro, pero tampoco se puede dudar que lo subjetivo es por entero diferente también en ambos casos, si quiere evitarse incurrir en elementales errores lógicos y ontológicos.

No hay equivalencia

La tentativa se contrapone al delito consumado, pero tanto en 7 lo objetivo como en lo subjetivo. Así como una moneda de cincuenta centavos es algo distinto a la de un peso, y nadie se animaría a afirmar que la primera es la mitad de la segunda, tampoco un suceso típico completo es equivalente a una fracción del mismo en su aspecto objetivo ni subjetivo, de la misma manera que un lienzo en blanco con los primeros trazos no es igual a la pintura terminada.

El defecto de entender la identidad en forma estática

En el fondo de esta confusión, yace un problema filosófico, que 8 es interpretar el dogma de identidad en forma estática. *A es igual a A* en un mundo estático, pero no lo es en uno dinámico, como es el mundo en que todos vivimos. La idea del dolo siempre idéntico (el dolo en la tentativa y en el delito consumado) e inmutable, no permite que se conciba su alteración en el curso de un proceso en que aún no es lo que tiende a ser. Pero la conducta humana en tanto temporal es eminentemente dinámica y, por ende, cambia confrontándose identidad y diferencia. Lo mismo ocurre con todas las cosas: una planta, un animal o una célula son en cada momento idénticos a sí mismos y están al mismo tiempo volviéndose distintos; así como el fruto está determinado por la evolución de una semilla, pero a la vez es su negación, lo mismo ocurre en la acción humana: entre una lesión a la integridad física y la tentativa del mismo delito, la única identidad subjetiva que puede establecerse está dada por la razón necesaria y suficiente que orienta el desarrollo, como fuerza que tiene que llegar a ser, pero ésta es otra subjetividad producto de una idealización que no puede confundirse con el dolo ni con las intenciones en general.

9 La tradición liberal, ignorada por completo en los tiempos de emergencia que corren, construyó su dogmática penal luchando contra un poder punitivo que operaba sobre creencias e intenciones. Por eso no podía prescindir de la tipicidad objetiva ni del peligro para el bien jurídico. Pero la pura objetividad típica no alcanzaba para definir a la tentativa, por lo cual el causalismo neokantiano que postulaba un tipo objetivo y colocaba al dolo en la culpabilidad, pasó a considerar al dolo del delito consumado como un elemento subjetivo del injusto de tentativa. Dependía que la bala diese en el blanco o no, para que el dolo se quedase en la culpabilidad o bajase al tipo vestido de elemento subjetivo de éste. Ante esta contradicción y sin intentar construir el tipo complejo, la vieja escuela austriaca lanzó la insólita tesis que la tentativa debía entenderse como un supuesto de culpabilidad sin tipicidad.

Las dificultades para los conceptos objetivos del tipo

10 Para evitar estas inconsecuencias, el finalismo welzeliano apeló al tipo complejo, pero creyó que el mismo dolo se hallaba por entero tanto en la tentativa como en el delito consumado. En realidad, con ello se pasó por alto que *la tentativa es un delito incompleto, pero no en el sentido de que le falte un aspecto objetivo únicamente, sino en el de que es un ser que aún no llegó a ser completamente, es decir, que se trata de una tipicidad que es diferente tanto objetiva como subjetivamente.*

La corrección finalista y sus limitaciones

§ 257. La consumación como límite de la tentativa

1 En tanto que la tentativa es la conducta punible que se halla entre la preparación no punible y la consumación del delito, esta última supone la completa realización del tipo penal. No obstante, surgen algunos problemas, porque no siempre la consumación *agota* la ejecución del delito, pues con frecuencia la *consumación formal* se distancia del *agotamiento natural*, dando lugar a un período en que el delito está consumado pero no agotado. Es claro que en el delito continuo o permanente, la ejecución permanece mientras se mantiene el estado consumativo, y recién cuando éste cesa puede afirmarse que el delito se halla agotado (el secuestro se consuma con la privación de libertad, pero se agota recién cuando ésta cesa).

Consumación y agotamiento

Casos típicos

Pero no es éste el único caso en que el agotamiento se separa 2
cronológicamente de la consumación. Esto también pasa cuando se trata de tipos que anticipan la criminalización al estado previo al comienzo de lesión (el secuestro se consuma con la privación de la libertad, aunque no se obtenga el rescate). Lo mismo sucede en los casos de habitualidad, en donde la reiteración forma parte del agotamiento (el curanderismo, por ejemplo). En todos estos casos el mismo tipo admite o requiere que la consumación se separe del agotamiento.

Casos no expresados en los tipos

Puede presentarse la separación de la consumación y del ago- 3
tamamiento en tipos que no la requieren. Esto es lo que sucede cuando alguien hurta una cantidad de sillas, por ejemplo, y las lleva en distintos viajes. El delito está consumado con el apoderamiento de la primera carga de sillas, pero no se agota hasta que se llevaron las últimas. Se pensó que podía ser una construcción analógica *in malam partem*, pero en nuestro derecho las consecuencias nunca tienen ese efecto.

Consecuencias

La separación del agotamiento respecto de la consumación 4
tiene consecuencias en tres aspectos: (a) en cuanto a la participación, quien interviene antes del agotamiento sería partícipe y no encubridor; (b) en orden a la prescripción, porque comenzaría a correr desde el último acto de agotamiento; y (c) en punto a la realización de circunstancias agravantes introducidas con posterioridad a la consumación, que darían lugar a una tipicidad calificada (el primer apoderamiento de sillas se realiza sin escalamiento, pero la tanda siguiente se obtiene penetrando mediante escalamiento o fracturando una puerta).

§ 258. La tipicidad objetiva: el comienzo de ejecución**La fórmula legal**

La distinción entre actos preparatorios –excepcionalmente pu- 1
nibles– y actos de tentativa, es uno de los problemas más arduos de la dogmática y, con seguridad, el más difícil de la tentativa. La fórmula legal del *comienzo de ejecución* –de origen napoleónico– es un indicador general que se hace menester precisar atendiendo a su conexión con el tipo de lesión, es decir con el tipo legal que anticipa.

2 No faltan quienes niegan la posibilidad de distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos y, por ende, pretenden penar todos los actos preparatorios. Fue lo que ratificaron la legislación romana imperial y los prácticos para los crímenes atroces y de *lesa majestad*. Los positivistas sostuvieron que no debían ser impunes los actos preparatorios reveladores de la peligrosidad del autor, o sea, molestos para la policía. Por el mismo camino circulan las teorías que pretenden que no es posible distinguirlos. Se trata de teorías subjetivistas, que procuran la punición de todos los actos preparatorios. Se podría invertir las consecuencias y afirmar que, como no es posible distinguir entre preparación y ejecución, en la duda habría de considerarse que todos los actos de tentativa son preparatorios y, por lo tanto, atípicos. Semejante solución no fue sostenida por nadie, pero se trata de un disparate análogo a la pretensión de penar cualquier acto preparatorio, sólo que invirtiendo las consecuencias.

**Teorías que
niegan la
distinción entre
preparación y
ejecución**

3 Pasando a las *teorías positivas, o sea, a las que admiten la posibilidad de esta distinción*, aparece una primera teoría conocida como (a) *formal objetiva*, la cual exige que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia conducta típica, penetrando así el núcleo del tipo. Indica como *comienzo de ejecución* el inicio de realización del respectivo verbo típico, lo que no tendría lugar cuando el autor sólo está extrayendo el arma o el ladrón aún no ha extendido la mano hacia el objeto, que parece más bien un acto que se encuentra en *zona neutra inmediata al tipo*.

**Teoría formal
objetiva**

4 Se le ha criticado por demasiado estrecha, pues deja fuera de la prohibición los actos inmediatamente anteriores a la realización de la conducta típica, por lo que se buscó ampliarla con (b) otra denominada *material objetiva*, la cual apela al uso del lenguaje. Parte de un principio –sentado por Frank– que *incluye en la tentativa las acciones que, por su vinculación necesaria con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción*. Como toda apelación al uso del lenguaje, es algo intuitivo y sumamente impreciso. Para esta tesis, extraer un arma sería comenzar a matar, lo que no parece correcto en su significación natural.

**Teoría material
objetiva**

5 Cabe aclarar que una de las más antiguas tentativas limitadoras objetivas se ensayó por vía procesal, estando consagrada en el código italiano de 1930, que señala la *inequívocidad* o no

**Teoría de la
inequívocidad**

equivocidad de los actos de tentativa, enunciada por Carmignani y seguida en algún momento por Carrara y otros autores. Dejando de lado que hay actos de tentativa en que la inequívocidad sólo puede provenir de lo subjetivo, por lo cual no puede considerársela una verdadera teoría objetiva, adolece de un error básico: no se refiere a una determinación penal sino procesal, fundada en una cuestión probatoria.

Teoría objetiva individual

No se *mata, apodera, engaña*, siempre de la misma manera, 6 sino de infinitas formas diferentes. Si de lo que se trata es de abarcar en el comienzo de ejecución la acción inmediatamente anterior a la del verbo típico en sí mismo, es decir, la que no presenta posibilidad alguna de interposición de otra acción que no sea la de la teoría formal objetiva, esto no puede hacerse en abstracto, sino en concreto, es decir, tomando en cuenta el *cómo* de la realización del verbo típico en cada caso. Este *cómo* es el *plan concreto del autor*. Cuando en ese plan concreto la acción sea la inmediatamente anterior a la de comenzar a matar, a apoderarse, a engañar, etc., se tratará de un acto ejecutivo. Cuando en ese plan deban realizarse aún otras acciones intermedias a la del verbo típico, se tratará de un acto preparatorio. Esta es la llamada teoría objetiva individual, una de las más difundidas en la doctrina actual.

¿Qué decide? ¿La realidad o la representación?

Siempre que un delito queda tentado es porque falló el plan 7 concreto del autor, o sea, que éste erró en la programación de la causalidad. Dicho error en la programación de la causalidad reconoce grados, que van desde el error casi inevitable hasta la grosería desopilante. ¿Qué se toma en cuenta para valorar el plan concreto? ¿La realidad o la representación del autor? Desde la teoría del dolo como representación (ver § 142.2), renovada hoy por el funcionalismo, se sostiene que debe decidirse conforme a la representación del autor, lo que lleva a la punición de todas las tentativas inidóneas.

El peligro debe ser real

Conforme al fundamento que hemos dado para la punición 8 de la tentativa, si lo determinante es el peligro para el bien jurídico y se busca un signo exterior, éste no puede indicar la medida de un peligro imaginario sino real, que sólo puede darse conforme al criterio de lo que realmente hacía el autor y también se representaba correctamente como tal, es decir, si realmente era la acción con que daba comienzo al verbo típico o era la inmediata

anterior en la particular forma (el *cómo*) por la que había optado para su ejecución. Si alguien cree que está comenzando a engañar a quien no entiende lo que dice porque no comprende la lengua en que le habla, sólo en su imaginación comienza a estafar; inversamente, si antes de comenzar a engañarlo entabla una conversación banal y el otro comienza a imaginarse lo que aún no le dijo, tampoco habrá tentativa, pese al peligro real, porque en la representación del autor y conforme a su plan no comenzó a estafar. No se trata de escoger entre un criterio objetivo y otro subjetivo, sino de relevar típicamente la conducta en la medida en que ambos coincidan y, por ende, no cargar al agente con un peligro imaginario ni con uno real que desconozca, sino sólo con el real y por él conocido.

- 9 La *teoría objetiva* con el correctivo del *plan concreto del autor* (teoría objetiva individual) tiene la ventaja de introducir un elemento individualizador de la relevancia del peligro, que es un dato subjetivo, pero que *no subjetiviza el peligro*, porque su naturaleza es susceptible de ser valorada por un tercero en cuanto a la determinación de la *proximidad inmediata* a la realización típica. Así cuando una persona quiere envenenar a otra con una comida y coloca en ella el veneno y la guarda en la heladera, dependerá del plan concreto si se la debe servir a la víctima o si ésta se la ha de servir directamente, para que haya en el primer caso aún un acto preparatorio y en el segundo una tentativa. Es decir que la referencia al plan del autor es un dato subjetivo que restringe la extensión de otro objetivo, pero en ningún caso puede operar en forma independiente al requerimiento de objetividad dado por la proximidad a la consumación, sino que debe complementarlo.

**Ventajas del
criterio objetivo
individual**

- 10 De cualquier manera, no debe ocultarse que el criterio objetivo individual tampoco proporciona una regla del todo cierta para señalar el límite preciso entre los actos preparatorios y los de tentativa. Con todo, en tanto la dogmática penal no disponga de bases más certeras, en los casos en que la duda aparezca insalvable, lo correcto es apelar a la interpretación restrictiva de la ley.

**No resuelve
todo**

- 11 En conclusión, puede afirmarse que: (a) el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, (b) sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor), son

Conclusión

inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que (c) un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre ésta y aquél no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor.

§ 259. La tipicidad subjetiva de la tentativa

El dolo en la tentativa es un dolo abortado o incompleto

La tentativa –como toda tipicidad– supone un aspecto subjetivo como correlato de su aspecto objetivo (que exige un principio de ejecución y una falta de consumación). En lo subjetivo requiere *el fin de cometer un delito*, es decir, el dolo. La expresión *delito* del texto legal (art. 42 CP) no puede entenderse de otro modo que como realización de la tipicidad objetiva. No hay un dolo de tentativa, pero el dolo en la tentativa, *ex ante*, es decir, mirado en el momento del *comienzo de ejecución*, sólo puede llegar a equipararse con el dolo del delito que imagina y orienta una causalidad en el tramo temporal que media entre el comienzo de ejecución y la consumación, pero cuando el curso lesivo se interrumpe en cualquiera de los momentos de esa dinámica, el dolo de la tentativa es distinto al de la consumación o la frustración, simplemente porque tanto en lo subjetivo como en lo objetivo el delito queda abortado o incompleto.

Hay dolo en la tentativa pero no dolo de tentativa

El dolo que ve el juez al juzgar la tentativa es distinto al del delito que se quería consumir. Se trata del dolo del delito consumado pero en potencia, lo cual da lugar a que sean tan distintos como lo es un niño respecto del adulto que será en el futuro, pese a que ambos son la misma persona. Esto no tiene nada que ver con el pretendido *dolo de tentativa*, que sería el que no quiere llegar a la consumación. No puede hablarse de *dolo de tentativa* en el mismo sentido; tampoco puede decirse que la persona que trata de cruzar el río a nado sólo tiene el fin de ahogarse antes de llegar a la otra orilla. Una estructura de acción semejante sería tan irracional como aquéllas que no reconocen la finalidad como contenido.

Puede haber tentativa con dolo eventual: se excluye sólo el dolo de ímpetu

Por otra parte, la tentativa puede tener lugar con dolo eventual. La referencia al *delito determinado* del art. 42 del CP no excluye la posibilidad de una tentativa con dolo eventual. Tanto razones históricas como dogmáticas indican que la palabra deter-

minado significa que la ley ha optado por excluir de la fórmula del art. 42 y de sus consecuencias penales, las tentativas de delitos contra la vida y la integridad física cometidas con *dolo de ímpetu*. Este es el que responde a una reacción súbita, poco planificada (ver § 147), como quien reacciona furiosamente contra alguien golpeándolo con un objeto pesado, poniendo de manifiesto una genérica voluntad de agredir, lo que normalmente coincide con situaciones de emoción violenta, supuesto que queda abarcado por el art. 104 del CP (disparo de arma y agresión con toda arma).

- 4 No debe confundirse el problema del dolo eventual con el requerimiento de una decisión cierta y procesalmente probada de obtener el resultado o abarcativa de su producción, porque sin ella directamente no existe dolo, como en el supuesto donde el agente se reserva la resolución para la ocasión en que se presente cierta circunstancia. Por el contrario, hay decisión –y por consiguiente dolo– cuando un sujeto ya ha tomado la resolución y sólo deja la ejecución condicionada a cierto requisito (como puede ser *si se niega lo mato*). En consecuencia, existe decisión en los siguientes casos: cuando se esconden divisas en el guardabarros del automóvil, en caso de que en la frontera no las dejen sacar legalmente; cuando el médico inspecciona a la embarazada para saber si el aborto no es peligroso, pero con la decisión de hacerlo en el caso de que no lo sea (no la habrá si posterga la decisión para después del reconocimiento); cuando se da comida envenenada al perro condicionando el robo a que la coma.

Siempre se requiere que haya decisión de cometer el hecho

§ 260. Los límites de la tentativa en delitos calificados, en los de pura actividad, en los habituales y en la autoría mediata

- 1 Tratándose de delitos calificados puede ocurrir que haya una conducta calificante posterior al comienzo de ejecución del tipo básico: el que desapodera de una cosa a otro y ejerce violencia sobre éste para que no lo persiga. Es opinión dominante que la tentativa del robo comienza cuando se inicia la ejecución de la conducta calificada. En el supuesto inverso, cuando la conducción calificante precede a la del tipo fundamental, cabe entender

Conducta calificante posterior y precedente al comienzo de ejecución

que la tentativa se inicia con el comienzo de ejecución de la conducta calificante precedente. Así, por ejemplo, hay tentativa de robo cuando se comienza a hacer fuerza sobre las cosas para entrar al lugar a robar; hay tentativa de hurto con escalamiento cuando comienza la ejecución del escalamiento. Sin embargo, también se ha sostenido que cuando la conducta calificante precede al tipo básico, no habrá tentativa hasta que no comience la ejecución de este último, con el argumento de que la tentativa no presupone el comienzo de ejecución de la conducta calificante, sino de la totalidad del injusto.

**Tentativa en los
llamados delitos
de pura actividad**

Respecto de los llamados delitos de *pura actividad*, cabe insistir 2 en que admiten tentativa y que ésta sólo es inadmisibles para quienes sostienen la teoría formal objetiva. Vale recordar que éstos no son delitos donde no hay resultado, sino que se trata de tipos en que la mutación del mundo no está determinada en la ley (ver § 126.2). Lo mismo cabe predicar respecto de los denominados falsos tipos de actividad (ver § 126.4), pues con toda razón se ha observado que no es necesario que la finalidad de un acceso carnal violento se traduzca en el contacto externo de los órganos sexuales, sino que concurrendo el propósito de violación, resultan suficientes otros datos significativos de la ejecución de esa finalidad, por ejemplo derribar a la víctima y colocarse en una posición para ese fin.

**Tentativa con
autoría mediata**

En la autoría mediata, hay tentativa cuando se determina al 3 sujeto interpuesto para que cometa el hecho (comienzo de ejecución), y no cuando se determina a otro que actúa en forma meramente inculpaable: habrá tentativa de homicidio cuando el autor coloca balas verdaderas en el arma que utilizará el bromista o el actor, y tentativa de hurto cuando se amenaza de muerte a otro para que lo cometa. En lugar, es por regla tentativa de instigación atípica –es decir, acto preparatorio– el discurso que se le dirige al psicótico para convencerlo de que su vecino lo persigue.

**Tentativa en tipos
que exigen
habitualidad**

Se ha sostenido que los delitos que exigen habitualidad no 4 admiten la tentativa, lo cual sólo es correcto desde la perspectiva de considerar que esos tipos demandan una pluralidad de acciones. La solución no puede sostenerse si se entiende que la habitualidad es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo y la repetición de acciones forma parte de la misma tipicidad. Desde esta última perspectiva puede decirse que el tipo que exige habitualidad demanda una acción acompañada de la intención de su repetición habitual, de modo que mientras ese elemento subjetivo acompañe a la tentativa, ésta será típica. Así, es tentati-

va de usura calificada la que realiza quien está concertando el otorgamiento de un primer crédito usurario en el marco de la flamante empresa dedicada a ello.

§ 261. Culpabilidad y tentativa

1 La culpabilidad, como todos los límites y filtros del delito, debe acompañar a la acción desde el comienzo de ejecución y mantenerse hasta la consumación. Cualquier etapa del desarrollo del delito, que no presuponga una culpabilidad coetánea, no puede ser reprochada al autor. Desde el momento en que tiene lugar el primer acto de ejecución hasta que se consuma el hecho, media un intervalo que bien puede ser total o parcialmente cubierto por la culpabilidad: puede suceder que a quien no se le pueda reprochar el comienzo de la ejecución, continúe su acción y la consume cuando cesaron las circunstancias que fundaban esa inculpabilidad. En ese caso la conducta será delictiva sólo a partir de la etapa de desarrollo que al sujeto le es reprochable. Así, por ejemplo, quien en estado de embriaguez total rompe una puerta para entra a robar y una vez dentro de la casa se queda dormido y cuando despierta, carga las cosas y se las lleva, es responsable de hurto (quizá calamitoso) pero no de robo.

**Toda etapa
no culpable
no puede
reprocharse**

2 También es posible que quien comienza una ejecución con un injusto reprochable, lo continúe hasta su consumación en circunstancias que no hacen censurable la conducta. Sólo es punible como tentativa la conducta de quien después de comenzar un robo, rompiendo la puerta y penetrando en el recinto donde está la cosa, se intoxica con los gases que hay en el lugar y sufre una perturbación grave de la consciencia mientras toma la cosa y se la lleva.

**Inculpabilidad
sobreviniente**

3 Si se piensa que la tipicidad acompaña el desarrollo del delito a través de sus distintas etapas y a ello se le agrega que la tipicidad de la etapa posterior aparta la de la etapa anterior, pareciera una contradicción sostener que ésta última pueda *resurgir* como típica (la dialéctica la habría vuelto irreal) cuando no sea culpable o no sea punible la etapa posterior. Debe aclararse que en el caso justamente se aparta la tipicidad de la etapa precedente en fun-

**Opera el principio
de subsidiariedad**

ción del principio de subsidiariedad y no del principio de consunción ni de especialidad (ver § 268.3). Subsidiario es lo que puede sustituir a lo principal, de modo que mientras lo principal esté operando, lo subsidiario queda relegado o interferido (así por ej. la tipicidad de la tentativa es subsidiaria del hecho consumado). Por eso cuando la tipicidad posterior resulta punible, la anterior se mantiene interferida, pero cuando la tipicidad posterior desaparece o se hace no punible por cualquier circunstancia, la tipicidad anterior la subsidia o reemplaza.

La interferencia y su supresión

Cualquiera sea la circunstancia por la que desaparezca la punibilidad de la etapa posterior, ésta hará desaparecer el obstáculo que interfiere la operatividad de la etapa anterior y, por consiguiente, surgirá con toda su magnitud y en acto. Esto sucede también cuando la etapa posterior sea atípica (v. gr. comienzo de ejecución de una usurpación en la que antes de consumarse el autor hereda la propiedad, ignorando esta circunstancia). Lo propio sucederá si la etapa posterior resulta justificada (el comienzo de ejecución de un homicidio se convierte en justificación, por legítima defensa), es decir habrá sólo tentativa. Análoga será la situación cuando la etapa posterior sea inculpable y también cuando sea meramente no punible por operar una causa que impide la pena.

§ 262. Tentativas aparentes y delito imposible

La inadecuación de la acción reconoce grados

Siempre que un delito queda en grado de tentativa es porque la acción ejecutiva no fue la adecuada (idónea) para consumarlo. Esto plantea otro problema de tipicidad objetiva: si bien hubo actos ejecutivos, no puede decirse que cualquier acción dirigida al resultado sea típica de tentativa, pues a veces la inadecuación puede ser totalmente disparatada. Esto obliga a distinguir grados de idoneidad (o de inidoneidad) de las conductas de tentativa. Cuando la acción es un dislate no hay peligro para el bien jurídico y, por otro lado, el estado no puede caer en el absurdo o en el ridículo y habilitar poder punitivo porque alguien clava alfileres en un muñeco o en una fotografía.

Tentativa inidónea no es igual a delito imposible

Reina a este respecto una considerable arbitrariedad terminológica. Por lo general se identifica la llamada *tentativa inidónea* con el *delito imposible* del último párrafo del art. 44 del CP. Esta interpretación obliga a considerar inconstitucional ese párrafo, pues viola el art. 19 constitucional, porque pretendería conside-

rar típicas, acciones que no ponen en peligro el bien jurídico. Siguiendo la regla de que la inconstitucionalidad es un recurso extremo, debe indagarse si no existe una interpretación del texto del último párrafo del art. 44 que permita su entendimiento en forma compatible con los principios constitucionales.

- 3** Un análisis más preciso de la cuestión nos permitiría distinguir tres niveles o situaciones diferentes de inidoneidad de la acción para consumar el delito, que dan lugar respectivamente a la tentativa aparente, al delito imposible y a la tentativa común:

**Tentativa
aparente, delito
imposible
y tentativa
común**

(a) una ausencia de tipicidad objetiva sistemática, que sólo daría lugar a una apariencia de tentativa, que llamamos *tentativa aparente*;

(b) una acción que, *ex ante*, observada por cualquier tercero, es idónea y peligrosa, pero *ex post* se verifica una imposibilidad total y absoluta de consumación del delito, que sería el *delito imposible* del último párrafo del art. 44 CP; y

(c) por último, cuando el medio *ex ante* fue idóneo y hubo peligro, y *ex post* no se comprueba ninguna imposibilidad absoluta de consumarlo, existe la tentativa cuya punición se rige por los tres primeros párrafos del art. 44.

- 4** Se trata de casos en que *ab initio* faltan elementos del tipo objetivo, como puede ser la vida humana en el homicidio, la cosa ajena en el hurto, o cuando faltaba la mujer ajena en el antiguo y desprestigiado tipo de adulterio (la mujer era propia, como en el cuento de Bocaccio), la calidad en el sujeto activo (el agente se cree funcionario público), la del otro en la participación necesaria (quiere sobornar a quien no es testigo), la del sujeto pasivo (inscribe como hijo propio al que es propio y cree ajeno). En estos supuestos la tentativa es incuestionablemente aparente, porque los elementos del tipo objetivo sólo existen en la imaginación del autor.

**Tentativa
aparente por
ausencia de tipo**

- 5** En el delito llamado putativo o imaginario, el agente cree que lo que hace está prohibido por la ley, es un error de prohibición al revés, y en el caso de tentativa aparente por ausencia de tipo, existe un error de tipo al revés, pues los elementos del tipo objetivo sólo existen en su imaginación. Hay una tendencia alemana a considerar punibles como tentativas inidóneas los casos de ausencia de tipo, en base a una concepción radicalmente subjetivista. Esta tesis es insostenible en nuestro derecho positivo (en función

**Es un supuesto
análogo al del
delito imaginario**

del art. 19 CN) y, además, desarrollada con coherencia, lleva al absurdo: todo enfermo alucinado estaría cometiendo injustos inculpables por vía de tentativas inidóneas; el médico que suministrase pastillas o aplicase inyecciones abortivas a un travestista sería autor de tentativa inidónea de aborto. Algo análogo sucede con la llamada *inidoneidad del autor* (suposición errónea de deberes especiales), puesto que si un sujeto comienza a ejecutar lo que cree que es delito, pero que no lo es porque el tipo requiere cierta calidad en el autor que él cree falsamente que posee, no está comenzando la ejecución de ningún delito; luego, no representa comienzo de tentativa la omisión de auxilio de quien se cree padre del necesitado, lo que se considera tentativa en la doctrina alemana. En síntesis, cualquier interpretación que admita que la tentativa puede abarcar una carencia de tipo por ausencia de un requerimiento sistemático significará subsumir como tentativa *un hecho que no es comienzo de ejecución*, lo que resultaría inconstitucional tanto por violar el *principio de legalidad* (la tentativa es el comienzo de ejecución de un delito y no de lo que no puede serlo) como el de *lesividad* (esa construcción abarcaría conductas que no ponen en peligro ningún bien jurídico).

**Tentativa
aparente por
falta de medio**

Toda tentativa se lleva a cabo conforme a un plan concreto **6** que implica el empleo de un medio concreto. Cuando el agente cree poner en práctica su plan por aplicación del medio y éste en la realidad no existe, tampoco existe ningún comienzo de ejecución o, mejor dicho, no hay un comienzo de ejecución conforme al plan trazado, por lo cual la tentativa también es meramente aparente. Se trata de los casos de *tentativas aparentes por falta del medio*. El alucinado que cree atacar a su enemigo con una ametralladora y tiene una escoba en la mano; el que en estado emocional quiere matar con un revólver sin tambor; el que pretende arrollar a alguien con un automóvil sin motor; el que cree poner veneno en la comida y pone sal; el que quiere dejar una bomba de tiempo y sólo coloca un despertador; el que quiere blandir una espada o un cuchillo y no percibe que perdió la hoja.

**No hay comienzo
de ejecución**

En todos estos casos el agente no comienza a ejecutar nada **7** porque en realidad hace algo completamente diferente de lo planeado: una pantomima con una escoba, la exhibición de un pedazo de revólver, sentarse en una carrocería que no se mueve, sazonar la comida, desprenderse de un despertador, mostrar una empuñadura o un mango. La atipicidad obedece a que el medio em-

pleado realmente no es el que había escogido: una escoba no es una ametralladora, un revólver sin tambor dejó de ser un arma de fuego, la sal no es veneno, un despertador no es una bomba, una carrocería no es un automotor, una empuñadura no es una espada, un mango no es un puñal. El sujeto quiere comenzar la ejecución, pero no lo hace, porque sólo tiene la ilusión de estar empleando el medio elegido según su particular *cómo*. No puede considerarse que haya un comienzo de ejecución, porque nadie puede pretender que otro comienza a matar con un medio capaz de causar grandes estragos, cuando deja un despertador junto a una puerta.

- 8 Se da también la atipicidad en el supuesto inverso al anterior, o sea, cuando en la realidad existe el medio que el autor eligió conforme a su plan concreto, pero es absurdamente incapaz de producir el resultado lesivo. Tampoco hay un comienzo de ejecución, porque nadie comienza a matar a una persona agujereando con alfileres una fotografía ni un muñeco, cometiendo la crueldad de matar a un inofensivo sapo, encerrando una cruz en una botella y arrojándola al mar, etcétera. Son los supuestos de tentativas superstitiosas o de gravísimos errores sobre la causalidad real (tentativas irreales), en que el medio *ex ante* carece en absoluto de cualquier idoneidad para consumar el hecho (*atipicidad por falta de medio idóneo*). Falta la tipicidad objetiva, porque tampoco el agente está comenzando la ejecución de algún delito, dado que eligió un *un medio absolutamente inadecuado para producir el resultado*. En el viejo *derecho penal de voluntad*, de raigambre claramente autoritaria, en que lo único relevante era la voluntad contraria a la norma, estas tentativas aparentes eran punibles.

Tentativa aparente por falta del medio idóneo

- 9 La doctrina nacional se desconcertó ante la novedad legislativa del último párrafo del art. 44 CP, que no tiene antecedentes nacionales, y por ello consideró que comprendía los casos de tentativa aparente. Se llegó a sostener que el fundamento de la punición sólo se hallaba en la peligrosidad del agente, lo que es clarísimamente violatorio del principio de ofensividad (ver § 32). Dado que esto no lo impone la ley, sino que es una interpretación doctrinaria, puede ser dejado de lado y partir de la premisa de que el último párrafo del art. 42 del CP debe interpretarse, al igual que toda la restante ley penal, de conformidad con el art. 19 CN.

El desconcierto de la doctrina nacional

El delito imposible

El art. 19 constitucional impone como condición elemental **10** para la habilitación del ejercicio del poder punitivo, que *ex ante* el medio haya sido idóneo y, por ende, haya existido peligro y verdadero comienzo de ejecución. Partiendo de estos requisitos constitucionales, sin los cuales no puede haber conflicto y, en consecuencia, tampoco tipicidad, debe concluirse que el último párrafo del art. 44 trata de casos en los cuales, pese a que *ex ante* el medio haya sido idóneo y el observador tercero pueda haber creído que existía un peligro para el bien jurídico, *el delito haya sido imposible, o sea, la consumación o perfeccionamiento del delito haya sido imposible*. Se deduce de ello que el último párrafo del art. 44 impone una distinción *ex post*, referida al grado de probabilidad de lesión al bien jurídico, en consonancia con *la extensión del daño y del peligro causados* a que se refiere en el art. 41.

El delito imposible y el art. 41 CP

El código indica que existe un *injusto de menor entidad en la tentativa* cuando –pese al peligro *ex ante*– *ex post* se verifica que la consumación del delito era imposible. Esta distinción se vincula al art. 41 del CP que, al referirse a la extensión del daño y del peligro causados, se está refiriendo a un peligro que no sólo es juzgado *ex ante*, sino también *ex post* (pues de lo contrario no sería *causado*). Considerando, pues, que la fórmula del delito imposible es una tentativa atenuada o privilegiada por el nulo peligro *ex post* o *peligro causado*, puede considerarse que no hubo posibilidad alguna de consumir el delito cuando el medio se usó de modo absurdamente inadecuado, tenía un defecto muy grave, el objeto se volvió invulnerable por un accidente o por una neutralización previa del peligro. **11**

Casos de delitos imposibles

(a) La consumación es imposible por la forma muy inadecuada en que se usó el medio, cuando alguien pretende cometer un delito electrónico sin saber operar una computadora. (b) Por un grave defecto del medio empleado, sería el caso del arma inidónea para disparar y con las balas húmedas. (c) Por un accidente del objeto el delito es de imposible consumación cuando, la cosa que se quería hurtar se cambió a una caja de seguridad inexpugnable con los medios que tenía el agente. (d) Por una previa neutralización del peligro, como es el caso de los delitos experimentales con control policial o, simplemente, cuando la trama había sido descubierta y, sin que el agente lo supiese, se hubieran tomado las medidas para impedir su consumación. **12**

§ 263. La naturaleza y condiciones del desistimiento voluntario

1 Según el art. 42 CP, incurre en tentativa *el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad*. Por ende, cuando no lo consuma por su propia voluntad, queda excluido de la fórmula ampliatoria de la tipicidad y, lógicamente, su conducta será atípica. En consonancia con esto, el art. 43 establece que *el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito*. El desarrollo dialéctico del *iter criminis* –que hace que la consumación niegue la tentativa y se presente frente a ella como hecho diferente–, también hace que el desistimiento voluntario, como hecho posterior al comienzo de ejecución, aparezca como negación de la tipicidad precedente.

La tentativa desistida no es tentativa

2 Se objeta que el desistimiento no puede borrar una tipicidad que ya existía. Esta objeción se debe a que no se percibe que el acto de desistimiento voluntario es una modificación del hecho, pues la revocación cancela el peligro de lesión que ocurre porque el plan en una etapa posterior sufre una evolución dialéctica extrema: el autor decide anular voluntariamente una tipicidad iniciada. El pensamiento que objeta la atipicidad parte de la equiparación del dolo del delito consumado con el del delito tentado, no observando que es un dolo que se interrumpe por sí mismo. En la dialéctica del *iter criminis*, siempre la etapa posterior cancela a la anterior, y cuando lo posterior es un desistimiento, la cancelación se traduce en atipicidad de la anterior e inexistencia de la posterior.

El razonamiento que ignora la perspectiva dialéctica

3 Quienes objetan la atipicidad de la tentativa desistida, se ven obligados a explicar la impunidad dentro o fuera de la teoría del delito.

El desistimiento como cuestión de culpabilidad y de punibilidad

(a) Los que la explican dentro, lo hacen sosteniendo que desaparece la culpabilidad. En las teorías funcionalistas del delito, en que la culpabilidad se construye deduciéndola de los fines preventivos de la pena, la punición de la tentativa desistida no tendría sentido, porque el fin preventivo habría sido alcanzado sin necesidad de ejercer el poder punitivo.

(b) Quienes la explican fuera de la teoría del delito, consideran que se trata de una causa personal de cancelación de la puni-

bilidad. La más grave consecuencia de esta tesis es que los partícipes de un hecho desistido por el autor, es decir de un plan que fue revocado y por ende no peligroso, no pueden beneficiarse de la decisión del mismo, con la consecuencia que resultarían penados por un aporte a un curso de acción cuyo peligro fue cancelado por el desistimiento. La única razón para la pena del partícipe vendría dada por una decisión de quebrantar la norma, pauta insuficiente para el derecho argentino por disposición de la reserva constitucional (principio de lesividad).

**Teorías
preventivistas
y concepción
premio**

Ambas posiciones contrarias a la atipicidad de la tentativa **4** desistida responden a teorías preventivistas de la pena y, por ende, asignan al desistimiento una naturaleza premial: se ha entendido que la impunidad constituye un estímulo permanente que mantiene la ley hacia el autor para que desista, tendiéndole un *punto de oro*, tesis que se remonta a Feuerbach. Por esta razón se ha pensado que el fundamento se hallaría más bien en una gracia concedida al autor con carácter de premio por su desistimiento, considerando que si la voluntad consumativa es una carga, su renuncia merece un premio.

**El desistimiento
cesa cuando
existe una
imposibilidad real
de consumación**

La tentativa de delito puede desistirse mientras objetivamente **5** no exista para el autor una imposibilidad de consumación. Cuando la consumación se ha vuelto imposible, el desistimiento no es voluntario. En consecuencia, cuando el agente se representa un fracaso inexistente no puede negarse la posibilidad del desistimiento, pues –cualquiera sea su motivación– el autor renuncia voluntariamente a continuar con el hecho. Si la ley no exige una motivación especial, *nada autoriza a considerar no voluntario lo que es voluntario*. Así, quien abandona la conducta de apoderamiento porque cree erróneamente que la billetera no tiene dinero, desiste si antes de adquirir la disponibilidad de la billetera la pone nuevamente en su lugar (tentativa inacabada). Igualmente desistirá el autor que desactiva la bomba por creer falsamente que no estallará por un desperfecto (tentativa acabada). Pretender retacear la posibilidad de desistir cuando el autor cree erróneamente fracasada la tentativa, importa condicionar la voluntad para el desistimiento a una motivación que la ley no exige y que la doctrina deduce de la pretendida naturaleza premial. Si se niega la posibilidad de desistir a quien abandona el hecho porque creyó equivocadamente que la víctima de la estafa advirtió la maniobra cuando en realidad estaba por entregar el dinero, se condiciona la

voluntariedad a motivaciones morales o éticas que –en último caso– pueden calificar la conducta, pero nunca cancelar su voluntariedad.

- 6 Son revocaciones voluntarias las que no son impuestas por la voluntad de un tercero o por la autoridad o por la ineficacia (objetiva) del plan verificada *ex post*. Por ello no desiste voluntariamente quien llega hasta la bóveda del banco pero fracasa en hallar la combinación, o porque suena una alarma o interviene un guardia. Pero si cualquiera de estas circunstancias fuese sólo imaginada por el agente, motivándolo a abandonar el hecho, lo hará atípicamente, pues sólo en su imaginación están los motivos de la revocación de la tipicidad. Lo contrario llevaría a exigir –en contra de la ley– una revocación del hecho donde la voluntariedad sea a la vez un síntoma de pureza en las motivaciones, es decir, que la voluntad sea expresiva de un valor de acción (ético) como calidad moral del impulso a desistir.

Voluntariedad

- 7 El desistimiento voluntario puede estar fundado en un puro temor a la pena, en un cálculo especulativo (porque cambió de interés aun cuando sea éste también delictivo), o en un imprevisto que se adopte como una mala señal, por ejemplo si se le rompe una ganzúa o si se le atraviesa un gato negro, desistiendo aun cuando el medio sea igualmente idóneo para abrir la puerta. En síntesis, *el presupuesto del desistimiento dependerá siempre de la inexistencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación de la voluntad, ni los errores que la pudieran condicionar mientras el desistimiento como hecho pueda ser imputado como obra perteneciente al autor.*

No es relevante la motivación

- 8 *La imputación del desistimiento como hecho voluntario del agente tiene lugar cuando no está fundado en la operatividad de una acción especial de cualquier parte del sistema punitivo, ni está coaccionado por un tercero.* Se reputa por *sistema punitivo* a todo el complejo administrativo de criminalización secundaria, del que participan los agentes de seguridad y funcionarios públicos, pero también lo son el sujeto pasivo, los particulares, los aparatos de defensa o mecánicos que puedan servir para delatar la ejecución o interrumpirla. Por *acción especial*, se entiende una determinada relación del accionar del sistema con la conducta de tentativa, en el sentido de que no basta para descartar la voluntariedad del

No debe fundarse en una acción especial del sistema punitivo

desistimiento la mera representación de la amenaza de pena o el temor genérico a ser descubierto.

Los problemas de la etización

La llamada *etización del desistimiento* ha llevado a planteos realmente preocupantes: se ha sostenido que debe ser producto de un acto de valoración, llegándose a afirmar que sólo era válido cuando era autónomo, casi como una decisión de conciencia del agente. Siguiendo este camino se postula que el desistimiento es voluntario cuando no es razonable para la lógica del delincuente, siendo involuntario cuando es aceptado por la forma propia de razonar del delincuente; según esto se afirma que no es voluntario el desistimiento de quien deja a su víctima porque ve avanzar a otra más rica (Roxin). Otros afirman que no puede reconocerse su eficacia cuando responde a motivos contrarios al derecho (Bockelmann). De este modo concluye que quien abandona el botín por considerarlo insignificante, da pruebas de ser un ladrón peor, con lo que justifica la negación de la voluntariedad del desistimiento. Estas tesis se acercan a los tipos de autor por vía de una exigencia ética en los motivos, que la ley no reclama.

Tentativas acabadas e inacabadas

El art. 43 CP no distingue entre tentativa *inacabada* y *acabada*, regulando todas en una única referencia a la tentativa, aunque sin embargo sea necesario establecer una diferencia por las consecuencias en materia de desistimiento en una y otra hipótesis. La previsión del artículo de referencia abarca para el desistimiento todos los casos donde el autor no consuma el delito, pero dentro de ellos corresponde distinguir el *supuesto en que se interrumpe la acción ejecutiva (tentativa inacabada)* de aquél en el cual *se realiza toda la acción ejecutiva sin que sea necesaria ninguna posterior intervención del autor para consumir el resultado (tentativa acabada)*.

Desistimiento en la tentativa inacabada

La determinación de la naturaleza acabada o inacabada de la tentativa se realiza siempre apelando al plan concreto del autor (consideración objetivo-individual), toda vez que sin esa información no es posible establecer cuándo debe tenerse por realizada la totalidad de la conducta necesaria para la consumación. En la tentativa inacabada es imprescindible que el desistimiento que interrumpe la acción ejecutiva impida la consumación del delito, o que sólo se consume por una desviación esencial del curso causal respecto de lo imaginado por el autor, de naturaleza tal que impida atribuirle el resultado. Debe quedar claro que no hay aban-

dono cuando el autor ha perdido sus alternativas de conducta, pues si la víctima sale definitivamente del alcance del rifle, el autor no desiste del homicidio, sino que simplemente no puede consumarlo.

- 12** El caso varía completamente cuando se trata de una tentativa acabada, en que ya se ha realizado todo y la consumación depende de la no intervención futura de parte del autor. En tal caso se requiere que el desistimiento se manifieste en la forma de una actividad, porque sólo se puede revocar mediante acciones de evitación, como si lo que resta para la consumación estuviese gobernado por una estructura típica omisiva, dado que si el autor realizó todo lo necesario para que el resultado se produzca, su inactividad no indica un desistimiento sino todo lo contrario, es decir que expresa la existencia de su voluntad realizadora. Es claro que quien envía una bomba por correo no desiste de la tentativa con sólo declararlo y abstenerse de ulterior actividad, aun cuando el mecanismo haya fallado. En lugar desiste quien da aviso a la policía después del envío, el que lleva al envenenado al hospital en tiempo oportuno para que lo salven, o quien le aplica el antidoto adecuado.

**Desistimiento
en la tentativa
acabada**

- 13** Si el resultado igualmente sobreviene habrá que considerar si el curso de acción con fin de evitación era seguro *ex ante* (evitabilidad segura), toda vez que, de no ser así, éste no podrá serle imputado al autor: el que con dolo homicida lesiona levemente al autor, desiste de este delito aunque la víctima muera en el hospital por un fallo médico o porque rechaza el auxilio. Debe entenderse que hay desistimiento cuando la víctima evita intencionalmente el efecto interruptivo del desistimiento (desiste voluntariamente quien, luego de colocar un artefacto explosivo, da aviso a la policía y la acompaña al lugar para indicar la forma de desactivarlo, pero el artefacto estalla por una imprudencia grave de los mismos funcionarios o por un accidente). No importa que el autor haya evitado el resultado mediante el auxilio de un tercero, pues, no es necesario que la acción segura de salvamento deba realizarla personalmente, pudiendo valerse de un tercero, como puede ser el médico, el policía o el propio sujeto pasivo.

**El curso de la
acción de
desistimiento**

- 14** Debe tenerse en cuenta, además, que no siempre el descubrimiento del hecho por parte del sujeto pasivo o de la policía de seguridad impide el desistimiento de la tentativa acabada. Al igual

**El descubrimiento
del hecho no
siempre impide
el desistimiento**

que en la tentativa inacabada, lo decisivo es el carácter voluntario de ese desistimiento, lo cual será discutible en caso de haberse descubierto el plan, lo que impone decidir según que las circunstancias objetivas permitan un curso salvador a cargo del autor y siempre que no sea coaccionado para ello. Así, cuando se ata a una persona un artefacto explosivo que no puede quitarse sin estallar, salvo mediante un mecanismo electrónico activado sólo por el autor; si bien el hecho es conocido por el sujeto pasivo y por la policía, la intervención no coaccionada del autor que desactiva el mecanismo debe ser considerada como un desistimiento relevante.

**Desistimiento
en la tentativa
calificada**

Se llama *tentativa calificada a la que tiene lugar abarcando simultáneamente la consumación de otro delito, cuya tipicidad interfiere por progresión* (el que dispara sobre otro para matarlo, pero sólo lo hiere; la tipicidad de lesiones queda interferida por la tipicidad de la tentativa de homicidio). En estos casos, el desistimiento voluntario elimina la tipicidad de la tentativa, pero, desaparecida ésta, deja de estar interferida la tipicidad del delito consumado en el curso de la tentativa y, por ende, el agente debe responder por ese delito (queda atípica la tentativa de homicidio, pero el agente responde por las lesiones). Sólo cuando lo que quede subsistente sea un delito de peligro como figura que anticipa una lesión, éste queda impune, pues faltará el requerimiento de lesividad impuesto por la tipicidad conglobante, que habrá quedado consumido por la tentativa desistida, porque entre la tipicidad de la tentativa y la del delito de peligro anticipatorio no media una relación de subsidiariedad, sino de consunción. Así, quien desista de una falsificación también dejará atípica la tenencia de instrumentos claramente destinados a falsificar.

§ 264. El desistimiento y la concurrencia de personas

**Efectos del
desistimiento
del autor**

Considerando que el desistimiento es una causa de atipicidad 1 de la tentativa, el desistimiento voluntario del autor, en razón del principio de accesoriedad limitada de la participación, deja atípicas las conductas de los partícipes.

- 2 Se requieren algunas precisiones cuando el que desiste es el partícipe. En principio, en el código argentino es atípica la tentativa de participación, de modo que no tiene a su respecto sentido alguno plantear el problema del desistimiento. Para que haya participación, ésta debe haberse hecho efectiva, es decir debe haberse consumado. La única participación que puede desistirse es la contribución a la tentativa del autor. No cabe considerar que la participación no puede desistirse en razón de que ésta no tiene *consumación propia* por ser accesoria del hecho principal, porque lo que interesa es que se retire oportunamente el aporte al hecho antes de la consumación. Por consiguiente, el partícipe puede desistir de su aporte accesorio al injusto del autor, siempre que no se haya consumado. No obstante, de esto surgirá que *el desistimiento de la participación deberá tener generalmente gran analogía con el desistimiento de la tentativa acabada*, puesto que se tratará de desistir de un aporte del cual ya se ha realizado la totalidad de la conducta.

Es atípica la tentativa de participación

- 3 Esto será inevitable tratándose del *desistimiento de la instigación*. El instigador sólo puede desistir mientras el autor no haya consumado el delito, y siempre que su desistimiento tome la forma de una intervención activa para impedir el resultado, sea que logre o no la interrupción de la actividad ejecutiva del autor mientras se trate de un curso salvador seguro, o que logre o no evitar el resultado cuando la tentativa del autor sea acabada, siendo también indispensable –por parte del instigador– un curso de acción con la misma seguridad.

Desistimiento de la instigación

- 4 Algo diferente puede suceder con la *complicidad* e incluso en el caso del llamado *cómplice primario*, que es el cómplice que, por efecto de una limitación al principio del dominio del hecho, no puede ser considerado coautor. Frecuentemente la intervención del cómplice primario puede seguir en el tiempo y llegar a ser una intervención activa en el momento mismo de la consumación. En este caso, basta con que aquél retire su aporte, puesto que con ello desbarata el plan concreto del autor. Así, quien ejerce la violencia sobre la víctima para que otro la viole, puede desistir con sólo retirar la fuerza antes de que el otro haya consumado el delito. Ello obedece a que en este caso la participación no está acabada. En los restantes casos en que se limita el dominio del hecho, pero la participación está acabada, rigen los principios generales conforme a los cuales el desistimiento sólo puede tener

Desistimiento de la complicidad necesaria

lugar mediante la evitación del resultado. En cualquier caso, si el autor consumase el delito conforme a un plan distinto de aquél donde hubiese tomado parte el partícipe que desiste, debe considerarse que evitó la consumación, porque ésta no se habrá producido conforme al plan original, que es lo determinante.

Desistimiento de la complicidad común

En el caso del cómplice común o no necesario, para desistir le 5
basta con retirar su aporte, sin necesidad de impedir el resultado o desbaratar el plan. La situación no se altera cuando se trata de un aporte psíquico al hecho, pero tratándose de la promesa de una ayuda posterior al mismo, el cómplice que omite el cumplimiento de su promesa no desiste, sino que queda impune por expresa disposición legal.

Desistimiento del coautor

En el caso de los coautores, valen las mismas reglas que para 6
los autores, debiendo aclararse también a su respecto que es necesario de su parte un curso de acción seguro tendiente a la evitación del resultado, aunque si el delito se consumase en forma distinta de la planeada, debe entenderse que el desistimiento es igualmente relevante porque habrá hecho fracasar el emprendimiento conforme a cuyo plan concreto tenía el dominio del hecho.

§ 265. Tentativa en la estructura típica omisiva

Las mismas dificultades de los tipos activos

La tentativa es posible tanto en los propios como en los im- 1
propios delitos de omisión. Por supuesto que, respecto de estos últimos, sólo en los casos en que se hallen tipificados, pues de lo contrario se incurriría en una construcción analógica. En la tipicidad omisiva se reiteran las dificultades de la tipicidad activa para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, aunque con modalidades diferentes.

Límites temporales en la tipicidad omisiva

Como hay un momento en que comienza el deber de actuar y 2
otro en que éste se ha violado en forma segura, por ser el último donde es posible la intervención que evitaría el resultado, se ha sostenido que todo este período está abarcado por la tentativa. Los únicos obligados a la evitación de un peligro o una lesión al bien jurídico son quienes se encuentran en la situación típica prevista en la ley. Así, sólo las personas que están obligadas a

cuidar o mantener al niño pueden resultar autoras de un abandono con dolo homicida (art. 106, párrafo 3°); sólo quien encuentra a una persona herida o amenazada puede cometer omisión de auxilio (art. 108). Formulada esta aclaración, el deber de actuar para el autor se inicia cuando se encuentra en la situación típica (el juez frente al detenido que debe dejar en libertad; el funcionario policial ante el sospechoso que está siendo torturado), pues es la situación concreta la que define el comienzo del peligro para los bienes jurídicos de que se trate, de modo que mientras no exista peligro de lesión no habrá situación típica ni autor a quien le incumba el deber de actuar.

3 En este sentido, es correcta la tesis que sostiene que ya existe tentativa con el primer hacer distinto al debido, precisamente porque el sujeto debe actuar en razón de que hay peligro de lesión para la vida, la libertad, etc. Esta limitación impide el adelantamiento a incumplimientos anteriores que son irrelevantes en cuanto al riesgo. Por aplicación de este criterio, el guardia que encuentra a un ebrio tendido sobre las vías del ferrocarril y decide moverlo más tarde, porque cuenta con toda la noche dado que el próximo tren pasará a la mañana del día siguiente, no es autor de tentativa de abandono. Es obvio que la situación típica aparece sólo cuando se aproxima el horario del tren, como también que recién en ese momento el guardia tiene el deber de actuar en función de hallarse en una posición de garante que impone el mismo tipo penal (art. 106, 3^{er} párrafo).

**No hay tentativa
sin peligro**

4 En la estructura típica omisiva de lesión, la tentativa puede resultar tanto acabada como inacabada, con la consiguiente posibilidad de desistimiento de la no evitación según las mismas reglas que rigen para los delitos de actividad, sin que se requiera la evitación exitosa de la lesión, sino sólo el empleo óptimo (seguro) de un esfuerzo por revocar, lo que puede ocurrir hasta el instante en que la tentativa no esté objetivamente fracasada.

**Tentativa acabada
e inacabada
en la omisión**

5 El deber de evitar surge con el inicio del peligro, lo que sólo puede ocurrir en la situación típica: no hay situación típica sin peligro, aunque el autor crea lo contrario. No sería razonable sostener que todas las aeronaves en vuelo o que todos los lactantes estén en peligro, sino que el peligro lo introduce el piloto que abandona su puesto o la madre que abandona alimentariamente al niño. Así es que, tratándose de una actividad compleja y que re-

**La situación
típica comienza
con el peligro**

quiere conocimientos especiales y precisión de movimientos –como puede ocurrir en el aterrizaje en un aeropuerto o en la sutura de una herida quirúrgica–, el peligro se introduce recién cuando el agente se incapacita para poder cumplir en el momento oportuno su deber de garante o cuando ya aparece lesionado con su conducta incapacitante. El jefe de una torre de control o el médico que se embriagan para provocar una catástrofe o para que el paciente muera desangrado, al comenzar a embriagarse ya están realizando actos de tentativa. Para ellos, la tentativa será acabada recién cuando logren el estado de embriaguez incapacitante, pero desde que comienzan a beber hasta que logran la incapacidad, media una tentativa inacabada.

Desistimiento

En cuanto al *desistimiento*, es perfectamente posible tanto en 6 la tentativa acabada como en la inacabada, debiendo tratarse en ambos casos de una conducta que tienda a evitar el resultado, es decir que el desistimiento opera en forma equivalente a como lo hace en la estructura activa.

Admite delito imposible pero no tentativa aparente

En cuanto a la *tentativa aparente*, cabe aclarar que es incon- 7 cebible en la omisión, pues de no existir peligro no hay situación típica alguna, porque éste forma parte de la situación constelacional en la que surge el deber de actuar. Se excluye por la imposibilidad de una tipicidad que surja antes del peligro. Por ello, la sola imaginación del mismo permanece en la esfera interna del autor y el no hacer no se traducirá en un hacer diferente del que es debido, porque no existe en esa circunstancia un hacer debido. La tipificación de la tentativa aparente en la omisión no podría ser otra cosa que la prohibición de cualquier otra conducta acompañada del ánimo de que se produzca un resultado típico. En lugar, el delito imposible es concebible, cuando *ex post* se verifique la absoluta imposibilidad de obtener el resultado por vía de la no interferencia en la causalidad.

CAPÍTULO 26

Unidad y pluralidad de delitos

§ 266. Consideración legal y unidad de acción

1 De acuerdo con un derecho penal de acto estricto cuando un sujeto comete un delito habrá lugar a la aplicación de una pena; si comete varios delitos podrán aplicársele varias penas, y ello por cuanto de mediar una conducta habrá un delito, y cuando haya varias conductas habrá varios delitos. En consecuencia, a una conducta corresponde un delito y podrá corresponder una pena, y a varias conductas varios delitos y varias penas.

¿Por qué es distinta la pena en el concurso real y en el concurso ideal?

Cuando hay un sólo movimiento		sólo puede haber una conducta
Cuando hay varios movimientos	habrá una conducta sólo	si hay un plan común (<i>factor final</i>)
		y si hay una unidad de sentido para la prohibición (<i>factor normativo</i>)

2 Ahora, si una conducta encuadra en más de un tipo penal, no por ello pasa a ser más de un delito, en tanto que cuando hay varias conductas que caen dentro del mismo o diferentes tipos penales, habrá varios delitos. Conforme a estos principios, el CP distingue claramente la solución que corresponde para los casos en que haya que penar varios delitos (varias conductas), lo que se da en llamar *concurso real* (porque concurren varios delitos en un mismo pronunciamiento judicial), y la que corresponde al caso en que una conducta (un delito) resulta típica de varios tipos penales, que se llama *concurso ideal* (porque concurren varios tipos en una misma conducta).

La solución legislativa

Para el caso de esta última hipótesis, o sea el *concurso ideal*, el CP adopta el *principio de la absorción* (cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor, art. 54), mientras que para el *concurso real* (art. 55) se aparta del denominado principio acumulativo o de suma de penas, para asumir el *principio de aspersión*: puesto que en el concurso real los que concurren son varios delitos en una misma sentencia, se forma una escala penal que parte del mínimo mayor de todas las escalas, y llega a un máximo que es el resultado de la suma de todos los máximos, pero que nunca podrá exceder los 50 años de prisión.

Las consecuencias en orden a la punibilidad serán analizadas posteriormente (ver § 291 y ss.), mientras que para la teoría del delito el problema fundamental consiste en determinar cuándo media un delito y cuándo una pluralidad de delitos. En otras palabras: lo decisivo es establecer cuándo debe valorarse lo actuado como una única conducta, y cuándo como una pluralidad de conductas.

**Las visiones
realista e
idealista**

Desde la perspectiva realista en que nos hemos colocado a lo largo de todo el planteamiento teórico, la circunstancia de que varios tipos penales le asignen a una misma conducta la calidad de varias veces prohibida, es decir, varias veces desvalorada, no tiene la eficacia de multiplicar la conducta, porque no es el tipo el que crea la conducta, sino el que simplemente revela el desvalor: el derecho no crea la conducta. **3**

Desde un punto de vista idealista la cosa es diferente, porque puede llegar a sostenerse que los tipos crean las conductas y que en el concurso ideal hay varias conductas y varios delitos. Siendo ello así, no se justifica la diferente solución de ambos supuestos. Esta solución idealista olvida que no son las calidades de un objeto las que multiplican el objeto. Con toda razón se ha dicho que un caballo blanco y de carrera no son dos caballos, sino un sólo caballo que tiene dos calidades (Mezger). Esta teoría lleva además a insostenibles consecuencias procesales, por vía del desconocimiento al principio *ne bis in idem*.

**La pluralidad
de resultados no
multiplica
los delitos**

Tampoco el criterio para establecer si hay un delito o una pluralidad de delitos puede consistir en el número de resultados, puesto que también en el concurso ideal existen multiplicidad de resultados. No obstante, un sector de la doctrina nacional se empeña en identificar el *hecho* de los arts. 54 y 55 como unidad de **4**

resultado, con base en antecedentes históricos y gramaticales. De acuerdo al punto de partida realista adoptado, sostener que un disparo de fusil que mata a dos personas da lugar a dos hechos, es partir de una tesis idealista extrema en donde el delito no sería una acción sino su tipicidad. Saber si hay un delito o varios delitos, atendiendo a la cantidad de resultados, es algo que rompe la más elemental vinculación con lo óntico: quien hace un sólo movimiento (como arrojar una granada, desviar un vehículo, cortar la cuerda que sostiene un bote lleno de naufragos) cometería un delito si causa una muerte y varios delitos si causa varias muertes. Es incomprensible que un sólo movimiento, una sola inervación muscular, pueda ser más de un delito, porque no puede ser más que una conducta. Además, no puede dejar de reconocerse que el código emplea la voz *hecho* en un sentido genérico para dejar que la doctrina y la jurisprudencia precisen qué es lo que quiere decir en cada caso, y según aparece en otros artículos del texto, se podrían deducir consecuencias totalmente contrarias a la sostenida.

§ 267. Determinación de la unidad de conducta

1 Toda vez que el art. 54 CP dice cuando “un hecho” cayere bajo más de una sanción, el problema es determinar cuándo hay un hecho y cuándo son varios. Conforme al punto de vista adoptado, un *hecho* es una conducta (una acción).

“Unidad del hecho” es “unidad de la conducta”

2 Es evidente que hay un mínimo de unidad de conducta, es decir, algo que no puede ser más que una conducta, y es la *unidad biológica o fisiológica*: un sólo movimiento, una sola inervación muscular, no puede ser sino sólo una conducta. Pero ese criterio fisiológico no puede servirnos para saber cuándo hay una conducta y cuándo varias, porque resultaría infantil creer que cada movimiento es una conducta.

¿Cuándo hay una y cuándo varias conductas?

Es evidente que hay tipos que requieren una gran pluralidad de movimientos, como la estafa por ejemplo (art. 172 CP). Si bien la unidad fisiológica (un sólo movimiento) no puede ser más que una conducta, varios movimientos también pueden serlo. Ello es consecuencia de que podemos considerar una conducta a un perio-

do más o menos largo de la vida de un sujeto o a un momento, a unos pocos movimientos o a una gran multiplicidad de movimientos. Así, se dice, "su conducta de vida fue ejemplar", o "su acción de gobierno fue positiva", y con ello se está señalando un conjunto muy grande de movimientos conforme a un sentido final. Pero también se puede señalar con un verbo una conducta compuesta de unos pocos movimientos conforme a sentido: el apoderarse, el tener acceso carnal, no necesitan muchos movimientos.

Consecuentemente, cuando hay un sólo movimiento hay una conducta: el que arroja una bomba aunque hiera o mate a varios, realiza sólo una; el que descarga un puñetazo también realiza una acción aunque lesione a dos personas.

El problema surge cuando –en la mayoría de los casos– hay varios movimientos exteriores voluntarios. Para que esos movimientos puedan ser considerados como una conducta única, requieren necesariamente que haya un plan común, es decir, una unidad de resolución. No obstante, esta unidad, el plan común, es necesario para que se considere a todos los movimientos voluntarios como *una* conducta, pero no es suficiente. Un sujeto puede resolver simultáneamente asaltar diez comercios diferentes en diez meses sucesivos y también cometer dos homicidios, sin que por ello deba considerarse todo como una conducta. El plan común constituye el *factor final* indispensable para considerar a una pluralidad de movimientos voluntarios como una conducta, pero no es suficiente. Se trata apenas de un fundamental y primario dato óptico, que tiene que complementarse con el factor jurídico.

Para que consideremos que varios movimientos son una conducta, es necesario que haya un *factor final* que les dé sentido (el plan unitario) pero también es necesario que haya un *factor normativo* (jurídico) que la convierta en una unidad de desvalor. Este factor normativo se extrae de la consideración típica por vía de interpretación. Los movimientos que siguen un plan común (*factor final*) necesitan ser abarcados por un sentido unitario a los efectos de la prohibición (*factor normativo*), que sólo puede dársele el tipo penal.

Hay unidad de conducta cuando hay un plan común en la realización de varios movimientos voluntarios (*factor final*) y además se da el *factor normativo* porque

- a) Integran una conducta típica que eventualmente puede escindirse en varios movimientos (homicidio, por ejemplo).
- b) Integran una conducta típica que necesariamente abarca varios movimientos (extorsión, estafa).
- c) Integran dos tipicidades, en que la primera contiene a la segunda como elemento subjetivo (rapto y violación).
- d) Integran dos tipicidades en que la segunda es una forma usual de agotamiento de la primera (falsificación y estafa).
- e) Constituyen la tipicidad de un delito permanente (secuestro).
- f) Constituyen una unidad simbólica en tipos que deben o pueden llenarse por medios simbólicos (instigación, injurias).
- g) Configuran un delito continuado.

Incumbe ahora averiguar cuándo los movimientos unidos por el factor final tienen un sentido unitario para la prohibición, es decir, indagar cuándo se da el *factor normativo*.

- 3 a) Hay unidad de conducta en los casos de movimientos voluntarios que responden a un plan común (*factor final*) y *que son típicos de un tipo que admite una pluralidad eventual de movimientos*. Hay conductas, como la homicida, que pueden configurarse con un sólo movimiento (arrojar una granada), pero también con una pluralidad de ellos, a veces muy complicados.

Distintos casos de consideración típica unitaria de la pluralidad de movimientos voluntarios con plan común

b) Con mucha mayor razón habrá una unidad de conducta cuando el tipo requiera expresamente la pluralidad de movimientos, como sucede en la violación propia, en que el sujeto debe violentar o intimidar y tener acceso carnal (art. 119 CP). Habrá pues, una unidad de conducta cuando se trate de *tipos de pluralidad necesaria de movimientos*.

c) Cuando la realización de otro delito aparece como elemento subjetivo del tipo del primero, esto significa que la ley desvalora una conducta subjetivamente encaminada a consumir ambos y que no pasa de la etapa preparatoria del segundo. El que mata para robar y luego consuma el robo (arts. 80 inc. 7º y 164 CP) realiza una sola conducta doblemente típica: el que toma parte en

una asociación ilícita y luego consuma uno o varios delitos (art. 210 del CP) cometerá una conducta múltiplemente desvalorada o prohibida; etcétera.

d) *Cuando el segundo tipo se cumple como una forma de agotamiento del primero*, porque si bien no se exige en el tipo la finalidad de realizar el segundo, se presume su relevante posibilidad o peligro por sí o por otro. Eso es lo que sucede en el caso de la falsificación y ulterior circulación de billetes, de la adulteración de documentos y de la estafa posterior con su utilización, de la tenencia del arma prohibida y de la consecuente utilización de ella en la comisión de un delito.

e) En el *delito permanente o continuo*, todos los actos que tienen por objeto mantener el estado consumativo presentan una unidad de conducta. Todos los movimientos realizados para mantener privado de libertad al secuestrado, son una unidad de conducta.

f) Cuando se trata de tipos que admiten o requieren el cumplimiento por un medio simbólico, todos los movimientos que tienen unidad simbólica deben ser considerados como una conducta. Así, puede instigarse mediante cualquier acto que en el contexto situacional dado, tenga un valor simbólico (una mirada, un grito, un disparo al aire, una palabra, etc.). Puede también injuriarse con un gesto o con un ademán, pero cuando la instigación se realiza mediante una conversación o un discurso, o la injuria mediante un escrito, en tanto que los mismos guarden unidad simbólica, es decir, que no sean piezas sueltas o incoherentes, por extensos que fueren, deben ser considerados como una unidad. El que escribe una novela extensa en que ridiculiza en forma injuriente a varias personas, comete una sola conducta injuriente.

g) En la omisión, la unidad de conducta se verifica cuando el agente omite evitar varios resultados contra el mismo deber de garante.

h) En la tipicidad culposa la unidad de acción tiene lugar aunque sobrevengan una multiplicidad de resultados y aun cuando todos ellos provengan de una multiplicidad de infracciones a cuidados debidos, siempre a condición de que los resultados se deriven simultáneamente.

i) La misma unidad de acción se da en la llamada realización progresiva del tipo penal, cuando en la intensificación del injusto tienen lugar distintos actos que se dan en el curso de una progresión delictiva hasta su consumación.

j) Un supuesto especial que da lugar a unidad de acción aun cuando supone reiteración de conducta, aunque sin reiteración de tipicidad, es el delito continuado.

- 4 Existen algunos tipos penales en los cuales la repetición de las conductas típicas no implica un concurso real, sino un mayor choque de la conducta típica contra el derecho, es decir, un mayor contenido de injusto de la conducta. Esto se deduce de que la interpretación de los mismos, en el sentido de que la repetición da lugar a un concurso real, lleva a resultados absurdos y a la imposición de penas aberrantes. Piénsese que quien durante seis meses sustrae una pequeña cantidad de dinero diariamente, con el propósito de apoderarse de una suma total que no puede sustraer en una única oportunidad porque sería descubierto, conforme a otro criterio interpretativo cometería ciento ochenta hurtos y, conforme a la regla del art. 55 CP podría ser penado con aplicación de la acumulación de penas. Algo análogo sucedería con quien falsifica papel moneda durante ocho horas diarias: cometería tantas falsificaciones como tandas de papel falso termine. Desde el punto de vista de la norma que da origen al tipo, no cabe duda que lo razonable es, en estos casos, sostener que se agrava el injusto y no que hay un concurso real.

**El delito
continuado**

Por supuesto que esta interpretación racional de los tipos que impide caer en el absurdo, sólo puede operar a partir del análisis de cada tipo penal y, particularmente, sólo en los casos en que la forma de afectación del bien jurídico admite grados. Cuando el contenido de injusto del hecho es único, como sucede en el homicidio, en que la afectación implica la destrucción del objeto de la relación en que el bien consiste, esta interpretación no puede hacerse y en tales supuestos necesariamente nos hallaremos ante una repetición de conductas que da lugar a un concurso real.

Nuestro CP, en su art. 63, cuando se refiere a la prescripción de la acción penal, dice que *la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse*. Suele entenderse que aquí el CP quiso referirse al delito continuado y lo

hizo con el nombre de "delito continuo". Sea cierto o no, entendemos que la continuación de la conducta surge claramente de la sola necesidad de interpretación racional de algunos tipos penales.

Dado que el delito continuado no está legalmente regulado, sino que surge jurisprudencial y doctrinariamente (justo es reconocer que en mayor medida contribuyó a él la jurisprudencia antes que la doctrina), no han faltado doctrinarios que sostuviesen que no existe porque carece de base legal de sustentación, olvidando que ésta se halla precisamente en cada tipo penal y que la racionalidad de la construcción se hace evidente cuando pensamos que no es voluntad de la ley penar al que hurta diez mil pesos en cien tandas de cien pesos con cincuenta años de prisión, y al que lo hurta de una sola vez con dos años.

Factor final

Dejando de lado las posiciones cómodas, que prefieren inclinarse por negar el problema ante la falta de una disposición expresa de la ley que lo previese, y tratando de caracterizar los elementos que requiere la continuidad de la conducta en estos casos, digamos que ante todo se requiere, como en cualquier otro supuesto, la unidad de la conducta, el *factor psicológico o factor final*, es decir, una unidad de dolo o de resolución, una resolución o *dolo unitario*: si el que hurta diariamente una pequeña cantidad de dinero no lo hace con una decisión única, como por ejemplo, apoderarse del dinero que necesita para pagar una deuda o para comprar un mueble, sino que repite la decisión diariamente porque se siente tentado en la misma circunstancia, no habrá una continuidad de la conducta, sino tantas conductas como decisiones tome. Hay autores que sostienen lo contrario y dicen que la unidad la da la culpabilidad, por la unidad de circunstancias. Creemos que ello no es cierto, porque la unidad de circunstancias a tomarse en cuenta en la culpabilidad no puede dar por resultado una unidad a los efectos del desvalor típico, que es un estrato anterior del análisis del delito. Esto debe ser dicho sin perjuicio de que en el concurso real, en unidad de circunstancias que configuran una unidad de culpabilidad no se le pueda repetir el reproche de culpabilidad al autor en cada pena que se gradúe (de allí que las reglas del concurso real para la graduación de la pena implican una acumulación pero no una suma aritmética).

Identidad de bienes jurídicos

Además del factor final o dolo unitario en el aspecto subjetivo, en lo objetivo se requiere la identidad del bien jurídico afecta-

do y la identidad del tipo en que incurre la conducta, aunque este último requisito es relativo, pues puede darse continuidad con tipos calificados y básicos: el que algunos días usa una llave falsa para apoderarse del dinero (art. 163 inc. 3° CP) y otros en que la puerta está abierta no usa la llave. La continuidad temporal y espacial no es tampoco un requisito invariable del delito continuado, pero puede ser un indicio de la continuidad. Tampoco se requiere la identidad del titular del bien jurídico, salvo en ciertos tipos. Se dice que en los tipos en que el delito continuado requiere la identidad del titular del bien jurídico se trata de bienes jurídicos “personalísimos” o “altamente personales”. Este concepto no está muy claro doctrinariamente. Por nuestra parte entendemos que la identidad del titular del bien jurídico se requiere en los casos en que el tipo implica una injerencia en la persona misma del titular y no sólo en sus derechos. Hay una continuidad de la conducta si un sujeto sigue dando golpes a la misma persona, o si quien tiene maniatada a una mujer, sin dejar de ejercer la violencia, tiene dos o más accesos carnales con ella, pero no puede hablarse de continuidad en estos casos si las víctimas son distintas. A todo ello cabe agregar una advertencia que ya formulamos: sólo es admisible la continuidad del delito cuando el bien jurídico admite ser afectado por grados.

§ 268. Los concursos ideal y real

- 1 En todos los casos en que hemos establecido que hay una unidad de conducta hay sólo un delito, pero no siempre que haya un sólo delito hay una sola tipicidad. En los casos en que con pluralidad de movimientos hay unidad de conducta porque se dan los factores final y normativo que hemos analizado, hay generalmente tipicidad de un sólo tipo penal en los supuestos a), b), e), f) y g), pero hay tipicidad plural en el c) y en el d). Sin perjuicio de esos supuestos en que la concurrencia de tipos en una conducta se opera por definición, bien puede suceder que en el supuesto f) por ejemplo, la unidad simbólica resulte pluralmente típica, como si en la novela que escribe el difamador también se violaren secretos.

**Concurso ideal
y unidad de
conducta**

Sin perjuicio de ello, conductas configuradas por una unidad fisiológica, es decir, por un sólo movimiento, también pueden ser pluralmente típicas: el que arroja una granada puede dar lugar a homicidio y daños; el que dispara sobre otro y lesiona a un tercero puede ser autor de homicidio doloso y lesiones culposas, etcétera.

Debemos tener en cuenta que lo decisivo para que haya un concurso ideal es que exista una unidad de conducta con una pluralidad de tipos, pero el concurso ideal no requiere una simultaneidad ni ella es decisiva para determinarlo. El que en el curso de un robo decide matar a la víctima sin ninguna relación con el robo, sino porque en ese momento descubrió que era un antiguo enemigo, no incurre en ningún concurso ideal, porque falta la unidad de la conducta. El concurso ideal presupone la unidad de la conducta, que viola las normas antepuestas a diferentes tipos penales. Debe tratarse de tipos penales diferentes (concurso ideal heterogéneo), porque el llamado concurso ideal homogéneo, es decir, la conducta que viola varias veces la misma norma incurriendo en el mismo tipo no tiene relevancia práctica alguna.

Concurso real y pluralidad de conductas

En el concurso real hay una pluralidad de conductas que **2** concurren en una misma sentencia judicial. De allí que también se lo denomine concurso *material*, por oposición al concurso *formal* (como suele llamarse al ideal). En el concurso ideal concurren leyes (también se lo llama *concurso de leyes*) en una conducta, en tanto que en el material concurren conductas en una sentencia; en el concurso ideal concurren leyes para calificar pluralmente un mismo delito, en tanto que en el material concurren delitos a los que debe dictarse una única sentencia y una única pena. La pena es única en ambos casos, pero la del concurso ideal se forma mediante la absorción que la mayor hace de las menores, en tanto que en el concurso material se forma mediante la acumulación de todas, con los límites que se indicarán (ver § 291 y ss.).

Para que opere el concurso ideal debe presuponerse que hay una única conducta, y para que opere el real debe haberse descartado la unidad de la conducta.

El concurso real, a diferencia del ideal, puede ser homogéneo (varios delitos típicos del mismo tipo penal) o heterogéneo (varios delitos con tipicidades diferentes).

- 3 Hay supuestos en los que parece que concurren varios tipos penales, pero que un examen más cuidadoso nos permite percatarnos que el fenómeno es aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye al otro o a los otros. Suele llamarse a estos casos "concurrencia impropia", "concurso aparente de tipos o leyes", o "unidad de ley", lo que denota que no hay concurrencia de leyes. Existen tres principios que son utilizados para descartar la aplicación de tipos penales en los casos de concurrencia aparente y que la doctrina admite pacíficamente, aunque hay autores que aumentan el número con un cuarto principio. Se trata de los principios de *especialidad*, *consunción* y *subsidiariedad*. Algunos autores agregan el principio de *alternatividad*, pero, en realidad, la *alternatividad* es la resultante de la aplicación de los anteriores.

El llamado
"concurso
aparente"

Uno de los más sensacionales desatinos que alguna vez se haya escrito en sentencias nacionales es que el concurso aparente de tipos "no está reconocido en la ley argentina", lo que equivale a afirmar un absurdo comparable con negar la existencia de la sífilis ante la ausencia de penicilina. Lo que la ley argentina no prevé son las hipótesis de concurso aparente de tipos, cosa que, si bien hacen algunas leyes extranjeras, carece de mayor importancia, porque aunque la ley nada diga, a nadie puede ocurrírsele que haya una concurrencia –como no sea meramente aparente– entre la tentativa y la consunción del delito, sin ir más lejos en los ejemplos.

- 4 a) El *principio de especialidad* responde a la antigua y conocida regla según la cual la ley especial deroga a la general. Conforme a este principio, un tipo que tiene, además de los caracteres de otro, algunos más –como acontece con los tipos calificados respecto de los tipos básicos (parricidio y homicidio simple, por ejemplo) o con tipos alterados respecto de tipos no alterados (robo y hurto, por ejemplo)– deviene especial respecto del que tiene menor número de características, al que excluye por general. También resulta desplazante –por especial– el tipo del injusto más grave, cuando el injusto menor es excluido por una cláusula especial (generalmente dice la ley "si no resultare otro delito más severamente penado"). La especialidad es un fenómeno que tiene lugar en razón de un encerramiento conceptual que un tipo hace del

Especialidad

otro y que presupone una relación de subordinación conceptual entre ellos.

Consumción

b) En función del *principio de consunción*, un tipo descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un *encerramiento material*. Es un caso de consunción el del hecho posterior que resulta consumido por el delito previo, como en el supuesto en que la retención indebida (art. 173 inc. 2º) tiene lugar respecto de la cosa obtenida mediante un ardid (estafa, art. 172): en tal supuesto la tipicidad de la estafa (art. 172) descarta la retención indebida. Otra hipótesis es la del hecho copenado o hecho típico acompañante, que es el que tiene lugar cuando un resultado eventual ya está abarcado por el desvalor que de la conducta hace otro tipo legal, como en el caso de las lesiones leves que resultan de la violencia ejercida en acciones cuya tipicidad requiere la violencia (robo, violación, etc.). Otro supuesto tiene lugar cuando una tipicidad va acompañada de un *eventual resultado que es insignificante* frente a la magnitud del injusto principal: tal es el caso del daño que sufren las ropas de las víctimas en un homicidio o que sufre el vino que fue envenenado.

Subsidiariedad

c) El tercer principio que produce el descarte de uno de los tipos es el de *subsidiariedad*, que tiene lugar cuando hay una *progresión* en la conducta típica, en que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene *interferida* la tipicidad de las etapas anteriores. Es el fenómeno de la *interferencia por progresión*, que se produce cuando la tentativa queda interferida por la consumación punible, o cuando el acto preparatorio eventualmente típico (art. 233, por ej.) queda interferido por el acto de tentativa, o el delito consumado en el curso de la tentativa de un delito más grave queda interferido por ésta (las lesiones y la tentativa de homicidio). El mecanismo que rige a la subsidiariedad es la *interferencia*, lo que debe tenerse presente, pues es lo que explica la razón por la cual es punible el delito consumado en el curso de una tentativa calificada cuando por desistimiento no resulta punible la tentativa: se trata de un fenómeno de interferencia y, desaparecido el mecanismo interferente al desaparecer la punibilidad de la etapa posterior, resurge la tipicidad punible de la anterior.

TERCERA PARTE

**TEORIA DE LA
RESPONSABILIDAD PUNITIVA**

CAPÍTULO 27

Obstáculos a la respuesta punitiva

§ 269. La responsabilidad punitiva

1 Cuando la agencia judicial declara la comisión de un delito puede creerse que ello es suficiente para habilitar el ejercicio de cierta cantidad de poder punitivo sobre la persona identificada como sujeto activo. Sin embargo frente al delito, la agencia judicial no está obligada a responder como si se tratara de un acto reflejo de estímulo y respuesta. Al contrario, ésta puede estar facultada para habilitar poder punitivo o carecer de esa facultad. Se llama teoría de la responsabilidad a la *posibilidad que tiene la agencia de responder con pena*: frente a la posibilidad de responder con la habilitación de poder punitivo la agencia judicial no sólo se hace responsable de la criminalización (secundaria) del sujeto elegido sino que le incumbe el análisis de los supuestos legales de exclusión y de cancelación de la punibilidad. Aunque este capítulo está dedicado a la cancelación o exclusión de pena, debe indicarse que la teoría de la responsabilidad también alcanza a las normas constitucionales u otros principios legales que determinan un uso mínimo de poder punitivo e incluso –por imperio constitucional– para habilitarlo sólo por debajo de los mínimos legales previstos en los tipos, situaciones, ambas, que serán objeto de análisis en los capítulos siguientes. En síntesis, de la declaración de comisión de un delito no se sigue necesariamente una pena, porque es evidente, desde lo óntico y desde lo jurídico, que hay casos, generalmente extraordinarios, en que no todo lo que es merecedor de pena debe recibir castigo.

**Delitos
sin pena**

2 Una opinión doctrinaria insiste en que las normas que ordenan al juez cancelar o excluir la pena constituyen una condición o presupuesto para que un hecho sea delito, al que definen como

**Un error muy
extendido**

una conducta típica, antijurídica, culpable y *punible*. Ello resulta de no poder distinguir el concepto de delito de la posición funcional de la agencia judicial, es decir de lo que declara como delito y de lo que hace con ello.

Incluso se han llegado a confundir particulares elementos del tipo, de la antijuridicidad o de la culpabilidad con pretendidas condiciones objetivas de punibilidad, que al no ser abarcados por los límites subjetivos de cada uno de esos elementos del delito se convierten en supuestos aberrantes de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, la exigencia de comunicación mediante aviso bancario del art. 302 CP excluye la tipicidad, la *exceptio veritatis* según el caso, la tipicidad o la antijuridicidad, la colisión de deberes, puede excluir la tipicidad o la culpabilidad, el encubrimiento entre íntimos solamente puede excluir la culpabilidad. En un derecho de culpabilidad no puede aceptarse que haya condiciones objetivas de punibilidad.

Clasificación

Cometido un delito, la respuesta penal opera siempre que **3** haya ciertas condiciones, las que sólo parcialmente pertenecen al derecho penal, puesto que buena parte de ellas corresponden al derecho procesal penal. Las penas tienen lugar cuando existen causas que excluyen o cancelan la punición; son siempre personales, concomitantes o anteriores las que excluyen (por ej., el hurto entre parientes art. 185, CP) y posteriores las que cancelan (prescripción, art. 65, el indulto, art. 68, el perdón, art. 69 y otros casos singulares de la parte especial del código). Las condiciones procesales son condiciones de perseguibilidad y abarcan el supuesto de la prescripción de la acción penal como las modalidades formales del proceso de criminalización secundaria según se trate de delitos privados o dependientes de instancia privada.

§ 270. Obstáculos penales en particular

Un nombre equivocado

La doctrina argentina denomina *excusas absolutorias* a los **1** obstáculos que excluyen o cancelan la punibilidad. Es una designación poco conveniente porque la idea de absolución sólo está relacionada con la naturaleza de los obstáculos penales nada más que por las consecuencias que produce procesalmente, y eso es

insuficiente para cualquier denominación que pretenda facilitar la comprensión de su contenido. En los supuestos en que el obstáculo penal impide la iniciación de un proceso, la denominación de *excusa absolutaria* es directamente errónea, porque en este supuesto, no hay siquiera posibilidad de absolución.

- 2 Se llama *exclusión* de la respuesta a la imposibilidad de ejercer poder punitivo cuando la hipótesis contemplada en la ley exista con anterioridad al delito (algunos delitos contra la propiedad cometidos entre parientes, por ej. hurto; la minoridad cuando no se trata de inimputabilidad; la impunidad de la mujer que intenta su propio aborto; la impunidad en las injurias recíprocas, cuando no hay legítima defensa; la injurias vertidas en juicio, no dadas a publicidad). En cambio, las causas que *cancelan* la punibilidad son sobrevinientes al delito y, como en el caso del advenimiento en algunos delitos contra la libertad sexual, pueden tener efectos aun sobre una sentencia condenatoria firme. Hay otros obstáculos particulares en la parte especial del código penal: la retractación en la calumnias e injurias, la revelación de información en el delito de traición, etcétera.

**Causas anteriores
y causas
posteriores**

- 3 Las muy diferentes razones que explican la existencia de la prescripción de la pena son las mismas que explican la prescripción de la acción, porque ambas tienen en común el transcurso del tiempo, que es en lo único sobre lo cual hay pleno acuerdo. Pero principalmente porque ambas prescripciones constituyen un obstáculo al poder punitivo, por eso resulta indiferente que las regulen normas procesales o penales. Para unos el fundamento de la prescripción es el tiempo que borra las pruebas del delito, para otros lo que se borra es el recuerdo del hecho. También están los que sostienen que la prescripción se justifica porque el estado, por el transcurso del tiempo, pierde interés en perseguir o penar, o por la misma razón se autosanciona inhibiéndose de perseguir o penar. Pero aparte de que estas razones pueden contener algo de cierto, lo determinante de la prescripción es lo determinante para la pena, es decir su naturaleza irracional, sea de la pena como conminación o de la pena impuesta. Con ello se quiere decir que la prescripción evita que un fenómeno de por sí nunca del todo racional se vuelva, con motivo del transcurso del tiempo, en un hecho de mayor irracionalidad. Si la pena nunca resuelve el conflicto que el delito causa y lo único que produce es la suspensión de éste hasta que el tiempo lo disuelva, cuanto más extraña-

**¿Qué es la
prescripción?**

miento de los protagonistas con el conflicto por el paso del tiempo, más irracional se hace el castigo. Sin duda que esta conclusión no puede generalizarse por las diferentes formas subjetivas de vivenciar un conflicto, pero ello no impide fijar un principio general que evita desiguales tratamientos en perjuicio de la seguridad jurídica. Sólo hay excepciones que por su altísima gravedad, crímenes de guerra y de lesa humanidad (por ejemplo el *genocidio*), constituyen tragedias históricas que ni el tiempo puede suspender, aun con el paso de los siglos. Estos supuestos son imprescriptibles tanto en la persecución como en la pena (Convención de 1968, ratificada por ley 24.584).

**Todas las penas
prescriben
menos una**

Conforme a lo establecido en el art. 65 del CP, todas las penas pueden prescribirse en el derecho argentino, salvo los casos previstos en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, que tampoco permite la prescripción de las acciones por esos crímenes. Por supuesto que también caduca la pena de inhabilitación, ya que de admitir la omisión legal se estaría aceptando un rigor inadecuado y una situación desigual frente a penas más graves. En tal sentido debe aplicarse analógicamente el inc. 5° del art. 62, es decir la disposición que rige para la prescripción de la acción por un delito penado con inhabilitación temporal. **4**

**El límite de
veinte años**

Los restantes plazos de prescripción son de veinte años para la prisión y la reclusión perpetuas, un tiempo igual al de la condena en la prisión temporal y dos años para la pena de multa, pero debe corregirse el error legal por el cual las penas perpetuas pueden prescribir antes que las temporales: a los veinte años en el primer caso y cinco años después en el segundo. Por tal motivo, el límite de prescripción para las perpetuas (20 años) en ningún caso puede ser superado. **5**

**Sentencia
firme y
quebrantamiento**

El art. 66 establece que la prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche en que se notificare al condenado –en su defecto al abogado– la sentencia firme; si ello no fuese posible –por cualquier razón– desde la fecha de la misma sentencia para evitar que una circunstancia no imputable al penado impida la operatividad de la prescripción. Si la pena hubiera comenzado a cumplirse, desde la medianoche del día de su quebrantamiento. Para la multa, la prescripción de la pena corre desde el momento **6**

de su no pago y para la inhabilitación desde la medianoche del día de la abstención de su cumplimiento.

- 7 El único caso en que la prescripción de la pena se suspende es el de la condena condicional, porque la misma modalidad de condena impide que corra el plazo de prescripción. En este caso los efectos de la prescripción sólo aparecen con la revocación de la condicionalidad por la comisión de un nuevo delito o por el último párrafo del art. 27 bis.

Suspensión e interrupción

No iniciada la ejecución de la pena, o iniciada y quebrantada, el cumplimiento parcial posterior tiene el efecto de interrumpir la prescripción, cayendo todo el tiempo transcurrido, debiendo correr el plazo completo en caso de producirse un nuevo quebrantamiento.

- 8 Para la prescripción de la pena debe tomarse en cuenta la cuantía efectivamente exigible de la misma, es decir, que debe descontarse lo que se haya disminuido por conmutación o por cómputo de la prisión preventiva. En los casos de concurso y unificación debe tomarse la pena total (ver § 294). Si no hubiera unificación, las penas prescriben en forma paralela, sean o no de la misma naturaleza. Cuando se trate de la conversión de una multa en prisión por falta de pago, el plazo de prescripción no será el que corresponda a la prisión sustitutiva, sino a la multa, pues la conversión no cambia la naturaleza de la pena.

Lo que debe tomarse en cuenta

Aun cuando el código omita la prescripción de las medidas del inc. 1º del art. 34, la situación no puede quedar sin resolver, porque aunque las mismas correspondan al derecho psiquiátrico, sobre ellas también rigen los principios generales de proporcionalidad mínima y de humanidad, de manera que por extensión analógica de estos principios *in bonam partem*, deben aplicarse sobre las medidas la prescripción prevista para las penas conforme a los mínimos de las escalas penales de los delitos cuya tipicidad objetiva se hubiese probado en el juicio que determinó la internación o el tratamiento.

Finalmente, debe señalarse que siendo la prescripción de la pena una causa personal de cancelación de la respuesta punitiva, *la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito* (párrafo 5º del art. 67).

§ 271. El indulto, la conmutación y el perdón del ofendido

**Ni indulto ni
conmutación
para genocidas**

El indulto es una de las causas que cancelan la posibilidad de 1
penar. El inc. 6° del art. 86 constitucional establece el indulto o la
conmutación, como la facultad otorgada a otros poderes no judi-
ciales para extinguir la pena o disminuirla por razones de oportu-
nidad política, a modo de medio extraordinario para supuestos en
que la pena resulte drástica o anacrónica, aunque son razones
clientelares o electoralistas las que con mayor frecuencia han de-
terminado la aplicación de estas medidas.

El único requisito constitucional contemplado para el indulto
y la conmutación de penas por delitos conocidos por la justicia
federal es el informe previo del tribunal sobre los datos de las
causas. Sin embargo, no puede descartarse una situación extre-
ma que habilite el control de constitucionalidad de un indulto o
de una conmutación, como sería el caso en que utilizar esta fa-
cultad implicara una grave lesión al funcionamiento democrático
de los poderes como resultaría si los beneficiarios fueran aquéllos
que impusieron poderes absolutos y genocidas sobre la pobla-
ción. En este sentido, la reforma constitucional de 1994 impide
indultar o conmutar penas a quienes quebranten el orden consti-
tucional. La otra limitación proviene del derecho internacional pues
tampoco puede indultarse ni conmutarse penas por delitos que el
estado argentino tenga el deber de perseguir y sancionar, como
son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la
humanidad.

Por ello, el principio de que el indulto no es revisable
jurisdiccionalmente se halla limitado como cualquier otro acto de
gobierno al control de sus motivaciones, porque resultaría abe-
rrante para el fundamento democrático del ejercicio del poder que
existan actos de gobierno más intocables que una ley. Por ello, el
indulto es susceptible de control judicial cuando: a) recae sobre
penas no indultables, ni conmutables, por ejemplo delitos de *lesa
humanidad*, b) afecta el derecho de defensa o el derecho a la ver-
dad reclamado por el procesado, y c) no tiene motivación alguna,
es decir, cuando no hay razones para el acto de gobierno.

**Las víctimas
no pueden
ser afectadas**

El art. 68 del código establece que el indulto del reo extingue 2
la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones

debidas a los particulares, porque siendo modos de cancelación de pena usados por la autoridad política en interés de los derechos individuales de la población, no hay razón para que sus efectos priven derechos legítimos de las víctimas, y además porque el indulto hace desaparecer la pena pero no el delito. Por ello, la condena sigue operando sobre la posibilidad de impedir una nueva condenación condicional. En los casos de conmutación, la parte conmutada debe descontarse de la pena impuesta en la sentencia a los efectos de calcular el plazo para la concesión de la libertad condicional. Como el indulto no puede acordarse retroactivamente no puede exigirse la devolución de la multa o de la parte de la multa pagada.

- 3 Pero uno de los aspectos del indulto que plantea mayores problemas de interpretación es la oportunidad en que puede ser concedido: en la doctrina prevalece la idea de que debe limitarse a los condenados; la idea más amplia, que extiende el indulto a los procesados, aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema en oportunidad de los cambios de opinión siempre pendulares. En verdad, la Constitución no distingue entre pena impuesta o pena conminada, exigiendo que haya sólo proceso, es decir, un tribunal para informar. Sin embargo hay una objeción de peso contra la tesis amplia; se la acusa de afectar el derecho a un pronunciamiento de absolución, es decir a la defensa en juicio. La crítica pierde toda sustancia cuando, como es en el caso argentino, se reconoce el *derecho a la verdad*. Por ello cabe sostener que el indulto siempre extingue el poder punitivo, pero cuando el procesado reclama su derecho a la verdad no extingue la acción en la medida necesaria para la obtención de este objetivo.

**El derecho a la
verdad y el
indulto**

- 4 El perdón del ofendido es otra de las causas personales que cancelan la respuesta punitiva en los casos de delitos de acción privada (art. 69), perdón que la ley, para evitar arbitrariedades o extorsiones, extiende a cualquiera de los que participaron en el hecho. Esta decisión del ofendido debe hacerse valer ante el mismo tribunal de juicio de ejecución y debe ser dado en forma expresa.

**El perdón del
ofendido en los
delitos de acción
privada**

§ 272. Obstáculos a la perseguibilidad

La inmunidad de los funcionarios no es una inmunidad contra el ejercicio de la acción penal

Erróneamente se ha creído que la inmunidad constitucional **1** de ciertos funcionarios, como ocurre, por ej., con el presidente, los jueces y los legisladores, impide el ejercicio de la acción penal en una causa hasta tanto un antejuicio o desafuero lo permita según su resultado. Lo que la inmunidad hace prevalecer es la libertad del funcionario por sobre la acusación para evitar persecuciones políticas encubiertas, de forma que lo único que impide es la detención preventiva o la imposición de la pena, pero esa inmunidad no cancela el ejercicio de la acción penal, ni la posibilidad de admitir el comparendo del imputado a los actos relevantes del proceso.

Delitos dependientes de instancia privada

Verdaderos obstáculos a la perseguibilidad se presentan en **2** algunos delitos cuya persecución punitiva depende de que la víctima formule una denuncia con la expresa mención de su interés en habilitar un proceso de naturaleza punitiva contra los intervinientes en el delito. Esta última aclaración vale hacerla para evitar los malos entendidos de consecuencias graves cuando la denuncia se formula con otros fines (por ej. cuando se la pide para realizar un trámite en la compañía de seguro, etcétera). Incluso como su fundamento, que es el mismo que opera en las acciones privadas, radica en el exclusivo interés personal de la víctima (evitar la doble victimización que se produce con el proceso) la acción puede ser revocada en cualquier momento antes de la sentencia firme. Abarca los delitos previstos en los arts. 119, 120 y 130 cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91; en la lesiones leves, sean dolosas o culposas, y en estas últimas con la única excepción de que hubiere razones de seguridad o interés público en perseguir el delito. También en los casos de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Pero en todo los casos se procederá de oficio cuando cualquiera de estos delitos sea cometido contra un menor que no tenga padre, tutor ni guardador, o cuando fuera cometido por alguno de éstos. Si en un juicio o durante la instrucción se modifica la significación jurídica del hecho hacia un delito dependiente de instancia privada, para continuar con el ejercicio de la acción penal se debe contar con la decisión expresa del ofendido.

3 Existe otro grupo de delitos respecto de los cuales no es suficiente que la víctima manifieste su interés en la persecución penal, sino que la ley requiere que el proceso lo lleve adelante la parte ofendida, como si se tratara de un juicio de derecho privado. Esta función se llama *querrela* donde la persecución y acusación privada reemplazan a la pública. Los delitos son: calumnias, injurias, violación de secretos –algunos casos–, la concurrencia desleal prevista en el art. 159, y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuera el cónyuge.

**Delitos
de acción
privada**

4 El más cuestionado de los impedimentos es la extinción de la acción por el pago mínimo de la multa en los delitos reprimidos (únicamente) con esta pena, antes de iniciado el juicio, o con el máximo de la misma con posterioridad (art. 64). Cuando se paga la multa y esta pena es alternativa a la de prisión, no queda otra posibilidad que admitir la imposibilidad de imponer una pena de prisión. No basta el pago para extinguir la acción penal, sino que la misma norma exige la reparación del daño civil; además impone a favor del estado los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena. Finalmente la norma establece que no puede haber una segunda extinción de la acción por pago, en tanto no transcurran ocho años desde la finalización del proceso. Cabe agregar que el art. 16 de la ley 24.769 establece la extinción de la acción penal por el pago del total de la deuda antes del requerimiento de elevación a juicio. El análisis de los problemas de interpretación que estas normas generan cabe hacerlo al derecho penal especial, debiéndose advertir únicamente aquí que el estado debe recaudar, tanto como debe preservar que sus normas no se conviertan en una fuente de extorsión.

**La extinción de
la acción por pago**

§ 273. Prescripción de la acción y duración del proceso

1 El más importante obstáculo de perseguibilidad penal es la prescripción de la acción. Los plazos de la misma se establecen en el art. 62 CP: *1° A los quince años cuando se trate de delitos cuya pena fuere de reclusión perpetua; 2° Después de transcurridos el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo*

**Los plazos de
prescripción se
alteran si violan
el plazo razonable
constitucional**

en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3° A los cinco años cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4° Al año cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5° A los dos años cuando se tratare de hechos reprimidos con multa. Estas disposiciones procesales contenidas en el código penal se justifican porque corresponde al estado federal garantizar en todo el territorio de la república un conjunto de limitaciones temporales máximas que impidan una persecución punitiva gravemente irracional, de modo que cada provincia tiene libertad de alterar esos plazos en los respectivos códigos procesales a través de normas que regulan la duración de los procesos.

El plazo razonable

La Constitución quiere evitar uno de los casos más notorios **2** de irracionalidad del poder punitivo que ocurre cuando la duración de los juicios penales se vincula con el problema de los presos sin condena causando una situación (muy claramente en América Latina) de rasgos genocidas. Una de las formas político-jurídicas más importantes para prevenir un agravamiento de ese trato inhumano es la exigencia de *plazo razonable* para la duración de los procesos. Por esta razón la Constitución en el art. 75, inc. 22 prescribe que la realización de un juicio debe realizarse en tiempo razonable (art. 7.5 CADH), es decir el derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable (o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso). Es increíble que la norma infraconstitucional (ley 24.390 y su modificatoria 25.430) que debe cuantificar el concepto de plazo razonable fije un límite a la persecución punitiva que resulta aberrante al desnaturalizar el concepto constitucional. De allí que los jueces deben alterar ese límite construyendo el concepto constitucional de *plazo razonable*, a partir de los antecedentes históricos más cercanos, como el art. 379, inc. 6° del código de Obarrio, pero fundamentalmente a lo establecido en el art. 207 del código procesal penal de la nación vigente. Ninguna de estas dos fuentes permite un proceso penal de más de dos años como tampoco ninguna detención superior a ese plazo si el proceso no concluyó. En conclusión: a) la amenaza penal no puede quedar suspendida ilimitadamente, ya que la prescripción es el instrumento realizador de otro derecho fundamental que es el de la definición de un proceso penal en un tiempo razonable, y b) los plazos del código penal son el marco

máximo de posibilidad de perseguir punitivamente, pero la prescripción de la acción puede operar antes si en la hipótesis concreta el tiempo del proceso excedió el marco de razonabilidad establecido por la Constitución y el derecho internacional.

- 3** Cuando el ejercicio de la acción penal, en el orden federal, no pueda continuar por razones no atribuibles al imputado (lo serían la rebeldía, fuga), la etapa preliminar de instrucción que supere el plazo del art. 207 CPPN y la prórroga que se establece a contar del día de la indagatoria, podrá ser cancelada con la solución del sobreseimiento al afectarse la garantía constitucional del plazo razonable. Es decir, una vez formulada una imputación penal en el acto de la declaración indagatoria, la agencia judicial cuenta con el plazo del art. 207 y su prórroga, y vencidos también los términos para la citación a juicio y para la fijación de la audiencia de debate, opera un impedimento de perseguibilidad en la misma ley procesal, siempre que con anterioridad no hayan operado los plazos de prescripción del art. 62 CP, a contar desde la fecha de comisión del delito imputado. Esto último confirma que los plazos máximos establecidos para la prescripción funcionan como límite en los supuestos de rebeldía y fuga, y también como límite frente a investigaciones preparatorias que no han logrado fundar una imputación que mereciera un grado tal de sospecha que permita la declaración indagatoria. De tal suerte los plazos del art. 62 son excepcionales (umbral máximo de perseguibilidad), pero la prescripción de la acción penal puede operar antes si, una vez afianzada la imputación precisa (y luego de la declaración indagatoria) vencen los plazos que la ley procedimental fijó como términos razonables para la duración de los procesos. Estos términos pueden ser modificados por las legislaciones procesales locales, pero nunca podrán exceder los topes máximos fijados por el código penal a través del art. 62, que es el marco de referencia en que opera la perseguibilidad penal.

¿Cuándo se aplican las normas procesales?

§ 274. Prescripción de la acción penal en el código penal

- 1** La prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito, y si éste fuere continuo, desde que

Particularidades

deja de cometerse. Cuando un delito tuviera penas conjuntas o alternativas se tendrá en cuenta la de más larga duración (art. 62). Más problemas causó, en cambio, determinar cómo prescribir las acciones en caso de concurso. En el ideal, por tratarse de un solo delito, la prescripción debe regirse por la pena mayor que es la única aplicable. En el concurso real una amplia doctrina entiende que la prescripción es paralela, es decir corre independientemente para cada delito, en tanto otro criterio sostiene que los términos de prescripción de las acciones se suman hasta el máximo de 12 años del art. 62, pero esto último, la suma de los máximos, es una interpretación analógica *in malam partem* con las reglas del art. 55.

Suspensión e interrupción

La prescripción puede suspenderse (art. 67 CP) por cuestiones **2** previas o prejudiciales (determinar judicialmente la propiedad de la cosa supuestamente hurtada, por ejemplo), la permanencia de los funcionarios públicos en el poder en delitos cometidos en el ejercicio de la función pública y, en los casos de los delitos previstos en los arts. 256 a 272, y arts. 226 y 227 bis hasta el restablecimiento del orden constitucional. El mismo texto determina como causas de interrupción, que se diferencian de las primeras porque provocan la pérdida de la totalidad del plazo corrido y son la comisión de un nuevo delito y una serie de actos procesales enumerados en los apartados (b) a (e) del mismo párrafo cuarto del art. 67.

Comisión de un nuevo delito

En cuanto a la comisión de un nuevo delito, la expresión legal **3** del art. 67 debe interpretarse en su sentido técnico, es decir, como conducta típica, antijurídica y culpable, pero también requiere que no opere otra causa que impida la respuesta punitiva, todo ello declarado en una sentencia firme.

§ 275. La interrupción de la prescripción por actos procesales

Posición liberal y autoritaria

Con respecto a la prescripción de la acción penal existen dos **1** corrientes en la legislación comparada: (a) una liberal, según la cual la prescripción se interrumpe sólo por la comisión de un nuevo delito o por la sentencia condenatoria. Fue la defendida ardientemente por Carrara, quien criticaba ácidamente la tesis contraria (b), autoritaria, proveniente del Código de Napoleón, se-

gún la cual cualquier acto procesal interrumpe la prescripción. Carrara advertía que para la posición autoritaria, nadie podía considerarse seguro de no ser perseguido, mientras al perseguidor le quedase una gota de tinta en su tintero.

- 2 El CP de 1921 adoptó la posición liberal y, por ende, la prescripción de la acción, en su visión originaria, sólo se interrumpía por la comisión de un nuevo delito. El proyecto positivista de Gómez y Coll de 1937 proponía agregarle que también se interrumpiera por la “secuela del juicio”, expresión enigmática y carente de toda tradición legislativa nacional y comparada.

**La posición
liberal del
Código Penal
de 1921**

- 3 Por presión policial e iniciando la costumbre legislativa de estropear el CP, en 1949 se resolvió reformar el art. 67 del CP y agregar la enigmática propuesta de Coll y Gómez. Como era de esperarse, dado que nadie sabía qué era la “secuela del juicio”, la doctrina discutió su alcance durante cincuenta y cinco años, sin desentrañar el misterio. Por supuesto que esa fórmula era lesiva del principio de legalidad, pues equivalía a decir: “algo que el juez considere interruptivo”. De hecho, la arbitrariedad judicial fue total. La interpretación literal del texto, única posible en el ámbito penal, nunca se respetó: “secuela” es algo que queda después de un proceso y no durante éste. La “secuela” de una enfermedad es lo que al paciente le queda una vez pasada la enfermedad. Si una persona queda coja después de un accidente, su cojera será la “secuela” del accidente, pero el accidente mismo no es “secuela”. “Secuela” es “consecuencia”, proviene del latín, *sequens*. Contra toda lógica, se interpretó que casi todos los actos procesales interrumpen la prescripción, con el más amplio método de integración analógica.

**La secuela
del juicio**

Conforme a la interpretación literal, “secuela del juicio” es lo que queda después de un juicio, es decir, una sentencia. Por ende, en una interpretación respetuosa de la legalidad –que nunca se hizo– debía considerarse que la prescripción de la acción se interrumpía también por la sentencia condenatoria, aunque no estuviese firme.

- 4 La ley 25.990, sancionada en diciembre de 2004 y promulgada en enero de 2005, vino a despejar cualquier duda: si desde 1949 se podía dudar de que el código había abandonado su línea

La ley 25.990

originaria liberal, con la ley 25.990 queda claro que la abandona y se afilia abiertamente al modelo autoritario bonapartista. En efecto, el texto del párrafo cuarto del art. 67 CP tiene hoy la siguiente redacción:

"La prescripción se interrumpe solamente por: a) La comisión de otro delito; b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado; c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente; d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

**Inconstitucionalidad
del texto vigente**

Conforme a la redacción vigente, en un hurto simple, la ac- 5
ción penal puede extenderse hasta diez años, en un robo simple hasta treinta años y en una tentativa de homicidio hasta sesenta años, pues basta que entre un acto procesal y otro no haya pasado un tiempo mayor que el máximo de la pena. En la práctica significa que para el CP no se prescribe ningún delito, o sea, que el CP renuncia a poner en marco general al "plazo razonable" de duración de los procesos, que queda librado por entero a los códigos procesales. La lesión al derecho de defensa por una ley que posibilita que un proceso pueda prolongarse sesenta años, es in-calificable. Seguramente el legislador ha pensado en un juicio oral curioso, en el que en lugar de oír a testigos, se proceda a la lectura de sus memorias y a que sus nietos cuenten lo que de niños les relataba el abuelo. Actualizando la sentencia de Carrara, en la República nadie podrá estar seguro de no ser perseguido, mientras a su perseguidor le quede un cartucho en su impresora.

CAPÍTULO 28

Manifestaciones formales del poder punitivo

§ 276. Las penas lícitas e ilícitas en la ley argentina

1 Si por pena definimos a la coerción estatal que importa una privación de derechos o infligir un dolor, que no persigue un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente, existen: (a) penas que se imponen de hecho, al margen de toda legalidad, (b) otras que lo son al amparo de leyes punitivas latentes o eventuales, y finalmente, (c) aquéllas que lo son en función de leyes penales manifiestas. Estas últimas son las únicas que puede habilitar el poder punitivo de acuerdo al art. 5 del CP, el cual establece como *penas principales* la *reclusión*, la *prisión*, la *multa* y la *inhabilitación*.

Las penas
legales

2 Pero este marco legal no se corresponde con el científico, que debe construirse mediante la verificación de todas las consecuencias que, estando previstas en leyes penales manifiestas, encuadrarán en nuestro concepto jurídico de pena, con lo cual resulta que: (a) aunque buena parte de los autores y la jurisprudencia la siguen considerando vigente, debe tenerse por desaparecida del derecho penal positivo la vieja pena de *reclusión*, y (b) pese a no ser usualmente consideradas penas, también lo son las llamadas *medidas*, previstas para incapaces psíquicos de delito en el inciso 1º del art. 34 CP, en tanto excedan el marco de la coacción directa del derecho psiquiátrico, caso en el cual, por importar penas sin delito, son inconstitucionales.

Marco legal
y científico

3 Dentro de las penas principales, la de prisión es *privativa de la libertad*, en tanto que la multa es *pecuniaria* y la inhabilitación es *privativa de otros derechos*. Todas estas penas están conminadas en la parte especial en forma *separada o exclusiva* (cuando se

Clasificación
de las penas
principales

conmina una sola de ellas, sea de *prisión*, art. 83; de *multa*, art. 99, inc. 1º; o de *inhabilitación*, art. 273), *alternativa* (una entre una pluralidad conminatoria y puede ser *paralela*: cuando cambia únicamente la calidad de pena, que solía darse entre la vieja *reclusión* alternando con la *prisión*, art. 80, o *no paralela*: cambia la calidad y la pena, como la *prisión o multa* del art. 245) o *conjunta* (pluralidad de penas, de *prisión e inhabilitación*, art. 257). Existe una conminación conjunta prevista en forma genérica de pena de inhabilitación (art. 20 bis) y de pena de multa (art. 22 bis). Aunque en el código aparece también como pena accesoria la privación de ciertos derechos civiles para los condenados a prisión por más de tres años (última parte del art. 12), sólo resulta constitucionalmente admisible como pena conjunta.

Las penas accesorias

Además de las mencionadas *penas principales*, el código penal contiene *penas accesorias*, las que siguen a las principales, sin que sea permitido imponer aquéllas sin éstas. Penas accesorias son: la *inhabilitación* del art. 12 del código penal; el *decomiso* del art. 24 de dicho código; la *destrucción de sustancias estupefacientes* del art. 30 de la ley 23.737 (según ley 24.112); el *decomiso de las mercaderías* en infracción del art. 24 y la *incautación de beneficios económicos* del art. 30 *in fine* de la misma ley; la *pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener y utilizar beneficios fiscales* del art. 5 de la ley 24.769; la *clausura de estadios deportivos*, prevista en el art. 11 de la ley 24.192, etcétera. La pena accesoria más grave que contempla el código penal y con la cual, pese a ser inconstitucional, se completa el cuadro de las penas o manifestaciones punitivas previstas en leyes penales manifiestas, es la *relegación o reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena* del art. 52. 4

La divisibilidad como regla

Además de esta clasificación, suele distinguirse entre penas *divisibles* e *indivisibles*, caracterizándose las primeras por la fijación legal de un mínimo y un máximo, lo que permite la cuantificación judicial. De este modo, la mayoría de las penas están previstas en la ley en forma *relativamente indeterminada*, configurando un sistema que se opone al de penas fijas –propio de algunos códigos antiguos–, porque fija un mínimo y un máximo y deja en manos del juez la determinación en concreto de la cuantía. 5

Las penas ilícitas

La pena de muerte era la más radical de la viejas penas corporales o aflictivas. La Constitución, desde su versión originaria 6

de 1853, la prohíbe por causas políticas (art. 18). La dinámica cultural hizo que incluso su texto se tornase contradictorio si era interpretado literalmente, pues es dudoso que hoy la muerte sea una pena, dado que es más adecuado considerarla una forma de tormento. La CADH con rango constitucional, sanciona en el derecho interno la *cláusula de abolición progresiva e irreversible*, por la cual no es posible establecerla para los casos en que no se hallaba vigente al tiempo de la ratificación, como tampoco restablecerla en los supuestos para los cuales posteriormente se la hubiese derogado. De modo que se trata de una pena prohibida en la legislación argentina, salvo los supuestos especificados en el Código de Justicia Militar que, correctamente entendido, tampoco son de pena de muerte, sino de necesidad exculpante en situaciones de excepción terribilísima (ver § 47).

- 7 La llamada pena de muerte siempre tuvo en contra a la abrumadora mayoría de la doctrina nacional, que se manifiesta abiertamente abolicionista, al igual que la magistratura, en un todo de acuerdo con la tendencia internacional. Estuvo conminada en la ley 49, y el código de Tejedor y el de 1886 la mantuvieron sin establecer el medio de ejecutarla, motivo por el que cayó en desuso. Se ejecutó por única vez en el siglo pasado con motivo de un homicidio ocurrido en Buenos Aires en 1914, pero hacía veinte años que no se la aplicaba, y el hecho motivó severos juicios de la prensa y la opinión pública. Se eliminó en el proyecto de 1917 y así se sancionó en el código de 1921. Para entonces el presidente Yrigoyen había conmutado todas las que se dictaron. Los proyectos de reforma posteriores la rechazaron, salvo la frustrada reforma del senado de 1933. La dictadura de 1930 emitió un bando que arrasaba con la garantía del debido proceso legal e imponía la muerte por delitos de ínfima importancia. A esto le siguió la modificación del código por decreto y el sometimiento de civiles a la justicia castrense. Oficialmente se practicaron cinco ejecuciones, entre ellas, el sonado caso de los anarquistas Di Giovanni y Scarfó. Es tan penoso como necesario recordar que en 1932 la Academia Nacional de Derecho recomendó su implantación. En 1960 el poder ejecutivo remitió un proyecto que la reimplantaba para ciertos delitos contra la seguridad pública seguidos de muerte o lesiones graves y gravísimas, pero el Congreso rechazó su restablecimiento. El 2 de junio de 1970 el régimen militar de Onganía sorpresivamente la implantó mediante la ley *de facto* 18.701, siendo formal-

**La pena de
muerte en la
legislación
nacional**

mente incorporada al código penal por la ley *de facto* 18.953 del 17 de marzo de 1971, que la agregó al art. 5°. Cabe advertir que en la ley *de facto* 18.953, la muerte fue establecida en forma alternativa con la de reclusión perpetua, a diferencia de la ley 18.701, que la había establecido como pena única. Esta reforma fue derogada en diciembre de 1972, por otra disposición *de facto*. La dictadura de 1976 restableció la muerte formal mediante la ley de facto 21.338 del 25 de junio de 1976, aunque nunca la aplicó pues –como es sabido– se valió del terrorismo de estado mediante homicidios y la desaparición forzada de personas.

El pensamiento patibulario

Desde antiguo la llamada pena de muerte ha dado lugar a los 8
más enconados debates en torno de su legitimidad y conveniencia. Fue Beccaria quien llevó la crítica al extremo, aunque la admitía cuando el sujeto aún preso tuviese suficiente poder para hacer peligrar al gobierno constituido, es decir que –paradojalmente– sólo la aceptaba por causas políticas. Durante la modernidad los argumentos en su contra fueron renovándose y existe una tendencia a su supresión en el mundo: está eliminada por completo en treinta y cinco países, pero no la aplican desde hace años otros veintisiete, siendo cien los que aún la mantienen y la hacen efectiva. En los EE.UU., donde en lo federal y en varios estados aún se conserva, luego de más de dos décadas de abstinencia –entre 1960 y 1980– las ejecuciones se han incrementado en forma genocida, con marcado acento racista y habiendo merecido condena de la OEA. Cabe recordar que el 29 de junio de 1972, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la pena de muerte, y en febrero del mismo año lo había hecho la Corte de California, considerándola contraria a la enmienda octava de la Constitución, que prohíbe las penas crueles e inusitadas. El juez Douglas –magistrado decano que procedía de los tiempos de Roosevelt– expresó en su voto de modo terminante el carácter selectivo y por ello genocida en la administración de esta pena, afirmando que sería tan rechazable como “una ley que prescribiese la exclusión de la pena de muerte para los ciudadanos que gozasen de una entrada anual superior a 50.000 dólares, pues en la práctica reserva la pena de muerte para los negros, los que no han superado el quinto año de escolaridad, los que no ganan más de 3.000 dólares por año, o los que son relegados sociales y mentalmente retardados”. Desde 1968 hasta 1976 cesaron por completo las ejecuciones. Posteriormente, en junio de 1976, la Corte

Suprema, con mayoría formada por los jueces nombrados por el tristemente célebre presidente Nixon, cambió de criterio por siete votos contra dos. Al revisarse la declaración de inconstitucionalidad, los condenados que se enfrentaban a una posible ejecución eran 582, cifra compuesta por 300 negros, 260 blancos, 13 chicanos, 8 indios y un portorriqueño, lo que confirmaba la afirmación de Douglas de 1972.

- 9 Como la confiscación general de bienes proscripta expresamente por el art. 17 CN, el art. 18 prohíbe en forma expresa las penas que asumen el carácter de tormento y la pena de azotes. También, en función del inc. 22 del art. 75 está expresamente prohibida la *tortura*, no sólo en sentido estricto –impuesta para obtener información– sino en el sentido amplio, o sea, cuando importe una pena, dado que se le define internacionalmente como *un acto que inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido* (art. 1 de la *Convención contra la tortura*). Por aplicación de la DADH quedan prohibidas las penas infamantes o inusitadas (art. 26), por lo cual debe considerarse prohibida toda pena que tenga por objeto o importe agregar más descrédito público que el provocado por la comisión del delito. En función de la DUDH también debe considerarse ilícita la pena de *destierro* (art. 9).

**Tormento y otras
prohibiciones
expresas**

- 10 Pero además de las penas expresamente prohibidas, hay otras que lo están implícitamente, lo que también emerge del análisis de los principios constitucionales e internacionales. En modo alguno puede creerse que el principio republicano de gobierno (art. 1º, CN), así como los de legalidad, humanidad (art. 18 CN) y personalidad o trascendencia mínima, deban ser interpretados como meras declaraciones o prohibiciones limitadas al sentido estricto de su enunciado y caer en un entendimiento absurdo, como sería suponer que la prohibición constitucional del tormento y de los azotes no impide otras penas tan o más crueles o irracionales, como una prisión realmente perpetua o la reclusión por tiempo indeterminado, o incluso la misma privación temporal de la libertad ambulatoria cuando las condiciones materiales del encierro produzcan un cambio cualitativo de pena, por implicar la privación de otros derechos no contenidos en la sentencia ni en la ley, como la vida o la salud (v. gr. pena de prisión convertida en pena corporal o de muerte). Por ello *el marco general de las penas cons-*

**Las prohibiciones
implícitas**

titucionalmente prohibidas lo proporciona la prohibición de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7 PIDCP; art. 5, 2 CADH) y, en consecuencia, los principios constitucionales no sólo tienen relevancia para establecer los límites cuantitativos de las penas constitucionales y previstas en la ley vigente, sean los legales o abstractos tanto como los concretamente fijados por la agencia judicial, sino también –y antes– para saber si cualitativamente la propia manifestación de la coerción penal es constitucional.

Las penas para incapaces psíquicos

Otra de las consecuencias de una interpretación constitucional 11 en orden a la consecuente prohibición de las penas perpetuas, como también en cuanto a la mínima irracionalidad y, en especial, a la dignidad de la persona –que impide acordarle un valor instrumental o de medio–, al *nullum crimen sine conductu*, al *nullum crimen sine culpa*, al principio de igualdad y a la genealogía incompatible con la Constitución, es la inconstitucionalidad de las penas de reclusión que bajo la denominación de *medidas de seguridad* establecen los párrafos segundo y tercero del inc. 1º del art. 34 para incapaces psíquicos de delito. Se trata de la única pena realmente perpetua que existe en el código, pues su término no depende de nada que pueda hacer la persona para ponerle fin. La idea rectora es que el enfermo mental requiere internación manicomial mientras sea peligroso y, siendo peligroso porque es enfermo, deberá permanecer en reclusión mientras continúe la enfermedad.

Peligrosidad y prejuicio

Cabe recordar que los viejos códigos liberales no contenían 12 disposiciones análogas, porque no preveían ningún tratamiento diferencial entre los enfermos mentales que habían sido absueltos por la justicia penal y los que nunca habían pasado por el poder de ésta. Cuando establecían alguna previsión –como el art. 147 del código Tejedor– lo hacían en ausencia o para suplir deficiencias de la legislación psiquiátrica o civil, o como mera medida de coacción administrativa directa. La incorporación de estas previsiones reconoce su origen en la idea de peligrosidad positivista, la cual no hacía otra cosa que otorgar rango científico al prejuicio que identifica al *loco* –y a todo diferente– como *peligroso*. Esta idea completamente superada en la psiquiatría actual se conserva en disposiciones originadas en tiempos de la psiquiatría ordenadora o policial, porque el prejuicio no ha desaparecido en la opinión pública y, por tanto, el poder punitivo –permanentemente compro-

metido con la generación de ilusiones de seguridad– es puesto en crisis por la absolución de un incapaz psíquico. Desde un rígido planteo sistémico debería concluirse que la imposición de penas a incapaces psíquicos bajo el nombre de *medidas* es un recurso para reforzar la confianza del público en el sistema, por lo que no llama la atención que dentro de este marco se les asigne funciones de prevención general (Jakobs).

- 13 Frente a ello cabe afirmar que: (a) no existen razones para suponer que un enfermo mental tiene mayor probabilidad de delinquir que quien no lo es, siempre que se trate de un juicio de probabilidad y no de un requerimiento de coacción directa impuesto por condiciones actuales constatables; (b) existen múltiples medios para tratar a los enfermos mentales de modo que puedan llevar una vida de relación aceptable fuera del ámbito manicomial, es decir, con tratamientos ambulatorios; (c) se sabe que la circunstancia de que un enfermo mental caiga bajo el poder punitivo es resultado de un azar y nada dice respecto de la auto o heteroagresividad del enfermo; (d) existe una legislación psiquiátrica que señala los pasos para disponer la internación voluntaria o compulsiva de un paciente psiquiátrico y establece la judicialidad de estas medidas (arts. 482 y ccds. CC y ley 22.914); (e) la internación psiquiátrica es un extremo dentro del curso de un tratamiento actual, reservado para periodos agudos; (f) la legislación psiquiátrica vigente tiene en cuenta los criterios de auto y heteroagresividad, sin mencionar en absoluto la circunstancia fortuita de que la persona haya pasado por un juzgado penal.

- 14 Por fin, si se trata de penas, cabe observar que no sólo son penas sin culpabilidad (para inimputables), sino que pueden ser también para quienes han actuado atípicamente (por falta de dolo) e incluso para quienes no han realizado ninguna conducta (por incapacidad psíquica de acción). En resumen, cabría concluir que el segundo párrafo del inc. 1° del art. 34 prevé una pena de reclusión, incluso para quien no ha hecho más que *causar* –en el más puro sentido físico– un resultado típico, es decir, llega a prever un castigo para un mero *hecho* humano, que ni siquiera reviste el carácter de acto. Establecer una pena para quien no ha realizado conducta, o para quien ha realizado una conducta atípica o un injusto inculpable, sólo por el azar, es desde todo punto de vista inconstitucional. Por consiguiente, es correcto en el marco constitucional que el juez penal renuncie a toda pena para incapaces

Conclusión

La vía del derecho psiquiátrico

psíquicos y, en los casos de absolución por enajenación mental, cuando observe la necesidad de internación u otra medida de tratamiento, deba dar intervención al juez civil competente para que se pongan en funcionamiento las normas del derecho psiquiátrico (arts. 482 y ccds. CC). El mismo criterio es válido para la hipótesis del tercer párrafo del inc. 1º del art. 34, que está también suficientemente cubierta por la disposición del art. 144 del código civil.

**La práctica
es selectiva**

No es el criterio anterior el que se sigue en los tribunales, que **15** informen estas penas para incapaces en pocos casos y seleccionados en forma bastante arbitraria. Por lo general, estas penas cesan por reclamo de las propias instituciones psiquiátricas o se eternizan en razón del deterioro del enfermo. Sería más correcto que, de admitirse estas penas, la jurisprudencia les previese un límite máximo, que nunca excediese el mínimo de la pena del delito de que se trate y, en caso que permaneciese la enfermedad, superado ese tiempo máximo se derive al enfermo a la vía de la legislación psiquiátrica vigente.

§ 277. Manifestaciones privativas de libertad ambulatoria

**La institución
total o de
secuestro**

La más grave limitación a la libertad ambulatoria tiene lugar **1** cuando se somete a una persona a una *institución total* o de *secuestro*, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta institucionalización opera como eje o columna vertebral del sistema de penas, lo que se asume como *natural* u *ordinario* cuando en rigor se remonta a sólo dos siglos de antigüedad, que le valieron para evidenciar los más severos cuestionamientos y su permanente y consustancial crisis.

**Dinámica
histórica de la
pena privativa
de la libertad**

El poder punitivo como obra de la *confiscación de la víctima* y **2** del *secuestro de Dios*, dio lugar a diversas manifestaciones de soberanía política como derecho del príncipe de *hacer morir o dejar vivir*. El sistema de penalidades estuvo caracterizado por las modalidades del castigo físico, de la exclusión material a través de la deportación, de la exclusión moral por la vergüenza y la humilla-

ción pública, del servicio y trabajo forzado útiles al estado y, a partir de una transformación social y en su medida, del secuestro de la capacidad de producción y renta. Paradojalmente, en las primeras décadas del siglo XIX las penalidades adoptadas por las sociedades industrializadas fueron enteramente diferentes a este proyecto: 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 manera que estos mecanismos fueron reemplazados por otro muy marginal: la prisión; en rigor, se trataba de la única posibilidad punitiva que subsistía. Desde entonces, las cárceles se convirtieron en lugares de altísima mortalidad y morbilidad, indeseables aunque necesarios, toda vez que no se disponía de otro medio. El discurso la legitimó invocando una pretendida función de control y reforma psicológica y moral de los individuos, que alcanzaría su máxima teorización con la idea de *peligrosidad*. De esta manera se configuró una nueva forma de ejercicio de la soberanía política, caracterizada por su aspecto disciplinario y de vigilancia, diferente del estrictamente punitivo de la época clásica, en la que dominaba la pena corporal y el encierro sólo operaba preventivamente o para deudores. Esta estrategia tenía la virtud de facilitar una medida lineal del castigo sobre un único patrón: el tiempo de secuestro confiscado.

- 3 Todas las reformas intentadas sobre la cárcel fueron un fracaso y muy pronto se constató que cualquier prisión lejos de transformar a los criminales en *gente honrada*, está dotada de un efecto reproductor. Pero al mismo tiempo se descubrieron los beneficios políticos de comprender que los delincuentes pueden ser útiles para fracturar la sociedad y, por tanto, para justificar un mayor control y vigilancia sobre la totalidad de la población. Por ello, pese a que hoy resulte incuestionable que la prisión constituye un notable factor criminógeno, sigue siendo el eje punitivo central de todos los sistemas penales. Las primeras en ser criticadas fueron las penas cortas privativas de libertad desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, en el cual se destacaba ya su inutilidad, desatando una crítica que fue casi unánime a lo largo de todo el siglo XX. Su efecto se agravó con el fenómeno de la *inversión del sistema penitenciario*, que lleva a que

**La imposible
reforma**

predomine el número de presos sin condena sobre el de condenados, que desemboca en una seguidilla de motines y represiones. En el segundo congreso de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Londres, 1960) se recomendaron los llamados *sustitutivos* (condena condicional, *probation*, multa, prestación de trabajo libre) y, en definitiva, su aplicación como último recurso.

El genocidio de la prisionización

A lo largo de las dos últimas décadas se ha insistido en todo el mundo en aumentar la frecuencia de la prisión, pero muy especialmente en los Estados Unidos, donde la tasa de prisionización creció hasta alcanzar la increíble cifra de seiscientos cada cien mil habitantes (sólo superada por Rusia con 690); la población total controlada penalmente en EE.UU. fue en 1999 de más de seis millones de personas, y los prisioneros son dos millones. Las políticas decididas por agencias que nada tenían que ver con la penitenciaria provocaron toda clase de problemas en las prisiones: superpoblación, violencia, carencias elementales, inseguridad, etcétera. El deterioro de las cárceles y su efecto reproductor fueron manipulados por predicadores morales quienes aprovecharon para volver a la prisión de mera seguridad o contención, militarizada como fortaleza. **4**

La prisión como depósito

Ante el fracaso de las ideologías de la resocialización y de todo el conjunto de teorías preventivas especiales positivas (o ideologías *re*), que coincide con la crisis del estado providente, resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados. Se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir, a la idea de la prisión como una eventual pena de muerte. No obstante, todo parece indicar la probabilidad que en pocas décadas la frecuencia de la prisionización disminuya debido al desarrollo tecnológico del control electrónico de conducta. **5**

Falsa antinomia: autoritarismo o exterminio

Las ideologías *re* tienen un sustrato autoritario, desde que pretenden modificar las elecciones de las personas. Pese a que es por todos sabido que la prisión tiene efecto deteriorante y criminógeno (reproductor de clientela carcelaria, fijador y potenciador de roles desviados y condicionante de desviaciones secundarias más graves que la primaria que motiva la prisionización), el discurso preventivista especial sigue dominando el penitenciarismo latinoamericano, *no porque sea verdadero*. **6**

sino porque es la única opción a la política demagógica de prisionización masiva divulgada desde los Estados Unidos a la brutalidad exterminadora de América Latina. Se trata de una teorización falsa –y por añadidura de cuño autoritario–, frente a una política genocida, sin otro discurso que la manipulación del miedo y del odio.

- 7 La crisis es sólo discursiva, porque si el penitenciarismo decidiese asumir la realidad de los datos de las ciencias sociales, no hallaría inconveniente alguno para la elaboración de un discurso diferente y mucho más realista. La práctica revela que en todos los países donde siguen una política razonable en la materia, existe una masa de presos que sufren las consecuencias deteriorantes como producto estructural de la naturaleza de la institución en que se hallan. En estas condiciones, imaginar cualquier empresa *re* deviene absurdo. Respecto del grueso de la población penal –nutrida de infractores groseros contra la propiedad y de pequeños traficantes de tóxicos prohibidos– es mucho más realista asumir estos datos, reconociendo la imposibilidad de cualquier objetivo *re* y proponiéndose objetivos realizables y realistas: (a) en principio, admitido que la prisión tiene efecto deteriorante pero que algún trato es menester deparar a quienes están presos, es lógico plantearse que éste procure disminuir hasta donde sea posible esta característica estructural de la vida carcelaria. (b) En segundo lugar, dado que se conoce que la selección de la gran masa de presos se produce en razón de su alto estado de vulnerabilidad al poder punitivo, es menester que en la prisión se les ofrezca (no se les imponga) la posibilidad de prepararse para egresar con los elementos que correspondan a un mayor nivel de invulnerabilidad (v. gr. modificar su autoestima, procurar salir del estereotipo, intentar que comprendan el papel asignado al reclamarles roles conforme a estereotipos, tratar de modificar su autopercepción, etc.). En síntesis: el trato penitenciario debe abarcar el ofrecimiento de un *tratamiento de la vulnerabilidad*.

El penitenciarismo realista y realizable

- 8 De este modo, el eje del discurso penitenciario saldría del *tratamiento* para pasar al *trato*: el penitenciarismo debe enfrentarse a una masa de personas que están institucionalizadas en condiciones estructuralmente deteriorantes. El primer requisito del trato es su humanidad (*trato humano*), y significa garantizar su supervivencia y seguridad, tanto como la integridad física y psi-

La Constitución y los objetivos de la pena de prisión

quica de la persona. Al trato humano corresponde también extremar los esfuerzos para que la prisión –que mientras exista no dejará nunca de ser tal y, por ende, de ser deteriorante– resulte en cada caso lo menos deteriorante posible. El *tratamiento* sólo sería una oferta del *trato*, o sea, sería parte del *trato humano* el *ofrecimiento* de un *tratamiento de la vulnerabilidad* que motiva la prisionización de la persona, para que ésta 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 conforme a estereotipo. El eje del tratamiento de la vulnerabilidad no pasa por la atención al delito cometido –que en definitiva no es la verdadera causa de la selección criminalizante– sino por operar sobre la asunción de rol propio del estereotipo negativo introyectado. Todas las ideologías *re* se proponían mejorar a la persona (y por ende, interferir en su conciencia); el tratamiento de la vulnerabilidad *no pretendería mejorar sus valoraciones* –que quizá no sean peores que las de los no criminalizados– sino enseñarle a hacer lo que hace la inmensa mayoría de la población: *abstenerse de un ofrecimiento grosero a la trampa del poder punitivo*. De este modo, dado el quiebre del pensamiento *re*, corresponde entender el texto constitucional y el derecho internacional (art. 10 PIDCP y 5 CADH) conforme a criterios de interpretación progresiva.

**La reclusión
como pena
prohibida**

La historia legislativa argentina conoció una pluralidad de 9 penas privativas de libertad (presidio, penitenciaria, prisión y arresto), que en el código de 1921 quedaron reducidas a dos: *reclusión* y *prisión*. La reclusión cargaba con el resabio de la pena *infamante*, hoy *expresamente prohibida en la Constitución* (inc. 22 del art. 75, art. XXVI DADH). Es dable observar que la pluralidad de penas privativas de la libertad tiende a desaparecer en la legislación comparada, lo que reconoce antecedentes muy lejanos (primer congreso penitenciario de Londres de 1872). En la Argentina, la distinción entre prisión y reclusión fue suprimida en todos los proyectos posteriores a 1921, salvo en los de 1960, 1973, 1980, a partir de la interpretación constitucional de Soler, que es poco convincente: el art. 69 CN no impone la distinción entre prisión y reclusión, puesto que, de ser ello correcto, también habría que deducir de la misma disposición que no se podría suprimir la pena de muerte ni la distinción entre crímenes y delitos, ni entre penas aflictivas y no aflictivas. Además, después de la reforma de

1994, la CN sería contradictoria, pues por un lado impondría la subsistencia de una pena infamante y, por otro, la prohibiría.

- 10 El carácter infamante de la reclusión era manifiesto en la posibilidad de trabajos públicos, lo que implicaba un sometimiento del sujeto a la vergüenza pública. *Su diferencia conceptual se hallaba en la ejecución, desde que una pena es diferente si se ejecuta de modo distinto: la pena de reclusión era más gravosa en su ejecución, al punto que incluso se excluía de ella a los hombres débiles y mayores de sesenta años.* Es contrario a toda lógica sostener que hay una pena diferente pero que se ejecuta igual a otra: es tanto como afirmar que existe un fusilamiento por lapidación o por ahorcamiento. En realidad la pena de reclusión nunca existió en vigencia del código de 1921, pues la disposición de su art. 9, que disponía que *la pena de prisión perpetua o temporal se cumplirá con trabajo obligatorio en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos* nunca se cumplió, y jamás se distinguió en la práctica la ejecución penal para reclusos y prisioneros, como tampoco se los alojó en oportunidad alguna en establecimientos separados, salvo un decreto del poder ejecutivo de 1922 que dispuso que la pena de reclusión se cumpliría en la cárcel de Ushuaia, en tanto que la de prisión lo sería en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, lo que fue revocado dos años más tarde.

**La derogación
de la reclusión**

- 11 En consecuencia, los tribunales estuvieron imponiendo una pena que no se ejecutaba, o mejor dicho, se ejecutaba como otra: *si la distinción con la prisión es su ejecución más gravosa e infamante, una pena de reclusión que se ejecuta como pena de prisión, es una pena de prisión.* Si bien esto fue siempre así, el proceso de unificación se oficializó con la derogación formal de la pena de reclusión, al establecerse su ejecución indiferenciada (ni más gravosa ni infamante, sino igual a la de prisión) en la antigua ley penitenciaria de 1958, que mantiene la vigente ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24.660), que inclusive reemplazó las calificaciones de *recluso* y *preso* por la de *interno*, disponiendo que el trabajo obligatorio no será afflictivo, denigrante, infamante ni forzado (art. 107), lo que constituye la partida de defunción legal de la reclusión como pena. Si por esas disposiciones es claro que quedan derogados los arts. 6, 7 y 9 del CP, con ellos desapareció la pena de reclusión, por lo cual corresponde considerar derogadas todas las disposiciones que hacen referencia a ella en

**Tratamiento
equivalente a la
pena de prisión**

el resto del código, y todos los efectos que se referían: (a) al arresto domiciliario previsto en el art. 10 del código penal, derogado por los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, que establecen un contenido de mayor alcance para la prisión domiciliaria; (b) a la libertad condicional al año para los casos de condenas a tres años o menos; (c) al impedimento de la condenación condicional (art. 26); (d) a la discriminación para el cómputo de la tentativa en los casos de encontrarse la pena conminada con reclusión perpetua, unificándose ambas hipótesis en la previsión dispuesta para la pena de prisión perpetua, es decir de diez a quince años, y con el mismo alcance debe valer para el cómplice (art. 46); y (e) al cómputo de prisión preventiva del art. 24.

**Los plazos de
la pena privativa
de libertad**

El art. 77 establece que los plazos señalados en el código penal 12 se cuentan con arreglo a las disposiciones del código civil. El art. 23 de este último dispone que los días, meses y años se cuentan para todos los efectos legales, por el calendario gregoriano. El art. 24 del código civil dice que el día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera sea el número de días que tengan los meses o el año. Conforme a esta disposición, en una condena que estableciese una pena de diez años y hubiese comenzado a cumplirse el 15 de enero de 2004, porque el imputado fue detenido a las 13 horas de ese día, la pena se cumplirá el 15 de enero del año 2014 o, lo que es lo mismo, a la 0 hora del día 16 de ese mes y año. Tal sería el cómputo aplicando a la letra la forma correcta de contar los plazos civiles, en la que nunca se cuenta el día en que el plazo comienza a correr. Sin embargo, el criterio general del código civil no puede aplicarse al cálculo de la pena, puesto que de ser así, en el ejemplo dado, las horas que el sujeto ha permanecido cumpliendo pena el día 15 de enero de 2004, entre las 13 y las 24 horas, constituirían una verdadera prolongación de su pena. Ello obliga a rectificar parcialmente el criterio civil, aplicando los principios penales, que impiden cualquier prolongación real de la pena judicialmente impuesta, lo cual hace que deba computarse el día de comienzo de ejecución como día completo. Por consiguiente, en el ejemplo dado, la pena deberá considerarse cumplida a las 24 hs. del día 14 de enero de 2014 o,

lo que es lo mismo, a la 0 hora del día 15. Igual criterio debe seguirse en una hipótesis de interrupción; debe considerarse que ésta se produce a las 24 horas del día en que tiene lugar, y cesa a la 0 hora del día en que el sujeto vuelve a perder su libertad: si la pena se hubiese interrumpido el 1° de febrero de 2004 y hubiera cesado su interrupción el 13 de marzo de ese año, se considerará que estuvo interrumpida desde las 0 hora del día 2 de febrero hasta la 0 hora del 13 de marzo, es decir que fue interrumpida por un mes y once días. La ley *de facto* 21.931 agregó en el art. 77, a continuación de la disposición según la cual los plazos se cuentan conforme al código civil que, sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente, como una salida anticipada y obligatoria de doce horas.

- 13** Por aplicación de la regla del art. 24, la prisión preventiva se computa de la misma manera, pues en ambos casos se trata de ejecución material de pena. Por tal motivo el término comienza a correr desde la 0 hora del día en que el sujeto fue privado de su libertad, sin tener relevancia alguna el momento en que el tribunal tome conocimiento de esa privación de libertad o cuando disponga su anotación y, menos aún, la ocasión en que ésta se hace efectiva. Dado que la pena de reclusión debe considerarse derogada por la ley de ejecución penal y prohibida constitucionalmente, cada día de prisión preventiva se computa como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión. No obstante, debe quedar establecido que la prisión preventiva que se computa en la pena conforme al art. 24, es la legal o constitucional, es decir, la privación de libertad que el sujeto haya sufrido con motivo del proceso por el delito cometido, pero dentro de los límites de la coacción directa (§ 44.5 y § 6), pues cuando excede su marco no es legítima, y constituye una simple pena sin condena. Frente a ello, la agencia judicial no está atada a la regla del art. 24 ni al cómputo del dos por uno que fijaba la ley 24.390 (derogada por la ley 25.430 en prueba de la retórica facilista y demagógica de las agencias políticas) más que como un mínimo, porque el sufrimiento ilegítimo de prisión preventiva no es sólo computable sino también *compensable*, en ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena.

El cómputo de la prisión preventiva

- 14** Cuando el sujeto sea procesado simultáneamente por dos o más delitos, por el mismo o por diferentes tribunales, y resulte

Procesos paralelos

condenado por uno o unos y absuelto del o de los restantes, el tiempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por un delito del que resultase absuelto, ya que no puede admitirse que la absolución pueda perjudicar al procesado, ni que en el concurso real una única condenación, que debe materializarse en una única sentencia condenatoria, pueda volverse contra el procesado.

Igualmente, en la pena debe contarse todo el tiempo que el condenado haya permanecido privado de libertad, aunque la ejecución se hubiere interrumpido por una prisión preventiva cumplida en otro lugar o jurisdicción, por un delito del que en definitiva resultare absuelto o sobreseído. En sentido análogo, en los supuestos de enfermedad mental sobreviniente del condenado, el art. 25 del código penal establece que si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de locura se computará para el cumplimiento de la pena, con la aclaración de que la referencia de esa norma al apartado 3º del inc. 1º del art. 34 es un error material del legislador, debiéndose entender como remisión al apartado 2º.

§ 278. Las pretendidas penas fijas

La inconstitucionalidad de las penas fijas

El principio de *irracionalidad mínima* de la respuesta punitiva **1** requiere que la pena guarde proporción con la magnitud del delito, lo que demanda cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto en el juicio de determinación. De no ser así, obligaría a decisiones inicuas, que equipararían injustamente situaciones que sólo son iguales en cuanto a los elementos relevados por la ley, pero diversas en los rasgos particulares y específicos de un conflicto. Este es uno de los varios argumentos que suele indicar la inconstitucionalidad de las penas fijas en general, pero también de las perpetuas.

La llamada "prisión perpetua"

También debe considerarse que la pena privativa de libertad **2** realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana, en razón de que genera graves trastornos de personalidad, como toda pena privativa de libertad de larga duración. De allí de-

riva su incompatibilidad con el art. 18 constitucional, en cuanto a que pueden asimilarse con el tormento psíquico –art. 1° de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*– y más específicamente, por imperio del art. 1° de la ley 24.660, al tener en cuenta que cuanto más larga sea la duración de una pena, tanto más difícil será la reinserción. Sería inadmisibles su imposición en condiciones que ese efecto sea absolutamente irreversible, pues en tal caso se trataría de un supuesto de pena ilegal (*incapacitación*).

3 Como consecuencia de los principios de irracionalidad mínima y de humanidad de las penas, y vinculado a la misma antropología constitucional, debe considerarse que cualquier humano tiene conciencia autónoma e intangible que le permite decidir, lo que también exige el reconocimiento de la igualdad jurídica. En tal sentido, un límite temporal –derivado asimismo del sistema republicano–, impide que de un delito emerja una consecuencia jurídica negativa imborrable para toda la vida del sujeto. De aceptarse lo contrario, la ley estaría creando una *capitis diminutio* o la *muerte civil*, con la consecuencia de que ello daría lugar a una categoría de ciudadanos degradados, marcados a perpetuidad, estigmatizados por vida, para los cuales la posibilidad de rehabilitarse civilmente sería imposible.

La Constitución impone un límite temporal

4 También resulta claro que la prisión perpetua, en el código argentino no es tal, pues todo penado goza de la libertad condicional a los veinte años, plazo elevado para los condenados a esa pena por delitos cometidos a partir del año 2004, a treinta y cinco años, en función de una reciente reforma del CP que alteró el plazo vigente desde 1921. Esta reforma es de dudosa constitucionalidad, pues convierte a la llamada “prisión perpetua” en una pena cruel, pero de cualquier manera es innecesario ocuparse ahora de una cuestión que no se planteará antes del año 2024. La invocación de razones de seguridad y prevención actuales para efectos que se deberán discutir después del año 2024 pone de manifiesto la irracionalidad de la reforma, claramente encuadrada en la reciente tendencia al autoritarismo penal *cool* y responde a sus características de superficialidad efectista y publicitaria.

La perpetuidad tampoco es legal

De toda forma, con el límite de veinte años o con el inconstitucional de treinta y cinco, la pena no es legalmente perpetua. sin contar con que, además, al condenado a la llamada “prisión perpetua”, le corresponde el régimen de salidas transitorias y de se-

milibertad de la ley 24.660, que puede obtenerse a los quince años. El principio general según el cual siempre debe quedar abierta la posibilidad de rehabilitación jurídica plena, exige que a falta de indicación concreta o de posibilidad de deducir una solución diferente, deba atenderse a un límite máximo de encierro total previsto por el art. 13 (o de 15 años según el régimen de semilibertad previsto en la ley 24.660), y del mismo plazo para cancelar cualquier efecto de una pena que surge del plazo máximo de prescripción para las penas más graves (art. 65, 1° CP).

§ 279. La pena de relegación

La inconstitucionalidad de la pena de relegación o reclusión accesoria por tiempo indeterminado

Aunque bajo el piadoso nombre de *medida*, el art. 52 CP establece la aplicación de una pena de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, en particulares supuestos de multirreincidencia, que enumera taxativamente. Esta pena de reclusión accesoria termina por vía de la libertad condicional a los cinco años de cumplida la condena, y definitivamente, a los cinco años siguientes a la libertad concedida. La particularidad de esta pena finca en la indeterminación, puesto que su duración no es fija, aunque en cualquier caso debe ser considerada superior a los cinco años, puesto que antes de ese término no es admisible la libertad condicional. La inconstitucionalidad de la reincidencia (ver § 299) acarrea también la de esta pena accesoria, que no guarda ninguna relación con el contenido injusto ni con la culpabilidad del delito a cuya pena se acompaña como accesoria. Además, su indeterminación es lesiva de la legalidad de las penas.

El tenebroso penal de Ushuaia

Además de su incompatibilidad con la antropología constitucional, por su genealogía antirrepublicana no es más que una síntesis de las viejas penas de deportación y de relegación. Este castigo segregatorio fue el complemento legal necesario para la erección del más vergonzoso monumento de relegación y campo de concentración que tuvo el penitenciarismo argentino en un *paraje de los territorios del sur* (o fin del mundo): la cárcel de Ushuaia. Sus objeciones, sumadas a sus antecedentes autoritarios e incluso bochornosos (su redacción originaria es copia de la

ley de relegación francesa), pocas dudas pueden dejar acerca de su inconstitucionalidad.

- 3** La detención domiciliaria opera en las siguientes hipótesis: (a) *para penas de hasta seis meses, a las mujeres honestas, a los mayores de sesenta años y a las personas valetudinarias*, y (b) *para penas superiores a seis meses, a los mayores de setenta años y a los enfermos terminales*. La prisión domiciliaria para penas no superiores a los seis meses, abarca sólo a las *mujeres honestas* y a las *personas mayores de sesenta años o valetudinarias* establecida por el art. 10 CP. Por su parte, el art. 33 de la ley 24.660 amplió sus previsiones disponiendo que *el condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria*, por resolución del juez competente, cuando mediar pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo informe médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique. Si lo estimare conveniente, el juez podrá disponer una supervisión adecuada en la forma prevista por el art. 32 (patronato de liberados o servicio social calificado de no existir éste, pero en ningún caso a cargo de organismos policiales o de seguridad).

**La detención
domiciliaria**

§ 280. Beneficios

- 1** La categoría de *persona mayor de sesenta años* del art. 10 y *de setenta* del art. 33 de la ley 24.660, no ofrece las dificultades interpretativas de la expresión *mujer honesta*, que debe entenderse como un vestigio de antiquísima tradición legislativa (análoga al derogado art. 120 CP), la cual no puede sostenerse razonablemente, sin contar con que también es inconstitucional por atender a una cuestión moral reservada al ámbito de privacidad (art. 19 CN). La persona *valetudinaria* en el sentido del art. 10 CP es aquella enfermiza o delicada, que no requiere que la enfermedad no le permita soportar la privación de libertad en prisión, sino que basta con que el encierro sea susceptible de empeorar la enfermedad física o psíquica que padece, concepto que es válido para las disposiciones de la ley 24.660. Por otro lado, una adecuada interpretación constitucional no puede admitir que la pena de deten-

**Vejez y
enfermedad**

ción domiciliaria sea sustituta de la de prisión sólo en los casos de muerte segura, cuando el condenado se halle afectado por una enfermedad incurable e irreversible pues, por vía de principio, *trato humano* al condenado no es sólo desplazar su cuerpo para que muera en el domicilio, lo que sería bien poco y desnaturalizaría el sentido del instituto como alternativa a la prisión. La Constitución y el derecho internacional indican claramente que la respuesta punitiva tiene como límite cualquier peligro para la salud o la integridad física o psíquica que provenga de la ejecución penal, ya que *de lo contrario la pena privativa de libertad se convierte en una pena privativa de salud o corporal, constitucionalmente prohibida*. Además del contexto de disposiciones de la propia ley debe concluirse que *cuando exista riesgo de agravamiento de una enfermedad o peligro para terceros en el ámbito del encierro carcelario, el juez de la condena o de la ejecución puede disponer su detención domiciliaria o su internación en una institución médica pública o privada, en último caso a cargo del condenado, y sólo podrá revocar este derecho, cuando exista seguridad de que el condenado, en prisión, no agravará sus condiciones de salud*. De igual modo debe entenderse que esa previsión es aplicable a la penas anticipadas sin condenas (prisiones preventivas), pues sería contrario a toda lógica que el derecho a la salud se le negase a los que están favorecidos por el principio de inocencia.

Revocación

La ley 24.660 establece una previsión –no contenida en la 2 vieja disposición del art. 10 del código penal– referida a la revocación, cuando el condenado quebrantare la obligación de permanecer en su domicilio o los resultados de la supervisión prevista en el art. 32 así lo aconsejaren. Según ella, el quebrantamiento no implica automáticamente que el tribunal se vea obligado a hacer cesar la sustitución. En caso de revocación por quebrantamiento o porque no resulte ya necesaria, contempla la posibilidad de la prisión discontinua y la semidetención.

La prisión discontinua y la semidetención

Por la ley 24.660, a pedido o con el consentimiento del conde- 3 nado, podrá disponerse por el juez la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención (art. 35): (a) si revocare la detención domiciliaria prevista en el art. 10 del código penal, (b) la detención del art. 33 de la ley 24.660, (c) si convierte la pena de multa en prisión conforme al art. 21 del código penal, (d) si revocare la condenación condicional por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas por el art. 27 bis del código

penal, (e) si revocare la libertad condicional dispuesta en el art. 15, cuando el condenado violase la obligación de residencia y (f) la pena privativa de libertad al momento de la sentencia definitiva no sea superior a los seis meses por cómputo de prisión preventiva. La *prisión discontinua* se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en la autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables del condenado. El juez de intervención podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución donde cumple la prisión discontinua por un lapso de veinticuatro horas cada dos meses (art. 37) y se computará un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución. La *semidetención* constituye la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en la autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades podrán ser la prisión diurna (entre las ocho y las diecisiete horas) y la prisión nocturna (entre las veintiuna y las seis horas del día siguiente) (arts. 41 y 42); se computará un día de pena privativa de libertad por cada jornada de permanencia del condenado en la institución. Sólo en la hipótesis de incumplimiento grave o reiterado, la revocación acarrea el cumplimiento de la pena en establecimiento semiabierto o cerrado. Cabe aclarar que, toda vez que no existen los centros de reinserción social basados en el principio de la autodisciplina y destinados a la recepción de condenados que se encuentren en semilibertad, prisión discontinua y semidetención, puede plantearse una duda acerca de la posibilidad de aplicación de las referidas disposiciones; habida cuenta que se trata de falencias de la administración, en modo alguno imputables a los condenados, los jueces deben disponerlas cuando se presenten los supuestos legalmente previstos.

- 4 Con ajuste en la más estricta huella de los discursos *re*, la ley 24.660 mantiene el criterio de "progresividad", que culmina con el período de prueba (art. 15), comprensivo no sólo de la incorporación del condenado a un establecimiento abierto o sección independiente de éste, basado en la autodisciplina, sino también de la posibilidad de obtener salidas transitorias y la incorporación a un régimen de semilibertad como anticipación de la soltura mediante la libertad condicional. En rigor, atendiendo a su fun-

**Deterioro
psicofísico
y soltura
anticipada**

ción latente o real de la cárcel, las salidas transitorias, la semilibertad y la libertad condicional persiguen la misma finalidad: reducir los efectos negativos de encierros prolongados.

Salidas transitorias y semilibertad

Las *salidas transitorias* pueden concederse con duración de 5 doce hasta setenta y dos horas (art. 16, I, a, b y c) y con el objeto de afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales, realizar cursos y estudios, y participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de la condena. Cabe aclarar que la *libertad asistida* (art. 54), que opera respecto de quienes no procede la libertad condicional, permite al condenado su egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal. Las *salidas transitorias*, según el nivel de confianza, pueden disponerse con acompañamiento por un empleado –en ningún caso uniformado– o bajo palabra de honor. La *semilibertad* (art. 23) permite al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando luego de cada jornada laboral a una institución regida por el principio de la autodisciplina (art. 24). La incorporación a la semilibertad incluirá una salida transitoria semanal (art. 26).

Requisitos de concesión

Para el otorgamiento de las salidas transitorias o la incorpo- 6 ración al régimen de semilibertad, el art. 17 exige que en los casos de pena privativa de libertad temporal, se haya cumplido la mitad de la condena, y quince años en las perpetuas. Además, constituyen exigencias no tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación y merecer del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado. Cabe señalar que los informes que no concuerden con estos requisitos no cancelan automáticamente los beneficios, pues la concesión del mismo es facultad de la agencia judicial y no de la administrativa.

§ 281. Libertad condicional

1 Los arts. 13 a 17 y 53 del código penal (y la ley 24.660) regulan la posibilidad de que el condenado a una pena privativa de libertad, pueda recuperarla condicionalmente por decisión judicial y después de haber cumplido una parte determinada de ella en encierro. El art. 13 establece que los condenados que hubieran cumplido cierto periodo de la pena en encierro, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento, sometiéndose al cumplimiento de ciertas condiciones. Se trata de una suspensión parcial de la privación de libertad –es decir, del encierro– que tiene lugar durante un periodo de prueba que, resultando favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de libertad que le quedaba por cumplir al condenado.

La libertad condicional

2 La naturaleza de la libertad condicional fue materia de las más encontradas opiniones, aunque en la doctrina nacional y extranjera el criterio dominante se inclina por considerarla una forma de cumplimiento de la pena, y se funda en que tiene lugar después de un encierro parcial y no se trata de una suspensión total, toda vez que el condenado queda sometido a una serie de restricciones, como la limitación de residencia, que incluso es una pena en la legislación comparada. Así, el último tramo de la ejecución –aunque tenga lugar sin encierro– está sometido a una restricción ambulatoria, que no puede dejar de considerarse pena. En este sentido, la libertad condicional no implica una modificación de la condena, sino una forma de cumplimiento de ésta. Luego, si la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena, el juez que la revoca nunca puede negar que se haya cumplido lo que se cumplió y, por ende, *en alguna medida prudente y equitativa el tiempo de libertad condicional con efectivo cumplimiento de las condiciones debe ser computado como cumplimiento de la pena*, cualquiera sea la razón por la que se imponga la revocación. Lamentablemente, este no es el criterio con que funciona la libertad condicional en la práctica judicial.

Naturaleza

3 Si bien la libertad condicional es un beneficio, no por ello puede ser considerada un acto graciable ni discrecional. Cuando están reunidos sus requisitos formales y materiales, el condenado tiene

Es un derecho del preso

derecho a reclamarla y el tribunal tiene el deber de acordarla. Lo contrario implicaría sacar la libertad condicional del ámbito de los actos judiciales y remitirla a la categoría de acto político, en que la cesación del encierro quedaría supeditada a una pretendida *neutralización de peligrosidad*, es decir, librada a organismos técnicos criminológicos de la administración y a sus criterios siempre discutibles y bastante arbitrarios. La expresión *podrán* del art. 13 no puede entenderse en el sentido de que el tribunal la puede negar pese a estar reunidos los requisitos legales, sino que se refiere al condenado, quien por cierto *puede* solicitarla.

Transcurso del tiempo de encierro

El primer y más importante requisito para la obtención de la **4** libertad condicional consiste en que *el condenado haya cumplido una parte de su pena en encierro carcelario*. Este período es: (a) de veinte años (treinta y cinco para los delitos que se cometan desde el año 2004, si se considerase en su momento constitucional este plazo) para las penas privativas de libertad perpetuas, (b) dos tercios para las penas privativas de libertad temporales mayores de tres años, y (c) ocho meses para las penas de tres años o menos (el período de un año para la reclusión perdió vigencia al unificarse las penas privativas de libertad en la de prisión). Sin embargo, la hipótesis de los ocho meses requiere más precisión, ya que no se explica la razón por la que un condenado a ocho meses debe cumplir el 66%, el que supera en un día ese límite debe cumplir más del 99%, que desciende cuanto más grave sea la pena hasta llegar al sólo 22% si alcanza los tres años. *La única solución correcta es aceptar el olvido del legislador y extender la regla del 22% para las penas de tres años a todas las inferiores a ese tiempo.*

Extensión a favor de procesados

La ley de ejecución de pena privativa de libertad canceló toda **5** duda acerca de la aplicación del beneficio a imputados presos sin condena, de modo que lo que es aplicable a los penados debe extenderse a los que cumplan pena sin condena, pues el encierro –en ambos casos– no sólo es equivalente en términos materiales (pena), sino que su identidad deriva del reconocimiento normativo (art. 11), por el cual se conceden al imputado los beneficios del condenado (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención), en resguardo del principio de inocencia. Si el imputado se viera privado del beneficio, cuando la demora de la instrucción impida conocer la pena que requerirá el Ministerio Público Fiscal o que impondrá el tribunal, la única solución es admitir la procedencia

una vez cumplido en prisión preventiva el término que corresponda al mínimo de pena prevista para el delito o el concurso.

6 El segundo requisito de *observancia con regularidad de los reglamentos carcelarios* es el precepto más criticado de la ley vigente. Por tales, deben entenderse las pautas que determina la ley de ejecución para la *disciplina carcelaria* (arts. 79 a 99). En tal sentido la valoración es exclusivamente jurisdiccional, es decir, que los organismos administrativos informan e ilustran con sus informes (art. 28 de la ley 24.660), pero quien valora la gravedad de las infracciones es únicamente el tribunal: los criterios que se toman en cuenta para la *progresividad*, conforme a la ley penitenciaria, poco tienen que ver con este cumplimiento y, menos aún, el pronóstico que hagan los organismos especializados, cuando *para el código penal lo único necesario es que éste haya cumplido el encierro sin faltas de disciplina de inusitada gravedad*. El código, inteligentemente, se atiene a un criterio objetivo y rechaza –conforme a la Constitución– toda posibilidad de cercenar un derecho con base en cualquier versión renovada de *cábala judicial*. Con todo, en los casos en que hubiese serias dudas sobre la regularidad del cumplimiento de los reglamentos, el tribunal puede apelar a la prueba del condenado en régimen de salidas transitorias y de semidetención, pues si éste está previsto para la revocación de la libertad condicional (ap. “e” del art. 35 de la ley 24.660), con mayor razón podrá echar mano del mismo cuando sólo existan dudas acerca del cumplimiento de las condiciones. El requerimiento negativo (art. 14) debe considerarse cancelado, dada la inconstitucionalidad de la reincidencia que privaría del derecho a un condenado en razón de un hecho por el que ha sido juzgado.

**La pretendida
cábala
judicial**

7 El art. 17 dispone que *ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada podrá obtenerla nuevamente*. Esta disposición significa que no puede volver a alcanzarla para el cumplimiento de esa pena, sin que obste para cualquier otra en el futuro, hipótesis que el propio código prevé para la inconstitucional pena de relegación, considerada más grave (la libertad condicional del art. 53 presumiría la incapacidad de obtenerla conforme al art. 14). Incluso tampoco es del todo correcta la afirmación de que no puede obtenerse nuevamente la libertad condicional por el mismo delito, pues existen supuestos que no son de *revocación*, sino de *revisión*: en caso que la libertad se revisase en razón de unifica-

**Revocación y
nueva concesión**

ción de condenas o de penas, porque el tiempo de encierro no sea suficiente para obtenerla por la pena unificada o por la condena única, nada obsta a su derecho una vez cumplido el plazo de ésta.

Reparación del daño

El último requisito a que puede quedar sometida la concesión 8 de la libertad condicional debe ser cumplido por el tribunal en el momento de concederla, consistiendo en la fijación judicial de la parte de los salarios que el condenado debe destinar a la reparación del daño. La exigencia consiste únicamente en la fijación de la fracción que debe destinar a ese efecto, pero que en modo alguno queda subordinada la libertad condicional al pago, puesto que éste no es requisito para concederla ni su falta constituye causal de revocación.

Condiciones de la libertad

La libertad del penado queda condicionada al cumplimiento 9 de los cinco recaudos establecidos por el mismo art. 13 en sus respectivos incisos de la parte final del primer párrafo. (a) La primera condición es *residir en el lugar que determine el auto de soltura*. Tiene por objeto posibilitar la mejor vigilancia del condenado. (b) El inciso 2° –de redacción más defectuosa–, dice: *observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas*. Las reglas de inspección son las que debe observar el condenado para controlar su conducta en libertad, pero la obligación de *abstenerse de bebidas alcohólicas* no es una regla de inspección; *inspeccionar* equivale a *vigilar o supervisar*, por consiguiente reglas de inspección son reglas de vigilancia y no reglas de conducta. La única regla de conducta que aparece en este inciso es la abstención de bebidas alcohólicas, que sólo es razonable cuando el abuso de alcohol está vinculado a la naturaleza del delito por el cual se condenó. (c) El inc. 3° dispone la obligación de *adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviera medios propios de subsistencia*. Esta norma, además de violar la regla constitucional de igualdad, traduce el prejuicio positivista y disciplinante de asociar el crimen a la condición natural de rebeldía hacia el trabajo y su disciplina por parte de las clases subordinadas. (d) El inc. 4° prescribe la obligación de no cometer nuevos delitos, cuya exclusión se aconsejó en el curso de la elaboración legislativa, ante la terminante disposición del primer párrafo del art. 15. Al respecto, sería válida la solución jurisprudencial que

excluye la condena por delito culposo como impedimento para una segunda condenación condicional, sin perjuicio de toda otra hipótesis en que el cumplimiento se traduzca en una crueldad. Además, sólo puede tenerse por cometido un delito cuando haya recaído sentencia condenatoria. (e) El inc. 5° del art. 13 instituye la obligación del liberado de *someterse al cuidado de un patronato indicado por las autoridades competentes*. Cuando no exista patronato de liberados en el lugar de soltura o de residencia del penado, debe acudirse por analogía *in bonam partem* a la norma del art. 53, el cual establece que el contralor para estos casos puede realizarlo *el patronato, institución o persona digna de confianza a cuyo cargo estará el control de la actividad del liberado*.

- 10** Estas cinco condiciones son las que rigen el cumplimiento de la pena durante la última etapa de su ejecución, hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales, y en las perpetuas hasta cinco años más a contar desde el día de la libertad condicional. El vencimiento de los términos tiene el efecto de extinguir la pena, conforme al art. 16 el cual dispone que *transcurrido el término de la condena o el plazo de cinco años señalado en el art. 13, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del art. 12*. La violación de las condiciones a que queda sometida la libertad condicional (art. 15 CP) no tiene siempre el mismo efecto jurídico. La revocación de la libertad opera únicamente en caso de violación de las condiciones impuestas por los incs. 1° y 4°, aunque el primer caso puede dar lugar al régimen de semidetención o prisión discontinua. En los casos de los incs. 2°, 3° y 5°, las violaciones pueden aparejar una prolongación del tiempo de la condicionalidad.

Extinción

§ 282. Condenación condicional

- 1** La condenación condicional se funda en el reconocimiento de la naturaleza deteriorante de la prisionización, como también en la necesidad de su evitación. En el derecho comparado se conocieron dos sistemas, bajo la denominación de *anglosajón* y *continen-*

Origen

tal, que con el tiempo fueron combinados y sufrieron variantes, pero siguen constituyendo los modelos tipo. En el anglosajón o *probation* se suspende la condena o el juicio, en tanto que en el francés o continental se condena condicionalmente; este último fue el que adoptó el código en su versión originaria, aunque no puede afirmarse que sea superior, pues en la práctica no evita la prisión preventiva, la cual tiene los mismos o peores inconvenientes que las penas cortas, lo que puede evitarse sólo a través de la *probation*.

Naturaleza

La condenación condicional implica una *condena sometida a 2* *condición resolutoria*, que suspende la pena durante el tiempo de prueba y que, cumplida la condición, no sólo hace desaparecer la pena, sino también la condena. Lo que desaparece, conforme al art. 27, es la condenación a la pena privativa de libertad con todas sus consecuencias, pero no la sentencia en sí misma, pues eso sería tan imposible como pretender que lo que fue no haya sido. Por consiguiente, en nada modifica el contenido de la condenación condicional que permanezcan sus efectos obstando a una segunda condenación condicional durante cierto período de tiempo.

Requisitos

La condenación que puede pronunciarse condicionalmente debe 3 *ser a una pena de prisión privativa de libertad que no exceda de tres años y debe tratarse de la primera condena.* La expresión *primera condena* del art. 26, debe entenderse como la que se pronuncie transcurridos los plazos previstos en el art. 27 respecto de otra anterior, aunque haya sido de cumplimiento efectivo, pues no puede negarse este beneficio a quien por un delito anterior cumplió efectivamente la pena de prisión y concedérsela nuevamente a quien fue probado y, pese a ello, cometió un nuevo delito. A pesar de que la ley no distingue entre delitos dolosos y culposos, un sector de la doctrina y la jurisprudencia entienden que cabe condena condicional cuando el primer delito ha sido doloso y el segundo culposo o viceversa.

Condenación condicional y multa e inhabilitación

La antigua y larga controversia doctrinaria y jurisprudencial 4 en torno a las penas de inhabilitación especial que se aplican en forma conjunta con las de prisión, parece haber quedado resuelta por la ley vigente, dada la disposición del párrafo tercero del art. 26: *no procederá la condenación condicional para las penas de*

multa o inhabilitación. Es posible que en casos particulares resulte cruel la imposición de una inhabilitación efectiva en supuestos de condenación condicional, pero esto no puede resolverse admitiendo la condenación condicional a pena de inhabilitación, sino adaptando la cuantía de la inhabilitación a los márgenes constitucionales para el caso.

- 5 El art. 26 CP establece que la decisión se fundará en *la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad.* El problema de los requisitos materiales de la condicionalidad ha sido equivocadamente planteado, llegando a sostenerse que ésta no es un derecho del condenado. Es claro que cumplimentados los extremos formales y materiales requeridos por la ley, hay un derecho del procesado a la condicionalidad, puesto que lo contrario implicaría confundir la función valoradora del juez con una potestad arbitraria.

Las condiciones materiales del pronunciamiento

- 6 La expresión *personalidad moral* parece inadecuada, si se la entiende como una exigencia puesta en las virtudes morales del condenado, lo que obviamente resultaría contrario al art. 19 constitucional. El correcto entendimiento de esta fórmula debe ser que para la condenación condicional basta con un pronóstico negativo, que indique que el encierro agravará más la *personalidad moral* del condenado, juicio donde incidirán los demás requisitos, como la *naturaleza del delito* o los *motivos que lo impulsaron a delinquir*, que permiten valorar el real estado de vulnerabilidad que determinó su criminalización, tanto como los efectos desocializadores de un posible encierro, que en palabras del propio art. 27 alcanza a todas las *demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.*

La personalidad moral

- 7 La principal condición a que queda sometida la condenación a pena de prisión de hasta tres años –sin perjuicio de las que pretenden fundarse en el art. 27 bis– es que el condenado se abstenga de cometer un nuevo delito durante el término de cuatro años a partir de la fecha en que la sentencia que impone esta condena condicional haya quedado firme. Transcurrido ese plazo sin que el condenado cometa un nuevo delito, la condenación se tendrá como *no pronunciada*, quedando sólo como obstáculo para una nueva condenación condicional, hasta transcurridos los plazos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 27. Pero, si

El plazo de la condición

dentro de esos cuatro años cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas. En tal caso la revocación de la condicionalidad se opera en la sentencia que condena por el segundo delito, que es donde corresponde unificar las penas.

Las reglas de conducta

Con la incorporación de la *probation* se agravó el régimen general de la condena en suspenso, ya que el art. 27 bis prevé que al *suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos*. Con independencia del sentido paternalista que tacharía la constitucionalidad de algunas de ellas, en orden a las reglas de residencia y patronato (inc. 1), abstención de abusar de bebidas alcohólicas –con el agregado de estupefacientes– (inc. 3), y adopción de trabajo adecuado a su capacidad (inc. 7), el régimen guarda afinidad con las previsiones del código en materia de libertad condicional, por lo que resulta válido defender su carácter de meras condiciones para la habilitación de los institutos de los artículos 26 y 76 bis. del CP, pero las restantes reglas, por su carácter de segregación (de lugares o personas, inc. 3), de formación (escolaridad primaria y estudios o prácticas de capacitación laboral o profesional, incs. 4 y 5), de curación (tratamiento médico o psicológico, inc. 6) y de trabajos comunitarios (inc. 8), 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 penas de naturaleza accesoria en el supuesto de condenación condicional o, lisa y llanamente, penas privativas de derechos distintas de las originarias (v. gr. arts. 5, 23 y otros) frente a la hipótesis de suspensión de juicio a prueba, con un alcance equivalente al del art. 64 del CP, es decir, de penas que son aceptadas y cumplidas por el interesado, sin que medie sentencia condenatoria, para cancelar la acción penal o la condenación. Aquí, el consabido descuido del legislador de los últimos años pone en crisis el instituto, pues en los casos de condenación condicional –no elegida por el

condenado, sino impuesta imperativamente por el tribunal— no tuvo en cuenta la prohibición de imponer doble pena por el mismo hecho. Por lo demás, de los patrones constitucionales y generales de construcción de la respuesta punitiva, se derivan también la prohibición de reglas ilegales por su contenido infamante o humillante, como las que no guarden relación directa con el conflicto. Por fin, el art. 28 dispone terminantemente que la suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

- 9 El plazo y los efectos del incumplimiento de las reglas, en base a coordenadas de proporcionalidad indicadas por la ley, se establece en un período de entre dos y cuatro años *según la gravedad del delito*, sin perjuicio —conforme lo antedicho— de su disminución de acuerdo a las pautas generales de determinación, y de su eventual prórroga en supuesto de incumplimiento por parte del beneficiario.

Plazos

- 10 *Todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a requerir la suspensión del juicio a prueba (probation).* Más allá de disputas doctrinarias o jurisprudenciales, el correcto entendimiento del art. 76 bis CP permite neutralizar los efectos nocivos de la prisionización, como también no violar el *plazo razonable* constitucional para la duración de los procesos.

**La suspensión
del juicio
a prueba**

- 11 Además del requisito material de posibilidad de condenación condicional, la ley establece otras condiciones positivas y negativas. Entre las primeras figura el *ofrecimiento de reparación a la víctima*, que no debe entenderse como la indemnización prevista en el art. 29 del código penal, sino según las posibilidades del imputado. En caso que el delito esté conminado con pena de multa conjunta o alternativa con la de prisión, el imputado deberá *pagar el mínimo de la multa*. También deberá *abandonar en favor del estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados* en caso de recaer condena. Son condiciones negativas el supuesto de *funcionario público que en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito*, y la hipótesis de los *delitos reprimidos con pena de inhabilitación*, que debe ser interpretado teleológicamente para resguardar la vigencia del instituto y posibilitar su aplicación en delitos leves. El cuarto párrafo del art. 76 bis, en tanto dispone el *consentimiento del fiscal*, es de dudosa constitucionalidad con ajuste al principio federal y de judicialidad

**Requisitos de
procedencia**

de la medida, y sólo puede entenderse interpretando que el dictamen del fiscal es vinculante cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa.

Condiciones y revocación

En cuanto a las condiciones a que queda sometida la *probation*, **12** la ley reenvía a las previsiones del art. 27 bis, modificando el término, que puede extenderse de uno a tres años, y estableciendo otras consecuencias: (a) se suspende el plazo de prescripción de la acción penal; (b) si durante el término de prueba el imputado no comete un nuevo delito y cumple con las reglas de conducta fijadas por el tribunal en función del art. 27 bis, se extinguirá la acción penal; y (c) una nueva suspensión del juicio procederá si el nuevo delito fuese cometido después de transcurridos ocho años a partir del momento en que venció el término fijado para la prueba del proceso anterior, contados desde el día en que fue concedida la suspensión. La revocación del beneficio puede ocurrir por la comisión de un delito durante el término fijado para la prueba, pero al igual que para la libertad condicional o la condenación condicional, se requiere una sentencia condenatoria firme, por lo que ni siquiera puede revocarla la situación fáctica de prisión preventiva, aunque de hecho la prueba se haya interrumpido.

§ 283. Manifestaciones privativas de otros derechos

La pena de multa

La multa penal es una pena prevista en el art. 5° del código **1** que opera sobre el patrimonio del condenado, con el límite constitucional de la prohibición de confiscación, pero que no reconoce el objetivo reparador que caracteriza a la multa administrativa. Para resolver los problemas derivados de las críticas esgrimidas en torno al principio de igualdad, existen en la legislación comparada diferentes sistemas de regulación de la multa, que pueden sintetizarse en tres: el de la *suma total*, el del *tiempo o plazo de multa* y el del *día multa*.

Regulaciones legales

(a) El de la *suma total* es el tradicional, según el cual el juez **2** condena a una cantidad concreta, o sea, un monto global que resulta de conjugar dos coordenadas: gravedad del delito y situación económica del condenado.

(b) En el sistema del *tiempo o plazo de multa*, el juez individualiza en cada caso concreto la cuantía correspondiente a cada tipo o porción, teniendo en cuenta la capacidad patrimonial del penado, de manera que –de sus ganancias– le quede la cantidad mínima necesaria para sus obligaciones elementales. La multa no se paga de una vez, sino a lo largo de cierto tiempo, en plazos fijos según los ingresos, de modo que se prolonga en relación progresiva o regresiva según los mismos, cuyo límite máximo está dado por la preservación de lo necesario para la satisfacción de las necesidades básicas.

(c) En el sistema de los *días multa o días de multa*, se determina la importancia o gravedad de la multa no por una suma de dinero, sino por un número de días, según la gravedad del delito. Cada día equivale a una concreta cantidad de dinero, según la posición económica del condenado. La ley debe fijar el número de días de multa que se imponen como pena a cada delito, según la gravedad de éste. Establecerá un número proporcionalmente igual al de días que le correspondería de privación de libertad si se le aplicase esa pena.

Es indiscutible que de los tres sistemas cuya conveniencia se discute en la legislación comparada, tiende a predominar el sistema brasileño del día de multa –injustamente difundido en el derecho comparado como *sistema nórdico*–, conforme al cual el número de días debe fijarse atendiendo a la magnitud del delito y en especial de la culpabilidad.

- 3** En el código argentino rige el método más tradicional que es el de la multa total, aun cuando sus defectos –particularmente los que atañen a la desigualdad– fueron advertidos desde antiguo. El art. 21 CP establece que la multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determine la sentencia, teniendo en cuenta, además de las causas generales del art. 41, la situación económica del penado.

**El régimen
del código**

- 4** Conforme al art. 5º, la multa tiene el carácter de pena principal, de modo que: (a) puede ser impuesta como pena única (como sucede en los arts. 99, 1º; 103, segunda parte; 175; 136 tercera parte, etcétera.); (b) en mayor número el código la conmina en forma conjunta con la prisión (como por ejemplo en el art. 110); (c) también aparece conminada conjuntamente con la inhabilita-

**Formas de
imposición**

ción absoluta (art. 270) y con la pena de inhabilitación especial (art. 242); (d) otras veces en forma alternativa con la pena privativa de libertad (art. 94); y (e) finalmente, en los casos de delitos con ánimo de lucro, aparece su conminación conjunta por efecto del art. 22 bis, cuya imposición queda a criterio del tribunal.

Formas de cumplimiento

Como la importancia de la multa deriva de servir de sustituto **5** a la pena privativa de libertad, el supuesto de incumplimiento en el pago constituye una vía indirecta para reintroducir lo que intenta evitar. No obstante, es claro que antes de proceder al encierro total —que nunca excederá de un año y medio (art. 21) y que sólo opera como último recurso frente al incumplimiento— la sustitución puede presentarse en la forma de prisión discontinua o semidetención, pero incluso antes de esta consecuencia, el propio art. 21, 2º prevé —en el caso de que el reo no pague la multa en el término que fije la sentencia— una serie de posibilidades que tienen por fin, reducir al mínimo la sustitución a cualquier forma de cumplimiento que importe privación de libertad. Para ello, la norma proporciona tres alternativas: (a) el tribunal, antes de transformar la multa en prisión, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otros ingresos del condenado; (b) cuando no fuese posible, puede sustituir esta clase de pena por trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello, y (c) puede autorizar el pago de la multa en cuotas, en los montos y fechas adecuados a la condición económica del condenado.

El caso de total incapacidad de pago

En el supuesto de incapacidad total del penado, se impone la **6** postergación del cumplimiento de la pena hasta que la persona recupere su capacidad para cumplirla. Si ello sucede con las penas privativas de libertad, como en el supuesto de la enfermedad mental sobreviniente, con más razón corresponderá igual criterio tratándose de una pena de multa. En cualquier caso *debe regir el principio de que el derecho no puede obligar a lo imposible.*

La conversión en privación de libertad

Cuando la voluntad reprochable del penado diese lugar a que **7** la multa se convierta en pena privativa de libertad, el tribunal procederá convirtiéndola al régimen de semidetención o prisión discontinua, que no excederá de un año y medio (art. 21, 2º párrafo). Para esa regulación el código no fija ningún equivalente entre la pena de multa y la de prisión. Sin embargo, el art. 22 dispone que del importe de la multa se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preven-

tiva, la parte proporcional del tiempo de detención que hubiere sufrido, lo cual da idea de que la regla del art. 24 siempre ha de tener un cierto carácter indicativo. Esta equivalencia y las posibilidades tan amplias que el art. 21 otorga al tribunal, indican que *en el código argentino prácticamente éste puede elegir entre cualquiera de los tres sistemas que la legislación comparada discute.*

- 8** El art. 22 bis dispone que si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no estuviese especialmente prevista o lo estuviese sólo en forma alternativa con aquélla. Se trata de una verdadera pena acumulativa y en modo alguno de una pena accesoria, por lo que su aplicación demanda todos los requisitos que presupone la de cualquier pena, incluyendo la requisitoria fiscal. En cuanto a los presupuestos materiales, la ley exige el ánimo de lucro y la resolución judicial fundada, pues no es de aplicación automática. *Ánimo de lucro* no puede ser otra cosa que un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, pero que no consiste en una ultrafinalidad, sino en una especial disposición de la voluntad acompañada por el interés patrimonial, que puede o no lograrse y ser inmediata o diferida, sin que necesariamente deba reducirse al interés de quien participa en la conducta. Asimismo, la demanda de *resolución fundada*, que se exige para toda pena, en este caso particular viene impuesta por la misma norma, desde que el art. 22 bis establece que *podrá* agregarse y no meramente que se agregará. Ello significa que este capítulo crea una calificante de agravación para cualquier tipo que no tenga prevista pena de multa o que la tenga prevista únicamente en forma alternativa, que será otra de las variables para la individualización de la pena.

**Ánimo de lucro
y multa
acumulativa**

§ 284. Inhabilitaciones

- 1** La inhabilitación consiste en la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y la multa. En el código vigente se halla prevista en la forma de *inhabilitación absoluta* y de *inhabilitación especial*. Ambas formas de pena inhabilitante provienen del código Tejedor (art. 118 y 119), que las abarcaba dentro de un conjunto más vasto, bajo el título de *penas privativas del honor y humillantes*.

**Las penas de
inhabilitación**

La inhabilitación absoluta

Los efectos de la pena de *inhabilitación absoluta* están previstos en el art. 19 del código penal y tienen una extensión limitada, lo que de otra manera resultaría inconstitucional por producir la muerte civil del condenado, inadmisibles en el derecho contemporáneo. No se trata más que de la privación de un número limitado de derechos que están expresamente previstos en la ley. No es una pena que se diferencie sólo cuantitativamente de la inhabilitación especial: la inhabilitación absoluta se aplica porque la naturaleza de la conducta hace incompatible con ella el ejercicio de los derechos de que se priva.

Contenidos de la inhabilitación absoluta

El inciso 1º del art. 19 establece que la inhabilitación absoluta importa la *privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular*, de modo que la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condenación queda firme, por lo que en ese caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito. El inciso 3º del art. 19 prevé que esa inhabilitación importará la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas, lo que hace que el autor, además de perder los que había adquirido, quede interdicto para adquirirlos en el futuro. Por comisión pública debe entenderse un cargo obtenido por elección popular. Ese inciso no puede referirse a otro tipo de comisiones, tales como jurado y otras funciones transitorias, porque además de resultar redundante –puesto que entrarían en el concepto de función o empleo que deriva del art. 77– surgiría una incoherencia insoslayable entre los incisos 1º y 3º del art. 19, puesto que el primero no privaría al condenado de las funciones públicas aludidas –toda vez que no las menciona– ni el 3º le incapacitaría para cargos por elección popular, pues no formula la aclaración que en forma expresa hace el inc. 1º. En cambio, el inciso 4º del art. 19, proveniente del código español, es inconstitucional por su carácter confiscatorio y por la trascendencia de la pena a terceros; en él se dispone *la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a la pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a la pensión, en ambos casos hasta integrar el*

monto de las indemnizaciones fijadas. Las críticas a esta previsión provienen de lejos, pues se consideró que las jubilaciones y pensiones constituían una propiedad que debía respetarse y su afectación, con motivo de una inhabilitación, constituye lisa y llanamente una confiscación prohibida. Finalmente el inc. 2º suspende el derecho electoral por el tiempo de inhabilitación, privación que sólo puede alcanzar a los condenados por sentencia firme, tal como lo dispone el art. 75 inc. 22 constitucional (art. 23,2 de la CADH), de modo que toda norma que interfiera sobre el derecho electoral de una persona no condenada es inconstitucional.

- 4 La inhabilitación absoluta puede aplicarse como pena principal o como pena accesoria. Se aplica como pena accesoria en el supuesto del art. 12, cuando acompaña a la pena privativa de libertad mayor a tres años, que lleva como inherente la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito.

**La inhabilitación
absoluta
del preso**

- 5 Aunque el antecedente sea la vieja muerte civil –constitucionalmente inadmisibile–, no todo el contenido de la norma resulta inconstitucional. En relación con la suspensión de las pensiones y jubilaciones, éstas no pueden ser afectadas tampoco por la previsión del art. 12 y, por ende, vale a su respecto la crítica anterior. En cuanto a la privación del derecho electoral, debe advertirse que también en este supuesto de accesoriedad, la inhabilitación sólo alcanza a los condenados a encierros mayores de tres años y puede extenderse a tres años más mediante sentencia fundada. Las restantes privaciones de derechos vinculados a los cargos o empleos públicos no presentan dificultades para su aplicación, salvo en lo que se refiere al carácter facultativo de la extensión de la inhabilitación. La duración de la inhabilitación accesoria más allá del tiempo de la pena privativa de libertad, que era obligatoria en los códigos anteriores, pasó a ser facultativa en el código vigente, según el cual, la extensión la podrá disponer el tribunal de acuerdo con la índole del delito. Conforme a la ley, el criterio para que el tribunal pueda prolongar la inhabilitación no es el del art. 41, sino *la índole del delito*, lo que significa que sólo la prolongación estará autorizada cuando el goce de esos derechos sea incompatible con la naturaleza del delito (una condena por delito cometido en el ejercicio de una función pública).

**El problema
de su
constitucionalidad**

Cese

La inhabilitación accesoria del art. 12 cesa cuando se agota 6 la pena impuesta y, en caso de libertad condicional, tampoco se alteran los principios generales, puesto que la pena accesoria sigue la suerte de la principal cuando ésta termina de cumplirse en libertad condicional. Por otro lado, así lo dispone el art. 16, al precisar que si transcurren los plazos del art. 13 sin que se revoque la libertad condicional, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del art. 12. Cuando se disponga por sentencia fundada la prolongación del plazo, no puede interpretarse al art. 16 como una rehabilitación, pues cabe entender que la inhabilitación accesoria absoluta no cesa con la extinción de la pena privativa de libertad, sino que seguirá vigente hasta el cumplimiento del plazo señalado en la sentencia.

La inhabilitación especial

La *inhabilitación especial* siempre se impone como pena prin- 7 cipal, pudiendo ser temporal o perpetua. La circunstancia de que en la generalidad de los casos se imponga en forma conjunta no debe confundirse con la accesoriedad, puesto que ello no le resta su carácter de pena principal. Se distingue de la absoluta porque se limita a los derechos que guardan una particular relación con el delito cometido; en este sentido tiene un mayor grado de imprecisión que la inhabilitación absoluta en cuanto a su determinación legal; de allí que para la imposición de la pena del art. 19, basta en general con la identificación legal, en tanto que la aplicación de la inhabilitación especial requiere una determinación judicial precisa; por ende, en modo alguno es suficiente que en la sentencia se imponga a secas una pena de inhabilitación especial, sin precisar de qué se trata y del alcance que tiene (por ejemplo: la inhabilitación que se impone en delito culposo cometido en la conducción de vehículo de transporte público de pasajeros, no tiene por qué extenderse a todo tipo de vehículo automotor, cuando la violación del deber de cuidado lo fuese respecto de reglas específicas que no rigen para otros vehículos).

Efectos

El art. 20 dispone que *la inhabilitación especial producirá la 8 privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena*. El segundo párrafo agrega que *la inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquéllos sobre que recayere*. Los empleos o cargos deben ser públicos, puesto que en el ámbito privado se refiere

únicamente a *profesión o derecho*. Dentro del concepto de *derecho*, pueden abarcarse los derechos a ejercer ciertas actividades, aunque no se encuentren reglamentadas.

- 9 La duración de esta pena es la que se establece en cada caso, pero el plazo se cuenta desde el momento de la condena, aunque la disposición del párrafo 4º del art. 20 ter pueda dar lugar a dudas en los casos en que la inhabilitación sea impuesta conjuntamente con una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, y considerar que comienza en el momento en que el penado recupera la libertad; sin embargo, el párrafo 4º, cuando menciona *todos lo efectos* alude únicamente a los efectos que hacen a la rehabilitación, que es el tema de la norma. Por otra parte, si así no fuese, no tendría sentido que en todas las conminaciones conjuntas del código la inhabilitación supere siempre el tiempo de la pena privativa de libertad.

Duración

- 10 El segundo párrafo del art. 20 está referido a los derechos políticos y, por consiguiente, no puede extenderse más allá del alcance que esa privación tiene en la inhabilitación absoluta, es decir, como privación de los derechos electorales y de elegibilidad, y también de postulación. Esta privación no puede alcanzar a los derechos que tiene todo habitante sin ser ciudadano, por la mera condición de integrante de la población, esto es, a los derechos civiles.

**Derechos
políticos**

- 11 La inhabilitación especial conjunta prevista en el art. 20 bis –cuya fuente es el proyecto de 1960– establece una pena de seis meses a diez años, que puede imponerse aunque esta pena no estuviese expresamente prevista para el delito, pero presuponiendo que el injusto tenga origen en: (a) incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público; (b) abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela o (c) incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público. Es un sistema de inhabilitación particular, pues mientras en el sistema tradicional del código la inhabilitación está prevista en cada caso en la parte especial, en el del art. 20 bis no se requiere su previsión en la parte especial y sólo puede ser impuesta como pena conjunta.

**Inhabilitación
especial
conjunta**

Por *incompetencia* debe entenderse una incapacidad de orden intelectual o técnico, pero no una incompatibilidad ética, que no

es ninguna incompetencia. Por *abuso* se interpreta tanto el exceso en las facultades como el uso arbitrario de las mismas. Para que pueda imponerse la inhabilitación del art. 20 bis es necesario que la conducta típica importe (*lleve en sí*) una incompetencia o abuso en el ejercicio o desempeño de la actividad de que se trate. La ley dice *podrá imponerse*, es decir que su imposición no resulta obligatoria para el tribunal en todos los casos en que se dan los presupuestos objetivos de la misma. Por ello, tratándose de una pena complementaria que sólo puede imponerse en delitos no conminados con inhabilitación en la parte especial, debe fundamentarse su imposición, sin que sea necesario que el tribunal exponga las razones por las que no la impone.

Rehabilitación

El art. 20 ter en su primer párrafo prevé la rehabilitación del **12** condenado a la pena de inhabilitación absoluta impuesta como pena principal. *Puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.*

En el segundo párrafo del mismo artículo se prevé la rehabilitación para la pena de inhabilitación especial. También en este caso se toma en cuenta la mitad del plazo y se reduce a cinco años si la pena fuese perpetua. Las condiciones que impone son el correcto comportamiento –que debe entenderse en el sentido indicado–, que haya remediado su incompetencia o no sea de temer que incurra en nuevos abusos –según que una u otros hayan dado fundamento a la pena– y que haya reparado el daño en la medida de lo posible.

La norma exige además –para ambas formas de inhabilitación– que *el penado repare el daño en la medida de sus posibilidades*, lo que no quiere significar una reparación integral de todo el daño y perjuicio ocasionado por el delito, sino sólo en la medida de la capacidad patrimonial del inhabilitado, pues para el efecto cancelatorio de la inhabilitación basta con que el penado demuestre voluntad efectiva de resarcir en la medida de su posibilidad. El tercer párrafo del art. 20 ter previene que cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición *en los mis-*

mos cargos. Finalmente, la última parte de la norma dispone que, para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

- 13** La pena de inhabilitación absoluta como accesoria de una pena privativa de libertad mayor de tres años no se aplica aisladamente sino que va acompañada de una incapacidad civil del penado, que forma parte de un cuadro inhabilitante general que abarca: (a) la inhabilitación absoluta del art. 19 y, (b) la inhabilitación de derechos civiles, prevista en la segunda parte del art. 12: *importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces.*

La incapacidad civil del penado

La *incapacidad civil* (art. 12, segunda parte) tiene el carácter de *pena accesoria* y no el de una mera consecuencia accesoria de la pena, porque la privación efectiva de la libertad no necesariamente la implica, es decir el penado no está fácticamente imposibilitado de ejercer los derechos que el art. 12 cancela. Su alcance debe ser interpretado restrictivamente para no afectar el principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, por lo que esta incapacidad debe operar solamente en los casos en que a la inhabilitación puede vincularse con la naturaleza del hecho (por ej., delitos cometidos por los padres contra los hijos menores). Otra interpretación haría que esta pena lesionase la prohibición de trascendencia a los hijos del penado, ni su carácter de pena cruel fuera de los supuestos considerados.

- 14** La inhabilitación para la administración de los bienes es la más marcada vigencia de la muerte civil. Ninguna duda cabe de que la privación de este derecho –al igual que la suspensión de la patria potestad– no resultan de la restricción ambulatoria que importa el encierro. Sin duda, esta pena accesoria lesiona el principio de mínima irracionalidad, lo que indica que la ley debe ser interpretada muy restrictivamente, para evitar decisiones institucionales.

Supervivencia de la muerte civil

§ 285. Decomiso, otras penas accesorias y reparación del daño

Decomiso

El art. 23 del código penal dispone que la condena importa la 1
pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos
provenientes del mismo, serán decomisados a no ser que
pertencieran a un tercero no responsable. Los instrumentos de-
comisados no podrán venderse, debiendo destruirse, salvo el caso
en que puedan ser regularmente aprovechados por los gobiernos
de la nación o de las provincias. Iguales disposiciones se encuen-
tran en leyes penales especiales. El decomiso es una pena acceso-
ria, puesto que se distingue de ciertas medidas de coacción
administrativa directa de carácter policial preventivo (secuestro
de armas, explosivos, medicamentos, obras de arte, dinero, etcé-
tera) y porque tiene lugar siempre que haya condena. Dado su
carácter pecuniario debe ser cuidadosamente distinguida de la
confiscación prohibida constitucionalmente, esencialmente a partir
del carácter general de esta última, a diferencia de la especifi-
cidad propia del decomiso, que siempre debe recaer sobre cosas en
particular.

Objeto del decomiso

La pena se limita al decomiso de *los instrumentos del delito* y 2
al *de los efectos provenientes del mismo*. Los primeros son los que
el autor utilizó *dolosamente* para cometer el delito. *Efectos* del
delito son cualquier mercancía (legal o ilegal en cuanto a su te-
nencia y circulación) obtenida mediante el injusto, sea que se
encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de
uso o de cambio), o sea, que la mercancía se convierta en dinero u
otro valor, o que con el dinero se adquiriera mercancía u otro valor.
Los instrumentos decomisados no pueden venderse, debiendo
destruirse, a excepción de los que puedan ser aprovechados en
modo debido por los gobiernos de la nación o de las provincias.

Penas accesorias de leyes especiales

En algunas de las leyes penales especiales se han establecido 3
otras penas accesorias. El inc. e) del art. 2° de la ley de régimen
penal cambiario, establece la suspensión de hasta diez años o
cancelación de la autorización para operar o intermediar en cam-
bios. El capítulo II del código electoral nacional (ley 19.945) esta-
blece la pena accesoria de privación de los derechos políticos por
el término de uno a diez años (art. 145) en caso de comisión de
algunos de los delitos electorales previstos en él. La ley de marcas
y designaciones (ley 22.362) prevé el comiso, venta o destrucción

(art. 34) de las mercaderías en supuestos de comisión de algunos de los ilícitos previstos por ella. El código aduanero dispone el comiso de la mercadería, de los medios de transporte y demás instrumentos empleados para la comisión de los ilícitos previstos por los arts. 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874; en los mismos casos también el inc. 1º del art. 876 establece la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas como el retiro de la personería jurídica. En algunos de los delitos tipificados en la ley 23.737, el comiso (art. 30) de las ganancias y de los bienes e instrumentos empleados para la comisión de algunos de ellos, presenta la particularidad de que pueden ser vendidos para ingresar los fondos a una cuenta especial del presupuesto de la Nación (art. 39, según ley 24.061). El régimen penal para la represión de la violencia en espectáculos deportivos (ley 24.192) establece como pena accesoria la clausura del estadio por un término de sesenta días. La misma ley erróneamente califica de penas accesorias a inhabilitaciones especiales (art. 10 incs. a, b y c). El régimen penal tributario prevé la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez años. Estas son sólo algunas de las penas accesorias establecidas por leyes especiales que, por su forma inorgánica, nunca han sido materia de una adecuada crítica constitucional.

- 4 La suma de la reparación civil a la pena desvirtúa el modelo de solución no punitiva del conflicto, degradándolo a la privación de un derecho patrimonial al convertirlo en una pena accesoria, lo que lo opaca como medio racional de solución. El código establece que el juez penal *podrá* disponerla, por lo que deja claro que no forma parte de la pena. Si el código sostuviese la tesis apropiadora por parte del poder punitivo, el juez debería siempre disponerla, incluso sin que mediare pedido de parte o aunque ésta la hubiese renunciado.

**La reparación
del daño**

- 5 Sin perjuicio de la naturaleza civil de la reparación, cabe puntualizar algunas cuestiones, como la aparente contradicción entre el art. 1096 del código civil y el 29 del código penal: ninguno de ambos resuelve cuestiones de competencia: ni el civil cuando dispone que la acción civil debe ser independiente de la penal, ni el penal cuando dispone que el juez penal puede imponer la reparación, porque se trata de cuestiones que hacen a la organización de la justicia y, por ende, son materia reservada a la legislación

**Concurrencia
de normas
civiles y penales**

provincial. Dichas disposiciones deben interpretarse constitucionalmente, es decir, en el sentido de que el artículo 1096 CC impide que una ley procesal desvirtúe la naturaleza civil de la acción, en tanto que el art. 29 del código penal posibilita que un juez penal decida la cuestión civil, cuando ello sea posible conforme a la legislación procesal respectiva. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1101 del CC no puede haber condenación en juicio civil mientras estuviere pendiente la acción criminal, salvo los casos en que el acusado hubiese muerto o estuviese ausente, es decir, de imposibilidad de avance de la causa penal. El art. 1102 del CC evita la contradicción entre sentencias civiles y penales, impidiendo que en el proceso civil se cuestione la existencia del hecho y la culpabilidad penal declarada en esa sede. En sentido análogo, el 1103 dispone que no puede alegarse en juicio civil el hecho de que se hubiese absuelto en sede criminal. Esto último está limitado a lo declarado en el juicio criminal, sin perjuicio de que sea viable la acción civil sobre distinta base imputativa.

CAPÍTULO 29

El marco legal de la respuesta punitiva

§ 286. La normativa vigente para la cuantificación de la pena

1 La cantidad de pena que el juez debe permitir que se ejerza en cada caso de condena es lo que se llama *cuantificación de la pena* –*sentencing*, en inglés– y constituye la coronación del esfuerzo del derecho penal por contener el poder punitivo. Es un momento esencial donde la agencia judicial agota su capacidad jurídica para mantener dentro de límites más tolerables los impulsos expansionistas de la selectividad de la criminalización secundaria.

**El último
esfuerzo jurídico**

2 Pero el juez no decide la pena sin interferencias, sino en el contexto de un conjunto de presiones de distinto tipo. Quizás la más importante, y que afecta gravemente la función limitante de la respuesta punitiva sea la pulsión que ejercen las agencias políticas al elevar los mínimos penales a niveles que dificultan grandemente la tarea de cuantificación. La política aumenta las penas para tranquilizar una opinión pública alterada por campañas mediáticas que alucinan el castigo como solución al conflicto penal y a casi todos los conflictos sociales en general, como expresión del actual autoritarismo *cool* o publicitario del discurso único de medios masivos. De este modo se establecen aumentos irracionales y escalas penales de igual naturaleza que determinan un enfrentamiento entre el ámbito político y el judicial. Esto es a la vez fuente de inseguridad para la población, porque parte de la jurisprudencia se pliega a las demandas políticas y policiales y otra parte las resiste. Este es el motivo por el cual la jurisprudencia, al tener mayor contacto con la pena y su medida, pierde más rigor sistemático en favor de la arbitrariedad.

**La propaganda
política contraria**

3 Sin embargo debe señalarse que la cuantificación penal no se agota con una respuesta limitante en el marco de una escala penal que fija legislativamente la política, pues otro problema de la

**La cuantificación
es un juicio
abierto
in bonam partem**

cuantificación se origina en que este control acotante tampoco concluye con la pena impuesta en la sentencia. La razón deriva de que la cuantificación no puede ignorar las modificaciones y alteraciones de la pena en perjuicio del condenado durante su ejecución (por ej. apremios ilegales). La cuantificación de la pena no termina en la sentencia formal sino en el acto de penar, es decir, culmina con el agotamiento de la pena.

Cantidad y calidad

El término *cuantificación*, en su aspecto literal, indica canti- 4
dad entre un mínimo y máximo de pena; en su aspecto concep-
tual establece una tarea jurídica acotante de pena incluso por
debajo de los mínimos legales en determinadas circunstancias, como
luego veremos. Pero para que la cuantificación sea posible se re-
quiere de un momento previo que suele denominarse determina-
ción (de la clase) de pena, en el cual la agencia judicial selecciona
una dentro de la pluralidad de posibilidades legalmente previstas
(por ejemplo, prisión o multa).

**La ley no puede
convertir al juez
en una máquina
de castigar**

Si históricamente la política se ha encargado de sostener el 5
mito de la pena, no es raro que el legislador histórico haya procu-
rado fijarle al juez una tabla legal cuyo seguimiento determina
una pena exacta para el caso. Aquí la ley pretende medir –con la
exactitud de un mecanismo de precisión– la cantidad de dolor o
de privación que corresponde a un injusto culpable. Semejante
aspiración legislativa no hace más que agravar la irracionalidad
del fenómeno punitivo al imponerle al juez una tarea inhumana.

**Lo irracional
también tiene
excepciones**

Se llama *derecho de cuantificación penal* a la parte del dere- 6
cho penal que determina el poder punitivo que se habilita para
cada hipótesis dentro de los límites legales establecidos para cada
tipo. Sin embargo estos límites no dejan de ser una regla general
que admite precisiones y, también, numerosas excepciones. En
principio: a) los mínimos de las escalas penales señalan un límite
al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que otras fuen-
tes del derecho de cuantificación penal de mayor jerarquía no
obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los míni-
mos legales son provisionales hasta que una norma constitucio-
nal señale lo contrario. Además, b) existen reducciones de esos
límites en razón del menor contenido injusto, especialmente en lo
casos previstos en el art. 35 del CP (por ej. situaciones cercanas a
un estado de necesidad), al igual que en la tentativa y en la parti-

cipación. Por último, c) el código establece soluciones expresas, con límites diferentes, en los casos en que se hace necesario unificar condenaciones o penas.

§ 287. Límites penales, penas naturales y penas ilícitas

1 Se pretende explicar los límites mínimos de las escalas penales con recursos de prevención general negativa. Por ello se afirma que los montos mínimos disuaden del delito, por cuanto el agente piensa que los costos serán mayores que la ganancia. Pero esta creencia tiene los mismos defectos que la justificación preventiva de la pena: como no hay ningún dato de la realidad que permita generalizar la función disuasoria de la pena, tampoco los habrá para fijar un límite mínimo a esa función de prevención intimidatoria. Es otro caso donde la ley inventa el mundo.

Los mínimos penales constituyen otra ficción

2 Hace más de un siglo, los redactores del Proyecto de 1891 señalaban que *sin salir de lo sancionado por legislaciones tan recomendables como los códigos alemán, holandés, y otros, se habría podido suprimir en general el límite mínimo y establecer sólo el máximo de duración o de cantidad hasta donde podría llegar el magistrado. De este modo se le habría dado mayor latitud de juicio, y habría quedado en mejor situación para determinar la pena conveniente*. Esta opinión resulta inatacable para valorar la escala inferior como mínimo meramente indicativo, por cuanto de otra manera, los jueces no podrían resolver los casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos legales frente a la llamada *pena natural* o frente a la *pena ilícita*.

Un momento de cordura

3 Se llama pena natural al mal grave que se autoinflinge el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón. No puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia. No hay razón tampoco para limitar los perjuicios del autor a los de naturaleza física o corporal, pudiendo abarcar los de naturaleza económica o de otro

La pena natural

tipo con tal que lo sea con motivo del delito y siempre que estén en juego los principios constitucionales de mínima irracionalidad y de humanidad. Legalmente esta solución está comprendida en el art. 41 del CP que impone al juez la obligación de tomar conocimiento *de las demás circunstancias de hecho en la medida requerida para cada caso*, lo que por supuesto, abarca el caso de las penas naturales.

**Las penas
ilícitas son penas**

Cuando un procesado o condenado es víctima de un delito **4** cometido por un funcionario o en el ámbito público de custodia, es decir, cuando el sujeto activo se vuelve por acción u omisión del estado, sujeto pasivo de tortura, malos tratos, penas crueles, inhumanas o degradantes (prohibidas por el art. 18 de la CN y el art. 5.2 de la CADH), el juez que cuantifica la pena o que la revisa debe compensar ese perjuicio, aunque para ello los mínimos deban ceder o deba modificarse una pena legalmente impuesta. De otro modo una persona sufriría una pena prohibida por leyes de mayor jerarquía y ello sin perjuicio de la condena a los responsables (penar al torturador si se lo individualiza, no exime de compensar la pena al condenado). La respuesta punitiva a la pena ilegal, como cualquier pena no tiene capacidad para resolver ningún conflicto y el juez no puede ser obligado a lo imposible, sin embargo las normas constitucionales señaladas sí obligan al juez a realizar todo esfuerzo cuando éste es posible al poder compensarse el daño y evitar que la pena agravada por el hecho ilegal se vuelva cruel e inhumana. Los casos pueden resultar tan graves que hasta puede darse por compurgada una pena que se está ejecutando o reducirla a un mínimo simbólico si la pena ilegal ocurre antes de la sentencia.

§ 288. Otros casos de mínimos problemáticos

**La emoción
violenta**

Si la fórmula de la emoción violenta que el código penal con- **1**
sagra como atenuante para el homicidio y las lesiones es un claro supuesto de culpabilidad disminuida, no hay razón para que esta especial circunstancia de la culpabilidad penal sea ignorada en otros delitos, por ejemplo cuando el cliente enfurecido amenaza con un arma la restitución de un servicio esencial que fue cortado por falta de pago en una situación de crisis personal y económica

general. Incluso se llegaría a situaciones de intolerable irracionalidad porque si el autor del ejemplo llegara a matar a su víctima, en ambos casos la pena resultaría igual: de 3 a 6 años para cada delito (art. 149, ter y 81 inc. 1º), e incluso puede llegarse al colmo de penar más un robo que un homicidio si el mismo autor en idéntica circunstancia decide llevarse una computadora para causar un daño a la empresa. Por lo tanto todo caso de culpabilidad disminuida deberá resolverse en forma analógica *in bonam partem* al homicidio y lesiones cometidos en situaciones de emoción violenta, o sea que los otros casos deben sufrir una reducción proporcional porque esta forma particular de la culpabilidad es un dato de la realidad que puede estar presente en una pluralidad de conflictos, pero fundamentalmente porque la reducción no puede estar prevista para el conflicto más grave de todos (el homicidio) y negarse a otros menos graves e incluso leves. No es este el criterio que impera en la jurisprudencia, pero es el que impone el principio republicano de gobierno y la jerarquía de bienes jurídicos.

2 Pero los mínimos no sólo pueden resultar problemáticos por razones estrictas de la culpabilidad, sino que también pueden resultar excesivos en atención a lo que constituye el soporte de la culpabilidad, es decir, al injusto, por cuanto éste –sin que sea insignificante– puede resultar inferior a la entidad que demanda una pena conforme al mínimo de la escala.

**Mínimos altos
para injustos
leves**

3 Otro caso de mínimos que pueden resultar excesivos se presenta cuando la pena inevitablemente trasciende a la familia del penado y a otras personas. Para esta hipótesis el mismo código dispone en el art. 11 inc. 2º que el producto del trabajo del condenado se aplique a la prestación de alimentos. También cuando el art. 41 se refiere al sustento necesario para *los suyos*, y es especialmente grave cuando en la práctica la pena resulte en el riesgo de muerte para un tercero o en un daño tal para sus negocios que cause una situación grave de desamparo, etcétera. Esta trascendencia de la pena a terceros es intolerable cuando afecta especialmente a la propia víctima del delito. En definitiva, el principio constitucional de intrascendencia (o de personalidad) de la pena debe primar cuando el mínimo de la escala no alcance para impedirlo siendo necesario, en consecuencia, su reducción para evitar una pena inconstitucional.

**Trascendencia
mínima**

4 La Constitución al garantizar la no interferencia de la autoridad estatal en la cultura de los pueblos indígenas argentinos (art. 75 inc. 17) obliga a reconocer el hecho de que existen sanciones

**Peligro de
doble punición**

penales que se imponen y ejecutan dentro de estos pueblos y, por ende, pueden derivar en situaciones de doble punición que no es posible ignorar. Por lo tanto, en una situación de este tipo se impone descontar a la pena estatal la que se impuso según las leyes particulares de la comunidad respectiva.

**Cuidado con la
legislación
irracional**

Además de los casos citados, que por cierto no agotan el catálogo de situaciones fácticas en que puede presentarse un mínimo irracional, los jueces están obligados a apartarse cuando para un caso concreto el mínimo previsto sea irracional *en abstracto*, como ocurre en una época en que la legislación política de un país se ciñe exclusivamente a los problemas de seguridad. El caso más notorio –y que motivó una sentencia que la declaró inconstitucional– fue la ley que penaba el robo de un automóvil con armas con un monto mínimo de prisión más alto que el previsto para el homicidio. Esto equivale a decir que el juez debe también cumplir en el momento de la cuantificación un control de los montos mínimos de los delitos para evitar que la legislación penal se convierta en una fuente de creencias inhumanas.

§ 289. La escala penal en la tentativa

**La tentativa es
menos grave que
la consumación**

La más importante reducción de límites o escala penal por el menor contenido injusto es la señalada por el art. 35, que establece la pena que corresponde para el delito culposo (y si éste no existe no hay delito ni pena), cuyas particularidades fueron señaladas en otro apartado (ver § 195). A esta reducción le sigue en importancia otra que es la prevista en el art. 44, que establece las penas para la tentativa. El segundo párrafo prevé que si el delito consumado tiene como pena la reclusión perpetua, la tentativa será penada con reclusión de 15 a 20 años. Considerando derogada la pena de reclusión por su inconstitucionalidad, esta disposición pierde vigencia. El tercer párrafo establece que si la pena es de prisión perpetua la reducción será de 10 a 15 años, disposición que no presenta problema interpretativo alguno. Los problemas más serios se presentan con las penas temporales, es decir sobre la interpretación del primer párrafo que dice que *la pena que correspondería al agente que hubiese consumado el delito se disminuirá de un tercio a la mitad*.

2 Todos los antecedentes legislativos, incluso una parte de la doctrina (Soler) indicarian que el tribunal debe fijar la pena para el delito según la escala prevista para el consumado, y luego reducir esa pena entre un tercio y la mitad según las pautas del art. 41 del CP.

Se reduce de un tercio a la mitad de la pena que corresponde al delito consumado

3 La opinión anterior fue objeto de muchas críticas, entre ellas la imposibilidad de imaginarse algo que no existió y fijarle una pena. La interpretación dominante posterior –que se impuso en la jurisprudencia– concluyó con la reducción de la mitad del mínimo legal y de un tercio del máximo, dando lugar a una escala reducida con mínimo y máximo. Pero esto también es objeto de una crítica insalvable: el máximo de la tentativa de cualquier delito penado con pena de hasta 25 años de prisión, que es de 16 años y 8 meses, es superior a la pena de una tentativa para la prisión perpetua, que es de 15 años. Por otra parte, las escalas penales en todo el texto del código enuncian primero el mínimo y luego el máximo, por lo que no habría razón para interpretar que lo que primero enuncia el art. 44 en referencia a la escala sea lo último y lo que enuncia último sea lo primero. No obstante, suele sostenerse que esta interpretación es más favorable para evaluar la prisión preventiva que se rige por reglas taxativas de ex-carcelación y que fijan hasta tres años el mínimo de la escala penal que permitiría la libertad durante el proceso. Pero el control constitucional sobre la prisión preventiva no se hace alterando el significado dogmático del párrafo primero del art. 44 sino atendiendo a los supuestos de coacción directa que permiten distinguir la pena de una prisión preventiva que no tiene esa naturaleza (ver § 44.6).

La postura que reduce la mitad del mínimo y un tercio del máximo de la escala prevista

4 Conforme a los criterios de cuantificación penal del art. 41 del CP la pena para la tentativa en los delitos que tienen penas divisibles es la que, respecto del delito consumado, reduce un tercio del mínimo y la mitad del máximo. Parece la más restrictiva de la punibilidad, lo que es incuestionable respecto de los máximos aunque no en relación con los mínimos.

La postura que reduce un tercio del mínimo y la mitad del máximo de la escala prevista

5 No falta tampoco en este conjunto de opiniones aquella que sostiene que lo que debe reducirse del mínimo son dos tercios de pena y del máximo la mitad, pero la resistencia semántica de la expresión *se disminuirá de* no soporta la conclusión de que al mínimo legal deba sacársele dos tercios de pena. Tampoco por las

La postura más limitativa aunque sin apoyo en el texto legal

mismas razones podría interpretarse que lo que se descuenta en la tentativa es la mitad del mínimo y dos tercios del máximo.

**La opción
correcta**

Como señalamos, toda la tradición legislativa argentina desde Tejedor hasta el código de 1921 señala que la pena para el delito tentado debe fijarse entre la mitad y los dos tercios de la que le hubiera correspondido al agente por el delito consumado, es decir se disminuirá en un tercio a la mitad. Sin embargo, esta interpretación histórica y literal del texto no puede tener como consecuencia una pena superior a la mitad del máximo que se prevé para el delito consumado, porque de lo contrario la solución afectaría lo previsto para la tentativa en el párrafo tercero del mismo artículo: una tentativa de homicidio calificado que castiga con prisión perpetua no puede recibir una pena mayor a los 15 años; en cambio una tentativa de homicidio simple con pena de hasta 25 años puede recibir un castigo de hasta más de 16 años, lo que no puede admitirse. Es decir, si la pena para la tentativa de delitos penados con prisión perpetua no puede pasar de quince años, según el párrafo tercero, cobra racionalidad que la pena para la tentativa de delito con máximo de prisión temporal no pueda exceder los doce años y seis meses, lo que no puede considerarse un privilegio para delitos graves, sino una limitación abstracta general. Tampoco la crítica a la imposibilidad de representarse la consumación es válida para apartarse de la tradición legislativa, porque nunca se puede cuantificar la tentativa sin considerar hasta dónde podría haber llegado el hecho del autor en perjuicio de la víctima. Como no se puede valorar una parte de algo sin imaginar el todo que le da sentido, no es posible valorar una tentativa desde la cuantificación penal sino a través de una imagen de lo que podría haber resultado conforme al plan del autor y a las circunstancias objetivas de su evitación. El daño es la consumación del peligro, pero cuando sólo existe el peligro (tentativa) siempre lo es de un daño, es decir de una consumación que deberá representarse al juez para proceder a la cuantificación reductora del párrafo primero.

**La inhabilitación
perpetua también
se reduce**

En cuanto a la inhabilitación perpetua, la ley nada dice en caso de tentativa. No obstante, esta omisión legislativa debe corregirse porque constituiría una arbitrariedad intolerable que no se redujese la pena de inhabilitación perpetua en caso de tentativa, cuando en el mismo supuesto se reducen las penas de inhabilitaciones temporales. De modo que la solución analógica que se

impone *in bonam partem* es la que se establece para la prisión perpetua que la reduce a una escala entre 10 y 15 años.

§ 290. Los límites penales en la complicidad

1 El art. 46 establece una escala penal reducida *para los que cooperan de cualquier modo a la ejecución del hecho y los que pres-ten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo*, es decir para los cómplices no necesarios o simples. El inc. 2° del art. 41, por su parte, menciona especialmente como criterio cuantificador *la participación que haya tomado en el hecho* el autor o autores. Como la fórmula reductora es igual a la de la tentativa se procede como si se fijare la pena para un autor y se la reduce de un tercio hasta la mitad, pero también sin superar la mitad del máximo en función del límite implícito y abstracto de esta fórmula, para no caer en las mismas situaciones irracionales que mencionamos para la tentativa.

La complicidad secundaria se reduce igual que la tentativa

2 En los casos de complicidad en una tentativa de delito que tiene castigo temporal o perpetuo, debe seguirse el criterio según el cual la pena que corresponde es aquella que se disminuye de un tercio a la mitad o la que fija la ley para las perpetuas, pero su máximo no puede pasar de un cuarto del máximo de la escala del delito que se trate o la mitad de la escala máxima que fija la ley (doble reducción del límite abstracto general, art. 47). Esto último se impone porque no podría beneficiarse al autor de una tentativa de delito frente al cómplice del mismo delito que comete un injusto doblemente menor, ni al cómplice de una tentativa que fija una pena perpetua frente al cómplice de una tentativa que prevé pena temporal.

Doble reducción: la complicidad en la tentativa

§ 291. El principio de unidad de la respuesta punitiva

1 Cualquiera sea el número de penas impuestas que deban ejecutarse sobre la misma persona, siempre deberá observarse el

Para una persona, una sola pena

principio republicano que establece un mínimo de racionalidad de todo acto de gobierno y que hace necesario, por eso mismo, unificar el trato punitivo conforme a las particularidades individuales y de vulnerabilidad del sujeto concreto. De allí que no puede haber penas que superen el tiempo existencial de una persona. Este principio de unidad en la respuesta punitiva debe seguirse cuando:

a) exista una única acción pluralmente típica y una sola condena en un sólo proceso,

b) exista una pluralidad de injustos que deben ser condenados simultáneamente, porque ninguno de los delitos es anterior a un resto de pena no cumplido, y

c) cuando exista una pluralidad de condenas o restos de ellas que deban ejecutarse sobre la misma persona al cometerse un nuevo delito (o una pluralidad de ellos) durante el tiempo de una pena no cumplida en su totalidad.

Para una acción con pluralidad típica, la pena mayor

El primero de los supuestos aparece con una acción que tiene **2** efectos sobre más de una figura típica, por ejemplo el disparo que mata dolosamente y que al mismo tiempo lesiona a un tercero. Aquí funciona el principio de *absorción* que establece la imposición de la pena mayor. Saber cuál es la pena mayor no es fácil y ha sido motivo de serias disputas. No hay acuerdo sobre si la pena mayor es la más grave (la prisión es más gravosa que la multa) o la de más larga duración (la prisión en un caso tiene un máximo más alto que en otro).

¿Qué es una pena mayor?

Sin embargo, un criterio basado en la misma idea de absor- **3** ción indica que la pena mayor es la que afecta más gravemente la vida (derechos individuales) del penado. Pena mayor no es ni la más grave ni la de más duración, sino la que afecta más bienes jurídicos del penado. De modo que ésta será la que resulte de un juicio de gravedad concreta y no de su gravedad relativa abstracta, sin perjuicio de reconocer su valor para determinar lo anterior. No obstante, para los casos en que la gravedad abstracta sea igual (cuando las penas sean de igual naturaleza, de prisión por ej., pero con diferentes escalas de mínimo y máximo), la pena mayor será la de término medio más alto (que se obtiene dividiendo por dos la diferencia entre el máximo y mínimo, y sumándola al mínimo o restándoselo al máximo).

4 En los casos de penas alternativas deberán reducirse ambas a la de naturaleza más grave según las reglas de conversión del art. 24 y constatar cuál es la que tiene mayor duración, siendo ésta la decisiva. Reducidas todas las penas a la más grave de las conminadas, la mayor será la que tenga un término medio más alto según se explicó en el punto anterior.

**Pena mayor
entre alternati-
vas distintas**

5 Cuando se conminan penas conjuntas privativas de la libertad y de multa o de inhabilitación, éstas deberán reducirse a su equivalente de prisión y sumarse a la pena privativa de libertad que se conmina conjuntamente. Las penas accesorias sólo decidirían cuando las penas principales resultasen iguales.

**Penas alternati-
vas y conjuntas**

6 El principio de unidad, como se dijo, también alcanza a los casos en que a varios delitos les corresponde una variedad de penas por tratarse de una pluralidad de conductas. En tales casos existiría un conjunto de respuestas punitivas que habría que imponer en una única pena. Sabemos que la suma es un camino prohibido porque llega al absurdo y a lo completamente irracional. Otros, propusieron la solución del concurso ideal, es decir, la absorción, pero es cierto que si esta regla alcanza a una pluralidad de conductas típicas podría objetarse que con ello se beneficia al autor de varios delitos, tratándolo como si hubiese cometido uno sólo. Esta regla de la suma fue norma en el derecho imperial romano y se extendió hasta el derecho feudal del *ancien regimen*, contra la que reaccionó el código burgués de 1791 estableciendo un principio de absorción para la pluralidad delictiva. Sin embargo, otros códigos posteriores más conservadores volvieron sobre criterios aritméticos pero con límites que evitaban las penas absurdas.

**La unidad
también abarca
a la pluralidad
de conductas
delictivas**

7 Sin embargo, no se salió de la lógica de la suma hasta que se introdujo el sistema de la *aspersión* tomado del código holandés, del italiano y del alemán imperial. Este es nuestro sistema legal que consiste en formar una escala tomando como mínimo el mínimo mayor de todas las escalas, y estableciendo un máximo que es resultado de la suma aritmética de todos los máximos, pero que no podrá exceder de veinticinco años de prisión o reclusión.

La aspersión

8 Esta forma de fijar una escala distinta, de todas las que integran la pluralidad delictiva y que resulta abarcativa del contenido penoso de cada una de ellas se conoce, como ya sabemos, con el

**Una única
condena para la
pluralidad
delictiva**

nombre de *concurso real* (ver § 268.2). Evidentemente su sentido práctico era facilitar una fórmula de cálculo para imponer una sola pena por varios delitos que tienen cada uno su respectivo castigo. La aspersión era el modo en que una nueva escala contendría la gravedad relativa de todas y resolvería la diferencia buscada con el supuesto del concurso ideal. Este procedimiento, en la mayoría de las legislaciones se aplicaba para el caso de concurso real de delitos juzgados en el mismo proceso, en los que el juez, si condenaba, cuantificaba la pena con la nueva escala que le proporcionaba la fórmula. Sin embargo, el código argentino (siguiendo al de Zanardelli) va más lejos y establece una mayor extensión de la regla del concurso real (arts. 55, 56 y 57 del CP) con el resultado de una verdadera norma que establece el principio regulativo de la *pena total*, es decir, del principio de unidad para los casos de pluralidad de conductas delictivas (art. 58). Según esta norma, un juez puede imponer una pena total por delitos y condenas resueltas en otros tribunales con anterioridad a la sentencia condenatoria que impone la pena total, pero siempre y cuando las condenas anteriores sigan vigentes en sus efectos o exista un remanente de pena al momento de comisión del o los delitos que motivaron la causa en la que se dictará la pena total.

**Pluralidad
de condenas
anteriores
vigentes**

El principio también abarca al sujeto que haya cometido va- 9
rios delitos, ninguno de los cuales sea anterior a una condena vigente, pero, que se juzgan simultáneamente en distintos tribunales. En esta hipótesis, la cosa juzgada cede en cada caso y el juez que condena en último término o, cuando éste no lo haya hecho, el que haya impuesto la pena más grave, fija una pena total aplicando las reglas del concurso real. A esto se llama unificación de condenas y está prevista en uno de los casos del art. 58 CP.

**Los delitos que
se cometen cum-
pliendo pena**

La última hipótesis se plantea en los casos en que el sujeto 10
comete un delito después de la sentencia firme que le impuso pena y que está cumpliendo, por lo que la condenación no puede desaparecer como en el caso anterior. Aquí el juez que condena en último término o el que impone la pena más grave también fija una pena total con las reglas del concurso real, pero teniendo en cuenta un resto de pena que no se cumplió. Esto recibe el nombre de unificación de penas y constituye el segundo caso previsto por el art. 58 CP.

§ 292. Concurso real en un único proceso

1 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. En su versión originaria de 1921, el CP precisa que, sin embargo, esta suma no podrá exceder el máximo de la especie de pena de que se trate. Esta disposición pone un límite a la pulsión irracional de sumar penas como si se tratara de cosas que se cargan sobre el condenado una arriba de otra. Las especies constitucionales de penas del art. 5 son: prisión, inhabilitación y multa, y sus máximos legales están en los delitos de la parte especial del código, de modo que si lo que está en juego son penas de prisión temporal la pena total, en ningún caso, podría superar los veinticinco años de prisión.

La pena total en este supuesto se construye con la regla del art. 55

2 Se ha pretendido que estos límites fueron alterados en las escalas de los arts. 227 ter y 235 tercer párrafo, considerándolos casos de máximos de prisión superiores a los 25 años. Esto no es cierto, no sólo porque ninguno de esos delitos tiene en su escala una pena máxima de 25 años, como por ejemplo la tiene el homicidio del art. 79, sino que, al contrario tienen penas máximas menores. Por otra parte, no puede sostenerse que estos delitos, que son el resultado de un conjunto de límites con los que la política penal liberal intentó poner freno a la pulsión siempre recurrente de poder absoluto, en lugar de una prevención contra lo irracional, sean ahora una fuente de donde improvisadamente y sin responsabilidad, se extraiga la supresión de un límite histórico, que ni la dictadura llegó a desconocer en el ejercicio punitivo formal. Todo esto sin mencionar cuestiones no menores, como la alteración de toda la armonía de las disposiciones sobre libertad condicional, prescripción, tentativa, participación, etcétera.

El máximo de la prisión temporal se mantiene en veinticinco años

3 Sin embargo, el límite histórico de los veinticinco años a secas, también es ilegal por irracional. Prestemos atención a lo siguiente: aun bajo una constante pulsión punitiva, nadie en su sano juicio podría consentir que una *mechera* sea condenada a una pena de 25 años a causa de una pluralidad de hurtos en tiendas y negocios, o que un joven pendenciero sea condenado a la misma pena por romper vidrios un día tras otro hasta ser detenido. Salvo

Veinticinco años no soluciona el problema

en sistemas punitivamente desquiciados, es decir en estados policiales y genocidas, en que la alucinación impide formular diferencias y matices vitales, nunca se negó que el homicidio debía ser penado más severamente que la reiteración de hurtos o daños, u otros delitos menores. Especialmente, desde la segunda mitad del siglo pasado en el que las legislaciones nacionales debieron arreglar el trato punitivo a las condiciones que fijaron normas de derechos humanos elementales como también al clima de repudio frente al abuso intolerable de poder punitivo.

**La reforma de
la ley 25.928**

El sistema de penas flexibles, o sea, cuantificables entre un 4
mínimo y un máximo, no lesiona la legalidad, siempre que respete un mínimo de racionalidad republicana. Pero la escala tradicional del art. 55 excede cualquier límite de irracionalidad, pues ante un concurso real de trece hurtos simples le otorga al juez una amplitud punitiva que va de seis meses a veinticinco años, es decir, mucho mayor que la del homicidio, que es una de las más amplias. Una pena que puede elegirse entre seis meses y veinticinco años no responde a ninguna escala, sino a una habilitación legal de la más completa arbitrariedad. En consecuencia, el art. 55 CP es lesivo del principio de legalidad estricta y, entendido literalmente, sería inconstitucional. La ley 25.928 de 2004 superó en mucho el defecto que el CP arrastra desde 1921, porque elevó el límite de la pena total a cincuenta años, de modo que para veintiséis hurtos simples (el caso de la *mechera* de tienda) establece una pretendida “escala” que va de seis meses a cincuenta años. Hasta la grosería tiene límites y la irresponsabilidad también. Además de que una pena de cincuenta años es inconstitucional porque es de imposible cumplimiento, dado que en casi todos los casos supera la media de vida de la población del país, lleva la lesión a la legalidad estricta hasta un límite que ni la más pura legislación autoritaria de entre guerras hubiese imaginado. Por su burda violación a la Constitución es preferible tenerla por no escrita y seguir ateniéndonos al venerable límite de veinticinco años, que durante más de ochenta años a nadie se le ocurrió tocar.

**No es viable
la inconstitucionalidad del
art. 55 CP**

La escala penal del art. 55 del CP lesiona el principio de legalidad, por lo cual es inconstitucional. Pero si se declarase su 5
inconstitucionalidad, se caería lisa y llanamente en la sumatoria de todas las penas, o sea, en una irracionalidad más inconstitu-

cional aún, pues en muchos casos se excedería la posibilidad de vida del condenado, cayendo en el absurdo, como sucede con algunas legislaciones que incurrir en lo ridículo al imponer penas de siglos.

- 6 Dado que el art. 55, en su interpretación literal, es inconstitucional, pero que esa inconstitucionalidad no es viable, so pena de incurrir en otra violación mayor a la propia Constitución, se impone integrar de alguna manera la ley vigente, haciéndola compatible con la ley máxima. Para ello resulta útil tener en cuenta que el legislador de 1921 simplificó las normas de sus modelos extranjeros –italiano y holandés–, pero dejó en el camino un límite que agregaba al consagrado art. 57 del código holandés. En efecto: este código, además del máximo que establece el nuestro, agregaba que tampoco podía superar el máximo mayor más un tercio.

**El recurso a la
interpretación
histórica**

El legislador argentino, con el estilo sobrio de redacción que caracteriza al código, sólo dejó como señal de esa inspiración y fuente la limitación del máximo legal de la prisión, pero no transcribió la primera y más importante regla con la que se limitaba el sistema de aspersión que se adoptaba: que la suma de los máximos no podía superar en un tercio el máximo más alto. Si el legislador argentino no hubiese querido limitar la pena que corresponde para una pluralidad delictiva no se hubiera tomado el esfuerzo de fijar ninguna regla o hubiese seguido la reglas absurdas de la suma aritmética. Por ende, si el legislador adoptó como fuente un norma cuya orientación es la única compatible con el principio constitucional de prohibición de penas crueles, debe entenderse que el art. 55 lleva en su interpretación histórica y constitucional la regla cuya transcripción se omitió, quizás en busca de una simplificación en el uso del lenguaje. Por ello, para evitar una interpretación de la que se siga una pena cruel, debe adoptarse el criterio que establece (la regla tácita del art. 55) que la suma de los máximos en juego no pueden superar un tercio del máximo mayor.

Como de esta operación resulta una escala y como la cuantificación es de una pena total, además de seguirse las pautas establecidas en el art. 41 que se explicarán en el capítulo siguiente, deberá observarse para su determinación que el fin de la pena total es evitar la acumulación de cada una de ellas, como

predican los que, en un raptó de omnipotencia creen haber encontrado la regla aritmética para cuantificar una aflicción que puede abarcar todos los aspectos de la vida del penado.

Sistema de combinación de penas

Para aquellos casos en que, no sólo están en juego penas de 7 prisión, sino también la de multa e inhabilitación, éstas se combinan con la de prisión pero sin someterse a las reglas de la reducción, pues ellas se aplican en forma conjunta (art. 56).

§ 293. La pena total en la unificación de condenas

Una norma poco clara

La primera norma señalada por el art. 58 CP dice que *las 1 reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme, se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto*. Es una norma que lo único claro que tiene en su famélica redacción es la aclaración de que para los demás supuestos de pena total rige lo dispuesto en el art. 55. Las interpretaciones que se ensayaron en la doctrina fueron dispares e incoherentes; sin embargo, sólo hay dos hipótesis que pueden presentarse, independientemente de la imprecisión del lenguaje legal. La primera se presenta cuando ningún delito es posterior a una condena (no hay condena anterior en ningún delito), es decir, cuando las condenas se siguen unas a otras, pero los delitos que las motivan se cometieron sin condenas anteriores; esta hipótesis se denomina unificación de condenas y lleva como presupuesto que el principio de cosa juzgada cede a favor de la pena total como evitación de una pena cruel. De esto se sigue que el tribunal de la pena total (el que condena último, o el de la pena más grave) puede aplicar su propio criterio dentro de la escala que se obtiene del concurso real, incluso sin quedar obligado a respetar los montos de las condenas anteriores, porque pese a su valor indicativo, otras razones fundadas en las previsiones legales para la individualización de la pena prevista por el art. 41 pueden resultar determinantes para fijar una pena total más benigna que alguna de las que se impusieron en las condenas anteriores, incluso en la forma de su cumplimiento (la pena total puede ser de cumplimiento condicional aunque exista una anterior de cumplimiento efectivo).

2 Como hay concurso real siempre que exista una pluralidad delictiva sin que haya condena anterior para ningún hecho, la pena total en la unificación de condenas abarca también el caso de unificación de una condena cuya pena se declaró compurgada por la prisión preventiva sufrida o que se está cumpliendo. Por ello resultaría ilegal ignorar en la pena total la que se cumplió en prisión preventiva o la que se cumple por condena cuando no es anterior a ninguno de los otros delitos.

La pena cumplida también se unifica

3 El tribunal que condena en último término, o el de la pena más grave si el anterior no lo hizo, no está obligado a individualizar el monto de la pena que corresponde al delito que le tocó juzgar, bastando para cumplir con los arts. 55, 56 y 57, que individualice la pena total con auxilio de la escala y los límites (el expreso y el tácito) que estas normas determinan.

Individualización de la pena total

4 También debe aclararse, aunque resulte más que obvio, que la pena total por unificación de condenas, hace desaparecer la forma y los efectos de las condenaciones anteriores: cesan la condena y la libertad condicional, sin perjuicio de que podrían obtenerse nuevamente si la condenación única lo permitiera.

Las condenas anteriores desaparecen con sus efectos

§ 294. La unificación de penas

1 La segunda hipótesis de pena total del art. 58 se presenta cuando el agente comete uno o varios delitos mientras cumple pena por una condenación anterior. Sin embargo, como la condena anterior no desaparece (ni tampoco la pena que contiene), porque no fue pronunciada en violación a las reglas de la unificación del art. 58 (como ocurre en los casos de unificación de condenas), lo que se unifica no son las condenas sino las penas: la del nuevo delito con el resto de la anterior que no cumplió en prisión. En este caso no se revisa la condenación anterior, de ella lo único que se toma para la pena total es la parte de pena que no se cumplió. Esto determina que la pena total por unificación nunca pueda ser inferior a la parte de pena que falta cumplir. Esta limitación no es legal sino impuesta por una realidad que el juez no puede alterar. Debe quedar claro entonces que lo que se unifica no puede ser

Se unifica lo que resta con la pena que falta

nunca una pena que se cumplió en su totalidad o en parte porque ello también implicaría una alteración grosera del sentido de la realidad.

**Una escala
con límites
particulares**

De lo anterior se concluye que la escala penal para la pena **2** total en casos de delitos cometidos bajo las anteriores circunstancias, deba estar determinada por el mínimo de la escala del segundo delito o por la cuantía del resto de pena que falta cumplir (según cuál sea la mayor). El máximo se obtiene con el monto de la pena sin cumplir más el que razonablemente le correspondería por el segundo delito. No obstante por la regla implícita del art. 55 nunca el máximo podría superar en un tercio la escala mayor del segundo delito o la pena máxima del primero (si resulta mayor) reducido al porcentaje de la pena no cumplida e incrementada en un tercio (por ejemplo, quien cumplió la mitad de una pena de diez años por homicidio simple, tendrá un máximo de 12 años y 6 meses aumentado en un tercio: 16 años y 8 meses). Por supuesto, tampoco esta aspersión podrá superar el límite expreso de los 25 años.

**La excepción a
la unificación
de pena**

Se trata del caso de un sujeto que comete una nueva falta **3** pero registra con anterioridad una condena impuesta en los términos del art. 27 del CP, es decir comete un nuevo delito con posterioridad a una condena condicional sin que entre la fecha de esta condena y la comisión del nuevo delito hubieran pasado los cuatro años que establece aquella norma para que a la primera condenación se la considere *no pronunciada*. Cuando ello ocurre, el sujeto deberá cumplir la pena impuesta en la primera condena con la que corresponda por la segunda. Esta pena total es una excepción a la unificación de pena por cuanto en estos casos no hay restos de castigo que unificar; lo que se unifica con la pena que corresponde al segundo delito es una pena cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso por el juez o el tribunal que condenó en primer término. Como excepción y como en los casos de unificación de condenas, el juez tiene un margen mayor de libertad para la construcción de la pena total que llega incluso a la facultad de imponer un castigo inferior al impuesto por el primer delito, aunque su modo de ejecución siempre será de cumplimiento efectivo por aplicación del art. 27.

§ 295. Competencia para unificar penas

1 El art. 58 consagra el principio de la pena total o prohibición de coexistencia de penas independientes, disponiendo que en cualquier caso procede la unificación de condenas o de penas conforme a las reglas precedentes, que son las de los arts. 55, 56 y 57. La unificación de las condenas y de las penas debe hacerla el tribunal que pronuncia la última sentencia, correspondiendo que lo haga de oficio. Si esto no se hace y para evitar una violación a la pena total, el mismo art. 58 establece la solución: *corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras*. Si las penas son iguales, el juez natural para la unificación será el que recibió el reclamo.

**El que castiga
último o el que
castiga más**

2 Así como se admite –únicamente en beneficio de la persona– la revisión de una condena firme en situaciones extraordinarias para evitar un agravio intolerable (el penado no fue el autor del homicidio, por ej.) a través del recurso de revisión que cancela la cosa juzgada, lo mismo ocurre para evitar otra consecuencia intolerable: la acumulación absurda de penas. El principio de la pena total requiere en ocasión de la unificación de condenas (excepcionalmente en la de penas), la suspensión de la cosa juzgada para permitir la construcción de una pena que sea síntesis del conjunto punitivo y no simplemente suma aritmética. Si en estas hipótesis la cosa juzgada no cede, la garantía se convierte, automáticamente, en un grave obstáculo a la prohibición constitucional de penas crueles. Por ello, lo único que debe respetar el juez natural de la unificación son *las declaraciones de hechos contenidos en las otras*, es decir, las conclusiones acerca del delito en lo fáctico y su valoración jurídica. Finalmente, tampoco un eventual conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y federal puede convertirse en impedimento para la unificación. El último párrafo del art. 58 dispone que en esos casos unifica la justicia federal; y si por cualquier razón no se puede aplicar esta regla, decide la justicia ordinaria.

**Un caso extraño
de revisión de
condena firme**

CAPÍTULO 30

La construcción de la respuesta punitiva

§ 296. Los fundamentos constructivos

1 En el último capítulo, lo abstracto de la teoría se hace concreto y real, es decir, lo *abstracto jurídico* se vuelve *concreto penitenciario*, la *idea* de pena pierde toda mistificación y un *concepto* cobra vida en una cantidad de dolor o privación. Cuando se trata del *castigo en acto* todo se pone a prueba. Por esta razón, la construcción de una pena que sea lo menos irracional posible en relación con un injusto culpable, requiere la firmeza de los puntos de partida conceptuales de *la teoría de la pena* y de la sistemática elaboración de filtros dogmáticos en la *teoría del delito*.

El juez
y la pena

2 No hay otro momento comparable donde la razón humana se exhiba tan débil frente a la irracionalidad absoluta, como en aquél en que un hombre investido de autoridad decide un monto de dolor y privación, porque se cree que resulta un bien para alguien o para la sociedad. Pero nunca el fracaso de la razón resulta tan aberrante como en los casos donde estas creencias fallan, cuando aquella finalidad pierde todo sentido y el uso del dolor se convierte en sacrificio ritual para que la población crea lo que de otro modo jamás creería. ¿Hay alguna diferencia para la sociedad entre una pena de diez años de prisión impuesta porque aún existen jueces que creen en su función positiva, de otras que no están motivadas más que en el interés por la conservación del cargo o en fortalecer una imagen pública de “lucha contra el delito”? Claro que las hay y muy importantes, tanto como las que separan las buenas intenciones de las malas. Pero ni la hipocresía ni las falsas creencias son herramientas apropiadas cuando se tiene por fin el bienestar de la población. ¿Habrá diferencia con el supuesto en el

¿En qué piensa
un juez cuando
castiga?

que el juez asume como función jurídica reducir hasta donde le sea posible las más graves notas de irracionalidad que posee el acto de penar? Este es uno de los problemas más importantes que enfrenta la reconstrucción del saber jurídico-penal contemporáneo, que se expresa en toda su dimensión en el momento de la elaboración estatal de una pena en concreto para una persona también concreta.

**La propaganda
punitiva que
intranquiliza
al juez**

En la *teoría de la pena* se puso de manifiesto que el castigo **3** estatal es un daño sin sentido a la vida humana; que el poder punitivo es una amenaza para la existencia misma de una sociedad cuando la pena adquiere la forma de la guerra, y que el programa político que organiza la violencia estatal requiere, por eso mismo, una necesaria contención –como mínimo– desde otro poder (el jurídico), más concretamente desde la agencia judicial. También se señaló que en este programa provisto por el saber jurídico a los jueces, nunca podrían faltar para su elaboración los datos de la selectividad penal y de la falsedad de los discursos legitimantes del castigo estatal.

Sin embargo, también es dato de la realidad la influencia de las ilusiones penales en la población, en los funcionarios y todavía en el mundo académico. Esto tampoco debe ser motivo para el desaliento y el escepticismo. En sociedades donde el conflicto resulta estructural y el delito se proyecta como violencia de humanos socialmente desfavorecidos (vulnerables), es inevitable que consignas como *la pena previene el delito, el castigo es la consecuencia de una infracción penal, el aumento de pena disuade la comisión de delitos graves, al delito hay que combatirlo con dureza*, se tomen por lo único real y posible. La general privación de bienestar, y por lógica consecuencia la falta de seguridad, tornan posibles estas creencias. Entonces, ¿Cómo reducir esta presión que opera sobre las agencias judiciales en el momento de imponer una pena? ¿Cómo contener desde el discurso jurídico la apología política del castigo estatal y el peligro que ello encierra para los habitantes? ¿Cómo construir una pena concreta para un injusto culpable sin que el discurso supersticioso de la “razón de estado” meta la cola como el diablo? Estas preguntas del saber jurídico sólo pueden hallar respuesta en la *teoría del delito*, especialmente en todo lo que la idea de culpabilidad puede dar de sí para cumplir su función jurídica de contener el poder punitivo irracional hasta donde sea posible.

- 4 La función política reductora o *mínimo de irracionalidad* del derecho penal se consume en la pena cuando su cuantía se fija por efecto de una doble valoración: (a) la reprochabilidad por el acto y (b) la reprochabilidad del esfuerzo por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo. No hay matemática penal ni razones de estado a las que se pueda apelar para reemplazar la culpabilidad normativa (síntesis del doble juicio de reproche) como recurso para eliminar las manifestaciones más groseras del proceso de criminalización secundaria que el poder punitivo somete a decisión de los jueces.

**Cómo limitar
hacia lo menos
irracional posible**

Cuando a la cuantía de la pena se la hace depender de una suma de valoraciones ajenas a la teoría del delito o a consideraciones de una pretendida necesidad estatal de pena, el *estado de derecho* se declara impotente ante el *estado de policía*, o el *derecho frente a la política* y la *política frente a la publicidad*.

- 5 No existe en la teoría de la responsabilidad ningún reductor operante en la función contentiva del momento de la cuantificación penal, que no sea una proyección de los filtros de la teoría del delito, y por lo tanto, tampoco existe una culpabilidad de cuantificación penal distinta de la culpabilidad normativa del delito. La culpabilidad de cuantificación penal es, en esencia, la misma del delito, sólo que en la *teoría de la responsabilidad* es considerada desde un punto de vista diferente al de la perspectiva que se toma en cuenta para la teoría del delito. En esta última, el delito se presenta como un acontecimiento estático y, por ende, se trata de un artificio analítico: la tipicidad penal procede de un segmento temporal, el *pragma*, y fija ese momento mediante la comparación con la figura legal, en tanto los restantes caracteres o filtros del delito deben referirse necesariamente a esa imagen contenida. Pero el conflicto que el tipo legal fija y atrapa es dinámico porque es social, y la sociedad humana tiene esa naturaleza. Por ello, en la construcción de la respuesta punitiva se retoma el carácter dinámico del hecho en su conflictividad lesiva. De allí que el injusto mismo pueda alterarse, por ejemplo cuando el conflicto pudo resolverse parcial o totalmente con posterioridad al hecho (mediante reparación de la lesión), en los casos en que las condiciones del agente y del medio pueden haber cambiado de modo sustancial (enfermedad grave, perdón de la víctima, modificación en la valoración social o pública del hecho, paso del tiempo), etcétera.

**Los reductores de
la teoría de la
responsabilidad
son los de la
teoría del delito**

Insuficiencia de la culpabilidad de acto

Por lo tanto, *la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad en perspectiva dinámica*. La culpabilidad por el acto señala el límite máximo de la pena en concreto, porque es el máximo de reproche, a lo que debe descontarse, de ser posible y hasta donde lo sea, lo que no es imputable a su esfuerzo por la selección por el poder punitivo, es decir su estado de vulnerabilidad. Por ende, la medida de la culpabilidad debe sólo responder al esfuerzo personal del sujeto por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. **6**

La culpabilidad desaparece frente al orden extremo

¿Cuál es el contenido del reproche de culpabilidad por el acto **7** y por la vulnerabilidad? En el primero operan las motivaciones, porque son las *razones* para la acción formadas por un entramado personal de creencias, ideas y afectos que no pueden pensarse sino en relación con un medio histórico y social siempre restrictivo para la existencia, en mayor o en menor medida. Las motivaciones responden a la pregunta *¿Por qué lo hizo?* en cuya respuesta nunca podría faltar una comprensión de aquella personal y social situación frente al hecho concreto. Esto último, que para las ciencias sociales y para la psicología constituye el estudio mismo del comportamiento humano, para la filosofía moral representa lo que se ha denominado *ámbito de autodeterminación del humano* (o ámbito de determinación, según se lo mire). Con dicho aspecto debe tenerse precaución. En este campo ideal de la moral, toda tensión entre el conjunto de necesidades para la vida humana y la realidad para satisfacerlas puede ser eliminada, y en su lugar montarse un juicio valorativo de conducta tan severo que lo único que importe sea el cumplimiento del mandato sin consideración de otro aspecto relevante del problema. De allí que las racionalizaciones de la culpabilidad en los *estados de policía* (fascismo, dictaduras) o con *tendencia* (situaciones de emergencia punitiva bajo régimen democrático) eleven irracionalmente los requerimientos de fidelidad y supriman del discurso jurídico y en la práctica la función de la culpabilidad en la construcción de la pena. Esto siempre ha servido para fomentar la distinción moral entre aquellos que a pesar de su pobreza y demás privaciones obedecen la ley, de los que, por el contrario, demuestran con su crimen una falta de lealtad tal a la superioridad del estado que transforman su culpabilidad de acto en enemistad declarada a la ley. Cuando se pretende que la esencia del delito finca en una violación a la fidelidad normativa no hay lugar para la culpabilidad por el acto, porque de reconocerla, como hace la filosofía moral

de tradición liberal al exigir que el cumplimiento de un deber debe presuponer un espacio mínimo de autodeterminación humana, no puede mantenerse la estabilidad del principio de autoridad absoluta.

- 8 En este otro sentido liberal, se ha entendido que merece valoración radicalmente distinta el que mata en una situación de necesidad terribilísima para salvar su vida del que lo hace porque considera una amenaza las ideas políticas de la víctima. Lo mismo ocurre para el autor de robo motivado en la abstinencia y el dueño de un banco que fraudulentamente lo quiebra. Estas particulares situaciones personales y sociales constituyen los datos de realidad sobre los que se construye la culpabilidad por el acto. En conclusión, en el juicio de culpabilidad por el acto no puede faltar un mínimo de autodeterminación. Sin embargo, esta posibilidad no agota la culpabilidad normativa porque todavía no se sabe nada acerca de la mayor o menor amplitud de la misma en relación con la selectividad penal.

La autodeterminación mínima que permite la culpabilidad de acto

La amplitud o menor grado del ámbito de decisión se intentó fijar con muchas fórmulas; la más difundida fue la que exigía una posibilidad de *actuar de otro modo*; pero nunca resolvió si era una solución verificable o meramente normativa y por ende puro acto de poder; otros, frente a la dificultad, optaron por negar el mismo concepto de autodeterminación, vaciando la culpabilidad de todo contenido humano y social, convirtiéndola en recipiente donde la autoridad coloca sus necesidades permanentes y coyunturales de pena.

- 9 Al reproche por el acto, que permite a la pulsión de pena ubicarse en los umbrales de una escala para extenderse en toda su extensión, se contrapone una resta (que siempre es posible porque el poder punitivo opera selectivamente en su mayor medida sobre el estereotipo de inferioridad social e individual) o la imposibilidad de ella (situación excepcional para el poder punitivo) que toma en cuenta el estado de vulnerabilidad del agente (que no debe ser nulo porque se requiere un mínimo de autodeterminación) en relación con el esfuerzo personal que el agente pone para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad (para resultar criminalizado). A esta situación se llega fácilmente cuando se parte de un alto estado de vulnerabilidad, de modo que la pulsión de pena, cualquiera sea el origen, quede contenida hacia el mínimo o, incluso, por debajo del mínimo legal; y viceversa,

Tampoco hay culpabilidad cuando se ignora la selectividad penal

cuando desde un bajo o bajísimo nivel de vulnerabilidad se realiza un esfuerzo enorme por alcanzar una situación de vulnerabilidad frente al poder punitivo (criminalización por retiro de cobertura), se reduce la posibilidad de filtrar aquella presión hacia mayor contenido de pena.

Las formas de la selectividad penal

Los extremos más altos del estado de vulnerabilidad corresponden a características del estereotipo criminal; los más bajos operan en los supuestos de criminalización secundaria por retiro de cobertura, respecto de personas con escasísimo estado de vulnerabilidad. Aunque cabe advertir que también existe poca o nula capacidad del poder jurídico para reducir presión de poder punitivo dentro de una escala penal en los supuestos en que, partiendo de un alto grado de vulnerabilidad exista, a la vez, un esfuerzo también elevado por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad (por ej. un homicida serial). **10**

A diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los casos, en que el poder jurídico puede agotar su capacidad limitante declarando una vulnerabilidad no imputable al agente, en los supuestos en que el esfuerzo por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad es elevado, la agencia jurídica tiene capacidad muy limitada para contener la presión de poder punitivo hacia la escala penal en toda su extensión, como ocurre frente al genocidio.

Injusto y vulnerabilidad

Por último, debe señalarse que en los presupuestos de la culpabilidad por el esfuerzo, de ningún modo se olvida considerar la situación del injusto penal para construir la pena. Es decir, lejos de apartarnos de la magnitud de la conflictividad lesiva, ésta constituye el material mismo para pensar una culpabilidad normativa. El esfuerzo por alcanzar una situación de vulnerabilidad concreta al poder punitivo (criminalización secundaria), siempre será medido atendiendo al tipo de conflictividad lesiva de que se trate y a la magnitud de su afectación. **11**

§ 297. La base normativa para la construcción de la pena estatal

El concepto de peligrosidad del art. 41

El art. 41 del código penal constituye la base legal infraconstitucional más importante del derecho de cuantificación penal **1**

argentino. Es un texto que, bastante alterado y confundido, como también injertado con elementos extraños y antagónicos, se remonta al Código de Baviera de 1813 de penas muy severas como las de la época, pero flexibles –con mínimos y máximos–, con criterios objetivos generales en cuanto a la magnitud del injusto, y atenuantes y agravantes con relación a lo subjetivo. El origen de esta técnica obedecía a la necesidad de las revoluciones burguesas de reducir el margen de arbitrariedad en las decisiones de una magistratura que todavía no se había disciplinado del todo al nuevo régimen político.

El principal problema que plantea el art. 41 CP para cualquier reconstrucción dogmática de su desordenado contenido, es la inclusión del concepto positivista de peligrosidad del siglo XIX, antojadizamente injertado en el texto, que resulta insostenible en la actualidad por su incompatibilidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

- 2 *Peligrosidad* se llama al síntoma de inferioridad moral y biológica de la persona, que es tomado en cuenta por el poder punitivo para ejercer su selectividad penal. Toda persona reducida a simple mecanismo amenazante con probabilidad de saltar el “cordón sanitario” de la ley penal es objeto, por eso mismo, de una cantidad de privación y sufrimiento que se estima sobre la base de aquel pronóstico. Pero es inaceptable que una pena funde su cuantía por considerar al agente un “subhumano” y someterlo a una cábala judicial a través del cálculo inverificable de probabilidades.

**La peligrosidad
es el pretexto
de la selectividad
penal**

- 3 Por ende, cualquier interpretación constitucional de la *peligrosidad* del art. 41 impone descartar que se refiera a una cualidad personal que denote inferioridad y que opere sobre un pronóstico de futuro.

**Peligrosidad es
la del poder
punitivo**

El único sentido de la idea de *peligrosidad* que puede seguir una interpretación constitucional deriva de la función política que se le asigna al derecho penal: la de contener poder punitivo en los límites de mínima irracionalidad. *Peligrosidad*, entonces, será la calidad de toda conducta (injusto valorado *ex ante*) que pueda afectar esta función y eso ocurre en los casos, siempre excepcionales, en donde un elevado esfuerzo por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad agota cualquier posibilidad de reducir la tensión que presiona sobre los filtros constructivos de una pena estatal. El máximo de peligrosidad está dado por el genocidio, que

casi elimina la capacidad de contención jurídica del derecho penal. Todo crimen contra la humanidad pone en peligro la función reductora del derecho penal, porque virtualmente la neutraliza.

**El mínimo de
inmediación y la
prohibición
de doble
desvaloración**

El último párrafo del art. 41 CP establece que el juez *deberá* 4 *tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.* Esta disposición posee una doble función, de naturaleza material y procesal. (a) En primer término obliga al juez a tomar conocimiento de la proyección o dinámica del conflicto en el momento de cuantificar la pena en la sentencia, no sólo tomando en consideración el momento que cristaliza la tipicidad penal sino que, fundamentalmente, deberá considerar la perspectiva del conflicto desde la posición de la víctima. (b) En lo procesal, garantiza que el imputado tenga la última palabra en el juicio, y además impone el necesario contacto personal entre éste y el juez, cualquiera sea la forma que asuman los procesos penales en las distintas jurisdicciones.

Aunque no está expresamente consagrada en la legislación argentina, es una cuestión de lógica jurídica y expresión del *non bis in idem* el principio por el cual, si una circunstancia está contemplada en el tipo legal, no debe ser tomada en consideración para la cuantificación de la pena, como es el caso de reciente sanción (art. 41 bis, CP) que agrava penas para delitos que se cometan con armas, que nunca sería aplicable cuando el uso del arma sea requerimiento objetivo del tipo específico. Esta regla elemental impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o calificada, pueda ser considerada entre los criterios que agraven la pena, pues ya integra el desvalor del injusto sobre el que se apoya la culpabilidad.

**La magnitud
del injusto en
el art. 41**

El art. 41 CP señala que se tendrán en cuenta para la deter- 5 *minación de la pena la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados.* Sin embargo, las referencias al injusto no se agotan en el inc. 1º, pues en el inc. 2º se menciona *la participación que haya tomado en el hecho*, que es otro claro indicador de magnitud del injusto. Esta referencia abarca a los autores, coautores y participantes, debiéndose determinar en forma precisa y conforme a las particularidades del hecho, cuál es la contribución concreta del agente al conflicto. Así, si fue planificador, si inició el proyecto criminal o se plegó posteriormente, si cumplió todo su cometido

conforme al plan asumido, en razón de que se trata del momento de concretar el grado de participación de modo más preciso, que el requerido para la definición del papel de autor o partícipe.

- 6 Alcanza con mencionar los siguientes: a) el *delito continuado* como negación del concurso real de delitos y afirmación de un mayor contenido de conflictividad lesiva de un único hecho; b) algo análogo sucede en el caso del concurso ideal, porque aunque trate un único delito, las lesiones son plurales, y por ende, se impone ponderar la totalidad de afectaciones para la cuantificación penal. Ambos casos son hipótesis específicas del criterio de la *extensión del daño o del peligro*; c) el que surge de criterios que con frecuencia la propia ley emplea para agravar o atenuar tipos penales y que señalan constantes valorativas que en la construcción de pena, llegado el caso, no pueden eludirse en la interpretación del art. 41. Así, es incuestionable que el contenido de injusto aumenta en razón directa de la desprotección del bien jurídico no imputable a su titular, tanto en lo que hace a la indefensión de sus bienes como a su vulnerabilidad como víctima; d) las *eximentes incompletas* de las que el art. 41 sólo hace referencia a la *misericordia* cuando no llegue a configurar un estado de necesidad, pero que aun así tiene por efecto que la construcción de la pena puede contenerse sobre el mínimo legal o por debajo de él. Esta referencia explícita al estado de necesidad incompleto no niega que el mismo efecto sobre la pena se extienda al resto de las eximentes no mencionadas: legítima defensa o cualquier ejercicio de derechos; e) en los injustos culposos también es claro que debe tomarse el grado de violación al deber de cuidado: una culpa simple es menos grave que una acción temeraria. Por otra parte, en esta valoración, no puede ser indiferente tampoco la autopuesta en peligro de una víctima, que no alcanza como consentimiento; f) los supuestos formales o informales de composición (patrimonial, moral, recomposición de vínculos, etcétera) de la víctima, deben ser considerados por el juez como hechos posteriores que limitan dinámicamente la extensión del daño considerado estáticamente por la tipicidad penal; g) como el derecho a la verdad resulta ampliamente reconocido en el derecho internacional, se impone tomar en consideración para la cuantificación, el comportamiento posterior del agente que contribuya efectivamente a la satisfacción de este derecho de las víctimas o de sus deudos.

**Supuestos
particulares
de valoración
del injusto**

La magnitud por la culpabilidad de acto

La culpabilidad por el injusto penal se manifiesta en la pena 7 porque se le reconoce al agente un mínimo de autodeterminación o, lo que es lo mismo, una motivación dentro de un espacio de decisión en la situación concreta del hecho. Esta culpabilidad por el acto es la base de toda cuantificación penal y, como su fundamento radica en la valoración de ese ámbito de amplitud motivacional, no hay cuantificación posible sin un mínimo de autodeterminación. Por eso la cuantificación mediante la culpabilidad es incompatible con cualquier idea preventiva de la pena, pues la necesidad estatal de intimidación, de integración, de estabilización normativa, de consenso u obediencia, etcétera, cancela toda referencia a lo social y humano de todo hecho en la situación concreta.

Tampoco la cuantificación penal puede absorber consideraciones de prevención especial ya que, al resultar necesario en ella un pronóstico de peligrosidad, la culpabilidad pierde toda referencia al injusto, es decir, al objeto del reproche: la probabilidad sobre el futuro del agente liquida el mismo concepto de culpabilidad de acto.

La culpabilidad en situaciones límites

Quando no se trate de motivos que por su gravedad situacional 8 resultan libres de reproche (supuestos de inimputabilidad, estado de necesidad exculpante, error de prohibición invencible, etcétera), la referencia del art. 41 a la *calidad de los motivos que lo determinan a delinquir* impone una consideración que permite reducir poder punitivo en los casos de errores de prohibición vencibles (siempre que no haya manifiesta indiferencia) y en cualquier otra hipótesis cercana a la inculpabilidad, es decir que denote un mínimo espacio de autodeterminación.

El espacio de decisión resultará más o menos amplio en la medida en que *la vivencia del agente en el momento del hecho haya estado más lejana o más próxima a una causa de exculpación*, como puede ser el miedo, la coacción, la necesidad, o la incapacidad de comprensión o de adecuación de la acción a ella. De allí que, en este orden, deban tomarse en cuenta no sólo los aspectos sociales y externos al sujeto, sino también los que son claramente reveladores de su personalidad.

La relevancia de la biografía personal

Quando de culpabilidad de acto se trata, la personalidad es 9 uno de los datos indicadores del ámbito de autodeterminación del autor. No se trata de formular un reproche a la personalidad, sino

de evaluar esa personalidad en el contexto situacional del hecho, para lo cual sirven las pautas del art. 41 relativos a *la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, o la ancianidad* del art. 10 CP. También *los vínculos personales* a que hace referencia la ley son, en principio, los que unen al autor con el sujeto pasivo por razones de parentesco o especial confianza lo que, a la vez, está relacionado a la *calidad de las personas*.

- 10** La especial mención de *la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos*, es la más importante de las expresiones del art. 41, porque el estado no puede formular reproche jurídico ignorando las privaciones que entraña una sociedad basada en la desigualdad. En una de las páginas más brillantes de la historia penal argentina, la comisión del Senado que trató esta fórmula (Joaquín V. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro) se remontó al pensamiento de Marat y a su evidente razón según la cual, no es justa la retribución en una sociedad injusta. Esta idea fue recuperada por el juez Magnaud a fines del siglo XIX y comienzos del XX, cuando se negaba a condenar por vagancia a los desocupados (cuando la vagancia era considerada un delito grave), a encerrar en casas de corrección –a las que consideraba escuelas de vicios y corrupción– por delitos insignificantes o absolvía a los que hurtaban por miseria e imponía penas extremadamente benignas a los que lo hacían por necesidad. En su tiempo fue el juez más famoso de Francia, como también el más injuriado y difamado por la burocracia y los políticos reaccionarios herederos del imperio de Napoleón III. La comisión del Senado argentino no sólo lo citó expresamente, sino que tampoco olvidó otras referencias de la época (Alimena, Colajanni, Marx, Turati, Engels, Loria, Vaccaro, Maxwell) para refutar la tesis de Garófalo, que siempre utiliza la reacción política, según la cual *la manera como la riqueza está distribuida no es una de las causas de la delincuencia, y sobre ella no ejerce ninguna acción la situación económica del proletariado*. En síntesis, ésta ha sido la forma brillante y valiente en que la cuestión social entró en la legislación penal, aunque apenas haya reparado en ello la doctrina, y lo que es peor, la jurisprudencia.

- 11** Cuando el art. 41 se refiere genéricamente a *los demás antecedentes y condiciones personales*, alude a las particularidades

Un momento racional en la historia de la legislación penal argentina

Culpabilidad por la vulnerabilidad

de una persona. A partir de la comprobación de la selectividad penal se ha observado que ella está determinada por particulares características personales: la selección, en la mayoría de los casos, opera en razón de que el agente es portador de una imagen negativa, que es el estereotipo criminal y que contiene prejuicios sociales de la más distinta naturaleza, nunca positivos, por cierto.

La coincidencia de una persona con el estereotipo negativo —una suerte de *tipicidad social de autor*—, configura un estado de alto nivel de vulnerabilidad que le es propio, y que lo expone a la selección criminalizante como permanente sospechoso. Quien encuadra en un estereotipo positivo no está expuesto en forma regular a la selectividad punitiva, incluso cuando realiza conductas de igual o mayor contenido injusto (delitos de cuello blanco). Justamente, el que no presenta las características del estereotipo criminal tiene mayores posibilidades de cometer delitos con mucho menor riesgo de criminalización, en tanto que la tipicidad social negativa lo aumenta, hasta el extremo de poner en movimiento procesos de criminalización sin delito, sólo por el aspecto exterior.

El esfuerzo personal

Pero como la culpabilidad por ser vulnerable cobra sentido únicamente frente a la selectividad criminalizante, por más grave que sea un estado de vulnerabilidad, no hay pena ni construcción de pena sin que exista delito, es decir, sin esfuerzo personal (lo que el agente pone de sí con un mínimo de autodeterminación) por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad, que será más pequeño si este estado es elevado y mayor en el caso contrario, aunque esto no significa que siempre quienes parten de un alto grado lleguen a situaciones concretas por un esfuerzo reducido (sadismo, gran indefensión de la víctima, etcétera). Esto último no sólo aumenta el contenido injusto, sino que neutraliza y agota el poder reductor de los jueces; pero en lo que se refiere a la selectividad más corriente y usual (alto estado de vulnerabilidad y bajo esfuerzo) nunca el poder jurídico tuvo mejor oportunidad para cumplir su papel reductor acotando la pulsión de pena sobre los mínimos legales o por debajo de ellos.

§ 298. La cuestión de la reincidencia

1 El art. 41 se refiere a *las reincidencias en que hubiera incurrido* el agente. Por regla general el único punto de acuerdo sobre la reincidencia es el que la vincula con una agravación de la pena en razón de anteriores delitos; pero allí se terminan las coincidencias, porque suelen exigirse distintos presupuestos. Se la asocia con situaciones próximas a la *multireincidencia*, *habitualidad*, *profesionalidad* o *tendencia*, hasta incluso se la ha equiparado con la simple *reiteración*. No hay coincidencia sobre los requisitos ineludibles y mucho menos sobre sus fundamentos justificantes, que abarcan una lista en la que no faltan la lisa y llana idea de la neutralización racista del positivismo, hasta la creencia de estabilización sin fisuras de la imagen pública del sistema punitivo en su funcionamiento, la apelación a la alarma social, una lesividad política, la violación de una norma penal distinta a la del tipo penal y que tendería a la prevención de otros delitos futuros, etcétera. Ninguna de ellas logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación constitucional al *non bis in idem*. De este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional.

**Una institución
para el olvido**

2 Teniendo en cuenta los datos de la realidad producto de la experiencia criminológica y judicial, suele resultar que las ideas sobre reincidencia que denotan mayor daño político del segundo hecho, mayor perversidad del autor, mayor probabilidad de nuevos delitos, etcétera, están basadas en la valoración de una persona deteriorada, en gran medida, por la misma intervención punitiva anterior. La prisión agrava el estado de vulnerabilidad deteriorando a una persona en un sentido físico y psicológico; luego, cuando ese deterioro se expresa en una situación concreta de vulnerabilidad, la "razón de estado" quiere imputarla a una nueva pena, desligándose de toda responsabilidad productora.

**La reincidencia
oculta el fracaso
de la pena**

3 En lugar de una mayor consciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría –por lo general– una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio de poder punitivo, siempre estigmatizante, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad

**La reincidencia
agrava la
vulnerabilidad**

a acotar el marco de la respuesta frente al delito; si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia –siendo sorprendente que no sean mayores sus índices–, el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar.

La respuesta de la tradición liberal

La pregunta acerca de *si se puede aplicar una pena más severa que la que corresponde a la clase de delito de que se es culpable, si han cometido un primer delito por el que fueron penados, inflingirles una nueva pena por ese crimen ¿no será violar abiertamente a su respecto el “ne bis in idem”, que es una de las bases fundamentales de toda legislación en materia criminal?*, se repite y desde hace doscientos años es respondida afirmativamente por los defensores de un estricto derecho penal liberal o de garantías. La doctrina del párrafo 57 del código criminal Toscano de 1786 (*agotada la pena, no podrán ser considerados como infames para ningún efecto, ni nadie podrá jamás reprocharle su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la que han sufrido*), como la opinión de Pagano, Mittermaier, Tissot, Carmignani y otros liberales contrarios a la reincidencia, nunca fue respondida sino a través del prejuicio y la indolencia que hicieron de la práctica francesa de Guyana o de la tristemente célebre experiencia argentina del penal de Usuahia (cuya fórmula legal había copiado textualmente) verdaderos crímenes contra la humanidad. En estos casos, y en otros basados en la idea de la reincidencia, cientos de miles de seres humanos sufrieron en campos de concentración castigos siempre más graves que sus culpas, lo que revela que la historia de la reincidencia no es menos cruel que la de la tortura, el campo de concentración o el *gulag*.

La reincidencia es inconstitucional

No cabe duda que esta institución no sólo es incompatible 5 con la Constitución, sino también con la civilización. No obstante, no por ello habrá que tenerse por no escrita su referencia en el art. 41, puesto que, como se ha observado desde antiguo, puede tener el efecto de disminuir el ámbito de autodeterminación de la persona en cuanto a la culpabilidad de acto. En cuanto a la culpabilidad por la vulnerabilidad, la reincidencia puede aumentar este estado por efecto de un anterior ejercicio de poder punitivo prisionizante, que provoca estigmatización, rechazo social, desempleo, al tiempo que confirma el estereotipo y fija el *rol desviado* conforme al mismo.

Disposiciones inconstitucionales

La ley argentina agrava la pena para el *reincidente* en cuanto 6 impide la libertad condicional, pero también destina a los *multi-*

reincidentes la pena de relegación llamada *accesoria por tiempo indeterminado* en dos hipótesis: cuando el condenado registre cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años, y cuando existieren cinco condenas a penas privativas de libertad iguales o menores a aquel máximo (art. 52). Se adopta el sistema de la *reincidencia real* (que requiere efectivo cumplimiento de pena) y el de *reincidencia genérica* (que no requiere identidad o similitud de delitos) y ello con la previsión de que la suspensión puede ser acordada por única vez (último párrafo).

Todas estas disposiciones son inconstitucionales: a) por violar el máximo de irracionalidad al imponer una pena que excede el marco de la culpabilidad por el acto; b) por afectar la prohibición de doble desvaloración; c) por lesionar el principio de doble punición; y d) en el caso del art. 52, por imponer una pena que no guarda absolutamente ninguna proporción con el delito cometido.

§ 299. La víctima

- 1 El art. 41 CP menciona a un personaje olvidado por el poder punitivo: la víctima. La víctima no es una construcción mediática para sostener el autoritarismo *cool*, sino el ser humano concreto que rara vez conocen los medios y cuyo interés debe ser privilegiado a la hora de resolver la pena. Contra lo que usualmente pretende el discurso único, la víctima, pasado el primer momento de indignación, y especialmente en delitos contra la propiedad y en los cometidos en ámbito familiar, dista mucho de responder al estereotipo degradado de un ser sediento de venganza e insaciable en su exigencia de reparación. La víctima puede ser cualquier habitante, tan o más racional y razonable que los jueces y los doctrinarios, al que le asiste, ante todo, un derecho a la reparación, que la pena nunca debe obstaculizar sino, por el contrario, debe facilitar.

**La perspectiva
de la víctima**

- 2 Cuando se devuelve la cosa hurtada y se compensan las molestias causadas, cuando se excluye del domicilio al golpeador y

**La verdadera
paz social**

se convienen los alimentos, cuando se repara el daño causado en la propiedad ajena y se piden disculpas, el conflicto queda resuelto y la verdadera paz restablecida, se “consolida la paz interior” en forma auténtica. Para ello el art. 41 ordena al juez tomar conocimiento directo de la víctima. Aunque el poder punitivo haya confiscado a la víctima y ésta sea su característica estructural, el juez no puede extremarla hasta el absurdo, sino, por el contrario, debe agotar el esfuerzo jurídico por minimizarla hasta donde sea posible.

§ 300. Consecuencias procesales del dinamismo de la responsabilidad

Tiempo lineal, tiempo existencial

La pena se calcula en tiempo lineal pero se cumple en tiempo **1** existencial, de modo que en su curso se alteran muchísimas circunstancias personales y sociales. Por esta razón, las limitaciones que establecen los códigos procesales a la revisión de las sentencias no deben operar cuando se trata de la cuantificación de la pena. La pena impuesta en el marco de una construcción lo menos irracional posible, puede salirse de este marco en el curso del tiempo y por la propia dinámica de la existencia y de la sociedad, como en los casos en que la pena de prisión se convierte en amenaza de pena de muerte (el sujeto se enferma y la permanencia en prisión importa alta probabilidad de muerte), la temporal deviene perpetua (los años de vida o las expectativas de vida son menores que los años de prisión impuestos), la privación de libertad se hace confiscación (provoca la ruina total de los bienes del penado y lo hunde en la miseria), etcétera. Ignorar estas circunstancias es admitir, contra la misma legalidad constitucional, que se ejecuten penas crueles e inhumanas. La prohibición de penas crueles e inhumanas no fue conquistada para que el juez la tenga en cuenta al momento de la construcción de la pena y para que se olvide de ella en el tiempo de su ejecución. Corresponde, entonces, a las agencias judiciales (juez de ejecución penal, o cualquier otro juez) abrir el camino de la revisión o el amparo (*habeas corpus*) para evitar que el poder punitivo resulte cruel e inhumano, incluso luego de la sentencia definitiva.

Índice alfabético de voces

A

Aberratio ictus (error en el golpe): 419

Abolicionismo: 278

Absorción: 670

Accesoriedad: 625

Acción:

- concepto jurídico: 313
- concepto descriptivo: 332
- concepto óntico: 311
- concepto causal: 333
- concepto finalista: 333
- concepto negativo y variable funcionalista: 335, 336
- concepto personal: 337
- concepto social: 334

Acción penal:

- dependiente de instancia privada: 690
- ejercicio: 131
- extinción: 131
- prescripción: 693
- privada: 690
- pública: 691
- requisitos de procedibilidad: 131

Actio libera in causa: 490, 564, 563, 569

Actos automatizados: 317

Actos preparatorios: 638, 647, 648, 649

Acuerdo: 380

Acumulación: 270

Adecuación social: 303, 389

Agencias: 5, 9, 10, 11, 12, 14, 22, 62, 75, 77, 79, 82, 117, 118, 119, 127

Agente provocador (instigador aparente): 119, 519, 630, 682

Agotamiento: 645

Agravantes: 773

Agresión ilegítima: 481

Alienación mental: 554, 555, 556

Alteración morbosa de las facultades mentales: 324, 554

Alucinaciones: 415

Alliud agere: 443

Amnistía: 105

Analogía: 107, 448

Animus autoris: 609

Antijuridicidad: 459

- disminuida: 504
- genérica: 463
- material: 464
- objetiva: 467

Antinormatividad: 356, 379

Aporte no banal del partícipe secundario: 400

Aquiescencia: 381

Arenal: 134

Aristóteles: 524, 563, 564

Asociación ilícita: 639

Aspersión: 670

Atenuantes: 767

Ausencia de acto: 325

Autodeterminación: 121, 531

Autopoiesis: 267

Autopuesta en peligro: 440

Autoría:

- autoría directa y mediata (a.l.i.c.): 563, 611
- concomitante o paralela: 616
- de propia mano: 618

- individual: 622
- mediata: 612
- por conciencia o conciencia disidente: 537, 538, 580
- por convicción: 580
- por determinación: 618
- teoría final objetiva: 609
- teoría formal objetiva: 608
- teoría material objetiva: 608
- teoría subjetiva: 609

B

- Baratta:** 276
Barreto: 59
Beccaria: 219
Beling: 299, 307
Bentham: 237
Bettiol: 264
Bien jurídico: 60, 112, 371, 676
 - afectado (lesionado): 111, 370, 373
 - personalísimo: 677
 - tutelado: 112, 372, 373
Binding: 247
Biologismo criminológico: 10
Birnbaum: 373
Buen padre de familia: 316, 433

C

- Convención Americana de Derechos Humanos:** 153
Credibilidad de instancia: 691
Capacidad psíquica: 539, 551, 553
Caracteres del derecho penal:
 - constitutivo: 82
 - fragmentario: 81
 - público: 80
 - represivo: 80
 - sancionador: 82
Carmignani: 222
Carrara: 223
Carta magna del delincuente: 247
Caso fortuito: 120
Causalidad:
 - adecuada: 388
 - concurrente (por adelantamiento): 362
 - cumutativa: 362

- curso causal hipotético: 437
 - curso causal inadecuado: 437
 - equivalencia de las condiciones: 388
 - hipotética: 446
 - interrumpida o alterada: 363
 - relevancia jurídica o típica: 388
- Causalismo:** 92, 93, 332
Causas de justificación: 459, 461, 462, 475
Ceguera para el derecho: 410, 537, 573
Cláusula de correspondencia y/o equivalencia: 448
Coacción directa: 36
Coacción reparadora o restitutiva: 56
Coautoría: 616
 - concomitante o paralela: 616
 - por reparto funcional: 616
Coculpabilidad: 513
Cogitationis poenam nemo patitur: 293, 322, 638
Comienzo de ejecución: 646
Competencia para unificación de penas y condenas: 759
Complicidad: 624
 - primaria: 621
 - secundaria: 634
Composición (Wertgeld): 167
Comprensión:
 - de la antijuridicidad: 409, 534, 539
 - de la criminalidad: 537
Cómputo de la pena privativa de la libertad: 710
Comunicabilidad de las circunstancias: 631
Concurso: 669
 - ideal (formal): 677
 - ideal heterogéneo: 678
 - ideal homogéneo: 678
 - real (material): 677
Concurso aparente de leyes (o impropio): 679
 - dolo alternativo: 410
Concurso de personas: 605
Condenación condicional: 723
Condiciones objetivas de punibilidad: 430, 684
Conducta (Vid Acción): 311
Confiscación del conflicto: 8
Conflicto: 762
Conmutación: 688
Conocimiento de la antijuridicidad: 577

**Conocimiento paralelo en la esfera del
lego:** 636

Conocimientos especiales: 434, 693

Consciencia:

- de la antijuridicidad: 409, 536, 537, 538, 572
- disidente: 580

Consentimiento:

- en delito culposo: 439
- presunto: 383

Consumación: 645

Contractualismo: 61, 204

- penal: 209, 219
- socialista: 216

Contraselectividad: 74, 287

Contravención: 99, 100, 137

Control de constitucionalidad: 73

Correccionalismo: 233

Cosa juzgada: 756

Costumbre: 101, 147

Crimen:

- crimen contra el soberano: 158
- *culpa*: 427
- de guerra y de lesa humanidad: 147, 686
- organizado: 175, 272, 328

Criminalización:

- estereotipo: 12, 13
 - por comportamiento grotesco o trágico: 13
 - por retiro de cobertura: 13, 766
 - primaria: 11
 - secundaria: 12, 766
- Criminología:** 126, 203
- etiológica: 127, 513
 - liberal (de la reacción social): 129
 - radical (crítica): 130
 - teoría del interaccionismo simbólico: 129, 274
 - teorías del conflicto: 279
 - teorías funcionalistas sistémicas: 279

Culpa (negligencia, imprudencia): 429

- buen padre de familia: 433
- consciente o con representación: 429
- deber de cuidado: 428
- inconsciente o sin representación: 429
- temeraria: 429, 431
- y a.l.i.c.: 563

Culpabilidad: 120, 507

- culpabilidad: 513
- concepción compleja: 543

- concepto: 507

- de acto: 50, 509, 515, 524, 764

- de autor: 510, 524

- de cuantificación de pena: 763

- de decisión de la vida: 524

- de personalidad: 524

- funcionalista: 528

- normativa: 523, 763

- por el acto: 514

- por la conducción de la vida: 524

- por la vulnerabilidad: 519

- psicológica: 523, 542

Cumplimiento de un deber jurídico: 378

- tipo culposo: 438

Curso causal hipotético e inadecuado: 437

Christie: 278

D

Declaración Americana de Derechos

Humanos: 152

Dahm: 255

Dañosidad social: 298, 464

Darwin: 238

De Bonald: 254

De Maistre: 254

De Servan: 221

Debilidad mental: 540, 554

Decomiso: 738

Decretos de necesidad y urgencia: 100

Decretos-leyes: 100

Defensa necesaria: 476

Defensa social: 212, 214

- expresa: 216

- ilimitada: 213

Deleuze: 278

Delicta:

- *comunia*: 367, 619

- *propria*: 367, 447, 456, 619

Delito:

- a distancia: 157

- calificado por el resultado: 120, 441

- calificado por el resultado y concurso ideal: 442

- continuado: 675, 769

- continuo o permanente: 367, 645, 674

- cortado de resultado: 424, 544

- de bagatela: 376

- de cuello blanco: 15
- de embriaguez: 564
- de emprendimiento: 638
- de imprenta: 145
- de infracción al deber: 428
- de intención o de tendencia interna trascendente o sobrante: 424
- de olvido: 300
- de peligro: 375
- de peligro abstracto: 375
- de peligro concreto: 375
- de pura actividad: 360
- de resultado: 360
- de tendencia: 425, 544
- especial impropio: 367, 619
- especial propio: 367, 447, 456, 619
- experimental: 658
- imaginario: 655
- imposible: 654
- incompleto de dos actos: 424
- natural: 11
- permanente o continuo: 674
- putativo: 576

Derecho:

- constitucional: 144
- contravencional: 137
- criminal: 23
- de cuantificación penal: 742
- de ejecución penal: 133
- disciplinario: 161
- ecológico o del medio ambiente: 160, 328
- empresario o de los negocios: 160, 328
- internacional de los derechos humanos: 112, 152
- internacional humanitario: 154
- internacional penal: 147
- militar: 140
- personalista: 109, 521
- procesal penal: 131, 560
- psiquiátrico: 54, 703
- transpersonalista: 109, 521

Derecho a la verdad: 769**Derecho de autotutela:** 486**Derecho de corrección:** 500**Derecho de resistencia:** 214**Derecho penal:** 23, 24

- actual: 26
- autoritario: 112
- concepto y definición: 23, 24
- de acto: 50, 510, 521

- de ánimo o de disposición interna: 424
- de autor: 49, 521
- de niños y adolescentes: 142
- del enemigo: 272
- del riesgo: 270, 347
- liberal: 219
- mínimo: 276
- simbólico: 42, 270

Desafuero (antejuicio): 690**Desistimiento voluntario:** 659

- condiciones: 661
- en la participación: 664
- y tentativa calificada: 664

Despotismo ilustrado: 213**Desvalor de acto:** 303, 308**Detención domiciliaria:** 714**Determinación de la pena:** 742**Determinador (Vid autor por determinación):** 613, 619**Determinismo:** 508**Discurso jurídico-penal:**

- elementos legitimantes: 35
- elementos negativos: 35
- elementos pautadores: 35

Disputatio: 192, 196**Doble desvaloración:** 768**Doble punición:** 581**Doble vía:** 263**Dogmática jurídico-penal:**

- funcionalista: 304
- sistemas clasificatorios y teleológicos: 73
- sistemática teleológica del derecho penal acotante: 76

Dohna: 351**Dolo:** 349, 351, 403

- alternativo: 410
- antecedente: 411
- de consecuencias necesarias: 406
- de ímpetu: 410, 650
- directo de primer grado: 405
- directo de segundo grado o mediato: 405
- indirecto, eventual o condicionado: 406
- inmediato: 405
- presunción: 408
- subsecuente: 411
- teoría de la representación: 404
- teoría de la voluntad: 404
- unitario o dolo total: 572

Dolus generalis: 420

Dominabilidad: 392, 393

- reglas: 393

Domínio de la acción y de la voluntad: 610

Domínio del hecho: 613

- funcional del hecho: 615
- por aparato organizado de poder: 615

Donoso Cortés: 254

Dorado Montero: 248

Durkheim: 266

E

Ejercicio de un derecho: 379, 501

Elementos:

- de ánimo: 425
- descriptivos: 344
- negativos del tipo: 302
- normativos de recorte: 366
- normativos del tipo: 344, 364
- subjetivos de la justificación: 469
- subjetivos del injusto: 301
- subjetivos del tipo distintos del dolo: 423
- valorativos del tipo: 344

Embriaguez: 560

Emergencia: 564

Emoción violenta: 566

Enemistad al derecho: 573

Error:

- de comprensión: 578, 580
- de culpabilidad: 592
- de derecho (*error juris*): 411, 578
- de derecho extra penal: 411
- de hecho (*error factis*): 411, 578
- de prohibición: 411, 413
- de prohibición directo: 576
- de prohibición directo sobre el alcance de la norma: 579
- de prohibición indirecto: 576, 582
- de prohibición indirecto patológicamente condicionado: 414
- de prohibición indirecto por falsa suposición de existencia legal de una causa de justificación: 582
- de prohibición indirecto sobre la situación de justificación: 582
- de prohibición invertido: 576

- de prohibición sobre la jurisprudencia: 571
- de subsunción: 418, 578
- de tipo: 411, 413
- de tipo invencible y tipo culposo: 413, 569
- de tipo invertido: 576
- de tipo por incapacidad psíquica: 414
- de tipo psíquicamente condicionado: 323, 540
- de tipo vencible: 413, 563
- de validez: 578
- en el golpe (*Aberratio ictus*): 415, 419
- exculpante: 567
- exculpante, vencibilidad e invencibilidad: 369
- *Error in personam vel in objecto* (error en el objeto): 421
- *iuris nocet*: 411, 457
- sobre agravante y atenuante: 421
- sobre el curso causal: 418
- sobre elementos normativos: 416
- sobre la antinormatividad: 413
- sobre la banalidad del aporte en la participación: 415, 416
- sobre la dominabilidad: 415, 416
- sobre la punibilidad: 577, 583
- sobre las excusas absolutorias: 583

Escuelas:

- de Baden: 258, 262
- de Frankfurt: 274
- de Kiel: 255
- de Marburgo: 262
- egológica: 289
- toscana: 222

Esquizofrenia: 554

Estado de derecho: 5, 21, 515, 763

Estado de inculpabilidad provocado por el propio agente: 441

Estado de necesidad:

- contra la actuación oficial ilícita: 500
- exculpante: 494, 495, 586
- justificante: 494

Estado de policía: 19, 21, 515, 763, 764

Estado racional: 229, 230

Estereotipo: 12, 13, 516, 765, 772

Estructuras lógico-reales o lógico-objetivas: 312

Etización: 45, 282

Exceso, antijuridicidad: 504

Excusas absolutorias: 684

F

Faida: 166

Fenomenología: 274

Ferrajoli: 276

Ferri: 241, 529

Feuerbach: 215

Fidelidad al derecho: 526

Filangieri: 221

Finalismo: 303, 333, 526

Fomento: 384

Foucault: 278

Frank: 301

Frenología: 240

Fuentes del derecho penal: 86

– de conocimiento del derecho penal: 88

– de información del derecho penal: 91

– de la legislación penal: 87

Fuentes de la posición de garante: 449, 450

Fuerza física irresistible: 326

Funcionalismo sistémico: 266, 308

G

Garofalo: 243, 771

Genocidio: 766

Gentile: 256

Glosadores: 136, 451

Gobineau: 238

Godwin: 217

Gómez: 92

Gramática: 271

Gramsci: 274

Guattari: 278

H

Habeas corpus: 32, 776

Habermas: 275

Habitualidad: 426, 524, 528, 773

Hegel: 228, 297, 307

– hegelianismo penal: 227

Heidegger: 273

Heráclito: 279

Herrera: 181

Hipnosis: 326

Hobbes: 212

Hombre previsor y prudente: 433

Hommel: 221

Honig: 389

Horizonte de comprensión del derecho penal: 29

Horizonte de proyección del derecho penal: 29

Horkheimer: 274

Howard: 134

Hulsman: 278

I

Ideologías re: 48

Iluminismo: 213

Ilusión: 323

Ilustración: 213

Imprudencia (Vid culpa): 429

Imputabilidad: 539, 542

– disminuida: 566

– ubicación sistemática: 539

Imputación:

– aporte no banal del partícipe secundario: 400

– dominabilidad: 396

– objetiva: 303, 308

In dubio pro reo: 108, 437

Incapacidad civil del penado: 737

Incapacidad para dirigir las acciones: 323

Inculpabilidad provocada: 441

Indemnidad: 145

Indulto: 688

Inhabilitación:

– absoluta: 732

– accesoria: 698, 734

– especial: 735

Inimputabilidad: 539

Injerencia: 459

Injusto (ilícito penal): 460, 467

Inmunidad: 145, 146

Inquisición: 192

Inquisitio: 192, 196

Insignificancia: 376, 438

Instigación: 633

Institución de secuestro: 704
Insuficiencia de las facultades mentales:
 325, 554
Interaccionismo simbólico: 274
Irretroactividad de la ley penal: 103
Iter criminis: 638

J

Jakobs: 272, 273, 304, 308, 336, 530
Jhering: 69
Juicios de Nurenberg y Tokio: 147
Jus puniendi: 117
Jusnaturalismo: 264

K

Kant: 213
Kaufmann: 303, 308
Keynesianismo: 267
Krause: 232
Krylenko: 259, 260

L

L'uomo delinquente: 240
Lardizábal y Uribe: 220
Larenz: 389
Legalidad: 98
Legítima defensa:
 - contra actos preparatorios: 487
 - contra la actuación oficial ilícita: 500
 - de terceros: 491
 - debate ideológico: 475
 - defensa preventiva o anticipada: 487
 - del estado: 492
 - del orden institucional y del sistema democrático: 493
 - exceso: 488
 - imperfecta: 488
 - límites: 485
 - objetos defendibles: 480
 - presunciones *juris tantum*: 493
 - proporcionalidad: 478
 - racionalidad: 477
Lesividad: 109, 370

Ley:

- de amnistía: 105
- de autoamnistía o de autoimpunidad: 105
- de defensa social: 118
- de facto: 101
- de obediencia debida: 105

Ley penal:

- formal: 98
- constitucionales e internacionales: 25
- en blanco: 102
- eventual: 31, 32
- *ex post facto*: 98
- latente: 31, 32
- manifiesta: 31, 32
- procesal penal: 103
- temporaria y excepcional o extraordinaria: 104

Libertad asistida: 718

Libertad condicional: 719

Libre albedrío: 508

Liszt: 246, 298, 307, 332

Livingstone: 171, 221

Locke: 212

Lombroso: 240

Luhmann: 267, 304

M

Malleus Maleficarum (Martillo de las brujas): 127, 198, 202

Manzini: 262

Marat: 217, 513, 771

Marx: 195, 234

- marxismo: 235

Mathiesen: 278

Mayer. M. E.: 301

Medidas de seguridad: 54, 546

- de mejoramiento, educativas y de corrección: 52
- doble vía: 52
- postdelictuales: 52
- predelictuales: 52

Mello Freire: 220

Mercantilismo: 165

Merecimiento de pena: 527

Merkel: 353

Método jurídico-penal: 69, 70

Mezger: 72, 301, 307

Minimalismo penal: 276
Miseria: 771
Modermann: 171
Modernidad: 261, 271, 273, 276, 277
Moral: 452
Morel: 245
Morero: 181
Muerte (*Vid* pena de muerte)
Muerte civil: 737
Multa: 728
Multireincidencia: 773
Mutación física: 359

N

Ne bis in idem: 114, 768, 773, 774
Necesidad de pena: 527
Necesidad exculpante: 586
Neokantismo: 261, 300, 307, 333, 335
Neurosis: 558
Nexo: 361
 - de causación (*vid* Causalidad): 361, 446
 - de determinación: 436
 - de evitación: 433, 446
Nicolai: 244
Nietzsche: 231, 273
Normas:
 - de cultura: 466
 - de determinación: 86, 301
 - de valoración: 86
Normativismo: 304
Nulla poena sine lege: 98
Nullum crimen sine conducta: 50, 292, 312, 315
Nullum crimen sine culpa: 50
Nullum crimen sine lege: 50, 98
Numerus clausus: 427
Núñez: 92

O

Obediencia debida: 105
Offendicula: 473
Oligofrenia: 324
Omisión: 443
 - concepto normativo: 443
 - impropia: 447
 - impropia no escrita: 448
 - fuentes: 449

 - cláusula de correspondencia: 448
 - cláusula de equivalencia: 448
 - propia: 447
 - y culpa: 458
 - y dolo: 455
 - y tentativa aparente: 668
Ontología:
 - antologismo: 264

P

Pagano: 223
Pánico: 541
Parménides: 279
Parsons: 266, 308
Participación:
 - accesoriedad extrema: 625
 - accesoriedad limitada: 626
 - accesoriedad mínima: 626
 - accesoriedad ultraextrema: 626
 - en la tentativa: 664
Paschukanis: 260
Peco: 183
Peligro (*Vid* Delito de peligro)
Peligrosidad: 515, 702, 766
Pellegrino Rossi: 221
Pena:
 - accesoria: 698
 - alternativa: 698, 731
 - conjunta: 698
 - conmutación: 688
 - cruel, inhumana o degradante: 112
 - cuantificación: 741
 - de incapaces (medidas): 54, 546
 - deportación: 53, 714
 - determinación: 742
 - divisible e indivisible: 698
 - en el concurso real: 753
 - fija: 712
 - ilícita: 114, 697, 698, 743, 744
 - indeterminada: 698
 - infamante: 708
 - inhabilitación de derechos civiles: 737
 - inhabilitación: 731
 - lícitas: 697
 - muerte: 699
 - multa: 728
 - natural (*poena naturalis*): 112, 743
 - paralela y no paralela: 698

- principal: 697
- prisión: 709
- prisión perpetua: 712
- privativa de libertad, historia: 704
- privativa de libertad, humanización: 707
- privativa del honor y humillante: 731
- prohibidas: 701
- reclusión: 708
- rehabilitación: 734, 736
- relegación: 178, 714
- separada o exclusiva: 697
- sin delito: 51
- teoría agnóstica y negativa: 54
- teorías absolutas: 37
- teorías de la prevención: 37
- tormento: 701
- total, unificación de condenas: 756
- total, unificación de penas: 757
- trabajos forzados: 708, 709
- y medidas, sistemas de doble vía y vicariante: 52

Perdón del ofendido: 688, 763

Persona jurídica: 327

Perturbación de la consciencia: 551, 553, 556, 560

Pettinato: 137

Poder punitivo: 5, 9, 19, 27, 138

Policización: 17

Política criminal: 126

Posición de garante: 335, 336, 449, 452

Positivismo:

- argentino: 92
- criminológico: 128
- jurídico: 247
- peligrosista: 261, 522

Pragma: 319, 431, 763

Prescripción: 685

- de la acción: 691
- en el Código Penal: 693
- en el Código Procesal: 692
- interrupción: 687, 694
- paralela: 694
- suspensión: 694
- tentativa: 646
- de la pena: 687
- suspensión: 687
- y crímenes de guerra y de lesa humanidad: 686

Presunción de dolo: 408

Prevención:

- especial negativa: 48
- especial positiva: 46
- especial positiva, Ideologías re: 46
- general negativa: 39
- general positiva: 42, 305

Principio:

- de personalidad o nacionalidad: 157, 158
- de territorialidad: 157
- real o de defensa: 157, 158
- universal: 157, 158

Principio de confianza: 436

Principio de insignificancia: 376

Principios:

- de absorción: 670
- de consunción: 688
- de especialidad: 675
- de subsidiariedad: 680

Principios limitativos:

- de buena fe y *pro homine*: 115
- de culpabilidad: 120, 441, 584
- de humanidad o de proscripción de la crueldad: 112
- de igualdad: 145, 438, 723
- de intrascendencia (trascendencia mínima): 113
- de legalidad: 98
- de lesividad: 109
- de limitación máxima de la respuesta contingente: 118
- de máxima taxatividad legal e interpretativa: 106
- de prohibición de la doble punición: 114
- de proscripción de la burda inidoneidad del poder punitivo: 117
- de proscripción de la grosera inidoneidad de la criminalización: 118
- de racionalidad republicano: 293
- de reserva: 98, 443
- de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido: 108
- de saneamiento genealógico: 119
- de superioridad ética del estado: 119
- realización progresiva: 96
- republicano de gobierno: 117

Prisión:

- preventiva: 132, 711

Prisionización: 141, 774

Pro homine: 115

Probation: 724, 727

Profesionalidad: 773
Provocación suficiente: 488
Proyecto Ferri: 173
Proyecto Krylenko: 259, 260
Psicopatía: 558
Psicosis: 541
Psiquiatría: 552, 558

Q

Querella: 691

R

Racionalidad: 73, 371
Radbruch: 110, 300
Razón de estado: 515, 520, 524, 762, 773
Readaptación social: 46
Reclusión (*Vid* pena de reclusión)
Reclusión accesoria por tiempo indeterminado: 698
Reglas de conducta: 726
Reincidencia: 528, 773
Reparación del daño: 739
Resultado: 318
Retroactividad:
 - de la ley penal más benigna: 104
Revolución:
 - Industrial: 169
 - Mercantil: 169
 - Tecnológica: 169
Riesgo:
 - no permitido: 304
 - permitido: 390
Rocco: 256
Röder: 233
Rol:
 - banal o cotidiano inocuo: 394, 401, 402
Romagnosi: 216
Rosenberg: 254
Roxin: 304, 308, 530

S

Salidas transitorias: 713, 718
Sanciones:
 - civil: 328

 - teorías combinantes: 39
Schaffstein: 255
Schmitt: 273
Secuela de juicio: 695
Seguridad:
 - ciudadana: 18
 - de respuesta: 71
 - jurídica: 71
 - nacional: 18
Selectividad: 515
 - criminalizante: 14
 - policizante: 16
 - victimizante: 15
 - contraselectividad: 287
Semidetención: 718
Semilibertad: 718
Sistema penal: 9
 - funciones latentes: 30
 - funciones manifiestas: 30
Societas delinquere non potest: 327
Soler: 184
Spencer: 238
 - spencerianismo penal: 240
Stirner: 217
Stooss: 173
Subjetivismo monista: 303
Suspensión del conflicto: 7
Suspensión del juicio a prueba (*Probation*):
 727

T

Tatbestand: 341
Tejedor: 179
Tenencia: 773
Tentativa: 637
 - actos preparatorios: 638
 - aparente: 654
 - aparente con resultado: 400
 - aparente y omisión: 668
 - calificada: 664
 - comienzo de ejecución: 646
 - consumación: 642
 - desistimiento voluntario: 659
 - en delitos de pura actividad: 652
 - escala penal: 796
 - habitualidad: 652
 - inidónea: 654
 - plan concreto del autor: 548

- prescripción de la acción: 646
- supersticiosa: 657
- teoría de la impresión: 640
- teoría formal objetiva: 647
- teoría material objetiva: 647
- teoría objetiva: 639
- teoría objetivo individual: 648
- teoría subjetiva: 640
- y dolo: 543, 650
- y dominabilidad: 643
- y lesividad: 656
- y participación: 664
- y tipo omisivo: 666

Teorías:

- agnóstica y negativa de la pena: 54
- de la acción esperada: 444
- de la adecuación social: 303, 389
- de la causalidad (*vid* Causalidad)
- de la culpabilidad: 526, 572
- estricta de la culpabilidad: 573
- limitada de la culpabilidad: 543
- normativa de la culpabilidad: 593
- de la imputación objetiva: 305
- de la pena: 761
- de la responsabilidad: 24, 763, 773
- de la unidad del hecho: 671
- de los elementos negativos del tipo: 302
- de los roles de Jakobs: 305, 308
- del conflicto: 279
- del delito: 24, 296, 762
- del desvalor puro de acción: 303
- del riesgo de Roxin: 304
- del tipo: 299
- del dolo: 409, 526, 537, 572
- estricta del dolo: 573
- limitada del dolo: 572
- psicológica de la culpabilidad: 523, 542

Terrorismo de estado: 18

Thomasius: 216

Tipicidad: 296

- conglobante: 356, 357, 370
- sistemática: 353, 356

Tipo penal: 339

- elementos: 342, 344
- momentos constructivos de la teoría: 350

Tipos:

- abierto: 428
- activo: 349
- básico: 421
- calificado o agravado: 422, 768

- culposo: 316, 349, 427, 561
- culposo objetivo, resultado: 430
- culposo, tentativa: 440
- culposo, tipo subjetivo: 440
- de actividad: 360
- de acto: 346
- de autor: 346, 347
- de culpabilidad: 345
- de injusto: 345, 353
- de justificación o de permisión: 470
- de lesión: 375
- de peligro: 348, 375
- de resultado: 360
- dependiente: 348
- doloso: 349
- falsos de actividad completa e iniciada: 361
- independiente: 367
- instantáneo: 367
- judicial: 347
- objetivo y función conglobante: 356
- objetivo y función sistemática: 356
- omisivo: 317, 349, 561
- omisivo culposo: 458
- omisivo sistemático: 445
- omisivo sistemático, nexo de evitación: 446
- omisivo sistemático, situación típica: 445
- omisivo y causalidad: 433, 436
- omisivo y tentativa: 668
- permanente o continuo: 367
- permisivo: 470
- plurisubjetivo: 367
- plurisubsistente: 367
- preterintencional: 441
- privilegiado o atenuado: 422
- sistemático, fundamentador o de prohibición: 350
- subjetivo: 355
- subordinado o complementario: 367
- unisubjetivo: 367
- unisubsistente: 365

Tópica: 74, 290

Tóxicodependencia: 561, 601

Trastorno mental transitorio: 560

Tratamiento de la vulnerabilidad: 707, 708

Tribunal administrativo: 141

U

Ultrafinalidad: 424
Unidad de conducta: 671
Unidad de la respuesta punitiva: 749
Unidad de ley (concurso aparente): 679
Unificación de condenas y penas: 752

V

Validez espacial de la ley penal: 156
Valoración paralela a la esfera del autor,
del lego o del profano: 416
Van Hamel: 172
Venganza: 775
 - privada: 165
 - pública: 165
Versari in re illicita: 120
Víctima: 7, 775
 - selección victimizante: 15
Viehweg: 290
Vigilancia: 20

Violación del deber de cuidado: 432
Vís compulsiva: 318
Voluntabilidad: 323
von Liszt: 246
von Sonnenfels: 222
von Spee: 207
von Weber: 302, 308
Vulnerabilidad: 14, 15, 135, 292, 516, 517
 - acto: 763
 - esfuerzo: 518, 753
 - estado: 517
 - situación: 517

W

Weber, Max: 274
Welzel: 303, 308, 333

Z

Zielinski: 303, 308

Se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2007
en los Talleres Gráficos Nuevo Offset
Viel 1444, Capital Federal
Tirada: 2.000 ejemplares

Setena partida.

¶ Título. XXXIII.

De las reglas del derecho.

Regla.¶



Dezimos que regla es de derecho, q̃ todos los iudgadores deuen ayudar ala libertad, e por q̃ es amiga de la natura. que la aman non tan folamēte los omes, mas i aun todos los otros animales^h.

ISBN 950-574-195-2



9 789505 741953