

## ***Proyecto de Reforma del Código Penal.***

### ***El principio de insignificancia y la pena natural como causales de eximición o reducción del castigo penal<sup>1</sup>.***

*Por Andrés Heim y Alejandro C. Toledo.*

*Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*

*Alejandro C. Toledo: tel. 15-6131-6359, dirección: Delgado n° 667, depto. 3, Capital Federal, c/p 1426, e-mail: [atoledo@derecho.uba.ar](mailto:atoledo@derecho.uba.ar).*

*Andrés Heim: tel. 4032-7120, email: [aheim@derecho.uba.ar](mailto:aheim@derecho.uba.ar).*

#### **I. Introducción.**

Las disposiciones del artículo 9<sup>2</sup> del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, en cuanto regulan el *principio de insignificancia* y la aplicación de la denominada *poena naturalis*, analizadas de manera armónica con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad también consagrados normativamente (art. 1º), imponen al propio intérprete, una inteligencia trazada a nivel político criminal dirigida, en algunos casos, a dejar fuera del conocimiento del sistema penal o, en el otro, a disminuir la reacción punitiva, a un cúmulo de particulares situaciones que poseen características comunes, tal como será expuesto a continuación.

Dentro de este universo de casos, adquieren virtualidad ciertas normas —como ser la de los artículos 49, 50 y la que motiva este breve apartado—, las cuales se erigen a modo de triple filtro impeditivo de la actuación del poder punitivo, aún cuando en algunas ocasiones, cabe afirmar la existencia de una conducta delictiva.

En los últimos años hemos presenciado atónitos un paulatino incremento de la legislación penal<sup>3</sup>. Este fenómeno, conocido como *inflación penal*, ha puesto en jaque las ideas de fragmentariedad y *última ratio* del Derecho Penal, y ha sido incesantemente criticado por la doctrina más calificada<sup>4</sup>.

En medio de esta tendencia dirigida hacia un inusitado “gigantismo penal”, la Comisión redactora del Anteproyecto, revela una propuesta para nada desdeñable en pos de la minimización y racionalización del ejercicio del poder punitivo a la luz del tantas veces vapuleado Derecho Penal liberal.

Dentro de esta línea directriz, ante la manifiesta intención de reducir el número de conflictos que ingresan al sistema de administración de justicia penal, se exige que los casos que lleguen a juicio constituyan conductas con un carácter de lesividad de cierta entidad, a la par de que los mismos sean merecedores *per se* de una pena.

En función de dicha tarea, la Comisión ha tenido en consideración la integración funcional que debe existir entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal; ejes a partir de los cuales se comienza a estructurar la política criminal de un Estado<sup>5</sup>.

Por ende, teniendo en cuenta los alcances señalados anteriormente, sumado a la impronta proveniente de los principios limitadores de la esfera penal, corresponde, ahora sí, pasar a analizar cada uno de los presupuestos establecidos en el artículo de referencia.

## **II. Insignificancia del daño.**

El principio de insignificancia fue introducido por la dogmática penal en el ámbito de la teoría del delito, concretamente en la tipicidad, para limitar la actuación del sistema penal, excluyendo del ámbito de lo injusto los daños de poca importancia.

Esta preocupación de la doctrina por dar solución a la problemática de la pequeña criminalidad y su penalización, se presentó a partir de la existencia de pronunciamientos judiciales que, aferrándose a una tipicidad formal, punían comportamientos a pesar de que la mínima idea de racionalidad del sistema jurídico-penal indicaba que debían quedar fuera de su alcance<sup>6</sup>.

En nuestro ámbito, la recepción y aplicación del principio por parte de los operadores judiciales no ha sido pacífica y ha oscilado entre su aceptación y rechazo, según el punto de vista interpretativo de la tipicidad adoptado, es decir, en un caso considerando el bien jurídico y la medida de su lesión o puesta en peligro, y, en el restante, teniendo en cuenta la mera adecuación literal de la conducta al tipo penal.

Su utilización ha servido para descartar, en el aspecto objetivo de la tipicidad, la configuración del tipo penal, por la ínfima o nula lesión al bien jurídico protegido por la norma penal<sup>7</sup>.

No obstante, desde la dogmática se ha reclamado la necesidad de encontrar y consensuar los principios políticos criminales que tiñan al sistema del hecho punible para obtener, en los casos concretos, respuestas valorativamente correctas y limitar el funcionamiento del sistema penal a los presupuestos del Estado de Derecho<sup>8</sup>.

La razón de ser de esta exigencia radica, tal como lo expresa Rusconi, en que el legislador, en su tarea de formular una fuerte protección del bien jurídico, carece de medios para evitar que en la descripción de la conducta seleccionada como de “relevancia penal” se le “filtren” acciones que, en verdad, no cumplen con el mínimo de dañosidad social requerido. La distinción, hasta ahora, ha sido imposible realizarla en abstracto (uno de los límites de la actividad legislativa)<sup>9</sup>.

Esta inflación —agrega el citado autor— en las conductas seleccionadas esperan impacientemente que en la tarea de interpretación y de adecuación se genere ese tamiz necesario<sup>10</sup>.

Es en este sentido, que el artículo 9 del Anteproyecto adopta un claro presupuesto político criminal que permite sostener la limitación del Derecho Penal, con sustento constitucional, al dejar a criterio del juez valorar qué conducta será penalmente relevante atendiendo la intensidad de afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal y, en su caso, la sanción que merecerá el acusado.

De esta manera, se procura brindar una respuesta racional a la solución de los conflictos penales, respetando los límites que impone el Estado de Derecho, que expresamente son contemplados en el artículo 1º (legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad).

Todos los principios limitadores del poder punitivo actúan durante todos los momentos vinculados al ejercicio de la respuesta violenta. Limitan al legislador en su tarea de diseñar tipos penales, al juez a la de discernir la relevancia de esa tipicidad o de imponer una pena, y a quien ejecute esa violencia a la hora de evaluar la relación con el daño cometido<sup>11</sup>.

La incorporación del principio de insignificancia en el preciso momento en el cual el juez debe evaluar la aplicación o no de pena y, en su caso, su especie y cantidad, se asienta ya no exclusivamente en la protección de bienes jurídicos como misión última del Derecho Penal; sino que, antes bien, su virtualidad configura un criterio diferente, toda vez que establece que, si bien en un caso determinado puede configurarse un peligro o lesión a un bien jurídico penalmente protegido, la actuación del sistema penal quedará excluida o morigerada allí cuando la dañosidad social sea mínima.

Así el principio bajo estudio exige una profunda justificación a la hora concreta de decidir la intervención penal, afirmando que determinado comportamiento es merecedor o no de pena.

La previsión legal deja en claro que el principio de insignificancia no siempre constituirá un medio para declarar la atipicidad de la conducta, sino que también servirá para graduar la responsabilidad del autor, ya sea para disminuir o para excluir la aplicación de pena<sup>12</sup>.

La adopción del principio de insignificancia viene a cristalizar en el plano normativo el carácter subsidiario y de *última ratio* del Derecho Penal en un Estado de Derecho<sup>13</sup> que responde a los postulados minimalistas de intervención estatal.

También activa al principio de proporcionalidad como límite a la idea de mínima intervención —al decir de Silva Sánchez<sup>14</sup>— en sentido utilitarista, rechazando el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con el hecho presuntamente pasible de pena con el daño social causado y su grado, aportando con la intervención del Derecho Penal, mayor conflicto social que el que se trata de solucionar.

En la tarea interpretativa el juez debe tener en cuenta la función general del orden jurídico positivo, del Derecho Penal en particular y la regla de la proporcionalidad de la cuantía del delito y de la pena o reacción penal.

La *proporcionalidad de la reacción penal* es, precisamente, una de las pautas que, ante la inexistencia de reglas claras, permite establecer qué constituye escasa entidad lesiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En esta inteligencia se inclina García Vitor al señalar que “[n]o obstante los reparos [...] para encontrar el camino hacia la determinación de la insignificancia, el referente de mayor aproximación será, sin dudas, el que surge de la pena prevista en abstracto para el correspondiente supuesto de hecho, exigiendo que debe existir una «proporcionalidad en la reacción penal», para lo cual la afectación del bien jurídico debe tener una cierta relevancia”<sup>15</sup>.

Pero, además, el juez debe tener en cuenta que el Derecho no puede interpretarse fuera del marco de la realidad en el que está inserto. El es un regulador de la vida común que, por involucrar a seres humanos, con todo lo que ello implica, no puede configurar la automática aplicación de reglas jurídicas sin recurrir en supuestos extremos a criterios de razonabilidad.

Como la afectación o puesta en peligro del bien jurídico es un producto de valoración jurídica, no es posible desvincular el principio de insignificancia de ciertos indispensables contenidos de realismo jurídico. De ello resulta que en cualquier límite de prohibición hay un cierto grado de contenido de lo real. Razonar de otra manera implica apartarse de los datos ónticos del hecho para incurrir en un idealismo que olvida, como se dijo, que la norma, en su inevitable generalización, debe esbozar una formulación genérica del conflicto, puesto que es imposible prever, y menos aún legislar, todos los hipotéticos sucesos que acontecen en la historia. Así, entonces, la norma necesariamente implica un reduccionismo que empobrece lo real, a cuyos datos fundantes de aquélla no puede ser ajeno el juzgador, so pena de apartarse del hecho concreto del caso, y que, por el contrario, es al cual debe sujetarse para respetar la Constitución Nacional.

En definitiva, la manifestación del criterio político criminal implementado por La Comisión al reducir la reacción del sistema penal o excluir de su ámbito la puesta en peligro o afectaciones insignificantes a los bienes jurídicos, por la vigencia del principio de mínima intervención, opera para el intérprete al momento de fundamentar el ilícito.

De manera que, como lo expresa Vitale, “[l]o que debe preocuparnos especialmente es que el juzgador cuente con un instrumento conceptual que le sirva de base para aplicar la ley penal lo más racionalmente posible, de acuerdo con el espíritu de los principios constitucionales que rigen en el ámbito penal, a fin de evitar una nefasta aplicación de la ley”<sup>16</sup>.

### **III. La pena natural.**

#### **a. Definición y alcances.**

La segunda parte del artículo 9 del Anteproyecto regula la comúnmente denominada *poena naturalis*.

Sin embargo, la consagración legislativa a nivel nacional del mentado instituto en el marco del Anteproyecto, no llegó nunca a ser óbice para su pretérita aplicación<sup>17</sup>, sobre todo ante determinadas situaciones que –aunque bastante inusuales– surgieron como objeto de juicio para nuestros Tribunales. A su vez, su origen y desarrollo se remonta al análisis llevado a cabo por los primeros pensadores contractualistas.

En efecto, la pena natural encuentra en Hobbes a uno de sus primeros conceptualizadores; cuando el prestigioso iusfilósofo hace alusión a ciertas acciones delictivas que llevan consigo, por naturaleza, diversas consecuencias perniciosas, como, por ejemplo, cuando un hombre, al atacar a otro resulta muerto o herido, o cuando cae enfermo por hacer algún acto ilegal. Entendía el autor que semejante situación dañosa, por ser obra de Dios, creador de la Naturaleza de las cosas, debía ser considerada “*castigo divino*” y, por ende, quedaba fuera de la connotación común de pena, al no venir impuesta por la autoridad de los funcionarios estatales<sup>18</sup>.

También Kant teorizó respecto de este instituto, señalando que había *poena naturalis* allí cuando el vicio llevaba en sí su propio castigo<sup>19</sup>.

Si bien de acuerdo a estas caracterizaciones, este tipo de circunstancias quedarían en principio fuera de la inteligencia del juzgador a la hora de determinar la cantidad y calidad del castigo penal, razones fundamentales de equidad obligan al ensayo de un temperamento más abarcativo, toda vez que el delito, al igual que la pena, es una institución compleja que, como tal, exige merituar el universo de circunstancias objetivas y subjetivas que delimitan el hecho.

#### **b. La ratio essendi del instituto.**

Más allá de considerar que la desproporción entre delito y pena que caracteriza a aquellas situaciones en las cuales una consecuencia perniciosa deviene directamente de la consecución del delito y de la lesión al principio de *humanidad de las penas*<sup>20</sup>, de la violación a la prohibición de infligir penas crueles, inhumanas y degradantes<sup>21</sup>, o de entender que el mismo constituye una mera *compensación de culpabilidad*<sup>22</sup>, lo cierto es que la imposición de castigo en tales condiciones configura un sufrimiento innecesario e inútil, contrario a cualquier fin utilitario de la pena.

Difícilmente encontremos una conceptualización más gráfica acerca del principio de proporcionalidad, que la que nos viene dada por influjo de Césare Beccaria, en cuanto ha retratado que “[d]ada la necesidad de la unión de los hombres, dados los pactos que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados, se encuentra una escala de desórdenes cuyo primer grado consiste en los que destruyen inmediatamente la sociedad, y el último en la mínima injusticia posible que se haga a los particulares, miembros de ella. Entre ambos extremos se comprenden todas las acciones opuestas al bien público que se llaman delitos, y todas van, por grados insensibles, descendiendo del más elevado al más ínfimo. Si la geometría pudiera adaptarse a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería hacer una escala correspondiente de penas, que descendiese de las más fuertes a las más débiles; si hubiese una escala exacta y universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía y de libertad, del fondo de humanidad o de malicia de las diversas naciones. Pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales sin perturbar el orden, no decretando para los delitos del primer grado las penas del último”<sup>23</sup>.

Sin embargo, la relación aritmética de las penas soñada por los pensadores iluministas nunca dejó de ser más que una utopía. Tal vez por esa razón, apenas transitado este primer camino, la proporcionalidad del castigo fue corregida por el utilitarismo penal.

En este sentido, superado el utilitarismo benthamiano en cuanto ensayaba un cálculo de costes y beneficios provenientes del delito, el principio *nulla poena sine necessitate*, con la ulterior finalidad utilitarista proveniente de la prevención de las penas extra-legales y excesivas,

impone la consideración de la persona del reo, de conformidad con el segundo principio kantiano de la moral, que conmina a considerar al hombre no como un medio, sino como un fin en sí mismo. Y resulta por eso un argumento no sólo pertinente, sino decisivo e incondicionado a favor de la humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente superflua, por ser mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo, puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona<sup>24</sup>.

A la par de ello, si la actividad del Estado, para estar imbuida de *utilidad social*, debe ser encaminada en la búsqueda del *bien común*, resulta inaceptable la imposición de pena por parte de un magistrado allí cuando la misma está desprovista de este carácter.

No debe pasarse por alto que una sanción estatal sin utilidad, constituye un acto irracional, dotado de una hostilidad y crueldad inusitadas, que no se condice con los estándares de mínima intervención y *última ratio* que deben regir el funcionamiento del sistema penal en un Estado de Derecho.

#### **IV. Recapitulación.**

Retomando una de las ideas señaladas al principio de este trabajo, cabe señalar que el Anteproyecto impone tres tipos de filtros para diferentes momentos procesales, dos de los cuales tienen la capacidad de repercutir en el ejercicio mismo de la acción penal.

El primero de ellos, vinculado con la inclusión de un número importante de delitos dependientes de instancia privada, a modo de obstáculo para la puesta en marcha de la acción penal por parte del organismo estatal encargado de la persecución penal (art. 50<sup>25</sup>).

El segundo, referido a la instrumentación del principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad procesal, regulando la actividad del Ministerio Público Fiscal, quien, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 49<sup>26</sup>, tiene a su cargo la decisión de promover la acción penal, pudiendo en determinados casos no instarla o desistir de la promovida, y de esta manera evaluar qué tipos de casos poseen entidad suficiente para ingresar al sistema penal.

Y, un tercer filtro —el objeto de este comentario— que entra a regir luego de la realización del debate o juicio —concretamente en la etapa conocida como cesura del debate—, que regula un marco de interpretación amplio dirigido al juez al momento de evaluar si impone o no una pena y, en su caso, la cantidad y especie cuando “*el peligro o daño causados sea de escasa significación*” (principio de insignificancia), o cuando “*las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe*” (pena natural).

De esta forma, la Comisión contempla un mecanismo para establecer bajo qué condiciones el juez puede eximir de la aplicación de la pena o, en su caso, perforar los límites legales previstos en los tipos penales en cuestión (art. 9).

Este tamiz —como se aprecia— se reduce sólo a dos de los tipos de casos previstos en el artículo 49 del Anteproyecto (segundo filtro), donde no resulte racional la aplicación de pena o bien la aplicable no devenga irracional.

Ello evidencia que se ha previsto la posibilidad de que se escurran casos que lleguen a juicio, no obstante encuadrar en los supuestos de insignificancia o pena natural, lo cual, entendemos, puede ocurrir en tres supuestos: a) cuando inicialmente por las características del hecho no puedan ser detectados por el Ministerio Público Fiscal para aplicar el principio de oportunidad contemplado en el tercer párrafo del artículo 49; b) cuando la aplicación del mentado principio no sea posible por haber sido cometido el hecho por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo (inciso “a”) o por mediar razones de seguridad o interés público (inciso “b”); y c) cuando la víctima esté a cargo del ejercicio de la acción penal ante su reconversión en acción privada (art. 49, séptimo párrafo) como consecuencia de la aplicación por parte del fiscal del criterio de oportunidad previsto para estos tipos de casos.

En el primer supuesto el codificador ha previsto que en el momento culminante del juicio —de la mano de la participación directa de sus protagonistas y de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, continuidad, concentración y contradicción que delinean la etapa de

debate— el conflicto objeto de juzgamiento pueda tomar dimensiones o alternativas no previstas en los primeros momentos procesales, con virtualidad suficiente para encuadrar dentro de los supuestos contemplados en el artículo 9 del Anteproyecto.

En tanto que en el segundo y tercer supuesto se asume que, desde un inicio, el caso encuadre en los supuestos de insignificancia o pena natural, pero su prosecución se encuentra motivada en distintos fundamentos. Mientras en un caso se ha establecido una valla infranqueable para la procedencia del criterio de oportunidad motivado en la calidad especial que reviste el sujeto imputado —funcionario público—, obligando al Ministerio Público Fiscal a impulsar la acción penal emergente del delito del que se trate; en el restante ha hecho prevalecer el interés de la víctima de llevar adelante el caso para procurar la solución del conflicto mediante la imposición de una pena.

En este último caso, es correcta la apreciación que se efectúa de que la víctima pasa a tener un rol decisivo en la definición del conflicto desde su punto de vista personal y, al mismo tiempo, se le otorga poder de disposición de la acción penal convertida en privada; como también lo es que aumenta las posibilidades del imputado de llegar a una conciliación que ponga fin al caso, simplificando el procedimiento al resultar aplicables las reglas del proceso de acción privada<sup>27</sup>.

Sin embargo, consideramos que en los casos de insignificancia o de pena natural conviene ser cauteloso a la hora de otorgar a la víctima el ejercicio autónomo de la acción penal, teniendo en cuenta que dotarla del derecho de iniciar y continuar causas penales, pese a la falta de interés público y cuando ya ha operado la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el agresor, en la medida de sus posibilidades —condición necesaria para que el Ministerio Público Fiscal pueda aplicar el principio de oportunidad—, puede, inversamente a lo esperable, operar potenciando la persecución de casos donde no sea necesaria la actividad del sistema penal.

Si desde su inicio, el litigio carece de interés público y tal es el fundamento para despenalizar el conflicto, continuar la persecución de una persona por el sólo interés de la víctima implica, lisa y llanamente, la privatización de la venganza, con la eventual aplicación de pena estatal que podría devenir de tal ejercicio. No se debe perder de vista el hecho de que la tutela de los intereses particulares, bien puede ser efectivizada —incluso en mayor medida— haciendo uso de las vías naturales, como ser, el proceso civil o el contencioso-administrativo, con un catálogo de soluciones indudablemente menos lesivas que las existentes en la esfera penal<sup>28</sup>.

No obstante esta advertencia, consideramos que es altamente positivo que se procure al juez una herramienta interpretativa que le permita considerar la presencia de alguno de los supuestos que encuadran en el artículo 9 del Anteproyecto y decidir en consecuencia, ya sea eximiendo la aplicación de pena o, en su caso, reduciendo los márgenes de irracionalidad que tendría la aplicación del castigo dentro del marco elástico que viene dado de antemano por las escalas mínimas y máximas contempladas en los tipos penales.

## **V. El concepto de “responsabilidad” como nota común.**

En este contexto, no puede soslayarse que la *culpabilidad del autor o partícipe* es el eje sobre el cual giran las pautas concretas a las que el juez debe atenerse para fundamentar su decisión a la hora de determinar la pena aplicable; circunstancias que, a las claras, redundan en la consagración del *principio de culpabilidad por el hecho*<sup>29</sup>.

En efecto, se procura establecer criterios racionales que deben ser tenidos en consideración a la hora de individualizar la pena, en un claro intento de superar el actual marco legal previsto para la determinación del castigo (arts. 40 y 41 del Código Penal).

Si bien la determinación de la pena es considerada por la doctrina como una decisión discrecional del juez<sup>30</sup>, ello, claro está, no lo exime de fundamentar sus decisiones en virtud del principio republicano de gobierno (art. 1 C.N.), y menos aún de seguir los parámetros valorativos propuestos por la Comisión (art. 8 del Anteproyecto).

De manera tal que, por influjo de los dos supuestos contemplados en el artículo 9, se orienta la labor del magistrado a fin de lograr una decisión más racional, permitiéndole perforar el mínimo de la escala penal y, en determinadas circunstancias, prescindir de la aplicación de pena.

En consecuencia, verificada la culpabilidad del autor o partícipe, en función de “*la naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del peligro o daño causados*”, el artículo 9 pone en manos del juez una herramienta útil en torno a la aplicación o no de pena, habilitando, en su caso, un importante límite cuantitativo.

En efecto, el Anteproyecto trae a colación fundamentales principios del proceso penal, al contemplar dos instancias claramente diferenciadas: la verificación de la existencia misma del hecho y el discernimiento propio de la culpabilidad, y la determinación de la pena aplicable. Esta circunstancia conlleva a la implementación lisa y llana de la *cesura del debate*, marcando de esta manera el horizonte hacia el cual habrán de dirigirse las legislaciones procesales.

En un primer momento, consistente en la determinación de la cualidad delictiva del hecho, se discutirá si la conducta es típica, antijurídica, reprochable a su autor y punible en la medida en que su culpabilidad y la gravedad del hecho así lo indiquen.

Sólo cuando pueda afirmarse el carácter punible del hecho se pasará a la instancia siguiente, limitada exclusivamente a la determinación de la pena aplicable, no permitiéndosele al juzgador ir más allá del límite máximo proveniente de la culpabilidad por el hecho.

No resulta antojadizo que en esta etapa fundamental del proceso entren en juego tres principios liminares del Derecho Penal, como lo son el de *lesividad*, el de *culpabilidad* por el hecho y el de *proporcionalidad* de la respuesta punitiva. El primero de ellos materializado en la insignificancia del peligro o daño causado, como presupuesto con capacidad suficiente para eliminar la tipicidad objetiva de la conducta; el segundo adquiere virtualidad con la aplicabilidad al caso determinado de la pena natural; mientras que el tercero de los supuestos aparece como la nota común entre ambos institutos.

En lo atinente a la determinación de la pena, justo es advertir que la Comisión parece haberse ceñido dentro de los parámetros que, en el estrato de la *responsabilidad* en términos de Roxin, estructuran la misma en función de dos categorías fundamentales: la culpabilidad propiamente dicha, coincidente con el primer momento de la cesura del debate, en el cual se le reprocha al autor el injusto cometido, y la necesidad preventiva de sanción, más ligada a circunstancias en las cuales se considera que, aún existiendo culpabilidad, razones preventivas impiden la aplicación de pena para el supuesto determinado o, en todo caso, aconsejan la disminución de tal reproche.

Desde ya que tal esquema interpretativo no habilita al juzgador a eximir de pena en función de sus propias representaciones políticocriminales, sino que le corresponde averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley penal. De ello se desprende que la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad. La exigencia de punibilidad significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho Penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible<sup>31</sup>.

En este contexto, difícilmente podría denunciarse la arrogación de facultades legislativas por parte del juez en los específicos casos que admiten la perforación de los mínimos legales, toda vez que tal facultad, en los hechos, se encuentra explícitamente permitida por la norma penal.

## **VI. Reflexiones finales y críticas.**

La consagración a nivel nacional de los filtros analizados a lo largo de este trabajo no debe llevar a la conclusión de que los mismos no hayan tenido acogida a nivel supranacional. De hecho, el referente normativo que marca la pauta en este sentido resulta ser el provisto por la

legislación alemana. Sin embargo, la sistemática del codificador alemán es disímil que la esbozada por el argentino, toda vez que las disposiciones previstas en los arts. 49 y 9 del Anteproyecto son reguladas, en el caso del primero, en el marco de ordenamientos diferentes<sup>32</sup>.

Pero consideramos que el criterio ensayado por la Comisión al establecer criterios reglados de oportunidad en el art. 49, junto con los supuestos de exclusión o disminución de la penal del art. 9 no es para nada antojadiza.

En efecto, se incorporan de esta manera, una serie de pautas insoslayables para el fiscal y el juez a la hora de orientar sus propias decisiones, a la par que al legislar todas las facetas en un mismo código, introduce fundamentales criterios de política criminal que, en su conjunto, habrán de servir como línea directriz de las codificaciones provinciales, independientemente de las disputas que, en torno de este punto, podrían surgir denunciando el carácter procesal de la normativa incorporada.

El proyecto se enrola en un modelo político criminal, que procura componentes limitadores de la reacción estatal que resultan de provecho dogmáticamente a los fines de intentar hacer más racional el ejercicio del poder punitivo mediante la exclusión de la pena, o bien su selección y determinación a efectos de evitar caer de la mera retribución.

Por otra parte, haciendo un balance general, el dato positivo proveniente del segundo filtro consiste en que la norma del artículo 49 carece de restricciones en torno a la aplicación del mismo tanto en delitos dolosos como culposos. En consecuencia, la descriminalización se vuelve incluso aplicable para algunos delitos contra la propiedad, con el notable efecto contraselectivo que la misma podría traer aparejado.

Sin embargo, la incorporación normativa del principio de oportunidad en materia procesal penal se realizó sin echar por tierra al *principio de legalidad* regente en la materia, por lo que el instituto señalado en primer término, debe ser entendido como una excepción a la regla general proveniente de la legalidad procesal.

Con todo, no debe pasarse por alto el hecho de que los casos en los cuales se permite la reconversión de la acción pública en privada y puesta exclusivamente en manos de la víctima, y los presupuestos que impiden prescindir de la acción allí cuando mediaren razones de seguridad o interés público, constituyen verdaderas válvulas de escape que impiden la aplicación del principio de oportunidad y, en consecuencia, habilitan la persecución penal con criterios que, por ser poco claros, sirven de caldo de cultivo a su inherente irracionalidad.

En este contexto, la incorporación del art. 9 debe ser entendida en clave contraselectiva cuando se configuran cualquiera de las situaciones planteadas en el párrafo anterior, permitiendo desincriminar o reducir el monto del castigo al imputado allí cuando, por un lado, se presente un supuesto de pena natural o, por el otro, cuando la lesión o puesta en peligro al bien jurídico sea de tan escasa significación que torne inútil toda respuesta punitiva.

Más allá de estas cuestiones, cabe preguntarnos acerca del rol de la víctima en el proceso penal cuando, admitida la circunstancia de los incisos “a” y “b” del art. 49, sin que se haya obtenido su conformidad para la renuncia o desistimiento de la acción penal, lo convierte en titular de ésta; a pesar de lo cual, la misma causal que motivó tal situación es la que fundamenta la absolución o la disminución del reproche penal cuando aparecen presupuestos configurativos de insignificancia o *poena naturalis*.

Y si a ello se suma el grado de coercitividad inherente al proceso penal, teniendo en cuenta el derrotero procesal que tuvo que transitar el imputado hasta el momento del debate, máxime cuando tal carga pudo evitarse con la estricta aplicación del instituto reglado en los incs. “a” y “b” del art. 49 del Anteproyecto, este sistema de filtros se vuelve al menos criticable, dejando latente el peligro de que en pos de bregar por la participación de la víctima en este tipo de casos, las prácticas judiciales que se mueven al compás de la lógica represiva que informa todo el sistema penal, terminen perfeccionando el modelo punitivo para aumentar la eficacia de aquél y relegitar su propia existencia<sup>33</sup>.



---

## **Notas:**

<sup>1</sup> A propósito del análisis del art. 9 del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal elaborado por una comisión *ad hoc* de juristas creada en el seno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación por Resoluciones M.J. y D.H. n° 303/04 y 136/05.

<sup>2</sup> El cual regula que: “*El juez podrá determinar la pena por debajo de los mínimos previstos e inclusive eximir de pena, cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación.*

*Del mismo modo se podrá eximir o reducir la pena, cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe”.*

<sup>3</sup> Basta con recordar la sanción de las leyes nos. 25.188, 25.189, 25.246, 25.297, 25.326, 25.528, 25.601, 25.602, 25.742, 25.767, 25.815, 25.816, 25.825, 25.882, 25.886, 25.890, 25.892, 25.893, 25.928, 25.930, 25.990, 26.052, 26.087, 26.268 y 26.247.

<sup>4</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, España, 2004, pág. 714 y sgtes.; Maier, Julio B. J., *¿Es aún practicable el proceso penal?*, con motivo de la Conferencia celebrada en el 17° Simposio Técnico *¿Crisis del derecho penal y de las ciencias criminales?*, llevado a cabo por la Fundación Alexander Von Humbolt, publicado en la Sección Penal del site [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar); Pastor, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 19 y sgtes..

<sup>5</sup> Cfr. Binder, Alberto, *Política criminal de la formulación a la praxis*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 26 y sgtes.

<sup>6</sup> García Vitor, Enrique Ulises, *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 15 y 20.

<sup>7</sup> Entre muchos otros fallos que receptan el principio se encuentran: CNCrim. y Correc., Sala IV, diciembre 3-985, Correa Gustavo A., *La Ley*, 1986-E, pág. 720, sec. Jurisp. Agrup., caso 5775; CNCrim. y Correc., Sala IV, abril 3-985, Sosa, Gerardo A., *La Ley*, 1986-A, pág. 195; CNCrim. y Correc., Sala VI, agosto 14-984, Aami, Leonardo E. y otro, *La Ley*, 1985-E, pág. 404; C.C.C. Fed., Sala II, "Pezzolo, José Rafael", 28/2/86. *Boletín de Jurisprudencia*. Año 1986. N° 1. Enero-febrero-marzo-abril, pág. 185; C.C.C. Fed., Sala II, Valerga Aráoz y Ledesma, "Zabianchi, Carlos A. y otros", 11/2/86. *Boletín de Jurisprudencia*. Año 1986. N° 1. Enero-febrero-marzo-abril, pág. 158; Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 5, Secretaria n° 116, causa n° 113.221/99 "Silio, Martín Sebastián s/robo en tentativa", 9/2/2000; CNCrim. y Correc., Sala VII (Def.) -Piombo, Bonorino Perú- (Sent. "R", sec. 20), c. 15.169, M., F. O., Rta: 26/6/91; CNCrim. y Correc., Sala IV (Def.) -Escobar (en disidencia), Campos, Valdovinos- Sent. "A", sec. 2, c. 42.799, Tonon, Luis A. Rta: 25/3/93; C.C.C. Fed., Sala II Luraschi – Irurzun 27-02-1996 "Carlos W. Heredia y otros s/ proc. con pris. preventiva", causa nro. 11.975 Reg. nro. 12851 J.3 – S.6. *ElDial – AJ2CD*; C.C.C. Fed., Sala II Cattani-Luraschi-Irurzun, rta. 19-04-1996, "kahn, Rodolfo S. s/ infr. ley 23771", causa nro. 11.842 Reg. nro. 13041 J.5 – S.10; CPEcon. Sala B, (Acuña - Landaburu)- Reg. 320/1994 - 07.10.1994 – Causa 33345 - "Fibranor S.A. s/Balance falso". Trib. de origen Juzg1, Secr.2. Ref. norm.: Código penal, Art. 300. *ElDial – AK7C9*; CNCrim. y Correc., Sala VI, rta. 15/03/2006, causa n° 28.348 "Gómez, Justo Ceferino s/proces. Y monto del emb"; CNCrim. y Correc., Sala VI, rta. 01/03/2007, "Rosich, Eric Adrián s/procesamiento", voto en disidencia del Dr. Luis María Bungue Campos.

<sup>8</sup> Rusconi, Maximiliano, *Sistema del hecho punible y política criminal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 106.

<sup>9</sup> Rusconi, Maximiliano, *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 73.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 193.

<sup>12</sup> Al respecto se señala que ello sigue siendo posible porque se sustenta en que el Derecho penal solamente interviene frente a ataques relevantes para los bienes jurídicos, pero no siempre o exclusivamente a través de la categoría de la tipicidad. Toda la estructura está a disposición del cumplimiento de tal finalidad. Cf. García Vitor, *op. cit.*, pág. 45.

<sup>13</sup> Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Ed. Edersa, Madrid, 1979, p. 43.

<sup>14</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Ed. Bosch, 1992, pág. 260.

<sup>15</sup> García Vitor, *op. cit.*, pág. 65-6.

<sup>16</sup> Vitale, Gustavo, *Principio de insignificancia y error*, Ed. Universidad Nacional del Comahue, 1988, p. 49.

<sup>17</sup> Cfr. Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Alberto Mahiques, Fernando Luis María Mancini y Jorge Hugo Celesia *in re* "J.S.B."; Tribunal en lo Criminal n° 1 de la ciudad de Necochea *in re* "L., M. E. s/ homicidio calificado", sentencia del 13/06/2003.

<sup>18</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, pág. 255.

<sup>19</sup> Marí, Eduardo, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Ed. Hachette, Buenos Aires, 1983, pág. 106.

<sup>20</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raul; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 996 y sgtes.

<sup>21</sup> Cfr. Vitale, Gustavo, *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en: *Teorías actuales del Derecho Penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 71 y sgtes.

<sup>22</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Teorías actuales del Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 131 y sgtes.

<sup>23</sup> Beccaria, Césare, *De los Delitos y de las Penas*, trad. De Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, págs. 186/7.

<sup>24</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pág. 396.

<sup>25</sup> El cual dispone que: “*Son acciones dependientes de la previa instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:*

a) *Los establecidos en los artículos (154 y 155 de este Código), siempre que no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas (artículo 104 de este Código);*

b) *Lesiones leves, sean dolosas o culposas. No obstante, se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad e interés público;*

c) *Amenazas (artículo 135 de este Código);*

d) *Hurto simple (artículo 167 de este Código);*

e) *Estafa y otras defraudaciones (artículos 174, 175, 176 Y 177 de este Código);*

f) *Daño (art.186 y 187 de este Código);*

g) *Los relativos a la propiedad intelectual o industrial y a los derechos de autor (Ley N°11.723 y sus modificaciones) y a la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad Ley N° 24.481 (T.O. 1996).*

h) *Los vinculados con los fraudes al comercio y a la industria (artículos 201 y 202 de este Código).*

*En tales casos no se procederá a formar causa si no media denuncia previa del agraviado, de sus representantes legales, tutor o guardador. Reunirá esta última calidad quien tuviera a su cargo, por cualquier motivo, el cuidado del menor. La instancia privada se extiende de derecho a todos los partícipes del hecho delictivo. Sin embargo, se procederá de oficio por el Fiscal cuando el hecho delictivo fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o si lo realizare uno de sus ascendientes, tutor o guardador.*

*Si existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de aquellos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor, el Fiscal deberá actuar de oficio si ello resultare más conveniente para el interés superior del último”.*

<sup>26</sup> El que reza: “*Las acciones penales son públicas o privadas.*

*El Ministerio Público Fiscal tendrá la obligación de ejercer, de oficio, la acción penal pública, salvo en los casos donde sea condicionante la instancia de parte interesada.*

*También podrá hacerlo la víctima del hecho en las condiciones establecidas por las leyes procesales, mediante el ejercicio del derecho de querrela.*

*No obstante, el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida ante el juez o tribunal hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos:*

a) *Cuando se trate de hechos que por su insignificancia, no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo;*

b) *Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público;*

c) *Cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta;*

d) *Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público.*

*En los supuestos de los incisos a) y b) es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible.*

*La presentación fiscal será notificada a la víctima, quien deberá ser oída, pudiendo formular oposición. El juez o tribunal remitirá las actuaciones al fiscal de grado superior competente cuya resolución será vinculante.*

*Admitido el criterio de oportunidad, la acción pública se convertirá en acción privada. La víctima tendrá el derecho y el Estado el deber de asegurarle el asesoramiento jurídico necesario cuando no pudiese afrontar los gastos en forma particular.*

*La querrela deberá presentarse dentro del término de SESENTA (60) días hábiles desde la notificación de la resolución de conversión.*

*Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe en cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inciso 1 en que los efectos se extenderán a todos los partícipes”.*

<sup>27</sup> Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal contemporáneo*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, pág. 113.

<sup>28</sup> Herbel, Gustavo A., *Régimen de la acción penal*, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2006-B, Ed. del Puerto, Buenos Aires, pág. 565.

<sup>29</sup> Tal es así, que el artículo 8 del Anteproyecto establece que: “*La determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor o partícipe. Además se tendrá especialmente en cuenta: a) La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del peligro o daño causados; b) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho, la capacidad de decisión y la calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, y sus demás circunstancias personales,*

---

económicas, sociales y culturales; c) los propósitos del autor del hecho, en especial cuando fueren la persecución u odio por razones políticas, ideológicas, religiosas, raciales, de nacionalidad, género u orientación sexual; d) la pluralidad, participación y grado de organización de las personas intervinientes en el hecho”

<sup>30</sup> Cfr. Ziffer, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 26 y sgtes.; en igual sentido, Mario Magariños pone de manifiesto que “...la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del código de fondo”, cfr. *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en AA.VV. *Determinación judicial de la pena*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 71.

<sup>31</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2006, pág. 793.

<sup>32</sup> El art. 60 del Código Penal Alemán estatuye que: “El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año”

Por su parte, la Ordenanza Penal Alemana, al regular el ejercicio de la acción pública, establece lo siguiente: “§ 153 I) Si el proceso tiene como objeto un delito, entonces la fiscalía puede prescindir de la persecución con el consentimiento del tribunal competente para la apertura del plenario, si la culpa del autor del delito debiera ser contemplada como de poca consideración, y si no existe ningún interés público en la persecución. No se precisa del consentimiento del tribunal para un delito que no está amenazado con una pena alzada en el mínimo, y en el que las consecuencias ocasionadas por el acto son mínimas.”

<sup>33</sup> Cfr. Bovino, Alberto, *op. cit.*, pág. 112 y sstes.

---

## **Bibliografía:**

- Bacigalupo, Enrique: *Teorías actuales del Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Beccaria, Césare: *De los Delitos y de las Penas*, trad. De Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.
- Bentham, Jeremy: *Principios de la Ciencia Social o de las Ciencias Morales y Políticas*, en *Obras Selectas*, Tomo V, Ed. El Foro, Buenos Aires, 2004.
- Binder, Alberto: *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- Binder, Alberto: *Política criminal de la formulación a la praxis*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- Bovino, Alberto: *Problemas del derecho procesal contemporáneo*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- Coscia, Orlando Arcángel: *La Pena Natural. Opúsculo para su entendimiento en el ámbito de la Ley Penal*, Ed. Publifadecs, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad del Comahue, General Roca, 2001.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.
- García Vitor, Enrique Ulises: *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- Herbel, Gustavo A.: *Régimen de la acción penal*, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2006-B, Ed. del Puerto, Buenos Aires.
- Hobbes, Thomas: *Leviatán*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005.
- Iribarren, Pablo: *La poena naturalis y su aplicación en la provincia de Río Negro*, publicado en: *La Ley*, 2006/B, pág. 87.
- Magariños, Mario: *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en AA.VV. *Determinación judicial de la pena*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Marí, Enrique: *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Ed. Hachette, Buenos Aires, 1983.
- Maurach/Zipf: *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 1. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2006.
- Rusconi, Maximiliano: *Sistema del hecho punible y política criminal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- Rusconi, Maximiliano: *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- Silva Sánchez, Jesús María: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, 1992.
- Stratenwerth, Günter: *Derecho Penal, Parte General, I. El hecho punible*, Ed. Edersa, Madrid, 1982.
- Vitale, Gustavo: *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en: *Teorías actuales del Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Vitale, Gustavo: *Principio de insignificancia y error*, Ed. Universidad Nacional del Comahue, 1988.
- Zaffaroni, Eugenio Raul; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: *Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003.
- Ziffer, Patricia S.: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- Zipf, Heinz: *Introducción a la Política Criminal*, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Edit. Edersa, Madrid, 1979.