





# DERECHO PENAL Y PANDEMIA



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
PROFESORES DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL  
Y PANDEMIA

XX ENCUENTRO DE LA AAPDP  
Virtual, 22 de julio al 2 de septiembre de 2020

Homenaje al Prof. Julio B. Maier



**EDIAR**



Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal



AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA  
DE PROFESORES DE DERECHO PENAL

Matilde Bruera

***Presidenta***

Nadia Espina

***Vicepresidenta Primera***

Adriana Ghiglinio

***Vicepresidenta Segunda***

Nora Cherñavsky

***Secretaria***

Lara Leguizamón

***Tesorera***

Gabriel Bombini

Gabriela Gusi

***Vocales titulares***

Juan Pablo Ravalle

***Revisor de cuentas***

Santiago Zúrzolo Suárez

***Revisor de cuentas suplente***

AUTORIDADES DE LA COMISIÓN DE JÓVENES  
PENALISTAS

Fernando Vázquez Pereda

Cecilia García Román

Ezequiel Vacchelli

***Coordinadores***

Andrea Quincose Vilalta

Nicolás Ayestarán

***Vocales***

Federico Wacker

***Enlace entre el Consejo Directivo y la Comisión***



# ÍNDICE

PRESENTACIÓN . . . . . 13

PALABRAS DE APERTURA . . . . . 17

*Por Matilde Bruera*

## PARTE I

### PRIVADOS DE LIBERTAD Y PANDEMIA

Derecho penal en tiempos de Covid . . . . . 23

*Por Matilde Bruera*

Problemáticas actuales de la dogmática penal . . . . . 49

*Por Daniel Erbetta*

Los deberes del Estado frente a las personas privadas de libertad 65

*Por Ramón Luis González*

Pandemia, justicia penal y privación de libertad. Un déficit  
teórico en el derecho penal . . . . . 77

*Por Gabriel Bombini*

Derecho penal y pandemia. Mujeres privadas de libertad . . . . 121

*Por Lara Leguizamón*

## PARTE II

### DERECHO PENAL Y GÉNERO

Autoría y abuso sexual. Un problema de prejuicios culturales  
con consecuencias dogmáticas . . . . . 139

*Por María Virginia Duffy*

- La respuesta penal a las violencias por razones de género.  
 La teoría legal feminista: Acuerdos, tensiones y desafíos . . . . . 155  
*Por Daniela Heim*
- Prostitución. Reglamentarismo vs. Abolicionismo. ¿Es posible  
 un paradigma respetuoso de los derechos humanos? . . . . . 161  
*Por Iara J. Silvestre*
- La garantía de no repetición en los casos de violencia de género  
 como querellante . . . . . 173  
*Por Lorena Padován*
- ¿Están las madres y los padres obligados a defender  
 a su hijo/a de la agresión ilegítima de parte de un tercero?  
 Sobre la diferencia entre la defensa debida de terceros y  
 la legítima defensa de terceros . . . . . 183  
*Por Bernarda Muñoz Calabró*

### PARTE III

#### CIBERDELITOS. TECNOLOGÍA Y CONTROL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

- La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento  
 en derecho penal español . . . . . 209  
*Por Paz Lloria García*
- Ciberdelito. Ciberpatrullaje. “Dataísmo” y control de datos  
 en el marco de la pandemia de Covid-19 . . . . . 227  
*Por Nora A. Cherňavsky*
- Ciberdelincuencia y pandemia . . . . . 249  
*Por Marcelo Riquert*

La inteligencia artificial aplicada a la vigilancia electrónica de personas en la pandemia Covid-19 . . . . . 265

*Por Carlos Christian Sueiro*

#### PARTE IV

#### DOGMÁTICA DE LAS PARTES GENERAL Y ESPECIAL

Derecho penal y pueblos originarios. Problemas de política criminal . . . . . 293

*Por Javier Augusto De Luca*

La legítima defensa de animales no humanos. Un análisis a propósito de una reciente jurisprudencia alemana . . . . . 305

*Por Nadia Espina*

Bases para una dogmática penal específica para niños, niñas y adolescentes . . . . . 331

*Por Alejandro Javier Osio*

#### PARTE V

#### DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA Y PROPAGACIÓN

El delito de propagación de enfermedad contagiosa en tiempos de incertidumbre: el covidelito . . . . . 359

*Por Lorena Varela*

Delitos relacionados con la pandemia . . . . . 407

*Por Gustavo L. Vitale*

Delitos de peligro en pandemia . . . . . 443

*Por María Juliana Márquez*

El artículo 205 del Código Penal y el “peligro abstracto” . . . . . 461

*Por Daniel Rafecas*

Pandemia, control social y limitación de derechos . . . . . 475

*Por Andrés Ricardo Pennisi*

Los delitos contra la salud pública. A casi 25 años del caso de la adulteración de los vinos sanjuaninos “Soy cuyano” y “Mansero” 487

*Por Eugenio C. Sarrabayrouse*

## PARTE VI

### PANEL DE CIERRE

Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal . . . . . 503

*Por E. Raúl Zaffaroni*

## PRESENTACIÓN

Este libro compila las exposiciones desarrolladas en el marco del XX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (A.A.P.D.P.), en homenaje al profesor Julio B. J. Maier, realizado de manera virtual entre el 22 de julio y el 2 de septiembre de 2020, con el auspicio de la Editorial Ediar.

Más de 1000 personas de distintas instituciones y universidades de la región se inscribieron al ciclo de conferencias, con la participación de titulares de cátedra, adjuntos/as, jefes/as de trabajos prácticos, ayudantes de primera y de segunda, adscriptos/as y alumnos/as de grado y posgrado.

El congreso, que contó con más de 27.000 reproducciones en las redes sociales de la Asociación, tuvo como eje central al *Derecho penal en tiempos de pandemia por Covid-19* y fue abordado desde distintas perspectivas en los respectivos paneles: Personas privadas de libertad y Covid-19; derecho penal y género; Ciberdelitos, control y vigilancia en tiempos de pandemia; Dogmática de las partes general y especial; Jóvenes penalistas; Delitos contra la salud pública y propagación; y Panel de cierre.

En la primera jornada del 22 de julio expusieron las y los profesores Matilde Bruera, “Derecho penal en tiempos de Covid”; Daniel Erbetta, “Problemáticas actuales de la dogmática penal”; Ramón Luis González, “Los deberes del Estado frente a las personas privadas de libertad”; Gabriel Bombini, “Pandemia, justicia penal y privación de libertad. Un déficit teórico en el derecho penal”, y Lara Leguizamón, “Derecho penal y pandemia. Mujeres privadas de libertad”.

En el segundo panel del 29 de julio participaron como conferencistas, Virginia Duffy, “Autoría y delitos sexuales”; Camila Correa Flores, “Violencia de género en contexto de aislamiento”; Daniela Heim, “La

respuesta penal a las violencias por razones de género y la teoría legal feminista: Acuerdos, tensiones y desafíos”; Lorena Padován, “La garantía de no repetición en los casos de violencia de género como querellante”; Iara Silvestre, “Prostitución. Reglamentarismo vs. abolicionismo. ¿Es posible un paradigma respetuoso de los derechos humanos?, y Bernarda Muñoz Calabró, “¿Están las madres y los padres obligados a defender a su hijo/a de la agresión ilegítima de parte de un tercero? Sobre la diferencia entre la defensa debida de terceros y la legítima defensa de terceros”.

La tercera reunión del 5 de agosto contó con las ponencias de Nora Chernavsky, “Ciberdelito. Ciberpatrullaje. Dataísmo y control de datos en el marco de la pandemia de Covid-19”; Marcelo Riquert, “Ciberdelincuencia y pandemia”; Carlos Christian Sueiro, “La inteligencia artificial aplicada a la vigilancia electrónica de personas en la pandemia Covid-19”, y Paz Lloria García, “La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento en derecho penal español”.

El cuarto encuentro del 12 de agosto tuvo como expositores y expositoras a Daniel Domínguez Henain, “El tratamiento jurídico penal de la omisión post injerencia”, Javier Augusto De Luca, “Derecho penal y pueblos originarios ¿Un problema de política criminal?; Ezequiel Vacchelli, “El principio de accesoriedad en la teoría de la intervención delictiva”; Nadia Espina, “Legítima defensa de animales no humanos”; Alejandro Osio, “Bases para una dogmática penal específica para niños, niñas y adolescentes. Sus implicancias en tiempos de pandemia”; Federico Montero, “La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena”, y Ricardo Álvarez, “Ejecución penal y culpabilidad”.

La quinta actividad del 19 de agosto estuvo a cargo de los jóvenes penalistas de la Asociación, con la intervención de Martina Guirado, “Reflexiones sobre el artículo 205 del Código Penal”; José Destefanis, “Doctrina clásica de la imputación. Semejanzas y diferencias con la actual teoría del delito”; Federico Wacker, “Delitos contra la integridad sexual: una reinterpretación de la inmadurez sexual”, y Andrea Quincose Vilalta, “Reflexiones sobre derecho penal y cárcel a partir de un caso en tiempos de Covid-19”.

En el sexto encuentro del 26 de agosto participaron como conferencistas, Lorena Varela, “El delito de propagación de enfermedad contagiosa en tiempos de incertidumbre: el *covidelito*”; Gustavo Vitale, “Delitos relacionados con la pandemia”; Juliana Márquez, “Delitos de peligro en pandemia”; Daniel Rafecas, “El artículo 205 del Código Penal y el peligro abstracto”; Andrés Pennisi, “Pandemia, control social y limitación de derechos”, y Eugenio Sarabayrouse, “Los delitos contra la salud pública. A casi 25 años del caso de adulteración de los vinos sanjuaninos *Soy Cuyano y Mansero*”.

El panel de cierre del 2 de septiembre contó con la conferencia magistral del Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, E. Raúl Zaffaroni, y con las exposiciones de Gabriela Gusic, “La medida del castigo, proporcionalidad y medida cualitativa del tiempo prisional”, y Jorge Perano, “La ejecución de la pena privativa de la libertad”.

No queremos dejar de agradecer a las y los relatores del Congreso, Nicolás Ayestarán, Lucía Catuogno, María Victoria Gigli, Adriana Ghigolino, Fernando Vázquez Pereda, Cecilia García Román, Nora Chernavsky y María Laura D’Andreiz. Un agradecimiento especial al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni por su apoyo al Congreso y a la Editorial Ediar por concretar la publicación de este libro que compila casi la totalidad de las ponencias expuestas.

*Consejo Directivo A.A.P.D.P.*

*Agosto de 2021*





## PALABRAS DE APERTURA

Para dar inicio al XX Encuentro Nacional de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derecho Penal, saludo a los profesores y profesoras que la integran, a quienes se han inscripto, y a quienes están presentes en este evento, que se desarrollará de manera virtual.

Esta forma de encontrarnos tan singular, producto de la situación sanitaria, es la estrategia posible para seguir estando juntos, estudiando, investigando y debatiendo los problemas dogmáticos, criminológicos y político-criminales que nos preocupan en pos de la defensa del Estado de Derecho que es uno de los objetivos fundamentales de la Asociación que nos reúne.

Agradezco especialmente a quienes aceptaron integrar los paneles, y a quienes trabajaron duramente para que pudiera darse este Encuentro y que fuera de calidad, y en particular a los integrantes del Consejo Directivo de la Asociación, que hicieron posible esta organización.

Hace varios años y encuentros en que gracias al compromiso de profesoras y profesores que lo han impulsado, la mirada de género se viene introduciendo en la Asociación tanto en la integración de los paneles de exposiciones, como dirección de esta Asociación y, por esa razón, hemos puesto especial empeño para organizarlo desde una perspectiva paritaria.

No puedo inaugurar este Encuentro de Profesores, sin recordar a nuestro querido maestro Julio Maier.

Además de la enorme pérdida que para todos y todas significa la partida de Julio, nos ha conmovido fuertemente lo inesperado del hecho, ya que veníamos conversando con él cotidianamente, ya había dado todo el apoyo a este Encuentro y el viernes anterior a su fallecimiento, había hablado con Nora Chernavsky con quien iba a integrar el panel de cierre de este evento, para pasarle el tema de su ponencia.

Se fue un maestro. Se fue uno de los grandes profesores argentinos de esa generación excepcional de profesores de derecho penal en nuestro país, discípulos de Jiménez de Asúa.

Muy brevemente voy a mencionar su trayectoria, porque todos y todas la conocen, saben que nació en Córdoba, se graduó en la Universidad Nacional de Córdoba, se formó con los importantes maestros de la renovación del procesalismo penal e inmediatamente fue a perfeccionarse a Alemania, lo cual hizo en varias oportunidades de su vida.

Se trasladó a dar clases a la Universidad de Buenos Aires, fue juez, y pasó años difíciles del país, sufrió atentados en su casa, hasta que se decidió a volver a Alemania, y regresó definitivamente en 1984.

Volvió a su cátedra de la Universidad de Buenos Aires, a la que ingresó por concurso. Su obra escrita es monumental y su tratado de derecho penal, sin duda un gran legado jurídico.

Formó innumerables discípulos y tuvo una gran influencia en las reformas procesales de toda América Latina y América Central.

Recibió reconocimientos y doctorados *honoris causa* en varias universidades argentinas, y de otros países de América y el mundo.

Como todos ustedes, he compartido muchas actividades académicas y sociales con Julio Maier, y tengo muchas anécdotas personales que dejo para una mesa en las que podamos compartirlas, porque la personalidad de alguien que se definió en su entorno, y en su vocación jurídica y social, solo puede ser descripta colectivamente.

Julio Maier fue un hombre excepcional comprometido con su tiempo. Fue maestro de maestros, la profundidad de su abordaje del derecho estaba vinculada a un vasto conocimiento de la teoría del Estado y a una definida visión del mundo.

Humanamente era también excepcional, solidario y generoso. Sabía disfrutar la vida, le gustaba la música, especialmente el folklore argentino, le encantaba cantar, bailar, y lo que más tengo presente era su gran sentido del humor.

Cada uno puede destacar de Julio Maier, lo que mejor le parezca de su trayectoria, yo no puedo dejar de recordarlo desde lo que él eligió ser: un gran jurista por vocación, y por su profundo compromiso activo por los derechos humanos, por la libertad, la equidad, la justicia social y una reforma integral de la justicia, para que sea accesible a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

No puedo dejar de mencionar, que fue parte del grupo de importantes juristas, como Tute Baigún, Pedroncini y otros, que hicieron posible el juicio por la apropiación sistemática de bebés.

Fue un gran orador y un gran polemista con los demás y consigo mismo, en los últimos tiempos hacía gala de un gran escepticismo sobre la tarea de los juristas –que tal como dice Zaffaroni–, era una estrategia para provocar debates más profundos.

Fue un grande que enseñó mucho más que derecho.

O, mejor dicho, nos enseñó como pocos la dimensión política y social del derecho, y su lección fundamental fue su propio compromiso militante.

Matilde Bruera  
*Presidenta A.A.P.D.P.*



---

PARTE I

**PRIVADOS DE LIBERTAD  
Y PANDEMIA**

---



# DERECHO PENAL EN TIEMPOS DE COVID

*Por Matilde Bruera<sup>1</sup>*

## I. Introducción

Este encuentro nació en plena cuarentena, como breve seminario, cuando creíamos que era un tiempo corto y una situación coyuntural que podríamos aprovechar para tratar algunas cuestiones penales directamente vinculadas a la situación sanitaria, como los delitos contra la salud, o la situación en las cárceles, la violencia de género o los delitos cibernéticos.

Mientras se organizaba e íbamos tomando conciencia de la situación sanitaria, económica, y social, nos dimos cuenta de que solo íbamos a poder hacer el Encuentro en forma virtual, y así lo fuimos transformando.

La pandemia de coronavirus es un hecho único en la historia de la humanidad, que puede dar cuenta de muchas otras pestes, pero nunca tan generalizada, y con tanta velocidad de expansión global como esta, seguramente por la dinámica de la comunicación y los desplazamientos sociales.

He escuchado en los últimos días a algunos periodistas o conductores televisivos –para metaforizar el hecho total– comenzar un programa diciendo “Un fantasma recorre el mundo y se llama Covid”.

No deja de asombrarme la apelación a esa famosa frase que nos remite al hecho filosófico y político inaugural del siglo XX, impulsado por aquellos otrora jóvenes hegelianos que fundaron la primera internacional en los días previos a la comuna de París de 1848<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Profesora titular de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Rosario. Presidenta de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

<sup>2</sup> Se publica por primera vez en Londres, el 21 de febrero de 1848.

Solo que aquel era un manifiesto de esperanza, que anunciaba un profundo cambio económico y social en favor de la humanidad, por el contrario, el espectro que hoy recorre el mundo es la incerteza.

La plaga –decía Camus–, no está hecha a medida del hombre, (ni de la mujer) por lo tanto se vive como algo irreal, como un mal sueño que va a pasar, pero mientras tanto son los seres humanos los que pasan y los humanistas quedan absortos porque no pudieron tomar precauciones.

La ciencia está absorta y nosotros que habíamos reemplazado la religión por la ciencia, no podemos aceptar la ausencia de respuestas.

Mientras tanto, los medios de comunicación nos presentan tantas estadísticas de enfermos y muertos, que estos pierden humanidad, no pareciera que hablan de nosotros.

La crisis sanitaria y la profundización de la crisis económica nos interpela, sobre todo a los que tenemos y tienen alguna responsabilidad institucional, y a todas las personas, pero como dice Camus: “¿Cómo se hubiera podido pensar, que la peste suprime el porvenir, los desplazamientos y las discusiones pendientes?”

No hay duda de que el Covid ha generado graves problemas, ha puesto en evidencia viejos dilemas, pero también es cierto que está ocultando otros.

## II. La nueva normalidad

La vida de todos ha sido conmovida, algunos esperan que esto pase lo más pronto posible y hacen planes para la primavera, y la vida seguirá igual, solo que con algunas tendencias más activadas, a saber, la digitalización y la desigualdad<sup>3</sup>.

Otros anuncian un “nuevo comienzo” que nos invita a corregir nuestros excesos ambientales, consumistas.

Lo cierto es que nos preguntamos cómo subsistir a un mundo donde la excepcionalidad pasa a ser la regla y no tiene límites definidos.

<sup>3</sup> Natason, Jose, *Le Monde Diplomatique*, junio 2020, p. 2.



Son tiempos de pensar, sobre todo resistir la pandemia, y para ello creo que es necesario reflexionar sobre lo que nos está sucediendo y de retomar las discusiones pendientes, porque el mundo nuevo, la “nueva normalidad” que muchos plantean, se está construyendo en este momento.

El dilema de la vida y la muerte con el que nos estamos enfrentando como sociedad, para muchos seres humanos no es nuevo, hace mucho tiempo que las incertezas sobre su porvenir pasan por ese límite.

### III. La perplejidad

Ante la perplejidad, tal como en otros tiempos de acontecimientos conmocionantes y difíciles de entender, es necesario retomar debates pendientes y volver a las preguntas más simples, preguntas que como Einstein acostumbraba a decir, solo un niño puede formularlas<sup>4</sup>.

Julio Maier, a quien hoy homenajeamos, en sus años recientes, se hacía estas preguntas, en una conferencia que dio a sus alumnos se preguntó: “¿Para qué sirve el derecho?”<sup>5</sup> y allí explicaba las funciones de la norma jurídica y discurría sobre ellas, como buscando el punto de partida.

Años después, ya el 5 de setiembre del año 2016, publicó un artículo en *Página 12*, que tituló “Tristeza *nao tem fim*” contesta su anterior artículo y dice el derecho no sirve para nada y nos dice que no es necesaria una intervención violenta armada contra las instituciones democráticas para anularlas en un santiamén.

Luego de hacer un repaso sobre lo que consideraba graves retrocesos jurídicos en nuestro país, y en la región, critica el uso del derecho sin reglas hermenéuticas claras, ni precisas, y librado a la interpretación del interés de quien juzga. Culmina su pesimismo remitiéndonos a algunas lecturas y si les es más sencillo –reafirma– visiten una cárcel.

<sup>4</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *Epistemologías del sur*, Ed. Siglo XXI, Clacso, 4° reimpresión, 2013, p. 31.

<sup>5</sup> Maier Julio, 29/02/12, APP.

Cómo dice Zaffaroni, el pesimismo de Julio era provocador y generó un intercambio muy interesante con otros profesores y profesoras.

#### IV. Reinventar la democracia. Reinventar el Estado

Nosotros estudiamos un sistema jurídico heredero de la ilustración y de la metáfora del contrato social, fundadora de la racionalidad social y política de la modernidad occidental.

Aunque la contractualización de las relaciones sociales, políticas y jurídicas, se basa en la lógica de la separación entre excluidos e incluidos<sup>6</sup>, su legitimidad deriva de la inexistencia de los excluidos. De ahí que estos últimos sean declarados vivos en un régimen de muerte civil<sup>7</sup>.

Sin ir más lejos, el sujeto de la modernidad era un hombre, joven, blanco y propietario, las mujeres eran sujetos excluidos.

El modelo neoliberal –o neocolonial o tardocolonial como lo llama Zaffaroni– opera excluyendo a grandes sectores sociales –América Latina es la región más desigual del planeta–, y se estima que, como producto de la crisis sanitaria, económica y social de la pandemia, se profundizará gravemente este fenómeno, no hay dudas de que la

<sup>6</sup> González Prado, Patricia, *Aborto y autonomía sexual de las mujeres*, Didot, Buenos Aires, 2018, p. 33.

Señala la exclusión de la mujer como sujeto de la modernidad. Mary Wollstonecraft y Olympe de Geouges, en tanto que cuestionan desde el contrato social, al Estado moderno, las mencionadas autoras criticaban la construcción de un sujeto político que dejaba atrás a las mujeres, ya que –los hombres nacen iguales en dignidad y derechos– se refería a un hombre, joven, blanco y propietario. La primera de las autoras mencionadas denunció la educación desigual que se impartía a las mujeres, destinada al debilitamiento físico y moral, cuestionó las propuestas de Rousseau del *Emilio*, que contradictoriamente sostenía la desigualdad entre hombres y mujeres y la necesidad de dominar a las mujeres para construir la nueva sociedad igualitaria. La segunda mencionada, Olympe de Geouges, llamada en realidad Marie Gouzé, es una escritora francesa, autora de la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadanía*.

<sup>7</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Sequitur, Madrid, 1999.

operatividad del contrato social se encuentra en permanente tensión con su lógica de legitimación<sup>8</sup>.

En nuestra materia, la fragilidad de la metáfora fundamente del orden jurídico, se enfrenta con uno de los mecanismo más fuertes de exclusión social, que es el sistema penal y todas sus agencias, y si bien como dijera Carrara los tres temas que resumen el objeto mismo de nuestra ciencia “en cuanto tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, en la represión, y en el juicio, para que la autoridad se mantenga en las vías de la justicia y no degenerare en tiranía”<sup>9</sup> la grosera realidad de las cárceles argentinas a las que Julio nos mandaba a visitar, nos dan cuenta de que algo no anda del todo bien en nuestros saberes.

Para no irme más atrás, cabe recordar que la llamada criminología crítica en los años 70, no solo desbarató los dogmas biologicistas, racistas, sino que también los discursos pseudosociológicos con que el discurso penal legitima usualmente el poder punitivo.

Alessandro Baratta ya observaba que se abría una peligrosa brecha que desintegraba cualquier sistema pues la teoría jurídica se basaba en datos sociales que la sociología demostraba que eran falsos o meramente imaginarios<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> *Ibidem*. *El contrato social* es el metarrelato sobre el que se asienta la moderna obligación política. Una obligación compleja y contradictoria por cuanto establecida entre hombres libres y con el propósito, al menos en Rousseau de maximizar y no de minimizar la libertad. El contrato social, encierra, por lo tanto, una tensión dialéctica entre regulación social y emancipación social, tensión que se mantiene merced a la constante polarización entre voluntad individual y voluntad general, entre interés particular y bien común. El Estado nación, el Derecho y la educación cívica son los garantes del discurrir pacífico y democrático de esa polarización en el seno del ámbito social que ha venido en llamarse sociedad civil. El procedimiento lógico del que nace el carácter innovador de la sociedad civil radica, como es sabido en la contraposición entre sociedad civil y Estado de naturaleza o Estado natural. De ahí que las conocidas diferencias en las concepciones del contrato social de Hobbes, Locke.

<sup>9</sup> Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Editorial Temis, Bogotá 1956, vol. 1, p. 3.

<sup>10</sup> Baratta, Alessandro, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, *Revista Sociología*, N° 13, 1980., citado en E. Raúl

El mero dato de la selectividad pone en cuestión nada menos que la eficacia de toda norma penal y tiene en cuenta la diferencia kelseniana entre validez y eficacia de la norma<sup>11</sup> y no es un dato menor en las cárceles de América Latina como no lo es en ningún lugar del mundo<sup>12</sup>.

Pero la selectividad no solo tiene que ver con cuáles son los sectores sociales que habitan las cárceles, sino también cuál es el grado de impunidad del poder que aseguran las distintas agencias del sistema penal, que también se vincula con la eficacia de la norma.

Como bien señala Zaffaroni, en *La nueva criminología crítica*, no formaron parte de los estudios criminológicos –y yo agregó que tampoco de los estudios dogmáticos del derecho penal– los crímenes masivos contra la humanidad como el estudio de los genocidios, ya que como bien señala el autor, los legitimaban como tarea civilizadora. Tampoco lo hizo la criminología sociológica de los Estados Unidos de entre guerras que se centró en los conflictos generados por la crisis de 1929 y las repercusiones de la primera guerra. La posguerra de los años 40 y 50 tampoco lo hizo a pesar de la Shoá, que impactó a toda la humanidad. La criminología crítica invirtió el paradigma al hacer eje en el sistema penal y sus instituciones, pero limitaba su crítica al sistema penal de sus sociedades.

De tal manera, en la historia de toda la criminología académica y la dogmática, quedaron afuera la atención sobre los delitos más graves, crueles y horrendos de la humanidad, aun los cometidos en forma contemporánea a su desarrollo académico, como por ejemplo las atrocidades de

---

Zaffaroni e Illison Dias Dos Castro, *La nueva crítica criminológica*, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 39.

<sup>11</sup> Ídem, p. 39. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 142.

<sup>12</sup> Ya Lombroso en 1868, cuando describe al hombre delincuente, no hace más que dar cuenta de quienes poblaban las cárceles del norte de Italia en el Risorgimiento, que no eran otros que los italianos del sur, que migraban para poder tener trabajo en el norte industrial y recién unificado. Él le daba otra connotación, pero probablemente las características físicas que describía eran tales, solo que ello era un dato sociológico, y político, mas no biológico.

los belgas en el Congo, en tiempos de Leopoldo II –con la explotación del caucho– o el genocidio armenio, sobre el que también calló Europa, ya que es muy reciente el comienzo del reconocimiento de este<sup>13</sup>.

¿Cómo explicamos este silencio? A pesar de ello, la construcción del proceso de memoria, verdad y justicia en nuestro país fue y es un movimiento social que impactó fuertemente en las elaboraciones jurídicas de algunos tribunales, y ha sido la columna vertebral de la transición y reconstrucción democrática de Argentina.

Tal vez –como destaca Zaffaroni– la academia lo ubicó como un problema político, y no jurídico, tal vez porque quedamos atrapados dentro de los límites criminológicos y dogmáticos, y no pudimos advertir que fueron las agencias del poder punitivo que nosotros explicábamos las autoras de tales crímenes aberrantes.

Ya nos lo advertía Carrara cuando decía que los objetivos del derecho penal –en los tres planos de estudio, prohibición, represión y juicio– eran que la autoridad no degenera en tiranía.

Aunque parezca mentira, la criminología pasó por alto los genocidios porque quedó presa del derecho penal, o sea, de las legitimaciones del poder punitivo.

No hace muchos años, que, en los proyectos de reforma del Código Penal argentino, empiezan a proponerse legislar delitos de lesa humanidad, y todavía discutimos si los delitos más graves que existen deben encabezar el libro segundo, o si debe ser un capítulo aparte.

Tampoco han sido objeto de estudio de las ciencias penales, los delitos vinculados a la apropiación de bienes producida en el marco de los delitos de lesa humanidad (la Unidad de Información Financiera se acaba de presentar como querellante en la causa “Castro Juan Eleodoro y otros s/ imposición de torturas”, vinculado a la Banca de Aníbal Gordon, acusado de transferir bienes procedentes de delitos de lesa humanidad al mercado legal).

<sup>13</sup> La ley nacional 26.199 declara el día 24 de abril como “Día de acción por la tolerancia y el respeto entre los pueblos”.

Pero tampoco los grandes crímenes económicos han sido suficiente objeto de estudio, ni de la criminología, ni del derecho penal.

Han sido famosos los estudios del sociólogo Edwin Sutherland, en la caracterización de los delitos de cuello blanco, en 1939<sup>14</sup>. Según señala Sutherland, no existen diferencias entre los delitos de cuello blanco y los delitos comunes en cuanto a su proceso etiológico, pero enfatiza que rara vez las normas penales alcanzan a los poderosos y adjudica esto a tres razones fundamentales: a) por la posición dominante de los autores; b) por la ausencia de apoyo de leyes sancionadoras de estas conductas, pues el control de las agencias de comunicación pública está en manos de hombres de negocios que violan las leyes; y c) por la tendencia –en estos casos– a métodos no punitivos de control social.

A partir de sus estudios, elabora la teoría de la “asociación diferencial” que, si bien fue muy criticada, no hay dudas de que al menos llamó la atención sobre el escaso estudio de este tema, tanto en los aspectos criminológicos, como normativos.

En nuestro país, muy recientemente –no hace más de 20 años que a instancia de organismos internacionales–<sup>15</sup> aparecen legislados delitos de lavado de dinero, delitos contra el orden económico, y responsabilidad de las personas jurídicas que –sin perjuicio de las objeciones teóricas que puedan merecer– implementan mecanismos de control interno absolutamente ineficaces, los que podría resumirse en la vulgar expresión “ponen al zorro a controlar el gallinero”. Sin ir más lejos analicemos el caso Odebretch<sup>16</sup> o el más autóctono caso Vicentín S.A.I.C.<sup>17</sup>. Si uno

<sup>14</sup> El término delito de cuello blanco fue acuñado por el sociólogo norteamericano Edwin H. Sutherland. El 27 de diciembre de 1939 pronunció la conferencia inaugural de la reunión anual de la American Sociology Society, de la que era presidente, dedicándola al *White Collar Criminality*.

<sup>15</sup> Convención de Viena de 1988, sobre control del narcotráfico internacional, y del GAFI, se crea la UFI, en el año 2000.

<sup>16</sup> *Gestion*, periódico de Lima, Perú (10/01/17). La confesión de Marcelo Odebrecht respecto a las coimas que pagó en Perú para obtener las licitaciones de diversas obras ha generado un gran revuelo en el país... Odebrecht lleva trabajando en el país más de 25 años y en este tiempo ha ganado diversos premios en reconocimiento

analiza los programas de integración y cumplimiento de estas empresas mencionadas como ejemplo, no se explica los delitos penales vinculados a hechos de corrupción, que actualmente se están investigando en relación con las mismas y que han tenido y tienen amplia repercusión pública.

La invisibilidad y la ausencia de mirada de género en los estudios criminológicos y dogmáticos, también es llamativa. Los pocos que existieron se ajustaban a parámetros androcéntricos y etnocéntricos. Las cárceles fueron pensadas para hombres.

Es muy reciente el abordaje de jóvenes profesoras penalistas sobre los temas de género en la criminología, la política criminal y la dogmática penal, y tiene que ver con el desarrollo del movimiento feminista que está señalando también en este ámbito del conocimiento que no basta con perspectivas tradicionales –etiológicas o críticas–, sino que es necesario analizar el conjunto de las relaciones y reglas de poder en la sociedad<sup>18</sup>.

Otros temas también son nuevos, pero tienen que ver con recientes desarrollos de las nuevas tecnologías, como el cibercrimen.

## V. Reinventar el derecho penal

Cuando se toma la metáfora necesaria de reinventar la democracia, reinventar el Estado, en un mundo dominado por la cultura de las exclusiones y el “descarte”<sup>19</sup>, no hay dudas de que también se está reinventando el derecho y sin dudas se está reinventando el derecho penal. Pero en esa dinámica participan distintas vertientes, muchas de las cuales van en sentido contrario, por un lado, hay una impronta desde los movimientos

---

a su labor, algunos incluso por su trabajo en responsabilidad social y contaba con un programa de *compliance*, pero ¿quién supervisa el comportamiento ético de las empresas?, ¿los gremios pueden o están capacitados para asumir esta labor?

<sup>17</sup> Véase el Programa de Integración, Monitoreo y Anticorrupción, según la ley 27.401 arts. 22 y 23.

<sup>18</sup> Cfr. Antony, Carmen, “Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina”, *Revista Nueva Sociedad*, n° 208, marzo-abril, 2007.

<sup>19</sup> *Laudato si*.

sociales vinculados a la defensa de los derechos humanos, las garantías y el constitucionalismo social, que nos lleva a abordar nuevos temas y, por otro lado, no se nos escapa que estamos viviendo acontecimientos vertiginosos y la aparición de nuevos paradigmas y tecnologías punitivas. La crisis del Estado de bienestar en los pocos lugares donde tuvo alguna vigencia viene provocando serias consecuencias en los sistemas penales y el deterioro de las garantías penales y procesales.

## **VI. Punitivismo**

No puede negarse en nuestro país, que en los últimos años, la exaltación del punitivismo penal, el uso arbitrario y masivo de la prisión preventiva, reformas legales como la delación premiada (arrepentido), la ampliación de facultades policiales y la reducción de garantías a través de la legislación de flagrancia, la llamada “guerra contra la droga” concentrada en consumidores, y la reforma de la ley de ejecución penal (ley 27.375) –que ha significado un serio retroceso en el control judicial de la ejecución, la limitación del régimen progresivo de libertades anticipadas y la reducción del fin de la ejecución a una mera inocuización–, todo esto ha sido una combinación nefasta que ha abarrotado las prisiones de personas, por delitos de menor cuantía.

## **VII. La cárcel y los derechos humanos**

Y vamos a visitar las cárceles como dijo Julio.

No hay dudas y lo han dicho varios colegas, desde Roberto Bergalli, que nos dejó hace poco, y a quien también quisiera recordar y homenajear. Roberto hablaba de la cárcel legal, y la cárcel real, en cuyas puertas se detiene el derecho.

Iñaki Rivera Beira en su momento nos hablaba del hiperdesarrollo de la teoría del injusto, al lado de la teoría de la ejecución penal.

La pandemia puso en primer plano no solo problemas de salud, sino las políticas públicas vinculadas a ella, y a la profunda brecha social y la pobreza extrema que atraviesa a nuestra sociedad.



Esa es una de las discusiones insoslayables y cuando hablamos de pobreza y marginalidad, inevitablemente surge el tema de la cárcel.

La normalidad no es tan normal en nuestras prisiones. El encierro de las personas siempre transgrede los límites legales, porque nunca se restringe a la mera privación de libertad, sino que se extiende a otros derechos fundamentales, como la integridad física, la salud, la privacidad, las relaciones familiares, entre otros derechos que se licúan, para utilizar el lenguaje de Bauman.

Entre todos los sectores más castigados por la situación social, y con menos recursos para afrontar la crisis sanitaria, aparecen las personas privadas de libertad, los encarcelados, y se ponen ellos mismos en la agenda pública a través de la realización de motines en varias cárceles argentinas, y tres cárceles santafesinas, que reclamaron por un protocolo de prevención y recursos, pero fundamentalmente porque las condiciones inhumanas de hacinamiento y de alojamiento, en general, que vienen soportando desde hace tanto tiempo, se volvieron letales frente al coronavirus.

Hechos similares ocurrieron en otros lares, y también con dolorosos saldos de muertes, en varias cárceles de América Latina, como las de Brasil, Colombia, pero también en el viejo continente, fundamentalmente en las cárceles italianas de Milán, Turín, Verona, Módena y otras.

La sobrepoblación carcelaria es un problema estructural que se puede atribuir a distintas agencias del Estado, y a determinados contextos políticos, pero un factor innegable es la implementación de políticas de control y represión del delito que plantean la privación de libertad como principal respuesta.

El estado calamitoso de las prisiones no es novedoso en la región y se inscribe en la dinámica del gran encierro importada a muchos países de estos lares, de los cuales el nuestro país no es la excepción.

## **VIII. Emergencia carcelaria argentina**

El hacinamiento en las cárceles, de por sí, significa una seria violación a los derechos humanos, según el criterio ya consolidado por la Corte I.D.H.

es una violación al derecho a la integridad personal, y obstaculiza el normal desempeño de los centros penitenciarios<sup>20</sup>.

En nuestro país, es sabido que se declaró la emergencia carcelaria el 25 de marzo del año 2019.

## **IX. Recomendaciones de organismos internacionales**

En el contexto de la pandemia, la Organización Mundial de la Salud, recomendó reducir los niveles de la población carcelaria, mediante la adopción de medidas alternativas a la prisión, para contener la transmisión del virus.

Ello está en consonancia con el llamado realizado por la alta comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Michel Bachelet, quien instó a los Estados a que “tomen medidas urgentes para proteger la salud y seguridad de las personas que se encuentran detenidas o recluidas en otras instalaciones cerradas, como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del Covid-19”. Diferentes países del mundo están tomando medidas en este sentido.

## **X. Recomendaciones de organismos regionales de derechos humanos**

En similar sentido se pronunció en el sistema regional, primero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con la finalidad de extremar los recaudos para garantizar los derechos a la salud e integridad de las personas privadas de libertad, teniendo en cuenta el grave problema de la sobrepoblación carcelaria.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Declaración 1/2020 “Covid-19 y Derechos Humanos” en la que exhorta

<sup>20</sup> Corte I.D.H., “Tibi vs. Ecuador”, 7 de septiembre de 2004, párr. 150; “Fleur y otros vs. Haití”, párr. 85; “Montero Aguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de julio de 2006; caso “Vélez Lóor vs. Panamá”, 23 de enero de 2010; caso “Pacheco Terueel y otros vs. Honduras”, 24 de abril de 2012, párr. 67, entre otros.

a los Estados a tratar el tema de la pandemia desde la perspectiva de los derechos humanos.

Señala la C.I.D.H., que América es la región más desigual del planeta, y se caracteriza por las profundas brechas sociales en las que la pobreza y la pobreza extrema es un problema transversal a todos los Estados, y advierte que la región se caracteriza por los altos grados de violencia generalizada, especialmente por género, raza o etnia, así como flagelos como la corrupción y la impunidad.

Alerta sobre las grandes crisis penitenciarias que afectan a la región, la migración forzada por razones económicas y sociales, las personas refugiadas y apátridas, así como la discriminación contra los grupos en situación de vulnerabilidad.

Destaca que es necesario tomar medidas sanitarias, pero también medidas económicas: “A su vez la Pandemia genera impactos diferenciados e interseccionales sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales, y ambientales para ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y en especial a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas, y los niños, las personas con discapacidad, los migrantes, refugiados, apátridas, las personas privadas de libertad, las personas L.G.T.B., las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y del personal de los servicios de salud que trabajan en la emergencia”.

Más adelante se refiere a las personas privadas de libertad, y afirma que es necesario reducir los niveles de hacinamiento y superpoblación carcelaria y disponer en forma racional, medidas alternativas a la prisión.

## **XI. Recomendaciones de tribunales y organismos nacionales**

En el ámbito nacional dispusieron medidas, la Cámara Federal de Casación Penal, por la Acordada 9/2020, la Defensoría General de la Nación y el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura.

El Comité Nacional para la Prevención de la Tortura se ha expedido sobre el tema, con especial hincapié en la urgente solución de la superpoblación carcelaria y las condiciones de detención como medidas imprescindibles para poder adoptar medidas sanitarias.

## **XII. En relación con las mujeres**

La cárcel tiene un impacto doblemente estigmatizador y doloroso para las mujeres, una mujer en prisión no solo ha transgredido las leyes penales, sino que ha contravenido el rol social y el estereotipo atribuido socialmente.

La Cámara Federal de Casación Penal, en la Acordada 2/2020, antes de la pandemia, de este año, recomienda adoptar medidas alternativas a la prisión para las mujeres privadas de libertad, con mayor razón si estas tenían hijos menores viviendo con ellas en la prisión.

En relación con estas, y en el contexto de Pandemia, la Comisión Interamericana de Mujeres advirtió: “la intersección del género con otras condiciones de vulnerabilidad agudiza el impacto negativo de la crisis, por ello, es prioritario prestar atención a los grupos de mayor vulnerabilidad como las mujeres migrantes, las trabajadoras domésticas, las mujeres privadas de libertad, las jefas de hogar, las muertes del colectivo L.G.T.B., y las mujeres más desfavorecidas de las zonas rurales”.

Las mujeres privadas de libertad enfrentan una amenaza especialmente grave.

El hacinamiento extremo, la inadecuada infraestructura básica y el poco acceso a servicios de salud incrementan tanto el riesgo de contagio como la gravedad del impacto del virus.

### **XIII. Consecuencias de la sobrepoblación en pandemia**

La sobrepoblación repercute en muchos aspectos de las personas privadas de libertad, pero fundamentalmente en la integridad física y en la salud, por ello, en este momento se agrava seriamente con el problema de la pandemia, que justamente se previene con aislamiento y distanciamiento social. Se hace imprescindible despoblar las cárceles racionalmente, teniendo en cuenta que el gran porcentaje de delitos que las pueblan son de menor entidad.

Vemos con preocupación el sistemático rechazo por parte de algunos jueces, de excarcelaciones o soluciones alternativas a la prisión –como el arresto domiciliario– en casos de delitos comunes no violentos, y con mayor desasosiego, cuando se trata de casos de mujeres privadas de libertad, con problemas de salud y con niños a su cargo, sobre todo si se contrasta con el otorgamiento de la prisión domiciliaria a personas condenadas por delitos de lesa humanidad que no deberían encuadrarse ni en la Acordada 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal, por ser delitos gravísimos y violentos, y por no reunir condiciones de riesgo, como hacinamiento, edad o salud.

Debe tenerse en cuenta que los casos de delitos de lesa humanidad deben analizarse restrictivamente, a fin de respetar los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto a la prohibición de prescripción y amnistías.

Entre las cosas que se esconden con el Covid, ello ha pasado desapercibido por los medios de comunicación hegemónicos, pero ha sucedido, en contraste con la no concesión del derecho a los sectores seriamente vulnerados.

### **XIV. Datos estadísticos**

Para analizar un poco la situación carcelaria, me voy a referir a algunas estadísticas que hablan por sí solas, algunas de mi provincia y otras nacionales.

## *Santa Fe*

A mediados del año 2019, el Servicio Público Provincial de la Defensa Penal de Santa Fe, basado en el informe del Registro Público Provincial de la Defensa Penal, presentó un importante documento sobre las prisiones de Santa Fe, en el que expone el problema de la sobrepoblación –fundamentalmente a partir del año 2015 en que crece exponencialmente la cantidad de presos alojados– y la superación de la capacidad habitacional de cada instituto carcelario. También hace referencia a la cantidad de presos sin condena que alcanza en el año 2018, el 43 % del total de personas albergadas.

Según el informe presentado por el Ministerio Público de la Acusación en Santa Fe, en setiembre del año 2019 ante el Senado en el 2018, el crecimiento de personas privadas de libertad fue del 16,6 % en la cantidad total, lo cual implica una aceleración del crecimiento que se viene observando desde 2015. Entre 2014 y 2018, el incremento fue del 39,2 %, o sea que el 16,6 % en un año (2018) es mucho, ya que es casi la mitad del porcentaje de los cuatro años.

En el 2018, hay un 47,5 % de personas privadas de libertad que no están condenadas. Ese porcentaje también es más elevado que años anteriores.

Y respecto a las personas condenadas, surge del informe que en el periodo de 10/02/2014 al 30/06/2019, se produjeron 518 juicios orales con condenas, y 9.500 condenas en juicios abreviados. O sea, el 95 % de los juicios con condena son abreviados.

No todos los condenados son a prisión efectiva, puede ser en suspenso, pero igual es muy alto el número de abreviados. Es muy preocupante la relación entre los juicios orales y la cantidad de condenados en juicios abreviados:

No hay dudas de que el sistema procesal repercute en la prisionización porque su base es la condena sumaria, sin juicio.

El número de juicios abreviados en la provincia de Santa Fe es un indicador de la negación del derecho al juicio justo.

El juicio abreviado es siempre extorsivo en nuestros sistemas de juzgamiento que por lentos y arbitrarios se convierten en una verdadera aflicción, y porque se suele ir al juicio con prisión preventiva previa, y en algunos casos se llega al acuerdo bajo amenazas de consecuencias peores.

En el proceso acusatorio, el juicio abreviado juega el mismo rol, que tuvo en la inquisición la tortura, obliga a confesar y a aceptar la pena.

Desde la implementación del nuevo sistema de enjuiciamiento penal en Santa Fe, se incrementó en un 47 % la cantidad de personas privadas de libertad, en este momento hay plazas para 5758 personas y hay 6667 alojadas, el desborde es de 1000 presos aproximadamente.

Los argumentos que se esgrimen por parte de las autoridades de los tres poderes santafesinos, es que, en realidad, no es tan excesiva la sobrepoblación y que de esos 1000, entre 500 y 700 presos son federales, y deberían estar en una cárcel federal.

La distinción entre presos provinciales y federales, no puede ser un argumento para justificar el exceso de alojados. No hay cárcel federal en la provincia, por lo tanto, los presos se alojan en los penales que hay, o se los remite a la provincia de Buenos Aires (Marcos Paz, Ezeiza, Devoto menos, o a cárceles de otras provincias). Los presos en Rosario y Santa Fe son personas que viven en la ciudad o en la provincia, y se les imputa un delito cometido en el lugar, luego si los delitos se clasifican en federales o provinciales, es una competencia que no tiene nada que ver con los derechos de los alojados. El ejercicio del derecho de defensa exige cercanía, porque es necesaria una relación frecuente con la defensa técnica, y el principio de resocialización que guía la ejecución penal, se vincula a los lazos sociales y familiares que no deben cortarse.

Es claro que la famosa puerta giratoria que la infodemia agita, no funciona o funciona mal, porque debería bajar la tasa de encarcelamiento en nuestro país, y lejos de eso, en los últimos años se ha cuadruplicado, de un 3 % de aumento por año que venía sosteniendo en los últimos 10 años, en el año 2017 subió a un 12 % anual, y ello se repitió en el año 2018, según los datos del Sistema de Estadísticas de Ejecución de la Pena (S.N.E.E.P.) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

de la Nación. Es decir, siempre subió, pero en los últimos años el aumento ha sido significativo, hay sobrepoblación carcelaria, y ello no se refleja en una disminución de la inseguridad.

El número de presos según el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, para el 31 de diciembre de 2018, era de 94.883 personas privadas de libertad, si se le agregan los presos alojados en comisarías el número alcanza a un total de 103.209.

De un año a otro, en números absolutos la población carcelaria aumentó en 10.000 personas.

En el año 2016, había una tasa de 176 presos c/ 100.000, en el 2017, había una tasa de encarcelamiento de 194 personas, y para el año 2019 subimos a 213.

La tasa de encarcelamiento se vincula con las penas, los procesos penales y el uso indiscriminado de la prisión sin condena.

Si tenemos un sistema procesal penal acusatorio, como en Santa Fe, pero que amplía las facultades policiales al legitimar procedimientos en flagrancia como norma –en lugar de ser un supuesto excepcional– ello tiene más que ver con los sistemas inquisitivos, porque una persona es detenida por voluntad policial (no es otra cosa que la flagrancia) y es sometida a un proceso con plazos menores y menos garantías. Y luego se los condena con el procedimiento abreviado.

Tal es así, que la Defensa Pública en Santa Fe ha dado instrucciones a los defensores para oponerse a este tipo de procedimientos, porque admitirlo es casi una confesión.

Si bien se observa una leve disminución de la prisión preventiva, nacionalmente el porcentaje es del 53 % en el ámbito nacional (normalmente ronda entre 60 %) y en la Provincia de Santa Fe es del 47 %, no hay duda de que, si la mitad de las personas privadas de libertad son sin condena, la prisión preventiva se sigue usando sistemáticamente (Procuración Penitenciaria).

Por otro lado, si se analizan los informes oficiales, tanto nacionales como de la Provincia de Santa Fe, la persecución penal está concentrada



hacia los sectores más vulnerables de la sociedad, por tercer año consecutivo las personas encarceladas por delitos vinculados con estupefacientes se han mantenido en segundo lugar de frecuencia (16 % de las personas privadas de libertad) superados por los delitos de hurto y robo.

Esas personas, reciben penas, que en promedio están alrededor de los 6 años, o sea que no son narcotraficantes, sino que está focalizada en consumidores, mulitas o expendedores minoristas, y en los robos y hurtos, la mayoría también ronda esas penas (Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación).

Las estadísticas oficiales, además, dan cuenta del origen social de las personas encarceladas, las personas privadas de libertad continúan siendo de jóvenes (60 % menor de 33 años) y de sectores educativos y económicos de alta vulnerabilidad (solo el 67 % alcanzó los estudios primarios, el 43 % no tenía trabajo al momento de la detención, y el 39 % trabajaba en forma precaria).

En Santa Fe, según las estadísticas oficiales, el 69 % de los que ingresan a prisión, no tenían trabajo, y el 26 % solo trabajo esporádico e informal.

Durante la prisión, también es bajo el porcentaje de los que acceden a niveles básicos de resocialización, el 55 % no asiste a educación y el 77 % no realiza ningún tipo de actividad laboral o de formación.

El grado de muertes en contexto de encierro no cede, hubo 266 muertes en 2018, y la cifra crece si se tienen en cuenta los informes de los organismos de derechos humanos.

Por otro lado, es claro que las tasas de encarcelamiento no tienen ninguna relación con la solución de los problemas de inseguridad, por ejemplo, Brasil en el año 2017 tenía una tasa de encarcelamiento de 274 cada 100.000 habitantes, y 24 homicidios cada 100.000, y Argentina con 194 cada 100.000 en el peor lugar del país, tiene 16 homicidios cada 100.000.

En el año 2020, con la disminución de delitos que aparejó la cuarentena, ya lleva 86 homicidios.

Rosario triplica la tasa nacional de homicidios.

En definitiva, no hay relación entre el incremento de la prisionización y la disminución de la inseguridad. Con lo cual, queda claro, que las políticas de aumento de punitividad solo comportan una violación sistemática de derechos humanos hacia un sector de la población.

## **XV. Mujeres, condiciones de detención y Covid**

En relación con la Cárcel de Mujeres de Rosario, los números nos llevan a conclusiones similares, en la Unidad V, hay 157 mujeres, de las cuales 58 son condenadas (16 federales) y 99 procesadas (74 federales) o sea el 68 % son procesadas (y 100 mujeres con federales).

Eso da la pauta de que hay más mujeres procesadas, y la mayoría de las mujeres están por delitos pequeños de drogas.

La cárcel refuerza el estereotipo femenino de “buena mujer” “buena madre”. De esta forma uno de los aspectos más traumáticos para las mujeres privadas de libertad es la pérdida de sus hijos.

A pesar de las normas convencionales sobre los derechos de las mujeres y de las mujeres presas (las Reglas de Bangkok) y de la Acordada 2/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal, en las cárceles de mujeres existe el drama de las mujeres alojadas con niños pequeños, hay 13 internas en el pabellón de madres, y hay 11 niños menores de 4 años, viven la separación de sus niños a partir de los 4 años y las medidas preventivas aplicadas para la pandemia, de las cuales la primera fue la suspensión de las visitas, les ha cortado el vínculo con sus hijos menores y les ha restado medios de subsistencia mínimamente digna, ya que no reciben ayuda de sus familias.

Durante la pandemia, se dieron casos paradigmáticos por la violación de derechos humanos en general, y de las mujeres en particular: a. Una mujer que tiene un bebé en la cárcel y otro de tres años afuera, y al que no lo dejan ver por las medidas sanitarias motivadas por la pandemia. No le dan la domiciliaria porque está acusada de un delito grave, que es instigación al homicidio de su ex pareja. Pero, está con prisión preventiva; b. Otra joven, a la que le revocaron la domiciliaria, porque se

fue del domicilio al que estaba destinada al domicilio de un familiar, y quedó separada de dos niños, uno de ellos de dos años, pero que aún era lactante; c. Otro caso de una mujer cuyo domicilio sería la casa de un familiar (suegra) que se niega a recibirla, y d. El fallo “THAL” de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (registro 430/20, del 3 de junio de 2020), a la que le conceden, pero tiene que fijar un domicilio que no sea el suyo que es en el Barrio 31, donde hay circulación del virus.

Las prisiones domiciliarias a las mujeres casi no se han dado, han sido muy escasas, y evidencian que las personas encarceladas están condicionadas por el entrecruzamiento de factores de riesgo social por pobreza, privación de libertad y género<sup>21</sup>.

Las mujeres sufren un doble aislamiento, por la separación de sus hijos. Y porque, al no recibir visitas, están aisladas de sus hijos que viven afuera, sin perjuicio de la ausencia de estructura sanitaria para ellas y los niños.

## **XVI. No hay prevención sanitaria sin la disminución de la población carcelaria**

No hay prevención del Covid-19, sin reducción de la población carcelaria. Hay soluciones que se pueden ir implementando, en primer término, hay que identificar a las personas que tienen una situación de salud o edad que resulte más riesgosa para la enfermedad pandémica, y los jueces deberán otorgarles las prisiones domiciliarias para que puedan cumplir las normas de aislamiento y prevención para evitar contraer el virus.

Y, sin dudas, hay que reducir la prisionización a situaciones estrictamente necesarias (delitos de lesa humanidad), pero el solo hecho de cumplir con las normas constitucionales y convencionales reduce sensiblemente la cantidad de personas hacinadas ilegalmente en las cárceles de las provincias.

<sup>21</sup> Las actividades de “resocialización” para las mujeres tienen que ver con el estereotipo de género, confección de ropa interior, confección de ropa de niños, sastrería, huerta, mosaiquismo, diseño de juguetes, etcétera. Tienen escuela primaria y EMPA.

Si hay algo que nos dejaron de enseñanza todas las epidemias de la historia, es que la salud es colectiva, por lo tanto, los problemas de las prisiones no son ajenos al mantenimiento de la salud pública en general.

### ***Motines***

En nuestro país el problema se hace visible a partir de varios motines carcelarios en todo el país, y también en nuestra Provincia de Santa Fe.

Miles de presos con sus reclamos expusieron la situación en que se encontraban las cárceles, a los viejos problemas estructurales como el hacinamiento, este año se sumó la pandemia. Una vez más quedó al desnudo la cruda realidad en la que viven hombres y mujeres sometidos a la pena de encierro.

El alto porcentaje de presos preventivos, la cantidad de personas encerradas que supera la capacidad de los penales, más las precarias condiciones de alojamiento, los problemas de salud preexistentes como tuberculosis, V.I.H., sarampión, desnutrición o sus secuelas, mala alimentación, ausencia de atención sanitaria y de insumos básicos para evitar contagios, conformaron un panorama crítico.

Fue claro que las revueltas carcelarias en nuestra provincia se iniciaron con el reclamo por la aplicación de las medidas sanitarias y la provisión de elementos de higiene, pero en realidad las peticiones iban mucho más allá del protocolo sanitario, estaban denunciando la ilegitimidad de la privación de libertad con y sin condena, que se sufre en condiciones de tortura y riesgo para la integridad física. La entrega de artículos de higiene, la concientización sobre la prevención y la información sobre la necesidad de distanciamiento social, no tienen sentido si se dirigen a personas que conviven amontonadas en celdas diminutas.

Los motines fueron en los penales de Coronda (1400 presos), Las Flores (1030 presos) y Piñeyro (2030).

## XVII. El sistema penal es racista

No hay dudas de que el sistema penal y la pena en sí misma, es hoy un mecanismo de segregación, que no hace más que profundizar la exclusión previa que sufren aquellos que son marginados de la vida, en los proyectos neoliberales del capitalismo financiero, cuyo límite es la eliminación definitiva.

Ya no podemos hablar de la función disciplinar de los orígenes del capitalismo, ni de los contextos del Estado de bienestar que nos llevaron a teorizar sobre la resocialización, hoy quien es expulsado del sistema no puede volver a ingresar.

América Latina es la región más desigual del planeta y los criterios de discriminación tienen que ver con su origen social y los orígenes étnicos.

El capitalismo blanco, como lo llaman algunos, ha reeditado estereotipos peligrosistas que parecían superados luego de la Segunda Guerra Mundial, y luego de las luchas raciales y los movimientos descolonizados de los años 60<sup>22</sup>.

Agazapado en la cultura –como el bacilo de la peste– el racismo se vuelve activo periódicamente y lo hemos visto en acción, con el asesinato del joven negro (Floyd) asfixiado frente a las cámaras por un policía, en la ciudad norteamericana de Minneapolis.

Pero nosotros lo vemos recurrentemente, con los jóvenes prisionados en las violentas cárceles argentinas y latinoamericanas, y los jóvenes asesinados por fuerzas de seguridad, en nuestros lares, o por los jóvenes linchados en la calle, por haber arrebatado una cartera, todos pertenecen a los sectores sociales marginados. Eso es racismo.

<sup>22</sup> Camus Albert, sin embargo, señaló: “El bacilo de la peste, no muere, ni desaparece jamás, puede permanecer durante decenios dormido en los muebles, en la ropa, esperar pacientemente en las bodegas, las maletas, los pañuelos, y los papeles y puede llegar un día en que la peste para desgracia y enseñanza de los hombres despierte a sus ratas y las mande a morir en una ciudad dichosa”. Eso nos decía Camus, en aquella maravillosa metáfora del nazismo, que fue su novela *La peste* publicada en 1947, cuando todos festejaban la finalización de la Segunda Guerra, y el fin de los campos de concentración.

No existe la misma reacción ante los delitos de cuello blanco.

Como dice Foucault, en la *Genealogía del racismo*, al referirse a la sociedad moderna: “El racismo es la condición de aceptabilidad de la matanza en una sociedad en que la norma, la regularidad, la homogeneidad, son las principales funciones sociales”.

Aunque hoy los argumentos de legitimación de las políticas punitivas ya no son abiertamente biologicistas, ni organicistas, el peligrosismo sigue anidando en el discurso de las fuerzas de seguridad, en la prisión preventiva, y en algunas construcciones jurídicas.

El biologicismo no solo era racista porque usaba argumentos como el atavismo del delincuente nato, sino que tal atraso evolucionista se les atribuía a los sectores sociales más desprotegidos, en el caso de Lombroso, describía a los italianos del sur, que poblaban las cárceles del norte italiano en pleno Risorgimiento. La unificación de Italia, a partir del Norte Industrial, genera el desplazamiento de las poblaciones más vulnerables para trabajar en sus fábricas y poblar sus cárceles.

La dogmática penal no ha sido ajena a estas ideas, solo que se presenta a sí misma como neutral, y se alejó de los estudios naturalistas, sin embargo, aportó categorías vinculadas al peligrosismo, “estado peligroso sin delito”, “medidas de seguridad”, “tratamientos de extraños a la comunidad”, “derecho penal del enemigo”, “la culpabilidad por conducción de vida”, además de la reincidencia, la multirreincidencia, etcétera.

Es muy difícil atribuir el racismo solo a los biologicistas.

El neokantismo en un intento de superar el concepto positivista de ciencia, o tal vez en una disputa de hegemonía con las llamadas ciencias naturales, planteó la separación entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu. Trató de fundar el carácter científico de las actividades jurídicas, y esta separación si bien tal vez era necesaria, una diferencia tan radical entre ambas formas de considerar los problemas penales hizo que cada uno marchara por su lado, lo cual por una parte permitió que la dogmática desarrollara algunos límites, pero a su vez los confines metodológicos lo llevaron a una total indiferencia respecto de la legitimación de los efectos negativos del propio sistema punitivo.

De esta forma, la ejecución de la pena corrió por un carril ajeno a la teoría jurídica.

En la introducción del libro de Binding, *La licencia para el aniquilamiento de la vida sin valor vital*, Zaffaroni alerta a los juristas del siglo XXI sobre las desviaciones a que puede conducir el normativismo positivista puro<sup>23</sup>.

Durante más de dos siglos ha sido el derecho penal el que ha monopolizado el discurso sobre los programas punitivos, y se ha concentrado en elaborar un andamiaje teórico que se presenta a sí mismo como “neutral e inmaculado” capaz de clasificar conductas, definir delitos y dosificar el castigo de manera “racional” y desvinculado de los efectos reales sobre las personas encerradas y sobre el resto de la sociedad.

Si la cárcel no fuera un dispositivo destructor de la esencia y dignidad de la vida humana, la hegemonía del deber jurídico, basado en la mera lectura de textos legales, no resultaría tan obscena, pero como dice Roberto Bergalli, es hora de que la “cárcel legal” deje de ser el único objeto de conocimiento y nos introduzcamos seriamente en el análisis de la “cárcel real”, en cuyas puertas se detiene el derecho.

## **XVIII. La realidad nos interpela**

Nos interpela porque en las pestes, la historia individual, es historia colectiva, porque por primera vez, muchos se conmovieron por las cárceles porque estas infectadas por el coronavirus, igual que los geriátricos, se convirtieron en un foco de expansión para toda la sociedad.

En los años 60 y 70 en que aparecen cuestionamientos sobre la cárcel desde otros saberes, y en nuestro país reaparece con fuerza cuando los organismos de derechos humanos asumen la lucha por los presos políticos, y contra el terrorismo de Estado. En ese camino en contacto con todo el aparato represivo y con los presos comunes, entienden la investigación

<sup>23</sup> Binding Karl, Hoche Alfred, *Licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Revisión e introducción de E. Raúl Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2009.

de la violación de los derechos humanos en las cárceles como parte de la transición y la construcción de una cultura democrática.

Pero también es cierto que fundamentalmente a partir de la década del 90, y al calor del retroceso del Estado de bienestar, el avance del neoliberalismo se ha desarrollado lo que Zaffaroni denomina el “populachismo” punitivo, que ha propiciado políticas públicas punitivas desde reformas legales y presiones públicas a los académicos y operadores del Poder Judicial y los Ministerios Públicos.

El desarrollo de los derechos humanos, a partir de la positivización de instrumentos en 1948, inaugura una era de elaboración de los derechos humanos, atravesados por el genocidio de la Segunda Guerra Mundial.

La nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 1994, y del control de convencionalidad, y del desarrollo de estándares de derechos humanos, en materia penal, y procesal penal, y en materia de cárceles nos brinda un nuevo instrumento que bien hemos utilizado quienes hemos sido defensores, para –según nos convoca Zaffaroni– una reelaboración teórica hacia un derecho penal humano, que dé cuenta de los horrores, y deconstruya límites jurídicos al poder destructivo de la violencia estatal.

El normativismo es la razón de Estado, la teoría crítica –una nueva teoría crítica que se inmiscuya en la trama de poderes sociales– es la razón de los desposeídos, es hora de que la academia en América Latina adopte una epistemología del sur –como nos dice De Souza Santos– una labor de descolonización requiere una nueva teorización de todo el problema penal, sin desvincular las formulaciones de sus consecuencias y una actitud partisana con miras a la defensa de los destinados a ser excluidos de la vida, en pos de los derechos humanos.



# PROBLEMAS ACTUALES DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

Por Daniel Erbetta<sup>1</sup>

I. Hace cincuenta años el catedrático español Gimbernat Ordeig escribió en el libro *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, un artículo titulado “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”.

Con la crónica del presente –y a pesar de ello–, la respuesta a aquel interrogante no ha perdido actualidad, tampoco complejidad<sup>2</sup> y dispara probablemente las más diversas conjeturas (cuanto menos no se conoce ningún trabajo o investigación sobre su capacidad de rendimiento en estos últimos cincuenta años y mucho menos en el contexto espacial que más la evoca), aunque tal vez sí podamos afirmar que el camino ha estado caracterizado por marchas y contramarchas.

Más en cualquier hipótesis, tanto el interrogante de Gimbernat como la pretensión, por cierto, limitada, de formular algunas reflexiones sobre los problemas actuales del saber penal reconocen un condicionante común: se trata de acordar o discrepar sobre la opción constructiva básica; sobre la funcionalidad y, en última instancia, la utilidad de la dogmática penal.

Y aun cuando elemental, en tanto nadie dudaría abreviar en la metodología adjudicada a Von Jhering, inspirada en el método de la química, que fuera introducido al saber penal de la mano de Von Liszt y Beling (esto es, esa idea de sistema, con su especial metalenguaje, consistente en

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Rosario. Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad. Expresidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

<sup>2</sup> Precisamente, una de las principales dificultades y cuestionamientos deriva de la multiplicidad de sus variantes metodológicas.

descomponer los elementos escritos para reelaborarlos en forma coherente, siguiendo un orden lógico como necesidad de procurar soluciones armónicas, calculables e igualitarias a los casos sometidos a juzgamiento), aun así y a pesar de tamaño consenso, las respuestas al interrogante de Gimbernat o la cuestión que intento desarrollar no logran igual grado de coincidencias. Va de suyo que la observación aquí puntualizada no puede desvincularse de las dificultades derivadas de la multiplicidad de variantes metodológicas y, consecuentemente, de modelos teóricos, que solo presentan como dato común las magnificadas funciones “manifiestas” asignadas al método.

**II.** Hablamos de dogmática jurídico penal y no de poder punitivo. Este último reconoce como principal manifestación formal la legislación penal y su recurso nuclear y diferenciador: la pena, especialmente la privación de libertad, ya en su variante de encierro efectivo a modo de pena formal tentada sin sentencia condenatoria (cuya consumación opera con la condena y el beneficio del cómputo o, caso contrario –sobreseimiento, absolucón– como medida de seguridad pre-delictual, sin beneficio, ni compensación alguna) o como pena formal derivada de la condena y luego del juicio.

Precisamente, la dogmática procura dar cuenta –de modo sistemático– de esas leyes penales con la pretensión –no exclusiva– de favorecer la solución de los diversos casos que se plantean.

**III.** No está de más recordar que la idea de sistema o los orígenes de nuestro saber son anteriores a la dogmática jurídica; aparece con los glosadores que teorizaban sin sistemática y tiene registros rudimentarios en los posglosadores y, especialmente, en los prácticos. Pero la verdadera carta de ciudadanía surge con la ilustración, movimiento que apuntó a desterrar la inquisición. Y es justamente de las plumas ilustradas que surgiría el saber jurídico penal con toda su potencialidad; no solo la idea de sistema (plenamente desarrollada, por ejemplo, en la obra de Carrara) sino –además– la de su funcionalidad política como límite al poder, ya apelando a la filosofía o bien a la razón. En cualquier caso, y más allá de

las disputas metodológicas, esa funcionalidad política sería finalmente institucionalizada (*normativizada*) en las modernas Constituciones y, más recientemente, en los tratados internacionales de derechos humanos. No otra es la causa del amplio sistema de garantías previsto en el derecho constitucional y convencional, lo cual resulta –además– un indicador del carácter fragmentario –en el plano del deber ser– de la legislación penal. Precisamente, el diseño de un amplio sistema de garantías surgió como necesidad de reafirmar el objetivo constitucional de limitar la intervención punitiva a muy pocos conflictos, circunstancia que, además, permite descalificar al “populacherismo penal” como dato inspirador de la política criminal institucionalizada, generalmente motorizada por motivaciones funcionales a los esquemas del poder fáctico y a devaluadas aspiraciones electoralistas.

La aclaración vale en tanto siempre es bueno revalorizar la dimensión histórica de cualquier fenómeno; en última instancia, han cambiado los atuendos, el lenguaje, los elementos culturales y el mundo que vivimos es muy diverso, pero muchos de los problemas existenciales y los que han comprometido y comprometen a nuestra ciencia o saber siguen siendo los mismos. Y esa referencia histórica nos permite advertir sobre un problema tan antiguo como actual porque la historia de nuestro saber, como ha dicho Zaffaroni, es la historia de la lucha entre quienes creyeron en los límites y quienes creyeron en las penas. Una tensión estructural entre los límites y el poder que, veremos, tiene directa incidencia en la construcción conceptual.

**IV.** Al retomar el cometido concreto de esta ponencia nadie dejaría de acordar sobre la función práctica, instrumental, de la dogmática como proyecto técnico de jurisprudencia, según Zaffaroni, o como responsable de que la práctica del derecho disponga de un modelo racional y seguro de aplicación de las leyes penales, según explica Silva Sánchez al referir a la dogmática de *lege lata*.

Tampoco parece plantear dificultades su reconocida función pedagógica, como esquema de entrenamiento de futuros operadores en las universidades, ámbito donde podría decirse que la dogmática ha tenido

bastante éxito, al resultar su estudio condición para la graduación como abogado; cuanto menos, ha tenido mucha más aceptabilidad que en la práctica judicial, en la cual lamentablemente florecen realidades extrañas y ajenas a sus objetivos, tales como procesos armados con agentes de inteligencia estatal o paraestatal, imputados delatores arrepentidos (que declaran sin control de parte y siquiera resguardo legal alguno, donde –como ha dicho Maier– verdad y pena son mercancías que están en el mercado y pueden comercializarse por fiscales y jueces penales), agentes encubiertos, prisiones preventivas sin límite temporal, penas de treinta o cuarenta años de encierro, prisiones perpetuas efectivas o, peor aún, procesos de guerra legal –aunque en verdad sean ilegales– o *law fare*, que muy lejos están de las pretensiones y proposiciones declamadas por la dogmática jurídico penal.

Es probable que podamos acordar –además– sobre la llamada función crítica de la dogmática que, en palabras de Bacigalupo, permite poner al descubierto las desviaciones de la práctica judicial en relación con los principios fundantes del Estado Constitucional de derecho (Silva Sánchez habla de una dogmática de *lege ferenda*, cuyas propuestas se orientan a servir a una mejor legislación penal), pero seguramente surgirán divergencias de alcance y contenido dirigidas al reconocimiento de su función política.

V. Es que si bien, en nuestro criterio, el saber penal nace con una función política de garantía como límite al poder (en última instancia y como explica la sociología, el poder tiende natural y estructuralmente a concentrarse, verticalizarse y arrasarse con todo límite; de allí la necesidad de acotarlo o contenerlo), no existen muchos acuerdos en relación con la esencia política misma del saber jurídico penal.

Afirman Zaffaroni-Alagia-Slokar que como proyecto técnico de jurisprudencia la dogmática es también un programa político que está elaborado y dirigido a un poder del Estado que forma parte de la estructura de gobierno de la sociedad (gobierna procurando gestionar conflictividad y limitar la arbitrariedad) y cuyos actos son actos políticos; esto es, actos de gobierno que, como tales, deben ser públicos, transparentes

y racionales (lo cual involucra obviamente las formas de realización de la legislación penal, el proceso y los modos de litigación, porque ello también incide en la reconstrucción del sentido de las normas y en los modos de intervención en los conflictos). Sin embargo, no faltan quienes pretenden reducir la dogmática penal a pura técnica, ya considerando al Poder Judicial como un poder apolítico del Estado, ya reduciendo la construcción conceptual a pura lógica jurídica para construir una teoría útil a cualquier objetivo político; esto es, tanto funcional a un Estado Constitucional de Derecho como a un Estado policial o autoritario.

**VI.** Tal diversa concepción tampoco puede desvincularse de otra de carácter metodológico, que llevada al extremo ha alimentado la disputa ontologismo/normativismo, en tanto diverso será el desarrollo del sistema explicativo según se asuma una teoría del conocimiento realista o idealista. Alejados los riesgos de un reduccionismo sociológico, el idealismo extremo –en cambio– parte del viejo criterio que presupone la validez de la prohibición metodológica de incorporar a sus teorizaciones datos del mundo; de este modo, el derecho penal debe desentenderse de sus consecuencias y efectos y no contaminarse con la realidad so pena de crimen de lesa método. Dado que, en general, estas teorizaciones parten de atribuir funciones positivas a la pena, se construyen teorías penales o sistemas de imputación en base a cómo cada autor imagina que debe ser la pena, aunque en la realidad nunca llegue a ser, siquiera por aproximación, conforme a esa idealización.

**VII.** El sistema no es un fin en sí mismo, sino un medio para otro fin y allí aparece el dilema valorativo que hace a la opción constructiva básica y que divide a nuestra ciencia porque el saber penal se construye con el objetivo político de racionalizar y legitimar cualquier decisión del poder o se construye para limitar y contener ese poder. La primera opción fue descalificada por el pensamiento iluminista y caracterizada por Carrara como la “ciencia asquerosa”.

Desde la segunda opción constructiva y sin menoscabo alguno por investigaciones sobre cuestiones culturalmente instaladas en nuestra

ciencia por el fenómeno de la globalización y su llamada sociedad de riesgos y sin perjuicio del abordaje necesario sobre nuevas modalidades delictivas propias de los avances tecnológicos y –especialmente– del actual fenómeno y estructura de poder mundial de profunda fe neoliberal (refiero, por ejemplo, a ilícitos que no escapan al ignorado dato real derivado de la selectividad de los sistemas penales que, por eso mismo, favorecen la impunidad de tales modalidades delictivas, así como al escaso o nulo interés de la dogmática penal de una macrocriminalidad económica –estafas, coacciones y extorsiones, administraciones fraudulentas y cohechos, sometimiento a servidumbre– que victimizan a Estados y poblaciones enteras<sup>3</sup>), si nos cerramos a los datos de la realidad podemos suponer que los principales problemas de la dogmática moderna transitan en la actualidad por la discusión sobre si ese conglomerado de pautas normativas que van como un láser buscando a quien cargar las consecuencias (esto es, quién se hace cargo o responsable por el hecho acontecido –imputación objetiva–), se agota en el criterio del aumento del riesgo prohibido o en el quebrantamiento de un rol; o la relativa a si el dolo es solo puro conocimiento del peligro creado por la acción (con la consecuente ampliación de la imputación dolosa y correlativa reducción del ámbito de la imprudencia) y hasta si puede admitirse con relevancia jurídico penal la evitación del conocimiento como decisión cotidiana (ignorancia deliberada)<sup>4</sup>; o bien en la actualizada discusión (aunque antigua por cierto, como casi todos estos nuevos problemas) respecto a la

<sup>3</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl y Dias dos Santos, Ílison, *La nueva crítica criminológica*, Ediar, Buenos Aires, 2019.

<sup>4</sup> Muchas de estas cuestiones, que comprometen seriamente pilares fundamentales de la construcción de un sistema jurídico penal conforme a principios y reglas normativizadas en la propia Constitución nacional y tratados de derechos humanos de igual jerarquía, son consecuencia generalmente de una normativización extrema de las categorías de la teoría del delito (desplazada ahora terminológicamente por la referencia a sistema de imputación), sin advertir el riesgo que la profundización de este punto de vista metodológico puede llegar a suprimir el debido proceso y consecuentemente el juicio penal, ya que si todo se deduce del sistema de ideas ya no tengo nada que probar (lo cual explica la priorización de delitos de omisión impropia no tipificados, responsabilidad por garantía, delitos de peligro presunto, presunción de dolo, criterios de responsabilidad objetiva).

eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas renovada ahora con las cuestiones derivadas de los difundidos programas de integración (*criminal compliance*)<sup>5</sup>; y aún incluso a los aportes de las neurociencias y

<sup>5</sup> El tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, cuya genealogía es pre-moderna, ha estado vinculado en el siglo pasado a pretensiones político-criminales propias del dirigismo estatal o, más recientemente, a pretensiones de un imaginado derecho penal económico, de la empresa o de los negocios, de un derecho penal del ambiente o de un derecho penal del enemigo que involucra categorías imprecisas como el terrorismo o el crimen organizado. Por cualquiera de esas vías se busca la construcción de un derecho penal especial (de excepción) con diversas funcionalidades, entre ellas, la pretendida justificación excepcional de la ampliación de las redes punitivas y la limitación del sistema de garantías. Más allá de los fundados cuestionamientos que descalifican su legitimidad constitucional en igual medida que su pretendida eficacia (de hecho, en nada ha servido para prevenir y/o eventualmente sancionar a corporaciones y personas jurídicas –salvo alguna que otra pyme nacional– a través de las que se han instrumentalizado delitos de fraude, evasión tributaria, corrupción, trata, narcotráfico, criminalidad económica internacional, devastación fraudulenta de economías nacionales, fuga ilegal y planificada de capitales y lavado), en la actualidad se da la paradoja que el concepto de personalidad jurídica ha comenzado a resentirse seriamente en el ámbito del derecho madre (el derecho privado), a partir de reconocerse, como sostenía Kelsen, que se trata de un instrumento con meros fines patrimonialistas (teoría de la ficción), para llegarse en el derecho privado al reconocimiento de patrimonios de afectación sin sujeto (sin una imputación subjetiva) y a una suerte de contractualización plena en el ámbito del derecho societario (donde se diluye el concepto de sociedad y sus tipos para valerse más de la idea del contrato asociativo). Vaya incoherencia, en tanto mientras en el derecho referente se va diluyendo el concepto de persona jurídica, la legislación penal subsidiaria y fragmentaria lo reivindica superlativamente por necesidades político-criminales de lucha contra el crimen organizado, la delincuencia económica, los delitos contra el ambiente, el narcotráfico y hasta el terrorismo.

Para peor, de la mano de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (y su rejuvenecimiento como pretendido problema actual del derecho penal a raíz de la aparición de una nueva categoría de sujetos que no son personas físicas sino corporaciones), se ha dado desarrollo a una interesante fuente de ingresos profesionales mediante los llamados “programas de cumplimiento” (*compliance*). Dichos programas, regulados incluso en la propia ley penal, de manera pomposa y detallada, a más de su incapacidad preventiva nada pueden aportar a la teoría penal más que problemas. Y no puede ser de otro modo, en tanto carecen de naturaleza penal, dificultan la eventual tipificación y atribución de responsabilidad jurídico penal y los modos de esa atribución y comprometen garantías constitucionales. En verdad, a despecho de sus precursores no hay vacío punitivo, no hay laguna; sí hay impunidad (que es algo diverso y reconoce otras causas) y dado que esos programas implican una

los eventuales cuestionamientos que algunos derivan a la base misma de la culpabilidad como reproche (no atribuibles –por cierto– a las neurociencias) y que solo rememoran viejos criterios biologicistas, de base discriminatoria.

Estimo, sin perjuicio del abordaje de tales cuestiones, que el contexto regional y las exigencias de nuestra realidad nos impone la necesidad de abordar también y tal vez de modo prioritario otros problemas que comprometen el horizonte actual del saber penal.

**VIII.** Una primera cuestión se vincula a la tensión provocada por la expansión descontrolada de la legislación penal y la función política de la dogmática. Precisamente, las características de los procesos de reforma penal (cada vez se dictan más y peores leyes penales provocando dispersión y desorden normativo, pérdida de consistencia y coherencia sistemática, alteración del orden y jerarquía de bienes jurídicos, ruptura de toda proporcionalidad en la dosimetría penal), permiten verificar que, en contraste con la refinada sofisticación dogmática en el ámbito de la teoría del delito, se carece lamentablemente de un correlativo discurso que posibilite asegurar racionalidad en la toma de decisiones legislativas penales, fundamentalmente en el actual proceso de elaboración y producción legislativa en cuya dinámica están presentes –como sostiene Slokar– una serie de rasgos negativos fundados en una tendencia de mayor rigor punitivo vinculados a sentimientos populares de miedo al delito, alimentados y amplificadas interesadamente por los medios masivos de comunicación y aprovechados con fines electoralistas y demagógicos por políticos inescrupulosos.

Cabe advertir que el modelo punitivo es ontológicamente inidóneo, en general, como modelo de solución de conflictos. Su propia naturaleza

---

suerte de autorregulación donde el Estado cede su capacidad regulativa a las empresas y permiten descargar responsabilidades hacia abajo (oficial de cumplimiento), resultan aún más funcionales a la impunidad no solo de la corporación, sino –con especial interés para la ley penal– de los principales responsables (personas físicas) con capacidad de decisión para favorecer la comisión del delitos en beneficio de la persona jurídica.



dificulta, en perspectiva filosófica, todos los intentos legitimantes del castigo estatal, aun cuando pueda admitirse su justificación sociopolítica. En clave normativa, nuestra Constitución nacional habilita, bajo ciertas y precisas condiciones, el ejercicio de poder punitivo, pero –como afirma Binder– esa habilitación solo puede fundarse en una excepción, nunca en una regla general; de allí que el sistema de garantías sea tan amplio porque la intervención punitiva está normativamente habilitada para pocos casos.

El saber jurídico penal debe dar cuenta de esta limitación en orden a la legislación penal y procurar una suerte de “ciencia de la legislación” que sistematice desde los postulados constitucionales una serie de criterios tendientes a asegurar la racionalidad de las decisiones legislativas.

Por lo demás, con base realista, la pena es ejercicio de poder, es violencia, es sufrimiento y, por ello, aun justificada sociopolíticamente, jamás puede ser instrumento de estabilización y, mucho menos, de configuración social porque la violencia es la negación del derecho y la paz. Esto descalifica cualquier pretensión dogmática que, por vía idealista, se muestre indiferente o que directamente sea instrumento de legitimación o racionalización de aquello que el Papa Francisco, ha descalificado con el mote de “populacherismo penal”<sup>6</sup>, esto es, la apelación a la expansión

<sup>6</sup> Vinculado a lo ya expuesto en la nota 3 de este trabajo, este fenómeno disperso, asistemático y hasta irracional de expansión punitiva que caracteriza la política criminal institucionalizada legislativamente tiene como correlato un “nuevo” modelo de teoría del delito o sistema de imputación (aunque en verdad no lo sea tanto si se repara que la idea de delito como desobediencia –infracción de deber– proviene de la Inquisición), que alimenta las discusiones relativizadas supra (ver punto 7). Más allá de que esos procesos de reforma, en nuestra región, parecen proyectar cierta adscripción a una concepción de prevención especial negativa; en clave teórica, esos nuevos modelos –bastante funcionales a la legitimación o racionalización de esa legislación– reconocen como punto de partida una concepción de la pena de indemostrable fundamento, que no se dirige a fines concretos y del que se derivan prácticamente la supresión del concepto limitador de bien jurídico, la objetivación completa del injusto e incluso la supresión de la culpabilidad como filtro de la punición. De este modo, y así lo afirman Zaffaroni, Alagia, Slokar, el núcleo técnico del saber penal –teoría del delito– como doble sistema valorativo (obra/autor), sintéticamente gobernado por la cadena conceptual injusto-reproche-castigo

legislativa penal descontrolada, en base a la falsa creencia de que los más diversos problemas sociales pueden ser resueltos mediante la intervención punitiva, tanto como si la ciencia médica creyera que con un mismo medicamento pueden resolverse las más diversas enfermedades.

**IX.** Otra cuestión relevante, que no por antigua ha perdido actualidad, en tanto la dogmática parece haberse olvidado de todas sus implicancias, tiene que ver con el tema básico, nuclear, del derecho penal; esto es, el instrumento característico y diferenciador de la legislación penal.

En una de sus últimas conferencias citaba Julio Maier a Armin Kaufmann, quien en un artículo sobre el proyecto oficial alemán presidido por Welzel, afirmaba "... Empero, la dogmática del delito puede esperar, lo que quema es la pena...". Es que aun desde el funcionalismo moderado de Roxin y ya con los jóvenes profesores alemanes que dieron vida al proyecto alternativo, lo determinante en el análisis y la interpretación de las normas debían ser las consecuencias de su aplicación (una dogmática orientada por sus consecuencias) y como siempre advirtió Julio Maier la principal consecuencia del sistema ha sido, es y será la pena criminal, básicamente el encierro en prisión, en sus variantes ya referenciadas.

Sin embargo, desde el lugar de la dogmática puede comprobarse históricamente una fractura teórica entre el desarrollo del sistema de la teoría del delito y el de sus consecuencias jurídicas. Por ello, el superlativo desarrollo del injusto culpable contrasta con el raquitismo teórico de la ejecución penal donde, como ha dicho Slokar, sucumbe cualquier ficción idealista como la portación de un rol o la pretensión de una respuesta contrafáctica simbólica.

Y aquí el primero de los problemas lo constituye el preso sin condena. Lejos de las postulaciones teóricas que, a espaldas del dato de la realidad, absolutizan de modo excluyente la función normativa (y, con ello, reconvierten la realidad a partir del deber ser), la cárcel está al inicio y se impone en un escenario precondenatorio. Tanto es así que en la

---

es reemplazada –en estos nuevos modelos teóricos– por la cadena riesgo-prevención-estabilización.

percepción social ninguna duda cabe con respecto a la identificación de la prisión preventiva con la pena; la sociedad percibe claramente lo que ve (que no es tan visible para el judicial) y, por ello, cuando una persona encarcelada preventivamente recupera la libertad durante el proceso antes de la sentencia, la sociedad denuncia impunidad.

Mientras tanto naturalizamos prisiones preventivas de cuatro o más años de duración o condiciones extremas de hacinamiento, incluso en plena circulación del Covid-19, al tiempo que se otorgan beneficios extramuros a genocidas condenados por los crímenes más graves que han afectado la humanidad a pesar de que, por las propias condiciones de encierro, no se configura ningún supuesto habilitante. Paradojalmente, y no es para nada anecdótico, los medios de comunicación alarman y alimentan el pánico con supuestas y eventuales liberaciones masivas de asesinos y violadores. Proyectan una “realidad” carente de sustento “real” y omiten la realidad de los verdaderos beneficiarios de morigeraciones a la libertad.

Lo cierto es que el saber penal se ha desentendido por completo del principal instrumento de encierro que hace a su operatividad concreta y no lo incorpora a su reelaboración a pesar de que, en más de un caso, la pena no surge del Código Penal, sino de su variante normativa instrumental.

A cualquier evento, pocas dudas caben, frente a tanta evidencia histórica, que el encarcelamiento preventivo no es un tema estrictamente procesal, sino que constituye la cuestión crucial y más grave del funcionamiento de nuestros sistemas penales.

Ello impone a la dogmática una perspectiva más amplia propia de la unidad político-criminal del derecho penal, procesal penal y de ejecución penal, tal como difundiera entre nosotros el maestro Maier. Es que derecho penal y procesal penal siempre han estado conectados entre sí y esa conexión además de teórica es histórica; ambos forman parte de la historia del poder punitivo y de los intentos de ampliarlo o contenerlo.

**X.** Como si fuera poco, se ha producido en las últimas décadas, y siempre fiel a la profunda selectividad estructural de los sistemas penales, un fenómeno de encarcelamiento masivo, con aumento de prisiones preventivas, cuyas consecuencias se han agravado con motivo de la pandemia que afecta

al planeta. Nuestras cárceles se han deteriorado de tal modo que el encierro preventivo o la ejecución penal ha asumido según la jurisprudencia regional (Corte I.D.H. en Instituto Penal Plácido de Sa Carvalho y también Complejo Penitenciario de Curado, Brasil) condiciones de una tortura.

A fines del 2019 el total de personas privadas de la libertad llegó a su récord histórico con 103.200 personas encarceladas cuando en 2008 eran 54.200. La tasa de encarcelamiento trepó a 213 cada 100.000 habitantes y aproximadamente cerca de un 60 % promedio de las personas encerradas no tienen condena. De esa realidad del encierro, solo el 13 % corresponde a homicidios dolosos y, en menor medida, imprudentes; otro 13 % a delitos sexuales y el resto prácticamente a delitos contra la propiedad, pequeños distribuidores de droga y consumidores. Ha ganado terreno la privación de libertad como medio de lucha contra la delincuencia y se ha extendido incluso a ámbitos antes desconocidos.

A ello no es ajena la parábola involutiva de la política criminal argentina y el tránsito teórico de un derecho penal de garantías a un derecho penal de riesgo y también del enemigo. Delitos de peligro abstracto, anticipaciones punitivas sin conexión alguna con la afectación de un bien jurídico y con base solamente en una conducta reputada peligrosa *iure et de iure*, delitos de infracción de deber, agentes encubiertos, arrepentidos delatores premiados junto a escalas penales frontalistas, proliferación de agravantes genéricas y específicas junto al aumento de los mínimos de las escalas, penas de encierro efectivamente perpetuas y hasta la pretendida neutralización, con base normativa legal (ley 27.375), del régimen de progresividad y, con ello, del principio constitucional y convencional de resocialización. Todo ello sin contabilizar, la declaración, mediante decreto, de la megaemergencia en seguridad (todas las emergencias en una) y, en ese marco, la insólita habilitación de la ejecución sumaria a través de reglas de empeñamiento para el derribo de aeronaves en vuelo, aun sin compromiso de vidas humanas y para delitos comunes, el extrañamiento *express* de extranjeros y hasta los intentos legislativos de normativizar la llamada doctrina Chocobar, mediante la regulación de un supuesto especial de justificación en favor de las fuerzas de seguridad en el Proyecto de Reforma del año 2017.

Frente a tal panorama es imposible dejar de interpelarnos: ¿qué estamos enseñando?

**XI.** Junto a lo anterior, otro problema propio del ámbito más oscuro y a la vez más transparente del poder punitivo (la ejecución penal), se vincula al derecho de los presos. Es que, a pesar del imponente marco normativo y jurisprudencial internacional la idea de que los presos no tienen ningún derecho es tan antigua como posmoderna. Y aquí la cuestión –entre muchas otras– de las penas ilícitas paralelas y del castigo dentro del castigo que, salvo abordajes puntuales y originales –puede verse en el punto la obra de Zaffaroni, Alagia, Slokar, que posibilitaron en nuestro país, y también ahora en el extranjero, la investigación y el desarrollo sobre esta problemática–, han constituido un enorme déficit de la construcción dogmática<sup>7</sup>.

De más está decir que los presos gozan de todos los derechos no afectados o restringidos por la sentencia de condena (carta magna del preso, según Freudenthal, por lo que todo lo que esté más allá de ella no puede ser objeto de ninguna restricción) o la ley –en tanto sea constitucional–; se trata de derechos generales o derivados de la Constitución y también derechos penitenciarios o de configuración legal, ya vinculados al régimen o al tratamiento. Luego, la privación de otros derechos (vida, integridad, salud), no contenidos en la sentencia o la ley, por condiciones materiales del encierro produce muchas veces un cambio cualitativo de la pena por lo que una pena lícita en su origen puede devenir ilícita en su ejercicio

<sup>7</sup> Puede verse también, Zaffaroni, Eugenio Raúl (dir.), *La medida de castigo: el deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012; Pablo, Vacani, *La cantidad de pena en el tiempo de prisión*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015; Vacani, Pablo (dir.), *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019; más recientemente, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Penas Ilícitas. Un desafío a la dogmática penal*, Editores del Sur, 2020 y Vacani, Pablo (dir.), *Derecho penal y penas ilícitas. Hacia un nuevo paradigma pospandemia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020. En el derecho europeo, desde otra perspectiva, con indisimulable punto de contacto en las originarias proposiciones del maestro Zaffaroni, cabe citar Silva Sánchez, Jesús-María, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, 2018, en especial su construcción sobre equivalentes funcionales de la pena.

con grave afectación de esos derechos, de la prohibición de *bis in idem* y del principio de proporcionalidad de las penas y de prohibición de tortura, tratos crueles o degradantes. Por tanto, o deben modificarse las condiciones de cumplimiento o debe producirse la soltura.

Y un caso frecuente de penas ilícitas, como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se presenta frecuentemente en nuestra región con las cárceles superpobladas, dejadas al control de bandas internas y en condiciones de hacinamiento que se traducen en graves deterioros de la personalidad y hasta en riesgos concretos de muerte o masacre, lo que compromete los derechos humanos.

Esta nueva reconceptualización de penas ilícitas, que no por ilícitas dejan de ser penas, nos impone repensar el alcance de principios como el de prohibición de penas crueles, la prohibición de doble castigo, así como la necesidad de definir estándares –incluso probatorios– de actos arbitrarios o lesivos de derechos, con incidencia en la cuantificación penal y en criterios de reducción y/o compensación de la pena<sup>8</sup>.

Del mismo modo, debe considerarse el problema del castigo dentro del castigo dada la incidencia que las sanciones disciplinarias (y allí la cuestión de las garantías comprometidas en los procesos o decisiones que determinan su imposición) tienen en la cuantificación de la pena y en la determinación del tiempo de soltura.

Todo ello exige recuperar para la agenda penal el tema del encierro en todas sus variantes (anticipado o a título de pena formal), su cuantía, su ejecución y las distorsiones y las variaciones cualitativas. En esa perspectiva es imposible evitar que la privación de libertad se calcule en tiempo lineal y se cumpla en tiempo existencial. Es que aun en cualquier supuesto o versión teórica, la cuantificación no se agota

<sup>8</sup> Corte I.D.H., en “Medidas provisionales respecto de Brasil”, Instituto Penal Plácido de Sa Carvalho, fallo del 22/11/2018. Allí dispuso ante la comprobada situación extrema de las condiciones de encierro, hacinamiento y sobrepoblación, la reducción de la pena en forma de que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces, derivando a los Estados la vía de cómputo conforme sus propias leyes.

en la sentencia o la prevención, sino en el acto de penar, es decir, con el agotamiento de la pena.

De allí, la necesidad de una reconstrucción conceptual de la pena de encierro conforme a ontología.

**XII.** Deseo sintéticamente referir a otras dos cuestiones que solo recientemente han llamado la atención de la dogmática penal y que demandan también una ampliación y profundización de su reelaboración. Refiero a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena (relativizada por quienes limitan el sistema de imputación al injusto y condicionan la culpabilidad a la prevención –o necesidad de pena–) y al modo en que el proceso penal se ha desentendido de esta categoría del sistema de filtros de la punición y, del mismo modo, a la ausencia de discusión y eventual motivación en cuanto a la cuantía de la respuesta punitiva, sustituida generalmente, en la sentencia, por una suerte de chiché que reproduce casi literalmente las partes seleccionadas de la formulación normativa contenida en el artículo 41 del Código Penal.

**XIII.** El saber jurídico penal no puede ignorar ni los crímenes más masivos y graves, ni las condiciones del castigo en nuestra región. El refugio en planteos normativistas puros mediante la apelación a teorías del conocimiento que rechazan la incorporación de todo dato de la realidad social –en especial la selectividad estructural del sistema penal–, como dice Zaffaroni, desprestigia a nuestra ciencia y nos separa por completo del resto de las ciencias sociales.

Con claridad ha señalado el autor (derecho penal humano) que nuestro saber permite la elaboración racional del derecho penal y si bien puede ser manipulado irracionalmente, esto es, con incoherencia normativa (contradicción interna), fáctica (negadora de datos y la realidad) o política (tributaria de una política irracional), el uso descaminado de la herramienta no debe confundirse con su naturaleza.

La dogmática penal necesita de construcciones conceptuales que fortalezcan la técnica sin omitir su funcionalidad político constitucional. Por ello, el constructo no puede reducirse a un juego mental ajeno a la

vida: la dogmática no es una tecnología normativista, no es neutral, ni apolítica; es una estrategia cuyo deber no puede ser otro que garantizar espacios de libertad e igualdad que permitan el desarrollo de la dinámica política, social y económica en una sociedad democrática.

Si no asumimos los problemas reales, entonces la ciencia penal correrá el riesgo de convertirse en un programa delirante.



# LOS DEBERES DEL ESTADO FRENTE A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

*Por Ramón Luis González<sup>1</sup>*

I. Nadie pone en duda que el Estado debe garantizar la seguridad de los ciudadanos y que, para ello, puede echar mano a la herramienta más grave con la que cuenta: la posibilidad de encerrar a una persona.

El título en virtud del cual puede encerrarla puede ser diverso: necesidad de ejecutar una condena a pena privativa de la libertad, necesidad de garantizar que una persona sometida a proceso no se fugue o se ponga en contacto con cómplices, altere pruebas o intimide testigos, en definitiva, que entorpezca una investigación; necesidad de que un sujeto mentalmente insano o peligroso para sí o para los demás, puede causar o causarse daño. Pero también puede encerrar a una persona para reducir los riesgos de propagación de una pandemia. Que en un caso se le llame condena a prisión, prisión preventiva, medida de seguridad para inimputables o aislamiento social preventivo y obligatorio no cambia su esencia: se trata de encierro, dispuesto por funcionarios en nombre del Estado, con independencia de la voluntad de quien deba sufrir el encierro. Todo encierro, cualquiera sea el título, es penoso. Los seres humanos somos, por naturaleza, seres sociales y gregarios. Aun encerrados en una mansión, con todas las comodidades imaginables, en algún momento más o menos lejano, querremos salir.

Ahora imaginemos que ese encierro se lleva a cabo en instituciones donde la persona debe llevar a cabo toda su vida, por un periodo más o

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Nordeste, Profesor Titular por Concurso de Derecho Penal Parte General, Cátedra "C" y Derecho Procesal Penal, Cátedra "A", de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes.

menos largo. Cuando digo instituciones, me refiero a que es un ámbito donde, por su propia definición, la persona pierde su intimidad y su vida familiar, y donde está sometido, por lo regular, a un clima de violencia física y psíquica, que dejará sobre ella secuelas imborrables. A esas *instituciones de secuestro*, el sociólogo americano Erving Goffman denominó en los años 60 del siglo pasado *instituciones totales*. Imaginemos, además, que estas personas están hacinadas en lugares sin higiene, sin ventilación y expuestas a todo tipo de sometimientos físicos, incluso sexuales, en una especie de ámbito donde la única relación posible es la de dominante/dominado. Cualquier parecido con el infierno en la tierra no es exagerado.

Ahora imaginemos que, además, una pandemia global que amenaza a todo el planeta acecha sobre esa población encarcelada, ya de por sí vulnerable. Y que los internos saben que es posible que el personal penitenciario o los proveedores para las prisiones, pueden traer el virus a la institución total, con el riesgo de una expansión incontrolada. Esa es la situación que ha generado en la población de privados de la libertad la pandemia: un agravamiento de los riesgos para la integridad física y la vida, mayores a los que ya de por sí están expuestos por su propia situación de vulnerabilidad, derivada del encierro.

**II.** Ante ese cuadro, cabe recordar a qué deberes se ha comprometido el Estado en relación con personas privadas de libertad. Desde 1853, se ha comprometido a que “las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas. Y toda medida que, a pretexto de precaución, conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice” (artículo 18 de la Constitución Nacional). Entre los constitucionalistas se discute si esa cláusula constitucional estaba referida solo a la prisión preventiva (por la exclusión de la finalidad de “castigo”) o si se refería a ambas formas de encarcelamiento. Pero, como dice María Angélica Gelli, los constituyentes de esa época conocían perfectamente las dos modalidades de encarcelamiento y se refirieron tanto a una como a otra. Por otra parte, esa cláusula debe interpretarse en consonancia con la prohibición más general que contiene ese artículo, referida a la prohibición de penas crueles que reafirma

el principio de humanidad de las penas. Por el argumento *a fortiori*, es decir, con mayor razón, ello se aplica a una persona en prisión preventiva, dado que sería un sinsentido jurídico que una persona culpable esté en mejores condiciones que una persona a la que la Constitución considera inocente.

Pero allí no se agota el compromiso del Estado argentino con las personas privadas de libertad. Puede hablarse, en relación a ello, de un verdadero *corpus juris* de las personas privadas de libertad, que abarca entre otros documentos, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y su Protocolo Opcional; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos Adicionales de 1977; Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios

para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión; Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio); y en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en las Américas. Para el Poder Judicial, además, son de aplicación las Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en situación de Vulnerabilidad, a la que se adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada 5/2009 y el Superior Tribunal de Justicia por Acuerdo 34/2010.

Nuestro país al suscribir estos instrumentos se comprometió ante la comunidad internacional a dar a sus ciudadanos privados de libertad, un trato digno, reafirmando el compromiso asumido en esa materia por los padres fundadores de la Constitución. Cuando un Estado se compromete ante la comunidad internacional, o ante el *mundo* como le gusta decir a algunos, ese mundo no se refiere solo a la libertad de mercado, se refiere también al respeto por los derechos humanos, en particular, de las personas vulnerables a las que el propio Estado coloca en situación de vulnerabilidad.

En definitiva y como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos pronunciamientos, los Estados parte de la Convención son garantes de la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad que están bajo su custodia<sup>2</sup>. Ser garante significa asumir una determinada forma de responsabilidad, por la cual, no solamente debe responder ante la comunidad internacional si funcionarios del Estado cometen actos ilícitos contra las personas allí detenidas

<sup>2</sup> Corte I.D.H., caso “García y Familiares vs. Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 200; caso “Osorio Rivera y Familiares vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2013.

(cualquiera sea el título de la privación de libertad, condena o prisión preventiva), sino que también responde por omisión, si no lleva a cabo actos positivos tendentes a impedir que la vida o la integridad física de las personas privadas de libertad corran peligro.

Durante la pandemia, los principales organismos de derechos humanos han formulado recomendaciones a los Estados para evitar que ese sector vulnerable de la población vea empeorada su situación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración 1/2020, en su artículo 46, exhorta a los Estados parte “Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquellos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del Covid-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Declaración dictada el 14 de abril de este año, titulada: “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales” ha expresado que “dado el alto impacto que el Covid-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”.

También en el mes de abril de este año, la Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, elaboró un documento para fomentar el uso de estándares internacionales por diferentes instituciones en sus esfuerzos por reducir el hacinamiento y mitigar el impacto de la pandemia de Covid-19 en las personas privadas de libertad. Entre esos estándares remarca que “Puesto que el Estado es el responsable de garantizar acceso a salud sin discriminación y proteger a las personas privadas de libertad de malos tratos (condiciones de detención deficientes junto con falta de debida

protección contra el virus cualificarían como malos tratos), en el supuesto caso de producir un daño por contagio, incurriría en responsabilidad por incumplimiento. Los expertos instan al ‘distanciamiento social’, aislándose lo más posible de otras personas como medida eficaz contra Covid-19. Otras precauciones incluyen el lavado frecuente de manos, desinfectantes para manos a base de alcohol y la limpieza y desinfección frecuente de cualquier superficie tocada por cualquier persona. Puesto que es prácticamente imposible cumplir con estas medidas preventivas básicas en gran mayoría de las cárceles, durante las pandemias, las instalaciones de la cárcel se convierten en ‘bombas de tiempo’ y forman un caldo de cultivo potencial de enfermedades. El riesgo que representa Covid-19 en las cárceles en términos de riesgo de transmisión, exposición y daño a las personas que se infectan es mucho mayor que de la población general. Esto se debe a una serie de factores: la proximidad de las personas en esas instalaciones; su capacidad reducida para protegerse a través del distanciamiento social; la falta de suministros médicos y de higiene necesarios, desde desinfectantes para manos hasta equipos de protección; sistemas de ventilación que fomentan la propagación de enfermedades transmitidas por el aire; dificultades para poner en cuarentena a las personas que se enferman; la mayor vulnerabilidad de salud de la población en cárceles; el hecho de que las cárceles normalmente tienen que depender en gran medida de hospitales externos que no estarán disponibles durante una pandemia; y disminución de disponibilidad de personal médico y correccional por enfermedad”. Por ello, recomienda a los Estados, que a través de sus “sistemas de justicia penal deben tomar medidas para adaptarse a la situación en rápida evolución con Covid-19 reduciendo el número de personas en los centros de detención. Esto puede incluir limitar las órdenes de prisión preventiva o internación provisoria que dicten los tribunales, la revisión de estas medidas cautelares ya decretadas y su sustitución por otra que pueda cumplirse fuera, como el arresto domiciliario, como ha sostenido la alta comisionada corresponde aplicar de manera reforzada el principio de aplicación de la privación de libertad como medida de último recurso, es decir, cuando no sea posible adjudicar otro tipo de sanción, y por el menor tiempo posible, atendido la gravedad del delito y las posibilidades de reinserción social que dotan de

contenido a la sanción. A lo que hay que agregar el ya mencionado riesgo de contagio en el contexto de pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en el que, entre otros efectos, se proyecta un acceso limitado a las camas hospital en caso de que el virus tome su forma más dañina, normalmente, pero no exclusivamente, en personas con una edad o salud que las torna vulnerables. Atender la situación de las personas que trabajan en los centros, es importante también; en tanto potenciales contagiados como potenciales vectores de contagio.

En nuestro país, el Centro de Estudios sobre Ejecución Penal que depende de la Universidad de Buenos Aires, elaboró un documento sumamente interesante sobre la situación carcelaria en la Argentina ante la pandemia y pone de resalto que nuestro país ha sufrido un crecimiento acelerado de su población carcelaria en los últimos años, sin que ello haya sido acompañado de la construcción de nuevas cárceles. Ante ello, propone una serie de medidas para mitigar los riesgos del Covid-19, entre las cuales sugiere “Dictado de indicaciones claras y expresas desde tribunales superiores y desde las autoridades superiores de los Ministerios Públicos Fiscales para resolver favorablemente en casos de: excarcelaciones y medidas alternativas a la prisión para colectivos de riesgo en los casos que se amerite, delitos leves, plazos excedidos de prisión preventiva o restando menos de seis meses para el egreso por cualquier instituto liberatorio o agotamiento de pena”.

En consonancia con ello, la Cámara Nacional de Casación Penal, a través del dictado de sus Acordadas 3/2020 y 9/2020, instó a las jurisdicciones inferiores a tomar razón y asimismo adoptar los recaudos pertinentes en respuesta a las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es notable el silencio que, en esta materia, han puesto en evidencia tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Procuración General de la Nación, como los respectivos Tribunales Superiores o Cortes Provinciales, en un tema tan sensible y que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

**III.** El Poder Judicial tiene –en este momento– un compromiso jurídico y un deber ético insoslayable: contribuir a mitigar los efectos de la

pandemia en la población carcelaria y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. En otras palabras, garantizar la vida y la integridad psico-física de las personas privadas de libertad.

Para ello cuenta con herramientas jurídicas. Tanto en el ámbito federal como en el ámbito de la provincia, los poderes legislativos se han pronunciado por modelos de enjuiciamiento que, al abandonar el modelo *inquisitivo reformado* (o mixto), heredado de la colonia española, adaptaron el proceso penal a los estándares fijados por la Constitución nacional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho modelo de enjuiciamiento (acusatorio de corte adversarial), a diferencia del modelo inquisitivo y como expresión del *principio de inocencia*, coloca a la prisión preventiva como una excepción a la regla de que la persona debe transitar el proceso en libertad, salvo que pudiera fugarse o hacer peligrar la investigación. Además, como consecuencia de la separación de roles entre la acusación y la jurisdicción, corresponde a la primera de ellas, en una audiencia donde se garantice la igualdad de las partes, fundar las razones por las cuales debería una persona sufrir la prisión preventiva, por qué las medidas alternativas al encarcelamiento no son aptas para neutralizar los riesgos procesales en el caso concreto, y cuánto tiempo estima que durará la investigación y consecuentemente, deberá durar también la prisión preventiva (Nuevo Código Procesal Penal para Corrientes, artículos 232, 233, 234, 235 y 236; Código Procesal Penal Federal; artículos 220, 221, 222 y 223).

Por su propia naturaleza cautelar y con arreglo al artículo 7.5 de la C.A.D.H., el imputado podrá solicitar que, en cualquier momento, el juez revise si persisten las condiciones que motivaron el dictado de la prisión preventiva o hay circunstancias sobrevinientes que autorizan su revisión, para lo cual solicitará audiencia. También el juez puede, de oficio, proceder a su revisión.

En otras palabras, los jueces cuentan hoy con herramientas jurídicas que le permiten aplicar los estándares internacionales en materia de prisión preventiva y proceder a su revisión, aun de oficio. Los Códigos procesales no son más que la regulación de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio que consagran la Constitución Nacional y los



tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella. Ante recomendaciones muy claras de los organismos internacionales creados por la C.A.D.H. para la tutela de esos derechos, organismos cuya competencia ha sido reconocida por ley, ningún Estado puede escudarse en su ordenamiento jurídico interno para negarse a cumplir con los compromisos internacionales, como lo dice expresamente el artículo 27 de la Convención de Viena de los Derechos de los Tratados. Por ello, argumentos tales como “no podemos aplicar la nueva ley porque no está vigente” son inaudibles. Incluso en el ámbito de la Justicia Federal, todo lo relativo a prisión preventiva es derecho vigente, a partir de la resolución n° 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, de fecha 13 de noviembre de 2019, que dispuso la entrada en vigor, en toda la jurisdicción federal, de los artículos 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal.

En lo que respecta a la ejecución de la pena privativa de la libertad, también los jueces cuentan con herramientas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales en la materia. En muchos casos, pueden acelerar la salida de los condenados próximos a cumplir la condena, sin necesidad de esperar al cumplimiento estricto del tiempo de condena, siempre y cuando, a mi modo de ver, se den las siguientes circunstancias: a) no se trate de un delito *grave*, lo que no debería ser evaluado solo por la calificación legal dada en la sentencia, sino teniendo en consideración especialmente las circunstancias de hecho y las características personales del autor, sobre la base del dictamen del organismo técnico-criminológico del establecimiento. Para ello también la etapa de ejecución debe oralizarse y ser escuchada la víctima, con los recaudos que permitan consultar su opinión sin temor a represalias o amenazas; b) que el cumplimiento de la pena esté próximo (entre seis meses y un año); c) el cuadro de salud del condenado, en particular si integra grupos de riesgo y el lugar de alojamiento no pudiese contar con un centro de salud propio capaz de conjurar cualquier peligro a la vida o salud del interno a raíz de la propagación de la pandemia.

Dos situaciones merecen que nos detengamos especialmente a analizar. Una tiene que ver con la libertad de *sujetos violentos*, que puedan aprovechar esas circunstancias para tomar venganza contra las víctimas

o testigos o ciertos sujetos con alguna proclividad a la comisión de cierta clase de delitos graves contra las personas. En estos casos, los jueces de ejecución deberían ser especialmente cuidadosos y escuchar –incluso en audiencia unilateral– al fiscal y a la víctima para formar opinión. Otro caso que merece particular atención es el de los *internos mayores de edad*. La regulación de la prisión domiciliaria fija el límite etario en 70 años, cuando la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores de edad considera adulto mayor a quien tuviese 60 años o más, es decir, que hay una diferencia que obliga a reinterpretar ese instituto en consonancia con la Convención. En relación con ello, la Convención, en su artículo 13, declara que “La persona mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva. Los Estados Parte asegurarán que la persona mayor disfrute del derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad. Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad debido a un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención. Los Estados parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos”. No debería haber internos mayores en una cárcel común y si no hubiese un domicilio –porque no lo tiene o lo perdió luego de la condena– o porque no tiene parientes o personas que puedan o quieran recibirlo, el Estado debería gestionar su alojamiento en asilos públicos de ancianos para permitirle un trato digno en atención a su edad.

También en este punto, los Códigos modernos prevén audiencias en la etapa de ejecución (artículo 464, Nuevo Código Procesal Penal

de Corrientes; artículo 380 del Código Procesal Penal Federal). De este modo, se asegura la calidad de la decisión, pudiendo el juez de ejecución tener acceso inmediato a los informes que brindarán los técnicos y peritos en la audiencia.

**IV.** Si está claro que el Estado es garante de la vida y seguridad de los internos, los organismos internacionales de derechos humanos reclaman a los Estados parte que suman sus obligaciones ante la comunidad internacional, los poderes legislativos han adaptado sus sistemas procesales para dar respuesta a los estándares internacionales, entonces cabe preguntarse: ¿por qué aún se producen disonancias sobre el modo en que debe afrontarse la situación de las personas privadas de libertad ante la emergencia sanitaria?

A mi modo de ver, ello obedece a que el Poder Judicial debe asumir un rol más comprometido con las exigencias que demandan los tiempos que corren. Para ello, cuenta con las herramientas jurídicas para hacerlo y tiene además el respaldo de la comunidad internacional. Es probable, como ya ha ocurrido, que una parte importante de la sociedad no esté de acuerdo con sus decisiones. Pero ese es el precio que debe pagar si ha de ser verdaderamente independiente.



# PANDEMIA, JUSTICIA PENAL Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD UN DÉFICIT TEÓRICO EN EL DERECHO PENAL

*Por Gabriel Bombini<sup>1</sup>*

## **I. Pandemia, justicia penal y privación de libertad**

La difusión reciente de la pandemia del Covid-19<sup>2</sup> ha generado no solo una preocupación genuina en torno a las formas de control social desplegadas en distintos países, sino principalmente signos de alarma estridentes en relación con la situación de las prisiones<sup>3</sup>.

En efecto, en un marco general de tendencias globales al incremento del uso de la prisionización, la presencia del coronavirus en contextos atestados de personas privadas de libertad, con serias deficiencias en los sistemas de salud y escasos recursos materiales, han convertido al escenario carcelario en el foco de los temores no solo de defensores de derechos humanos, sino también de actores institucionales, líderes políticos y organismos internacionales. Así, rápidamente la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A.C.N.U.D.H.),

<sup>1</sup> Profesor adjunto regular de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

<sup>2</sup> Según declaración de la Organización de Naciones Unidas del 11 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>

<sup>3</sup> Cfr. Bombini, G. "Tensiones en la Política Penal Postpandemia Covid-19: ¿Hacia un sistema penal más racional o más punitivista?" en Vacani, P. (dir.), *Derecho penal y penas ilícitas*, Ad hoc, Buenos Aires, 2020; Rivera Beiras, I. et al., *Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; Zaffaroni, E. (coord.), *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*, Ediar, Buenos Aires, 2020.

Michelle Bachelet, pidió a los gobiernos que tomen medidas urgentes para proteger la salud y la seguridad de las personas que se encuentran detenidas, como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del Covid-19. Entre estas medidas, señaló la necesidad de reducir el número de personas privadas de libertad, examinar la manera de poner en libertad a los individuos especialmente vulnerables al Covid-19, así como a las personas menos peligrosas, y utilizar el encarcelamiento como una medida de último recurso, en particular durante esta crisis<sup>4</sup>. Simultáneamente se pronunció el Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (S.P. T.), con la recomendación a los Estados parte y mecanismos nacionales de prevención de reducir la población penitenciaria siempre que sea posible mediante la implementación de esquemas de liberación temprana, provisional o temporal para aquellas personas detenidas para quienes sea seguro hacerlo, teniendo en cuenta las medidas no privativas de libertad indicadas en las Reglas de Tokio<sup>5</sup>.

En el ámbito regional, en primer lugar, se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.), recomendando la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquellos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, al dar prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del Covid-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes. En cuanto a las personas condenadas en situación de riesgo instó a que se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión, con análisis y requisitos más exigentes en los casos de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Finalmente, recomendó adecuar las condiciones de

<sup>4</sup> Cfr. A.C.N.U.D.H., comunicado difundido en fecha 25 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>

<sup>5</sup> Cfr. Subcomité para la Prevención de la Tortura de la Organización de Naciones Unidas (SPT), recomendación adoptada en fecha 25 de marzo de 2020, y que se encuentra disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic20200>

detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del Covid-19, garantizando en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y asegurar que toda medida que limite los contactos, comunicaciones, visitas, salidas y actividades educativas, recreativas o laborales, sea adoptada con especial cuidado y luego de un estricto juicio de proporcionalidad<sup>6</sup>. Luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H.) incluyó a las personas privadas de libertad en una Declaración emitida el 9 de abril de 2020, indicando que “Dado el alto impacto que el Covid-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”<sup>7</sup>.

A escala nacional, el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (C.N.P. T.) efectuó recomendaciones a las diversas autoridades del Estado. Entre las propuestas se encuentran: la elaboración de una lista de personas privadas de libertad en situación de riesgo de vida a raíz de la pandemia Covid-19, y de aquellas en condiciones de acceder a los beneficios previstos por la ley, agrupando situaciones y adoptando criterios generales para evaluar cada caso, con miras a la concesión de los beneficios de arresto domiciliario, salidas transitorias, libertad asistida, semilibertad, al tomar en cuenta especial a aquellos que se encuentran a doce meses de cumplir su condena, estén en condiciones de acceder a los beneficios previstos por ley o hayan sido condenadas a penas menores a tres años, considerando solo excepcionalmente a quienes hayan sido condenados por crímenes contra el derecho internacional o cuya liberación represente un serio riesgo para otros. Revisar las medidas

<sup>6</sup> Cfr. C.I.D.H., Resolución n° 1/2020, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptadas el 10 de abril de 2020.

<sup>7</sup> Cfr. Corte I.D.H., Declaración 1/20 “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales” del 9 de abril de 2020.

cautelares privativas de la libertad, especialmente aquellas de personas que aún no cuenten con sentencia de primera instancia y solo disponer nuevas decisiones de privación de la libertad como última instancia y de forma excepcional<sup>8</sup>.

Tempranamente, la Procuración Penitenciaria de la Nación (P.P.N.) también efectuó diversas recomendaciones a distintas agencias del Estado. Reclamó al Ministerio de Justicia la adopción de un protocolo específico para la prevención y protección del Covid-19 en contextos de encierro y al S.P.F. la definición de un plan de contingencia y garantizar condiciones y elementos de higiene y limpieza para las personas privadas de libertad<sup>9</sup>. Recomendó al Ministerio de Justicia que disponga lo necesario para reglamentar la tenencia, portación y uso de aparatos de telefonía móvil de las personas detenidas al interior del S.P.F., como una medida paliativa mientras duren las restricciones y suspensiones a las visitas por Covid-19. Pidió la definición de criterios generales de actuación frente a la emergencia sanitaria y penitenciaria a la Procuración General de la Nación y las Cámaras de Casación Federal y Criminal y Correccional. Finalmente, completó también una serie de propuestas complementarias y específicas sobre la base de las medidas ya adoptadas en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal.

Podrían mencionarse otros tantos innumerables documentos y acciones producidas al respecto<sup>10</sup>, pero creo que, en cualquier caso y más allá de otras incumbencias gubernamentales directas, lo que esta situación emergencial ha reafirmado y puesto de especial relieve es el papel preponderante que la Administración de Justicia Penal juega en el campo de

<sup>8</sup> Cfr. Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Recomendación CNPT 05/20, del 7 de abril de 2020.

<sup>9</sup> Cfr. Procuración Penitenciaria de la Nación, Recomendaciones 906 y 907 del 18 y 20 de marzo de 2020, 908 del 30 de marzo de 2020 y 909 del 7 de mayo de 2020 disponibles en <https://www.ppn.gov.ar/>

<sup>10</sup> Una reseña de distintos documentos, normas y jurisprudencia al respecto en Di Iorio, J., "Sistema penal y Covid-19: Informe normativo y jurisprudencial", *Revista Digital Nueva Crítica Penal*, vol. 2, n° 3, 2020: pp. 173-194. <http://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/issue/view/3/showToc>



la privación de libertad<sup>11</sup>. En efecto, aunque la justicia penal carezca de competencia funcional para el diseño de políticas penitenciarias, no obstante asume una doble responsabilidad primaria en el asunto. Por un lado, por cuanto –más allá de momentos iniciales de los procesos penales o de procedimientos policiales que admiten la detención momentánea de personas– la decisión de una privación de libertad legítima está reservada en forma monopólica al Poder Judicial. Es decir, por fuera de la incidencia externa de factores económicos, culturales o políticos en las tendencias político-criminales o en los procesos de encarcelamiento<sup>12</sup>, desde el punto de vista jurídico-formal solo es la decisión de un juez o jueza lo que lleva a una prisión a una persona. Pero, por otra parte, paradójicamente, es la misma justicia penal la portadora del rol constitucionalmente asignado de garantía de las condiciones mínimas de detención que deben observarse para que el encarcelamiento respete la dignidad personal y no se transforme en una práctica estatal cruel, inhumana o degradante<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Así lo subrayan Espina y Gusis en su estudio introductorio en Zaffaroni, E. (coord.), *Morir de cárcel*. ob. cit.: "... Frente a las posibles respuestas jurídicas a esas irracionalidades, no podemos dejar de considerar el necesario (y fundamental rol) que debe cumplir la judicatura, en el marco de un Estado de Derecho. La obligación de respetar el derecho a la salud exige que los Estados, y sus poderes, cumplan de manera urgente con la necesidad que imponen los tiempos, cual es una razón eminentemente humanitaria, en medio de la pandemia por el Covid-19. En el caso del Poder Judicial, importa un compromiso efectivo que debe quedar plasmado en las sentencias, las cuales deben dictarse –en la actual crisis de salud mundial– sin la menor dilación, pues cada vida es única e irremplazable, y no es aceptable ni jerarquizar ni desvalorizar siquiera una sola vida humana...".

<sup>12</sup> Ver respecto de estas razones en el escenario previo y para el contexto nacional, por ejemplo, Bombini, G., "Transformaciones recientes en las políticas penales en Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia", en Bergalli-Rivera-Bombini, (eds.), *Violencia y sistema penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2008; o Sozzo, M., "Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión-depósito' en la Argentina", *NDP*, 2007/B, pp. 518-581.

<sup>13</sup> Referencia obvia al contenido del artículo 18 de la Constitución Nacional. Entre los Principios y Buenas Prácticas para la protección de las personas privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Res. 1/08) se destaca el *Principio VI* relativo al "Control judicial y ejecución de la" pena que estipula:

En esta dirección, en nuestro contexto nacional, aunque pueden relevarse decenas de decisiones judiciales trascendentes con la vocación explícita de confrontar con el problema sanitario que jaquea la situación carcelaria, de una evaluación global del impacto de esas decisiones no se aprecian por el momento signos rotundos de transformación, especialmente si se lo plantea en términos de resultados en la reducción de la utilización del recurso custodial o de las presencias en condiciones de sobrepoblación y hacinamiento<sup>14</sup>.

La interferencia incomprensible pero vehemente de diversos actores provenientes principalmente del sistema político y comunicacional, ha generado gran confusión y temor en el público, y de ese modo ha obstaculizado seriamente el despliegue de una política carcelaria medianamente racional acorde con las necesidades humanitarias en tiempos de pandemia<sup>15</sup>.

Sin embargo, en esta ocasión quisiera detenerme en un factor que guarda directa relación con la actividad jurisdiccional y que a mi modo de ver ha contribuido al crítico estado de cosas prisional que, aunque ya consolidado en tiempo anterior, se ha profundizado y evidenciado durante la pandemia.

Me refiero a la responsabilidad que atañe a la academia, particularmente a quienes se desempeñan en el campo de las denominadas “ciencias penales”, en particular, del derecho penal o de la ejecución penal. Responsabilidad consistente, por un lado, en identificar adecuadamente

---

“El control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento”.

<sup>14</sup> Ver, Bombini, G. “Tensiones...”, ob. cit.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

las dimensiones fácticas del problema y, por el otro, sobre esa base, en crear las categorías teóricas pertinentes con el objetivo de proveer soluciones interpretativas a aquellos actores judiciales para la aplicación de las normas constitucionales y legales<sup>16</sup>.

Desde esta perspectiva, creo que la deficiencia en la actuación judicial —sea por exceso en el imprudente uso de las facultades detentivas, sea por defecto en la negligente forma de ejercer el deber de garantía de las condiciones de detención—, ha venido favorecida, en buena medida, por ese infradesarrollo y la debilidad científica en la materia. Ello ha permitido permear más fácilmente las voces irracionales de ciertos actores extrajudiciales y ha derivado en una suerte de decisionismo oportunista fundado en razones metajurídicas<sup>17</sup>.

Este indudable déficit teórico sitúa al derecho penal en la necesidad de reordenar sus prioridades a nivel ético, político y epistemológico y, por lo tanto, a reorientar los esfuerzos científicos y la investigación empírica y teórica para poder brindar herramientas aptas en esa labor humanitaria de contención o mitigación de la violencia punitiva irracional.

<sup>16</sup> Cfr. Zaffaroni, E. (coord.), *Morir de cárcel*, ob. cit. Allí indica: "... Esta es la situación que se nos ha planteado. El estallido que provoca la aparición del virus, no hace más que resaltar la situación grave pre-pandemia, y de la cual cada uno de nosotros debe asumir la responsabilidad de no haberla interrumpido en su momento. Que la asuman los gobiernos de todos los partidos políticos, amedrentados por estos partidos únicos mediáticos, que la asuman los jueces y que la asumamos nosotros al hacer doctrina jurídica..."; y específicamente que "... Lamentablemente debo reconocer que esto no sucede y los jueces no asumen esta responsabilidad, en gran parte por responsabilidad nuestra, es decir, de los doctrinarios, quienes formamos a los jueces y a los pichones de jueces. La ciencia jurídico penal de nuestra región se ha limitado a importar discursos, se ha cerrado o tiende a cerrarse en una esquizofrenia normativista privada de todo dato de realidad. Los jueces no nacen de una incubadora, los formamos nosotros en las universidades y academias. ¿Qué es lo que estamos enseñando? ¿Qué es lo que estamos reproduciendo? Teoría jurídica penal que, a través de teorías del conocimiento limitativas, impiden la introducción de datos de realidad. Quizás debemos asumir la parte de responsabilidad que nos incumbe en todo eso..."

<sup>17</sup> Bombini, G. "Tensiones...", ob. cit.

## II. Un déficit teórico en el derecho penal

Fue el gran maestro Massimo Pavarini, cuando estudiaba lo que denominaba los procesos de reencarcelamiento a escala global, quien denunció a la criminología por su déficit teórico<sup>18</sup>. En esa dirección y, en síntesis, afirmaba Pavarini que un saber que no puede brindar explicaciones en forma sustentable sobre aspectos que son objeto central de su indagación –como, por ejemplo, en el caso cuáles son las razones por las que se produce un incremento sostenido de los niveles del encarcelamiento en buena parte de los países occidentales en el tiempo reciente– parece haberse anclado en un estatus precientífico<sup>19</sup>.

Haciendo un parangón, creo que similares apreciaciones podrían formularse respecto del derecho penal. Vale decir, en este caso si un saber cuya finalidad es construir en forma sistemática un núcleo de interpretaciones respecto de las normas jurídico-penales para orientar las decisiones judiciales<sup>20</sup>, se muestra incapaz de hacerlo respecto de un

<sup>18</sup> También lo ha hecho puntualmente para aproximarse críticamente a la noción misma de *derechos de los detenidos*, al estimar que el déficit teórico al respecto radica en no advertir que la propia esencia y contenido del castigo legal implica la negación de los derechos de las personas detenidas. Así afirma que su posición: "... es crítica respecto de una teorización que considero ideológica en términos negativos, que quisiera hacernos creer en la posibilidad 'real' de una penalidad privativa y/o limitativa de la libertad personal respetuosa de todo otro derecho. Como he tratado de demostrar, esta posición no solo no describe el 'ser' de la penalidad, sino que prescriptivamente indica una meta 'imposible', ya que la naturaleza misma del castigo legal es la producción artificial de una diferenciación social por degradación del estatus jurídico..." (cfr. Pavarini, M., "Estrategias de lucha: los derechos de los detenidos y el abolicionismo", *Delito y Sociedad*, 2(26), 2016, p. 12). Este argumento, aunque en apariencia contradictorio con la propuesta aquí formulada, se matiza cuando el autor reconoce la dimensión instrumental del discurso sobre los derechos de las personas privadas de libertad: "... Entonces esta posición puede ser sostenida, pero solo a condición de que sea consciente de su naturaleza embustera y, por lo tanto, se haga uso de ella solamente de manera políticamente instrumental. Quiero decir que esta es aceptable políticamente en cuanto se plantea lo imposible..." (idem, p. 13).

<sup>19</sup> Pavarini, M., *Un arte abyecto*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

<sup>20</sup> Zaffaroni, E. R. et al., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ámbito constitutivo y esencial de su objeto principal como es el de los usos de la penalidad estatal, corre el serio riesgo de ser cuestionado por la precariedad de su desarrollo científico.

Este déficit genera un serio desafío al derecho penal, en la medida en que resultando su objetivo práctico nutrir argumentalmente a la jurisprudencia, no le es posible evadir el problema de las serias afectaciones de derechos humanos que surgen en el interior carcelario y que es necesario afrontar con las herramientas propias de ese saber penal<sup>21</sup>, al incorporarlo desde el punto de vista epistemológico como núcleo temático central –y no secundario– de su objeto científico.

Al decir de Zaffaroni:

“... si la doctrina debe alimentar la jurisprudencia, si en definitiva es en nuestra tradición la encargada de proveer a los jueces de los instrumentos conceptuales con que resolver sus casos, las preguntas terriblemente embarazosas antes expuestas y los cuestionamientos, aparentemente dirigidos a los jueces, no deben dirigirse a estos –o, al menos, no a ellos en primer término– ni menos aún cargarles la responsabilidad de la falta de una respuesta adecuada al derecho, sino a los doctrinarios que asumen la función de proyectistas de su jurisprudencia...”

En el punto sigo la posición del autor en cuanto señala que es el propio derecho penal o la dogmática penal la que debe dar una respuesta:

“... El saber o ciencia jurídico penal, no es un *art pour l'art* sino que se trata de un conjunto de conocimientos con un claro objetivo práctico: aspira a convertirse en jurisprudencia. Se teoriza el derecho penal con destino a los operadores del poder jurídico (jueces, ministerios públicos, defensores, trabajadores judiciales), en vistas a convertirse en sentencias, es decir, en actos de gobierno de la polis, como es toda sentencia, sencillamente porque emerge de una rama del gobierno del Estado republicano. Así las cosas, cabe preguntar cómo es posible que la ciencia jurídico-penal latinoamericana pase por alto que proyecta la tarea de los jueces en forma

<sup>21</sup> Zaffaroni, E. R., *La pena ilícita. Un desafío de la dogmática penal*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

que, en la práctica, estos se conviertan en autores mediatos de delitos de tortura y hasta de homicidios. Los penalistas podríamos no responder o evadir la respuesta con racionalizaciones, en cuyo caso también estaríamos respondiendo, porque dejaríamos las cosas como están y los jueces seguirían imponiendo penas ilícitas. Se trata de un claro caso en que la no respuesta es una respuesta...”

Para concluir en un sentido que se comparte que la:

“.. ciencia jurídico penal de la región no puede eludir la respuesta, esas preguntas deben ser respondidas por el derecho penal, como verdadero y auténtico problema de dogmática jurídico penal, pues de lo contrario deja a los jueces sin los instrumentos conceptuales para ensayar una jurisprudencia adecuada al Estado republicano de derecho...”

En suma, un desafío que invita a una urgente reconfiguración epistemológica que cubra las ausencias en temas nodales como son los ligados a la privación de libertad cautelar y punitiva, sus presupuestos, su determinación legal y judicial y su ejecución material desde un enfoque complejo, multidimensional y humano.

Una apuesta, como expresaba Boaventura de Sousa Santos, a una *epistemología del sur*<sup>22</sup> que implica sencillamente la labor de enfocar la situación de quienes padecen, sufren o enfrentan las consecuencias más severas, en este caso específico a través del uso del poder punitivo estatal, con las particularidades que se presentan en un contexto como el latinoamericano<sup>23</sup>. Por ende, en el estricto campo jurídico, supone intentar

<sup>22</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del Sur*, Buenos Aires, Clacso, 2009. Expresa el autor que “... El Sur es, pues, usado aquí como metáfora del sufrimiento humano sistemáticamente causado por el colonialismo y el capitalismo. Es un Sur que también existe en el Norte global geográfico, el llamado Tercer Mundo interior de los países hegemónicos. A su vez, el Sur global geográfico contiene en sí mismo, no solo el sufrimiento sistemático causado por el colonialismo y el capitalismo globales, sino también las prácticas locales de complicidad con aquellos. Tales prácticas constituyen el Sur imperial. El Sur de la epistemología del Sur es el Sur antiimperial...” (p. 12).

<sup>23</sup> Una alusión a la noción de colonialidad en el contexto carcelario latinoamericano en Segato, R. (2007), “El color de la cárcel en América Latina. Apuntes sobre la

brindar las soluciones concretas para evitar la afectación significativa y plural de la dignidad humana.

### III. Una teoría de la ejecución penal y del control judicial

Por lo tanto, en este marco de consideraciones, es necesario ensayar y debatir sobre los límites y formatos de esa reconfiguración del derecho penal en general y, en su interior del derecho de ejecución penal en particular, al enfatizar en el tipo de problematizaciones aludidas que, lamentablemente en su recorrido histórico reciente, han venido siendo marginalizadas entre los desarrollos prioritarios o centrales de este campo científico<sup>24</sup>.

Así es que resulta imprescindible reconstruir en su interior una teoría de la ejecución penal que asuma aquellas miradas de la complejidad y la multidimensionalidad que le son inherentes y que, sustentada en un escrutinio detallado y profundo de la realidad punitiva estatal a través de la integración

---

colonialidad en la justicia en un continente en desconstrucción”, *Nueva Sociedad*, n° 208, marzo-abril, disponible en [www.nuso.org](http://www.nuso.org)

<sup>24</sup> Señala Alejandro Slokar al respecto que “... la dogmática jurídico-penal concentró su atención en la construcción de las categorías conceptuales integrantes del sistema de filtros de la punición arbitraria que compone la teoría del delito con un alto grado de complejidad y abstracción, pero prácticamente ignoró el segmento correspondiente a sus consecuencias jurídicas. Este esfuerzo teórico –directamente proporcional a la crisis de legitimación de la pena–, viene acompañado de un olvido injusto, que puede bien obedecer a la complejidad del tema o a un refugio cómodo en el idealismo... Esta hipertrofia discursiva del injusto culpable choca contra el raquitismo teórico en el ámbito ejecutivo penal, sobre todo en el encierro institucionalizado en prisión, en donde sucumbe cualquier ficción idealista (propias autosuficiencias charlatanas de neovanguardias) como la portación de un rol o la pretensión de la pena como una respuesta contra fáctica simbólica, y en donde el derecho penal liberal o de garantías termina enfrentándose con el último refugio de la *gesinnung*. La ejecución de la pena es la región más oscura, pero a la vez más transparente, del poder punitivo, en donde la tensión entre el estado de policía y estado de derecho –que encapsula todo estado real–, evidencia la puja entre el poder político y el poder jurídico...”, en “La ley de los sin ley”, *Revista Derecho Penal*, año II, n° 6. Libro *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena*, Ediciones Infojus, diciembre de 2013, pp. 101-112.

disciplinar con saberes plurales<sup>25</sup>, apunte a la construcción sistemática de interpretaciones normativas para que los operadores del campo judicial cuenten con las herramientas y argumentos jurídico-constitucionales para resolver las tensiones de derechos que se les presentan a decisión<sup>26</sup>.

Es decir, una teoría integral de ese espacio jurídico-penal ejecutivo que no se ancle en la enunciación tradicional de principios normativos formales o en el mero análisis de los institutos penitenciarios establecidos en el derecho positivo, sino que amplíe su objeto y sus métodos de estudio a los contenidos más críticos desde el punto de vista de la realidad carcelaria; y de ese modo se precie de resultar realista, crítica, multidimensional y multidisciplinar.

Y en esta dirección, un aspecto prioritario de la agenda resulta el desarrollo no solo de un adecuado marco conceptual, teórico y argumental para pensar la dimensión de retracción en el uso de la privación de libertad como recurso cautelar o punitivo, sino también de la crucial misión de control judicial de las condiciones de detención, de sus efectos, de su impacto diferencial y de sus dimensiones estructurales.

En esa tarea, principios sustanciales básicos del derecho internacional de los derechos humanos aparecen como ejes rectores de la búsqueda de mecanismos aptos para configurar una teoría del control judicial tendiente a la efectividad de los derechos. Así es que nociones suficientemente asentadas en el ámbito del derecho interamericano emergen con indudable notoriedad:

– La *posición de garante* que asume el Estado respecto de la vida y los bienes de las personas que priva de libertad. En este sentido, es recurrente

<sup>25</sup> Especialmente importante resulta la intersección entre estudios empíricos de tipo criminológico, sociológico o psicológico con saberes normativos estratificados desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional hasta el Derecho Penal de fondo, aspirando a la efectividad normativa a través de garantías orgánicas, formas procesales y mecanismos de efectivización y control judicial.

<sup>26</sup> Bombini, G., "Sistema de Garantías en la Ejecución Penal", en García Rivas N. - Riquert, M. (dirs.), *Garantías Penales en Argentina, España y sus sistemas de inserción regional*, Ediar, Buenos Aires, 2011, pp. 307-352.



la afirmación en aquel ámbito internacional del carácter de obligación estatal de asumir una posición de garante respecto de las personas privadas de libertad, y el artículo 1.1. de la C.A.D.H. estipula en relación con las *obligaciones internacionales* asumidas por los Estados parte que estos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción<sup>27/28</sup>.

<sup>27</sup> Numerosos son los precedentes en los que se alude a este estándar, como por ejemplo el caso “Neira Alegría y otros vs. Perú”. Sent. 19/01/1995. Serie C, n° 20, párr. 60. Este criterio fundamental ha sido reiterado consistentemente por la Corte Interamericana, tanto en sus sentencias (vgr. casos “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 195; “Cantoral Benavides vs. Perú”. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 87; “Durand y Ugarte”, Sentencia del 16 de agosto del 2000, párr. 78, entre otros) como en sus resoluciones de medidas provisionales; con respecto a estas últimas a partir de su resolución de otorgamiento de las medidas provisionales de la Cárcel de Urso Branco, Brasil, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Considerando 8. En concreto, en “Neira Alegría y otros”, la Corte Interamericana –siguiendo criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos–, estableció que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal: y en consecuencia, *el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos*. Por lo tanto, el surgimiento de deberes insoslayables por parte del Estado –en su posición de garante– respecto de la protección de las personas privadas de su libertad, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). *Obligación estatal positiva de protección de los derechos*. Ya en un famoso precedente que hace alusión a esta garantía resulta el caso del Instituto de Reeducación del Menor del Paraguay, la Corte Interamericana afirmó: “... el derecho a la integridad personal no solo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1. de la Convención Americana...”

<sup>28</sup> Los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Resolución 1/08) establecen en el Principio I: “... En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad...”

– El *principio de no discriminación* como expresión material, enriquecida y extensiva de la igualdad ante la ley<sup>29</sup>. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1 que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En tanto que el artículo 24 señala que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Entre las denominadas *Reglas Mandela*, la 2 1. establece que estas se “aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, respetándose sus creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos”. Disponibles en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)

<sup>30</sup> Asimismo, en los aludidos *Principios y Buenas Prácticas* se sostiene el *Principio de Igualdad y no discriminación* (II) que impone que “Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad. Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad”. El mismo principio identifica la necesidad del trato diferencial de ciertas subjetividades de modo de evadir una ficta o vacua noción idealista de la igualdad ante la ley y, por ende, de corregir disparidades que se presentan en la realidad social. Así se indica que “No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas,

– El *principio de reparación* que incumbe al Estado en casos de violaciones a derechos humanos. En este sentido, el artículo 63 de la C.A.D.H. estipula que “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”<sup>31</sup>.

– La *garantía de no repetición* que exige al Estado la adopción de políticas públicas a futuro para superar las prácticas deficitarias que han llevado a aquellas violaciones. Se trata de una práctica judicial que, aunque no incluida textualmente en la C.A.D.H., tiene reconocimiento en el derecho internacional y se vienen adoptando en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde el año 1998, con vocación preventiva con miras hacia futuras violaciones a derechos humanos. Se plasma en resoluciones judiciales de naturaleza condenatoria, con las cuales se busca que el Estado declarado responsable en la instancia interamericana emprenda acciones concretas orientadas a eliminar de manera directa una alegada falla o deficiencia estructural del sistema nacional que está permitiendo o favoreciendo violaciones reiterativas a los derechos humanos<sup>32</sup>.

---

afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial” (Principio II).

<sup>31</sup> Se trata de una acepción que se interpreta en forma extensiva toda vez que como ha señalado Sergio García Ramírez (“La reparación en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/9.pdf>) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consolidado la expresión *Reparaciones* para fijar un concepto amplio que excede la indemnización pecuniaria y se refiere a las diferentes formas en las que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que ha incurrido (caso “Garrido y Baigorria”, párr. 41).

<sup>32</sup> Por su contenido y fin, resulta claro que estas desbordan el pretendido fin de restablecer el derecho particular de las víctimas –por tanto, no pueden entenderse como

Todos ellos aspiran indudablemente a erigirse en principios jurídicos que, trascendiendo las meras fórmulas declarativas, procuren consagrar en forma efectiva o concreta los derechos de las personas privadas de libertad.

A su vez y como se anunció, un paso primario en esa programación consiste en la identificación de aspectos que conformen su objeto de estudio y cuya protección aparece como prioritaria. Pienso, inicialmente, en cuatro signos de la complejidad carcelaria de este tiempo que deben ser el foco de una reconsideración urgente:

a) una *teoría del caso estructural* que, al diseñar integralmente presupuestos y consecuencias jurídicas, afronte sustancialmente el problema del encarcelamiento masivo como una violación al principio de dignidad y humanidad de las penas;

b) una *teoría de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad* que incorpore y aborde sistemáticamente los previsibles efectos o impactos de la prisionización, los dolores y padecimientos del encierro;

c) una *teoría de los enfoques diferenciados* que tienda a la identificación y regulación de los contextos carcelarios especialmente conflictivos y de las subjetividades particularmente y más intensamente vulneradas; y

d) una *teoría de la intervención y las garantías de las víctimas* que verifique y atienda sus demandas en forma realista y concreta, al superar tanto las tendencias *estatalistas* como las *punitivistas*, ambas con resultados convergentes hacia formas de expropiación del conflicto.

---

reparaciones-, y más bien se encaminan a obtener las transformaciones que apuntan a la superación de esas fallas estructurales en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados de la región, lo que crea efectos colectivos a partir de las sentencias individuales. Se han identificado cuatro tipos de mandatos: "derogar, crear o modificar" leyes, prácticas, políticas o instituciones del Estado, como así también "educar" a sus funcionarios públicos o a la población civil (cfr. Londoño Lázaro, M. C., *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Tirant lo Blanch, México, Universidad de La Sabana, 2014; y Londoño Lázaro, M.C. - Hurtado, M., "Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 149, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 725-775).

#### IV. Encarcelamiento masivo y caso estructural

Uno de los primeros desafíos que presenta el fenómeno carcelario, a escala global, pero con especial incidencia en el ámbito regional y local, resulta el de su uso cuantitativamente extraordinario. El concepto de encarcelamiento masivo acuñado inicialmente para la descripción acotada de la experiencia del boom carcelario norteamericano parece trascender hacia otros contextos en los que sus componentes conceptuales pueden estimarse igualmente presentes.

En efecto, la expresión encarcelamiento masivo ha sido usada por diversos autores en el país del Norte<sup>33</sup> y reutilizada para analizar otros contextos<sup>34</sup>. Jonathan Simon destaca que el término fue utilizado por primera vez por especialistas del campo de la sociología del castigo<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Garland, D. "The Meaning of Mass Imprisonment", *Punishment and Society, Special Issue on Mass Imprisonment in the USA*, vol. 3, n° 1, January, 2001, pp. 5-7; Simon, J. "Fear and loathing in late modernity: Reflections on the cultural sources of mass imprisonment", *Punishment and Society, Special Issue on Mass Imprisonment in the USA*, vol. 3, n° 1, January, 2001, pp. 21-34; Simon, J., *Juicio al encarcelamiento masivo*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019; Downes, D., "The macho penal economy: Mass incarceration in the United States - a European Perspective", *Punishment and Society, Special Issue on Mass Imprisonment in the USA*, vol. 3, n° 1, January, 2001, pp. 61-80; Wacquant, L., "De la esclavitud al encarcelamiento masivo", *New Left Review*, 2002, n° 13, pp. 38-58; Clear, T. *Imprisoning Communities. How Mass Incarceration makes disadvantaged neighborhoods worse*, New York, Oxford Press, 2007; Gottschalk, M., "Cell Bloks & Red Ink: Mass Incarceration, the Great Recession & Penal Reform", *Daedalus* 139, n° 3 (Summer), 2010, pp. 62-73; Alexander, M., *El color de la justicia. La nueva segregación racial en Estados Unidos*, Capitán Swing Libros, Salamanca, 2012.

<sup>34</sup> Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2000. Re, L., *Cárcel y globalización. El "boom" penitenciario en los Estados Unidos y en Europa*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008; Rivera Beiras, I., *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; Cuneo Nash, Silvio, *El encarcelamiento masivo*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017.

<sup>35</sup> Específicamente Simon, *Juicio al encarcelamiento masivo*, ob. cit., p. 15, nota 6) cita los trabajos de Franklin Zimring y Gordon Hawkins, *The Scale of Imprisonment* (Chicago, University Press, 1991) y Garland ("The Meaning of Mass Imprisonment"..., ob. cit.).

para describir el tremendo cambio en la escala del encarcelamiento que comenzó a fines de los años 70 y se hizo visible en la década siguiente. Según el autor, el fenómeno ha significado que millones de personas que no son peligrosas permanecieran encerradas durante muchos años, sin custodia segura y acorde a los niveles de violencia física y sexual, y sin la capacidad para hacer frente a las exigencias de salud física y mental de una población cuatro veces mayor que sus niveles históricos, lo que deriva en condiciones irremediablemente inhumanas.

David Garland tempranamente ya ha hecho alusión a la cuestión al introducirla en un número monográfico especial de la revista *Punishment and Society*. Allí, en la introducción titulada *El significado del encarcelamiento masivo*, señaló que el término era usado por los autores de ese volumen para describir una institución que había surgido en los Estados Unidos en las dos décadas pasadas y que implicaba la superación de las dos millones de presencias carcelarias, un evento sin precedentes en la historia de ese país, y más en general en la historia de la democracia liberal. Expresaba que, en su criterio, existían dos características esenciales del fenómeno: a) una tasa de encarcelamiento y un tamaño de la población prisionizada por encima de lo normal en una perspectiva histórica y comparada para nuestras sociedades; b) el encarcelamiento sistemático de grupos poblacionales enteros<sup>36</sup>.

Y precisamente, al repasar la actualidad de las prácticas custodiales en América Latina podría afirmarse que esas exigencias definitivas –ligadas a su uso cuantitativamente extraordinario como así también a las subjetividades selectivamente encarceladas (acorde con Garland); como igualmente las condiciones de riesgos por situaciones de violencia y desatención de salud (Simon)– se encontrarían presentes<sup>37</sup>.

Por un lado, las tasas y tamaños de los encarcelamientos en la región han crecido de forma desmesurada batiendo largamente los récords históricos de sus países, si se revisan las estadísticas de población

<sup>36</sup> Garland, "The Meaning of Mass Imprisonment"... , ob. cit., pp. 5 y 6.

<sup>37</sup> Cuneo Nash, ob. cit. En contra se muestran Ariza Higuera, L. - Torres Gomez, M., "Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario", *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 2019, pp. 227-258.

encarcelada<sup>38</sup>. Según informes comparativos internacionales de diversos países fundados en información oficial de World Prison Brief<sup>39</sup>, se han superado sus cifras pasadas de personas privadas de libertad tanto en tasas de encarcelamiento como en el tamaño de la población encarcelada en términos absolutos. Por ejemplo, con datos catastróficos, El Salvador alcanzaría una tasa de personas privadas de libertad de 590 cada 100.000 habitantes, Panamá 418, un país como Costa Rica de larga tradición en derechos humanos alcanzaría a 374, la tasa de Brasil sería de 357, la de Uruguay de 337, Perú de 292, Paraguay de 241, Argentina de 230, Ecuador de 224, Colombia de 217, México de 158. En términos absolutos también aparecen quebradas las marcas estadísticas en Brasil (755.274 personas privadas de libertad), México (198.384), Colombia (109.034), Argentina (103.209), Perú (96.870), Venezuela (57.096), Chile (39.584), Ecuador (39.251) o El Salvador (38.114).

En cuanto a la población prisionizada, en los países latinoamericanos, la selectividad del sistema penal se orienta prioritariamente hacia los sectores excluidos y pauperizados principalmente<sup>40</sup>. Cuneo expresa que las sociedades latinoamericanas se caracterizan por la concentración de la riqueza y una enorme desigualdad social, lo que hace fácilmente identificables a los candidatos del encarcelamiento, que pertenecen mayormente a las clases marginadas, en su mayoría varones, jóvenes, provenientes de

<sup>38</sup> Anitua, I., "América Latina como institución de secuestro", en Anitua, *Castigo, cárceles y controles*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2011, pp. 125-142; Carranza, E., "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, disponible en [www.anuariodidh.uchile.cl](http://www.anuariodidh.uchile.cl). Carranza, E., "Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe, ¿qué hacer? ¿Qué no hay que hacer? El caso de México", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, 2020; Cuneo Nash, ob. cit.

<sup>39</sup> Cfr. el sitio internacional que sirve de consulta comparativa [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population%20total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=24](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population%20total?field_region_taxonomy_tid=24)

<sup>40</sup> Iturralde, M., "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías", en Garland, D. (ed.), *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007; Zaffaroni, *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

clases subalternas, con altísimos índices de enfermedades y analfabetismo, sin trabajo actual y con pocas posibilidades de obtenerlo<sup>41</sup>.

Desde el punto de vista cualitativo, se denuncian altísimos niveles de violencia y deficiencias en las condiciones de vida en la región<sup>42</sup>. Así, por todo ejemplo, expone estas dimensiones vivenciales del fenómeno, Elias Carranza, al subrayar su gravedad:

“.. La situación penitenciaria en los países de América Latina y el Caribe es muy grave. Hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos...”

La descripción de las múltiples dimensiones del fenómeno excede largamente la intención y espacio disponibles en estas páginas<sup>43</sup>. Pero, en

<sup>41</sup> Cuneo, ob. cit., pp. 193-194.

<sup>42</sup> Carranza, E. (coord.), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles*, Editorial Siglo XXI, México, 2001; Carranza, E. (coord.), *Criminalidad, cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, Editorial Siglo XXI, México, 2010; y Carranza, E., 2012 y 2020, obras citadas.

<sup>43</sup> Por todo ejemplo y descripción –sin mayor abundamiento dada la brevedad del presente–, conviene remitirse al exacto resumen elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre los *Derechos Humanos de las Personas Privadas de libertad de 2011*, en el cual ha señalado como principales problemas de la región los siguientes: “a) hacinamiento y superpoblación; b) deficientes condiciones de reclusión, físicas y relativas a la provisión de servicios básicos; c) altos índices de violencia carcelaria y falta de control efectivo de las autoridades; d) empleo de tortura con fines de investigación criminal; e) uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en centros penales; f) uso excesivo de la detención preventiva; g) ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables; h) falta de programas laborales y educativos, y ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso; i) corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria”. (*Informe cit.* pp. 2 y 3). En el contexto de ese mismo informe, pero con relación puntual al problema del hacinamiento carcelario, ha estipulado



cualquier caso, acorde con el planteo de partida, parece necesario apropiarse de una denominación tan expresiva como políticamente útil a la hora retratar la barbarie que se transita, y de una vez caracterizado de ese modo, pensar alternativas viables y efectivas de contención.

En esa dirección, la tentativa de limitar un fenómeno de tal complejidad –pluricausal y pluriconsecuencial– exige repensar seriamente las categorías jurídico-constitucionales para su abordaje. No resulta satisfactoria la tradicional apelación a su mera remisión al campo de las políticas públicas dependientes de otros poderes estatales encargados del diseño y ejecución de las políticas criminales o penitenciarias. Tampoco parece adecuado su desmembramiento para el tratamiento de cada caso en forma individual y casi anecdótica. Por el contrario, su carácter estructural, persistente –y por tanto previsible– y altamente violatorio de derechos humanos básicos, es el que exige la consolidación de categorías jurídicas que puedan hacer visible el fenómeno en toda su dimensión y confrontar eficazmente sus efectos deletéreos e indignantes.

Una teoría del control judicial de la privación estatal de la libertad que pretenda tales niveles de eficacia no puede prescindir de profundizar en la evaluación de los casos como litigios estructurales, colectivos, complejos, que puedan asumir formas dialogales pero que cuenten con una caja de herramientas lo suficientemente completa como para concretar soluciones interpretativas efectivas a la pluralidad de problemas que derivan del

---

las proyecciones de esta problemática: “El hacinamiento de personas privadas de libertad genera fricciones constantes entre los reclusos e incrementa los niveles de violencia en las cárceles; dificulta que estos dispongan de un mínimo de privacidad; reduce los espacios de acceso a las duchas, baños, el patio etc.; facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene son deplorables; constituye un factor de riesgo de incendios y otras situaciones de emergencia; e impide el acceso a las –generalmente escasas– oportunidades de estudio y trabajo, constituyendo una verdadera barrera para el cumplimiento de los fines de la pena privativa de la libertad. Esta situación genera serios problemas en la gestión de los establecimientos penitenciarios, afectando, por ejemplo, la prestación de los servicios médicos y el ejercicio de los esquemas de seguridad de la cárcel. Además, favorece el establecimiento de sistemas de corrupción en los que los presos tengan que pagar por los espacios, el acceso a los recursos básicos y a condiciones tan básicas como una cama”.

fenómeno del encarcelamiento masivo y que afectan seriamente la vida, la integridad física, la salud y la dignidad de las personas sometidas a esas prácticas custodiales<sup>44</sup>.

En este sentido, las mencionadas nociones de posición de garantía estatal, de no discriminación, de reparación y de no repetición emergen como conceptos principales para evaluar sus proyecciones concretas a la hora de evaluar formas y consecuencias jurídicas para la contención de la situación. Con esas herramientas que brinda el derecho internacional de los derechos humanos, es menester construir soluciones previsibles que sistematicen, al interior del derecho penal, los criterios tanto para la reducción de la población encarcelada como para la tutela adecuada de la situación de las personas privadas de libertad<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Sobre el intento en esta dirección que implicó el caso “Verbitsky” de la CSJN y sus limitaciones, ver las aportaciones precisas y pertinentes de Filipini, L., “Superpoblación carcelaria y hábeas corpus colectivo” *Lexis Nexis Buenos Aires*, n° 2, año 2005; Salt, M., “El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial? Certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 12, Lexis-Nexis, agosto, 2005, pp. 1193; o Courtis, C., “El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en CELS, *El Colapso Carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005. Un intento de teorización interesante en un sentido similar al que se propone en esta contribución, véase el trabajo de García, M. “Acciones colectivas de habeas corpus y sobrepoblación carcelaria estructural en la provincia de Buenos Aires”, en Pitlevnik, (comp.), *Superpoblación carcelaria. Dilemas y alternativas*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 89-122.

<sup>45</sup> En este sentido, la imposición de la adopción de medidas necesarias para el caso de situaciones de hacinamiento ha sido objeto de especial referencia en determinados pronunciamientos de la Corte Interamericana. Así, en el caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”, sentencia 05/07/2006, además de considerar al hacinamiento como un hecho en sí mismo vulnerante al derecho a la integridad personal (arts. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), estableció una serie de medidas de satisfacción y garantías de no repetición a cumplimentar por parte del Estado. Una de estas disposiciones, es la “Adecuación de las condiciones carcelarias a los estándares internacionales”. Dentro de esta previsión, se señala que “el Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia”. Además, se especifica que “el Estado debe asegurar que toda persona privada de su libertad viva en condiciones compatibles con su dignidad humana, entre las que se encuentren, *inter alia*: a) un espacio lo suficientemente

En la primera dirección, es urgente la determinación de criterios objetivos de delimitación de las necesidades estatales de mantención de la privación de libertad en centros detentivos e igualmente la posibilidad de la implementación de mecanismos de cupo carcelario que motoricen sustitutivos cautelares o punitivos<sup>46</sup>. En primer orden, una referencia

---

amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportunas y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos". Allí se acudió a parámetros utilizados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) para evaluar la gravedad de la situación, y estableció que 7 metros cuadrados por cada prisionero es una guía aproximada y deseable para una celda de detención (párr. 90). Asimismo, la Corte tomó en consideración el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos en tanto que, al seguir la misma línea del Comité, estableció que "... un espacio de cerca de 2 m<sup>2</sup> para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no podía considerarse como un estándar aceptable, y que una celda de 7 m<sup>2</sup> para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación del mismo artículo...". Además, consideró que "en una celda de 16.65 m<sup>2</sup> donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio". A su vez, recuperó la definición del Comité Europeo acerca de los hechos que determinan una situación de hacinamiento: una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre prisioneros y el personal penitenciario.

<sup>46</sup> Así, se plantea explícitamente en la Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Específicamente el Principio XVII relativo a las medidas contra el hacinamiento contempla que "La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional". También se sostiene el principio de la publicidad de tal información y la vinculada a la tasa de ocupación real de cada establecimiento, como así también la posibilidad de impugnación y debate: "Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa

conceptual que debe ser refinada –de modo que se oriente a brindar soluciones judiciales estandarizadas, previsibles y estables–, resulta la categorización de los delitos por sus niveles de gravedad y violencia. Así, tanto la objetiva determinación de los montos punitivos como la tipología particular de ciertos delitos deben ser objeto de construcción jurídico-penal para establecer una adecuada diferenciación entre delitos graves y leves, de modo que los segundos admitan medidas punitivas o cautelares restrictivas de derechos que sean alternativas al encarcelamiento<sup>47</sup>.

---

de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes”. A su vez, se fija –con inestimable impacto para la actividad de los órganos estatales nacionales– que la ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas no solo será prohibida por ley –que deberá establecer los mecanismos para remediarlo de modo inmediato–, sino que en tanto importe la vulneración de derechos humanos, deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. Textualmente, se indica que esa ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima de tal número, situación que deberá ser suplida por la intervención judicial en caso de falta de previsión normativa; y el Estado deberá investigar las razones que lo motivaron, determinar las responsabilidades individuales de los funcionarios y adoptar las medidas tendientes a evitar su reiteración. Bombini, G., “Estrategias de reducción de daños: fundamentos para una ley de cupo carcelario”, en *Cárcel y derechos humanos. Enfoques locales y estrategias de reducción de daños*, Eudem, Mar del Plata, 2018.

<sup>47</sup> Favorable a esta distinción para regular los niveles de encarcelamiento, Zaffaroni, *Penas ilícitas*, ob. cit. Tentativas jurisprudenciales en este sentido surgieron precisamente en el contexto de la pandemia Covid-19 en la provincia de Buenos Aires. Así, inicialmente el TCPBA (sentencia del 9 de abril de 2020, disponible en: <http://www.scba.gov.ar/portada/default2014.asp>) realizó una caracterización diferencial entre delitos graves y leves para ordenar para estos últimos la externación inmediata, lo que fue objetado por su ambigüedad conceptual y extralimitación funcional por el Ministerio Público Fiscal. Recurrída ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el máximo tribunal provincial al procurar subsanar ese déficit enumeró una serie de criterios amplios a tener en consideración por cada juez al resolver los casos individuales (ver sentencia del 11 de mayo de 2020 en causa P-133682-Q caratulada “Altuve, Carlos Arturo-Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/queja en causa n° 102.555 (habeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada n° 102.558”). En concreto, la Suprema Corte Bonaerense, al apartarse de la clasificación de delitos graves y leves, estima necesario que cada juez resuelva los casos teniendo en consideración diversos factores bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tales como: “... los bienes jurídicos afectados, las

En ese ejercicio, por un lado, para la delimitación punitiva la noción de inconveniencia de las penas privativas de libertad de corta duración por su carácter criminógeno que ya tiene arraigo en la tradición normativa del Código Penal argentino (artículos 13 o 26) puede resultar una pauta jurídica adecuada para la búsqueda de soluciones sistemáticas<sup>48</sup>.

---

condiciones personales del procesado o condenado (arg. art. 163, CPP), · el grado de intervención asignada al procesado o condenado por el delito, · las modalidades de la comisión del delito (v.gr. la forma en que se afectó el bien jurídico, los medios empleados y las particulares relaciones con las víctimas; arg. art. 163, CPP), · el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, · la pena en expectativa o la ya establecida, · el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales, · la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante, · la consideración de la existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado...” (Considerando V.2.c, pp. 54 y 55). De ese modo, debilitó tanto la necesaria perspectiva del caso complejo o estructural, como asimismo la precisión que supone debe contener una pauta con pretensión orientadora de los decisorios de jueces de instancias judiciales previas, al restringir, por lo tanto, su intervención de un modo preocupante. Inmediatamente emergieron numerosas críticas que indicaron el retroceso respecto de *un fallo que había significado la posibilidad de iniciar un camino de resolución estructural* a la grave situación carcelaria bonaerense, al tener en cuenta que “... no solo anula las reglas comunes de actuación dispuestas y recomendadas por el juez Víctor Violini sino que, además, no dicta ninguna norma práctica para la actuación judicial...” (Comisión Provincial por la Memoria, comunicado de prensa del 11 de mayo de 2020, disponible en: <http://www.comisionporlamemoria.org/grave-retroceso-de-la-suprema-corte-bonaerense-frente-a-la-pandemia-en-las-carceles/>); o el cuestionamiento a la figura hasta el momento indiscutida del habeas corpus colectivo (ver Verbic, F., “Superpoblación carcelaria y Covid-19. ¿Peligra el futuro del habeas corpus colectivo en la provincia de Buenos Aires?”, en Soares, Carlos Henrique - Silva Nunes, Leonardo - de Lima Ávila, Luiz Augusto (orgs.), *Direito em Tempos de Crise. Soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais*, Ed. Dialética - Academia de Direito Processual, 2020).

<sup>48</sup> Bauman, J., “¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?”, en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Paneville, Buenos Aires, 1970, pp. 1-23; Carles, R., “Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal”, Conferencia pronunciada en el panel “Penas y sanciones alternativas en el siglo XXI”, en el marco del I Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Retos y desafíos del Derecho Penal y la Criminología, en reconocimiento al Dr. E. Raúl Zaffaroni,

Por el otro, para la estimación de las tipologías delictivas diferenciales, la victimización en casos resguardados especialmente con el derecho internacional de los derechos humanos (violencia de género, institucional, contra NNyA) deben servir como pautas correctivas del criterio punitivo. Los enfoques diferenciales imprescindibles –que serán analizados con mayor detalle en el punto 6–, también fijan criterios jurídicamente derivados del derecho internacional de los derechos humanos y de la normativa local (artículo 10 del Código Penal) para la priorización de casos, en el contexto de un litigio estructural, de personas con padecimientos de salud mental, física o motriz, o limitaciones de ese tipo derivadas de la vejez, mujeres embarazadas o con hijas o hijos u personas a su cargo, personas en situación de riesgo de vulneración de derechos como las pertenecientes a comunidades migrantes, de pueblos originarios, refugiadas, L.G.T.B.I., jóvenes o menores de edad. Finalmente, las nociones convencionales de intrascendencia de la pena hacia terceros<sup>49</sup> y la antigua diferenciación entre personas privadas de libertad condenadas y procesadas<sup>50</sup> merecen una revaloración y un desarrollo teórico desde el punto de vista jurídico-penal más acabado que derive en consecuencias jurídicas concretas tanto en casos individuales como colectivos.

Otra vía que se ha venido motorizando y se encuentra en proceso de consolidación desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial tanto en el orden local, regional como internacional resulta la de acudir a la noción de compensación punitiva para generar un cómputo diferenciado que permita la búsqueda de soluciones normativas en contextos de

---

en la Ciudad de Guatemala, el 13 de abril de 2011, p. 6, y publicada en 2012 en *Revista Derecho Penal*, año I, n° 1, Ediciones Infojus, pp. 3-23.

<sup>49</sup> C.A.D.H., 5.3.

<sup>50</sup> C.A.D.H., 11.4. Además, en la *Reglas Mandela*, 11b sobre la cuestión en América Latina, ver el estudio pionero de Carranza, Elías - Houed, Mario - Mora, Luis Paulino - Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1983; y algunos problemas y orientaciones actuales en la provincia de Buenos Aires en Bombini, Gabriel - Carnevale, Carlos, *Medidas cautelares en el Proceso Penal Adversarial en la provincia de Buenos Aires. Prácticas y Herramientas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

prisionización estructurales complejos y persistentes<sup>51/52</sup>. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó medidas provisionales contra Brasil acerca de dos prisiones (Recife y Río de Janeiro)<sup>53</sup>, y dispuso que se compute a todo efecto doble el tiempo de detención en esas prisiones, excepción hecha de delitos contra la vida y la integridad física y sexual, en que también debería procederse de igual modo, pero después de una peritación criminológica<sup>54</sup>.

Es interesante seguir la señalización que efectúa Zaffaroni en el sentido de que si bien todos los casos antes mencionados provienen de las máximas instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales y se dirigen a resolver o paliar la superpoblación, imponiendo a los Estados para que adopten medidas generales de reducción de población penal

<sup>51</sup> Desde la doctrina, el tema ha sido desarrollado inicialmente por Zaffaroni, E.R., “Las penas crueles son penas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, 1994, y obs. cits., 2000 y 2020, y en extenso en la tesis doctoral de Vacani, Pablo A., *La cantidad de pena en el tiempo de prisión: sistema de la medida cualitativa*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015; como así también en diversos trabajos colectivos: *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012; *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal. Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2019; *Derecho penal y penas ilícitas. Hacia un nuevo paradigma pospandemia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2020.

<sup>52</sup> Zaffaroni estima que una serie de resoluciones dictadas por diversos tribunales superiores dictadas *in extremis* suponen una reclamación a la doctrina penal para que brinde respuestas a estas situaciones. Así, menciona que las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que ordenó al gobierno de California reducir en determinado plazo el número de presos (Supreme Court of the United States, n° 09-1233, Edmund G. Brown Jr., Governor of California, et al., *Appellants vs. Marciano Plata et al. on Appeal from the United States District Courts for the Eastern District and the Northern District of California*); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo lo mismo con Italia; y para el caso latinoamericano, los máximos tribunales de Argentina (caso de la CSJN de fecha 3 de mayo de 2005, “Verbisky” ya citado) y Colombia (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>) también propiciaron soluciones colectivas urgentes.

<sup>53</sup> Ver: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf). Sobre estos fallos y su impacto, ver el volumen monográfico publicado recientemente de Zaffaroni, E. R. - Espina, N. - Gusic, G. - Alagia - Barresi, M. - Ciarniello - Slokar, A. - Vacani, P., *Penas ilícitas y hermenéutica jurídica*, Ediar, Buenos Aires, 2021.

<sup>54</sup> Cfr. Zaffaroni, E., *Penas ilícitas...*, ob. cit., pp. 20-21.

por la vía de alguna o de todas las ramas de sus gobiernos; “... lo cierto es que ninguna de ellas se funda en consideraciones de estricta dogmática jurídico penal, sino –como corresponde a la naturaleza de las decisiones– que se adoptan conforme al saber jurídico propio del derecho constitucional y del internacional, sin que hasta el momento se haya ensayado una respuesta desde la doctrina jurídico penal...”<sup>55</sup>.

## V. Prisionización, padecimientos y derechos fundamentales

Una segunda dimensión trascendente que debe asumirse en la dirección de reconfiguración del campo del saber penal resulta la vinculada a la identificación de los dolores y padecimientos que provoca la prisionización, que sirva como base para delinear una completa teoría de los derechos fundamentales.

Que la pena es la imposición deliberada de dolor y que los padecimientos que se proyectan sobre las personas privadas de la libertad son plurales y no se acaban en el contenido limitativo de la libertad ambulatoria son hechos incontrovertibles, que han sido largamente elaborados a través de la investigación empírica por la criminología y la sociología del encarcelamiento<sup>56</sup>. Múltiples conceptualizaciones consagradas desde mediados del siglo pasado en adelante como *las de prisionización* –des-culturación y enculturación– (Clemmer), *ceremonias de degradación de estatus* (Garfinkel) *los padecimientos del encierro* (Sykes), *la de institucionalización total o la mutilación del yo* (Goffman), *la educación para ser buen detenido* (Baratta), *la producción artificial de diferenciación social por degradación del estatus jurídico* (Pavarini), o *la inflicción deliberada de*

<sup>55</sup> Agrega que “... aunque en algún caso, como el de la medida provisional de la Corte Interamericana, incumben también a los jueces su acatamiento, lo cierto es que, incluso en ese supuesto, los jueces decidirían conforme a lo ordenado por la jurisdicción internacional para no hacer incurrir al Estado de un injusto internacional, pero no lo harían en función de consideraciones proporcionadas por la doctrina o ciencia jurídico penal...” (idem, p. 21).

<sup>56</sup> Al respecto, ver Pavarini, M., “Estrategias de lucha: los derechos de los detenidos y el abolicionismo”, *Delito y Sociedad*, 2(26), 2016, pp. 7-18.



*dolor (Christie) o de daños (Rivera)*, entre muchas otras descripciones posibles, son denotativas de los límites fictos de la cárcel legal<sup>57</sup> y de las diversas proyecciones, efectos e impactos carcelarios<sup>58</sup>.

Así las cosas, sobre ese amplio consenso, la discusión científica se restringe hoy solo en la identificación, descripción y detalle de estos para delimitar sus formatos, dimensiones y extensión. Nuevamente no se trata de hechos accidentales, ocasionales o imprevistos, sino de caracteres y efectos que resultan fisiológicos o esenciales a las prácticas detentivas. En esta dirección, por lo tanto, la afectación de derechos que suponen, de ningún modo puede sorprender a quienes utilizan el recurso custodial. Así las cosas, tampoco a las normas jurídicas que reglamentan la privación de libertad que debieran contemplarlas como efectos incorporados en su ejecución.

De hecho, por ejemplo, las denominadas *Reglas Mandela* receptan de algún modo el principio aflictivo al establecer en su Regla 3 que "... La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación...".

Desde esta perspectiva la apelación exclusiva a remedios y acciones constitucionales excepcionales para su encuadramiento, no responden adecuadamente al cuadro de situación planteado y a su ontología, resultando menester el desarrollo acabado de un bagaje conceptual que responda a esa realidad e introduzca soluciones específicas. Al seguir este razonamiento, la distinción entre derechos humanos fundamentales –de los que son portadores las personas por esa sola condición– y de derechos penitenciarios –emergentes a partir de la situación de custodia estatal– podría resultar

<sup>57</sup> Un análisis al respecto en Santoro, E., *Cárcel y sociedad liberal*, Temis, Bogotá, 2008; o en Rivera Beiras, I., *La cuestión carcelaria*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

<sup>58</sup> Sobre estos desarrollos ver el excelente trabajo de García Bores, P., "El impacto carcelario", en Bergalli, R. (coord.), *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 395-425.

un esquema inicial útil para profundizar hasta delimitar adecuadamente cada una de las situaciones presentes en la realidad carcelaria<sup>59</sup>.

En el primer caso, derechos como *la salud*<sup>60</sup>, *la educación*<sup>61</sup> o *el trabajo*<sup>62</sup>, entre otros, requieren de acciones positivas por parte del Estado para su reconocimiento en un contexto que –como el carcelario– se erige como

<sup>59</sup> Rivera Beiras, *La cuestión carcelaria*, ob. cit.

<sup>60</sup> *Reglas Mandela*, 24 y ss. En tanto el Principio X de los *Principios y buenas prácticas...* establece que “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas y los servicios de salud, funcionar en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, como parte de sus políticas y prácticas de salud pública”.

<sup>61</sup> En la Resolución 1/08 ComIDH, el Principio XIII fija el “derecho a la educación, como accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomando en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales; la enseñanza primaria o básica gratuita, en particular, “para los niños y niñas, y para los adultos que no hubieren recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria”. A su vez, “Los Estados deben promover de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes, en estrecha coordinación e integración con el sistema de educación pública, cooperación con asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas.

<sup>62</sup> *Reglas Mandela*, 96 y ss. El Principio XIV de la Resolución 1/08 de la ComIDH, reafirma el “derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de trabajo, y a recibir una remuneración adecuada y equitativa” aunque aclara que “En ningún caso el trabajo tendrá carácter afflictivo” y se observarán “todas las normas nacionales e internacionales de protección vigentes en materia de trabajo infantil, a fin de evitar, particularmente, la explotación laboral y garantizar el interés superior de la niñez”. Asimismo, “Los Estados Miembros promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional; y garantizarán el establecimiento de talleres laborales permanentes, suficientes

obstáculo para su disfrute. Es decir, se trata de obligaciones positivas de hacer por parte del Estado que no pueden quedar sujetas ni a la imprevisión política ni a la carencia presupuestaria<sup>63</sup>. Por lo tanto, en un escenario en el que no es factible alegar desconocimiento o novedad en el estado de cosas, el incumplimiento estatal debe necesariamente acarrear consecuencias jurídicas concretas.

En el segundo de los supuestos, es la propia relación de sujeción especial la que exige que el Estado diseñe mecanismos para la satisfacción de los derechos que emergen necesariamente de esta: *a condiciones carcelarias dignas*<sup>64</sup>, *a la comunicación con el exterior*, y *a visitas*<sup>65</sup>, etcétera<sup>66</sup>.

---

y adecuados, para lo cual fomentarán la participación y cooperación de la sociedad y de la empresa privada”.

<sup>63</sup> Un intento específico en esta dirección ver en Routolo, Marco, *Derechos de los Detenidos y Constitución*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004. Más genéricamente en Rivera Beiras, Iñaki y Salt, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

<sup>64</sup> Ver las *Reglas Mandela*, 12 y ss. En los *Principios y buenas prácticas...* el Principio XII se refiere a las condiciones de *albergue, higiene y vestido*, e indica que “las personas privadas de libertad deberán disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas a las condiciones climáticas”, “una cama individual, ropa de cama apropiada”, y “las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y los adultos mayores, entre otras”. Asimismo, “tendrán acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad, a productos básicos de higiene personal, y a agua para su aseo personal”, y “se proveerá regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los artículos indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo”. Finalmente, se contempla que el vestido “será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes”.

<sup>65</sup> El Principio XVIII (Res. 1/08 ComIDH) regula el “derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el Derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas” y a “estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley”.

<sup>66</sup> Rivera Beiras, *La cuestión carcelaria*, ob. cit.

En relación con las condiciones de vida generales en los centros de detención, las *Reglas Mandela* indican que se aplicarán por igual a todos los reclusos, en particular en lo que tiene que ver con las condiciones de la iluminación, la ventilación, la climatización, el saneamiento, la nutrición, el agua potable, el acceso al aire libre y el ejercicio físico, la higiene personal, la atención de la salud y un espacio personal suficiente (Reglas 42 y 12 y siguientes).

Con respecto a los contactos con el exterior y visitas se indica la autorización a la comunicación periódica, bajo la debida vigilancia, con sus familiares y amigos: a) por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles; y b) recibiendo visitas (Regla 58.1). En particular, en relación con las visitas conyugales, se afirma que este derecho se aplicará sin discriminación y las reclusas podrán ejercerlo en igualdad de condiciones que los reclusos. Se contará con procedimientos y locales que garanticen el acceso equitativo e igualitario y se prestará la debida atención a la seguridad y dignidad (Regla 58.2).

Este tipo de comunicación externa se busca favorecer al sugerir que, en la medida de lo posible, las personas privadas de libertad serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social (Regla 59).

Conforme a estas regulaciones internacionales, nuevamente en este aspecto es inadmisibile tanto la imprevisión normativa del impacto derivado de situaciones suficientemente conocidas en la experiencia carcelaria, como la ausencia de consecuencias jurídicas concretas que se disparen frente a la su violación por acción u omisión estatal.

Por ende, aparece imprescindible involucrar definitivamente a estos tópicos como propios del campo del derecho penal y más específicamente del derecho de la ejecución, ya que no pueden ser leídos como problemáticas excepcionales a las cuales deba apelarse tópicamente al derecho constitucional o al derecho internacional de los derechos humanos por vías extraordinarias. Estos saberes ligados al estudio del orden normativo superior y en concreto los principios y reglas ya preanunciados, podrán informar el esquema de soluciones legales que, no obstante, debe ser

considerado sistemáticamente en el interior de los saberes penales específicos, al promover modelos de sustitución o compensación punitiva de acuerdo con el grado e intensidad de la privación o afectación de derechos, acorde con el principio reparatorio.

## **VI. Contextos problemáticos, padecimientos específicos, enfoques diferenciados y subjetividades vulneradas**

Ahora bien, también el desarrollo de las ciencias sociales, de la conducta y criminológicas han expuesto suficientemente que los padecimientos aludidos no se proyectan de igual modo en todos los contextos situacionales que plantea el escenario carcelario ni respecto de todas las personas privadas de libertad.

En efecto, situaciones específicas en el interior de lo carcelario –como la permanencia en regímenes de aislamiento, las requisas o los traslados penitenciarios<sup>67</sup>– resultan escenarios u ocasiones conocidamente favorecedoras de diversas formas de violencia institucional especialmente intensa; por lo que se hace imprescindible que sean espacios permanentes y exhaustivamente monitoreados<sup>68</sup>.

Por ejemplo, las *Reglas Mandela* contienen diversas disposiciones respecto a los problemas que genera el aislamiento y que deben ser objeto de consideración permanente para el efectivo control judicial frente a las

<sup>67</sup> En el Principio IX.4 de la ComIDH, se afirma que “Los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso. Los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública”.

<sup>68</sup> Para un abordaje descriptivo de estos problemas en el contexto de prisionización bonaerense, ver Daroqui, A. (coord.), *Castigar y gobernar. Hacia una sociología de la cárcel. La gobernabilidad penitenciaria bonaerense*, Buenos Aires, CPM-GESPYDH, 2014.

prácticas persistentes y la ausencia total o parcial de regulación en las normativas nacionales o locales. En ese aspecto, se prohíbe sanciones que equivalgan a torturas y, en particular, diversas formas de aislamiento:

Regla 43.1: “Las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán, en ninguna circunstancia, equivaler a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, quedarán prohibidas las siguientes prácticas: a) el aislamiento indefinido; b) el aislamiento prolongado; c) el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada; d) las penas corporales o la reducción de los alimentos o del agua potable...”

Asimismo, se define al aislamiento como al “... aislamiento de reclusos durante un mínimo de 22 horas diarias sin contacto humano apreciable. Por aislamiento prolongado se entenderá el aislamiento que se extienda durante un período superior a 15 días consecutivos... (Regla 44), limitando su uso solo a casos excepcionales, como último recurso, durante el menor tiempo posible y con sujeción a una revisión independiente, y únicamente con el permiso de una autoridad competente, sin que se admite su imposición en virtud de su condena (Regla 45.1)”. Expresamente se prohíbe la imposición de sanciones de aislamiento cuando el recluso tenga una discapacidad física o mental que pudiera agravarse bajo dicho régimen, o con mujeres y niños en los casos descritos en otras reglas y normas de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal<sup>69/70</sup>.

<sup>69</sup> En particular, se alude a la Regla 67 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* (Resolución 45/113, anexo), y la Regla 22 de las *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok)* (Resolución 65/229, anexo).

<sup>70</sup> A su vez, el Principio XXII.3 (Resolución 1/08 cit.) exige que “Se prohibirá, por disposición de la ley, las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigo”. Asimismo, establece que “Estarán estrictamente prohibidas las medidas de aislamiento de las mujeres embarazadas; de las madres que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad; y de los niños y niñas privados de libertad”. Señala que “El aislamiento solo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la

Por otra parte, los registros o requisas penitenciarias también vienen expresamente reguladas en las *Reglas Mandela*, al requerir su implementación acorde a leyes y reglamentos conformes a las obligaciones derivadas del derecho internacional para lograr que su práctica respete la dignidad intrínseca del ser humano y la intimidad de las personas, y que su ejecución resulte acorde con los principios de proporcionalidad, legalidad y necesidad (Regla 50)<sup>71</sup>.

Como forma de monitoreo puntual se impone la obligación de su documentación oficial en particular de aquellos registros de tipo personales sin ropa, los llevados a cabo de los orificios corporales y los registros de las celdas, así como de sus motivos, la identidad de quienes los llevaron a cabo y los resultados obtenidos (Regla 51). Asimismo, se asienta la excepcionalidad de los registros invasivos, como los registros personales

---

vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones. En todo caso, las órdenes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial, ya que su prolongación y aplicación inadecuada e innecesaria constituiría actos de tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En caso de aislamiento involuntario de personas con discapacidad mental se garantizará, además, que la medida sea autorizada por un médico competente; practicada de acuerdo con procedimientos oficialmente establecidos; consignada en el registro médico individual del paciente; y notificada inmediatamente a sus familiares o representantes legales. Las personas con discapacidad mental sometidas a dicha medida estarán bajo cuidado y supervisión permanente de personal médico calificado”.

<sup>71</sup> El Principio XXI de la Resolución 1/08 ya aludida señala que “Los registros corporales, la inspección de instalaciones y las medidas de organización de los lugares de privación de libertad, cuando sean procedentes de conformidad con la ley, deberán obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Los registros corporales a las personas privadas de libertad y a los visitantes de los lugares de privación de libertad se practicarán en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales, utilizándose medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados. Los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley. Las inspecciones o registros practicados al interior de las unidades e instalaciones de los lugares de privación de libertad, deberán realizarse por autoridad competente, conforme a un debido procedimiento y con respeto a los derechos de las personas privadas de libertad”.

sin ropa y los registros de los orificios corporales, en casos absolutamente necesarios; y se alienta a las administraciones penitenciarias a idear y poner en práctica alternativas adecuadas a los registros invasivos (Regla 52.1). Por otra parte, los registros invasivos se harán en privado y por personal calificado del mismo sexo que la persona detenida (*ídem*) y los registros de los orificios corporales solo los podrán hacer profesionales médicos calificados que no sean los principales responsables de la atención de esta o, como mínimo, miembros del personal que hayan sido adecuadamente capacitados por profesionales médicos en cuanto a las normas de higiene, salud y seguridad (Regla 52.2).

Finalmente, la cuestión de los traslados también se encuentra contemplada en las *Reglas Mandela* para evitar los efectos más perniciosos de esa práctica. Allí se indica que cuando las personas sean conducidas a un establecimiento o trasladadas a otro, se tratará de exponerlas al público lo menos posible y se tomarán las disposiciones adecuadas para protegerlas de los insultos y de la curiosidad del público e impedir toda clase de publicidad (Regla 73.1), al prohibir su transporte en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les imponga un sufrimiento físico innecesario (Regla 73.2) a cargo de la administración y en igualdad de condiciones (Regla 73.3).

Conforme a estas características peculiares de estas intromisiones creo que, en determinados casos de permanencia prolongada o reiterancia en su ejecución, aún su práctica bajo condiciones de observación y contralor médico y judicial, podrán ser motivos de recompensa punitiva que justifiquen la sustitución de la privación de libertad por medidas alternativas, o de cómputo temporal punitivo diferencial, como modo de concretar consecuencias jurídicas respecto del padecimiento más intenso que suponen.

Igualmente, determinadas personas por su pertenencia a diferentes colectivos que históricamente han sido objeto de trato diferencial o discriminatorio también han sido sometidas en el espacio de prisionización y por aquella condición, a padecimientos absolutamente extraordinarios o desmedidos.



La necesidad de protección extraordinaria emerge como un deber estatal insustituible en estos casos. En este sendero, las *Reglas Mandela* afirman que “Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias” (Regla 2.2).

Incluso, es necesario destacar que recientemente –con fecha 25 de noviembre de 2019– la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha requerido el dictado de una Opinión Consultiva sobre “Enfoques diferenciados en Materia de Personas Privadas de Libertad” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos del artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En concreto se pide que la Corte realice una interpretación conjunta de varias normas interamericanas sobre las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad a fin de enfrentar la situación de desigualdad real de grupos en situación especial de riesgo.

Se afirma en la petición que existen grupos que son sometidos a una discriminación y exclusión histórica –debido a distintos motivos, tales como la edad, sexo, género, etnia, orientación sexual, e identidad y expresión de género– que les impide ejercer sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas. Por esa razón se afirma que padecen un riesgo mayor de ser víctima de impactos diferenciados perjudiciales de normas o prácticas que, aunque tengan apariencia neutral y no tengan intención discriminatoria, sí lo son por sus efectos<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> Se cita a la Corte I.D.H. en su uso del concepto de *discriminación indirecta e impacto diferenciado*: “... El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la

En particular, se alude a (i) mujeres embarazadas, en período posparto y lactantes; (ii) personas L.G.T.B., (iii) indígenas, (iv) mayores y (v) niños y niñas que viven con sus madres en prisión, por el impacto desproporcionado ocasionado por la falta de protección diferenciada. Se consideran igualmente en situación de riesgo al grupo de (vi) mujeres privadas de libertad en general, y a las (vii) personas con discapacidad, colectivos sobre los cuales, sin embargo, la Corte I.D.H. ya ha fijado estándares en casos como “Penal Castro Castro vs. Perú”, y “Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala”, respectivamente; o a los (viii) adolescentes sobre los que tendrá oportunidad de fijarlo en un caso en trámite: “José Gregorio Abarullo y otros vs. Venezuela”.

En ese sentido, se requiere que, a fin que los Estados cumplan con su deber especial de protección de las personas bajo su custodia –y en particular, que garanticen el principio de igualdad y no discriminación–, se adopten medidas que respondan a un enfoque diferenciado que considere esas condiciones de vulnerabilidad particulares y los factores que pueden incrementar el riesgo de actos de violencia y discriminación en contextos de encarcelamiento para aquellas categorías, tomando en consideración asimismo la frecuente interseccionalidad de los factores aludidos<sup>73</sup>.

Ello ha llevado incluso a la consagración de reglas específicas como, por ejemplo, las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* (resolución 45/113, anexo), o las *Reglas de las*

---

Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de discriminación directa. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas...” (caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica”, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, n° 257, párr. 286, citando caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, Sentencia del 24 de octubre de 2012, Serie C, n° 251, párr. 234).

<sup>73</sup> Sobre el origen y alcance de este concepto, Crenshaw, Kimberlé W., “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review*, 43 (6), 1991, pp. 1241-1299. Su aplicación al análisis de un caso en el contexto local en Magliano, M.J. - Ferreccio, V., “Interseccionalidades que condenan: gestos coloniales en el sistema judicial argentino”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, n° 13, octubre, 2017, pp. 112-127.

*Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok)* (resolución 65/229, anexo)<sup>74</sup>.

Estos padecimientos especialmente intensos que derivan de estos contextos o subjetividades y que consolidan una disparidad notoria en la experiencia carcelaria merecen en forma imprescindible una consideración teórica puntual para alimentar las soluciones normativas necesarias a los problemas más riesgosos en términos de afectaciones a derechos humanos. Nuevamente, además de las medidas de protección intrainstitucional, consecuencias jurídicas en términos de sustitución o reparación punitiva adecuadas a las normas nacionales (artículo 10 del Código Penal o institutos de las leyes de ejecución penal) se adecuan al principio de reparación exigible en materia de violación a derechos humanos en el ámbito interamericano.

## **VII. Demandas de las víctimas y garantía real de participación y del derecho a ser oídas**

Finalmente –de modo muy breve para un tema que exige un estudio más pormenorizado– sostener de acuerdo con una tendencia que se viene imponiendo con fuerza arrolladora en distintos contextos nacionales, es

<sup>74</sup> El Principio X de la Res. 1/08 entre las referencias al derecho a la salud estipula reglas específicas para las *mujeres y las niñas privadas de libertad* quienes “tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad. En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz. Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez”.

necesario consolidar un debate teórico profundo desde el derecho penal de fondo respecto del rol y la intervención de las víctimas en el sistema penal en general y en la etapa de ejecución penal, en particular. Un debate que, por el momento, parece haber quedado anclado entre dos posiciones igualmente improductivas, que resulta imprescindible superar.

Por un lado, la tradicional postura expropiatoria del conflicto penal<sup>75</sup> cada vez más debilitada que, con centralidad en las finalidades punitivo estatales<sup>76</sup>, pretende resistir a esta tendencia al “renacimiento de la víctima”<sup>77</sup> y persistir en la restricción de toda intervención en el proceso de gestión del conflicto de uno de sus protagonistas, acorde con el agotamiento de la etapa de enjuiciamiento propiamente dicha según las formalidades derivadas de la división convencional en distintas fases del procedimiento penal. La ausencia de reflexión teórica profunda, sistemática y consistente ha dejado espacio abierto al arrebató de la dinámica empírica de las político-criminales.

En efecto, por otro lado, las tendencias demagógicas –o de punitivismo penal– que amparadas en discursos punitivistas grandilocuentes y altisonantes, al reexpropiar simbólicamente el conflicto a las víctimas<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Maier, J., “La víctima y el sistema penal”, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 183-249; Christie, N., “Los conflictos como pertenencia”, en Maier, J. (ed.), *De los delitos y de las víctimas*, ob. cit., pp. 157-182.

<sup>76</sup> Por un lado, desde el punto de vista estatal porque en la idea de una ejecución penal orientada a la resocialización de la persona privada de libertad encabezada con equipos técnico-criminológicos oficiales no cuadra la intervención de la víctima. Por otro, porque como expresa Alderete Lobo, R., (“Reforma de la ley 24.600. El fin del derecho de ejecución penal en la Argentina”, en Ledesma, A. (dir.), *El debido proceso penal*, tomo n° 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2017): “... la ejecución de la pena presupone que con la imposición de esta, el particular damnificado ya ha logrado uno de los propósitos centrales que atañen a su intervención: obtener la condena del imputado...” (cfr. Bertolino, 1998, pp. 109-110)...

<sup>77</sup> Hassemmer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984; Eser, A., “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en AA.VV., *De los delitos y las víctimas*, ob. cit., 1992, pp. 15-52.

<sup>78</sup> Bombini, G., “La centralidad del emblema de la víctima en el escenario político-criminal reciente: Reconfiguración simbólica y reexpropiación del conflicto”, en *Política criminal: problemas, tensiones y debates actuales*, Ed. Suarez, Mar del Plata, 2014, pp. 53-66.

—a favor de intereses ideológicos, económicos o políticos propios o corporativos— delimitan sesgada y prioritariamente las fronteras de su intervención al momento de la posible externación judicial de una persona como procesada o penada, en una lógica de suma cero<sup>79</sup> que poco tiene que ver con el derecho a ser oído consagrado constitucionalmente<sup>80</sup>.

La prescindencia de estas posturas inconducentes<sup>81</sup> aparece como el eje de una política seria y racional de participación amplia de quienes resultan involucrados en conflictos que el Estado ha decidido gestionar por sí al encasillarlos como delictivos, y al centrarse en oír con atención sus reales demandas que, una vez despojadas de las mediatizaciones interesadas de actores externos, suelen atender legítimas expectativas de protección, restauración o reparación como modos de satisfacción genuino y perdurable acorde con los tipos, niveles y gravedad de conflictividad y victimización<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Sobre la lógica de suma cero, ver Garland, D., *La cultura del control del delito*, Gedisa, Barcelona, 2005.

<sup>80</sup> En alusión al debilitamiento de las formas jurídicas a partir de la instrumentalización del dolor de las víctimas ver Albrecht, P., “La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal”, en AA.VV., *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, Grijley, Lima, 2006, pp. 58 siguientes.

<sup>81</sup> Señala Alderete Lobo que la doctrina paulatinamente fue reconociendo algún tipo de participación de la víctima en la etapa de ejecución penal: “... Cesano, al analizar la limitación del art. 81 del CPP Buenos Aires, opinaba que la exclusión terminante del particular damnificado en los incidentes de ejecución puede en algunos casos conspirar contra otras disposiciones que se adhieren a un modelo de justicia reparatoria (2001, 19 y ss.). Por su parte, Salt planteó la necesidad de prever algún tipo de participación de la víctima, ya sea como sujeto procesal con facultades amplias o como sujeto que debe ser escuchado y atendido por los jueces, sugiriendo, incluso, que la evolución normativa y jurisprudencial supranacional indica que su exclusión puede devenir inconstitucional (Salt 2005, 449 y ss.)...” (2017, ob. cit.).

<sup>82</sup> Al respecto, ver Binder, A., *Derecho Procesal Penal*, tomo IV, *Teoría del proceso compositivo. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018. En ese sentido, Alderete Lobo destaca que “... Hubiese sido razonable que el legislador se ocupe, seriamente, de fijar el alcance específico de la intervención de la víctima para demostrar que ello se dirigía a

La gestión judicial de la criminalidad del poder sea *estatal, económico o patriarcal*, aunque en general aparezcan interimplicados, exige una atención particular no solo por la positivización de derechos humanos fundamentales para la protección de las víctimas en diversas convenciones internacionales (Convención contra la Tortura, Convención contra la Trata de Personas, Convención de Belem do Para, etcétera), sino para la búsqueda de un equilibrio que apunte al interés real de quienes padecen sus manifestaciones actuales y no caer en las trampas del poder punitivo<sup>83</sup> siempre presto para la reapropiación de los conflictos y la cosificación de sus protagonistas.

En cualquier caso, fuera de los casos de gravedad antedichos cuya consideración atenta e integral es igualmente necesaria, la reintroducción entre plurales finalidades más allá de lo punitivo, de las de protección, restauración o reparación en diversas formas o modalidades<sup>84</sup> resulta un adecuado encuadre de las exigencias convencionales sobre las que resulta imprescindible que el derecho penal elabore sus categorizaciones, interpretaciones y consecuencias. Este eje de tensiones y disputas político-criminales contemporáneas, exige perentoriamente la ocupación por un discurso jurídico-penal que, por el momento, ha dejado un espacio de vacancias que viene siendo colonizado por actitudes punitivistas forjadas al calor de intereses comunicacionales y electoralistas.

---

garantizar su representación en miras a su efectiva protección y que su inclusión no resulta una mera medida formal, simplemente demagógica. En este sentido, hubiese sido también conveniente que la ley enumere un catálogo no taxativo de medidas de protección de las que el juez pueda echar mano..." (ob. cit.).

<sup>83</sup> Birgin, H. (coord.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

<sup>84</sup> El sentido expresivo de este tipo de respuestas, especialmente en términos de satisfacción a la víctima ha sido sugerido por diversos autores. Por ejemplo, Hörnle admite que, aunque los intereses legítimos de las víctimas no pueden estar ajenos a ningún criterio de legitimación de la pena, ello no implica que puedan verse satisfechos adecuadamente a través de la reparación como la imposición de un mal suficiente en su respuesta (Hörnle, T., "Distribution of punishment: the role of a victim's perspective", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 1, 1999).

## VIII. Tiempos de acuerdos para la superación del déficit teórico y las ausencias: hacia un derecho penal humanista

La superación del *déficit teórico* y de las *ausencias* del derecho penal todavía exige de un largo recorrido para las ciencias jurídico-penales, y como se adelantó de un serio replanteamiento en las distintas dimensiones éticas, políticas y epistemológicas.

Un primer paso inicial fundamental desde esa triple dimensión resulta el propio reconocimiento del déficit y de la necesidad de su superación.

Un segundo peldaño requiere de digerir –en un difícil terreno colonizado por la tradición dogmática proveniente de países del Norte Global– la necesidad del enfoque pluridisciplinar e integral para la construcción de un tipo de argumentación jurídica con vocación de intervención racional en los aspectos más complejos de dura realidad carcelaria. En ese sentido, es perentorio un enfoque acorde a las particularidades de los contextos geopolíticos y sociohistóricos en los que las normas son aplicables, en nuestro espacio regional latinoamericano, como se anunció una mirada desde el Sur Global.

Finalmente, surge como imperativo la aspiración a la transformación de esa realidad en clave iushumanista, en la cual el principio de dignidad sea proyectado en toda su dimensión hacia los distintos focos conflictuales de unas formas de prisionización masiva y violenta.

Hoy, más allá de tendencias político-criminales contrarias o dispares, parece plantearse en el campo académico un escenario de convergencias que aglutinaría a autores de diversa tradición en un vocabulario simbólicamente representativo, que evoca principios jurídico-constitucionales con la misión de contener el poder punitivo<sup>85</sup>, mitigar el dolor<sup>86</sup> o reducir los daños del encarcelamiento<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Zaffaroni, E.R. et. al., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit; Zaffaroni, E. R., *Penas ilícitas...*, ob. cit.

<sup>86</sup> Silva Sanchez, J.M., *Malum Passionis. Mitigar el dolor*, Barcelona, Atelier, 2018.

<sup>87</sup> Rivera Beiras, I., *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, ob. cit.

Pueden ser oportunidades para fijar acuerdos jurídicos conceptuales básicos que afiancen un sistema de derecho penal que intente superar su déficit teórico y ser eficaz en el resguardo de los derechos humanos de las personas privadas de libertad; y multiplicar los estudios en esa dirección: *esa es la tarea.*



# DERECHO PENAL Y PANDEMIA MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD

*Por Lara Leguizamón<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

Los problemas estructurales que padecen las personas privadas de libertad en nuestro país son anteriores a la pandemia generada por el avance del Covid-19 y la Declaración de Emergencia Sanitaria dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional<sup>2</sup>. Ya en el año 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, dispuso la Declaración de Emergencia Penitenciaria por el término de tres (3) años, al reconocer la sobrepoblación carcelaria y el estado en que se halla el Servicio Penitenciario Federal<sup>3</sup>.

En este contexto, en el orden internacional, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) y el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (C.P.T.) recomendaron a los Estados miembros la adopción de alternativas a la privación de la libertad para paliar los efectos que el virus podría causar en la prisión al concluir que “de lo contrario, uno de los colectivos que más sufrirá las consecuencias de esta pandemia serán quienes se encuentren dentro de prisión”. El Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura emitió recomendaciones sobre las acciones que podrían realizar los gobiernos y los órganos de monitoreo independientes para proteger a este grupo

<sup>1</sup> Profesora adjunta de Derecho Penal de la Universidad Nacional del Nordeste. Tesorera de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

<sup>2</sup> Decretos n° 260/2020 del 12/03/2020, n° 287/2020 del 17/03/2020, 297/2020 del 19/03/2020 y sus modificatorios.

<sup>3</sup> Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019.

particularmente vulnerable<sup>4</sup>; la Comisión I.D.H. recordó que “el cúmulo de afectaciones derivadas del encierro previo a juicio impactan de forma mucho más intensa a personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad”<sup>5</sup>; la Corte I.D.H. al sostener “se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”<sup>6</sup>.

En el orden nacional, pueden destacarse la Acordada 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>7</sup>; el mensaje del juez Hornos –quien preside el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles– dirigido al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación<sup>8</sup>; tanto la Comisión Nacional Para la Prevención de la Tortura; como el C.E.L.S., la Procuración Penitenciaria, la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación– afirmaron que la población encarcelada es uno de los sectores que mayor riesgo afronta, y que si el virus ingresa a las unidades, su control será prácticamente imposible.

Este cuadro de aislamiento, que es un contexto histórico único de incertidumbre, hizo que muchos de los problemas del encierro se agudicen y visibilicen. Resulta difícil pensar en “permanecer aislados” o “mantener distancia” en las cárceles de nuestro país, cuando hay personas alojadas en condiciones de sobrepoblación y hacinamiento; o en cumplir las medidas de higiene recomendadas, cuando hay unidades con dificultades para acceder al agua potable o lugares de detención, en los que parte

<sup>4</sup> Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020>

<sup>5</sup> C.I.D.H., *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2017.

<sup>6</sup> Declaración “Covid-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, del 14 de abril de 2020.

<sup>7</sup> Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-delaCámaraFederal-de-Casación-Penal.html>

<sup>8</sup> Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-32992-El-Sistema-Interinstitucional-de-Control-de-C-rceles-manifiesta-su-preocupación-por-la-situación-en-la-que-encuentran-las-cárceles-federales.html>

de los elementos de higiene, limpieza, alimentos o medicamentos son provistos por familiares y la población no recibe visitas de modo regular.

## II. Impacto diferencial de la privación de libertad en las mujeres

Sin dudas, para todos los privados de libertad, desde siempre, el encierro o la pena representa un mal, un dolor o castigo, pero en el caso de las mujeres, por distintas razones, el encierro conlleva un plus de sufrimiento, la angustia es mayor. En este sentido, en el caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”<sup>9</sup>, la Corte Interamericana reconoció el impacto diferencial de la privación de libertad: “en las mujeres el encierro adquiere una dimensión propia que lo convierte en una experiencia más severa que la vivenciada por los varones”.

Por primera vez un Tribunal Interamericano de Derechos Humanos trató un caso sobre población penal femenina (violencia sexual en contexto de encierro) y estableció estándares vinculantes importantes en relación con los derechos de las mujeres prisioneras en la región, al señalar que las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (C.E.D.A.W.), eran relevantes como pautas interpretativas para la construcción e interpretación de las normas contenidas en la Convención Americana, y subrayó “que estos instrumentos complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres”.

Nos referimos a la situación de todas las mujeres, con especial preocupación respecto a quienes son madres, gestantes, extranjeras, migrantes, pertenecientes a pueblos originarios o al colectivo L.G.T.B.I.

Probablemente en parte, la desatención a la situación de las mujeres se deba a que el encarcelamiento de varones es proporcionalmente mayor.

<sup>9</sup> Corte I.D.H., Caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, nº 160.

Sin embargo, en los últimos años la privación de libertad de las mujeres ha crecido a un ritmo exponencial, más acelerado que la de los hombres. Globalmente, la detención de mujeres aumentó en un veintiún por ciento (21 %) mientras que en los varones el crecimiento fue del once por ciento (11 %). Según las estadísticas disponibles publicadas en el último informe anual presentado por la Procuración Penitenciaria de la Nación (P.P.N.)<sup>10</sup>, en nuestro país, las mujeres privadas de libertad representan aproximadamente entre el 5 % y el 8 % de la población penal total. En su mayoría son encerradas por infracción a la ley de estupefacientes, ley 23.737, seguido del delito de robo o tentativa de robo.

La mayor parte de la población femenina en cárceles se encuentra acusada de delitos de supervivencia, como una manera de enfrentar la pobreza, por comercialización o distribución de drogas a pequeña escala o por transportarlas. No pertenecen a los altos mandos o eslabones importantes de la organización y se encuentran en una situación de mayor riesgo o exposición, al ser principalmente seleccionadas como elementos fungibles, en función de sus necesidades socioeconómicas.

A ello, se suma que en nuestro país los procesos de criminalización y persecución en materia de drogas se centran en los eslabones más débiles de la cadena de tráfico, los que provienen de sectores marginales o pertenecen a grupos de alta vulnerabilidad. Esto se evidencia en el contenido de los informes sociales ambientales realizados en el proceso y en la privación de libertad de mujeres y personas extranjeras. Este incremento en la detención de mujeres por delitos vinculados con el microtráfico de drogas no es casual. En muchos casos se trata de una actividad que les permite seguir desempeñando los roles de madre, esposa, abuela y dueña de casa, ya que para ello no están obligadas a desplazarse fuera de su vivienda, y pueden mantener la atención sobre las labores domésticas y la crianza de sus hijos o nietos<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina en *Informe Anual 2019*, disponible en: [www.ppn.gov.ar](http://www.ppn.gov.ar)

<sup>11</sup> Protocolo para la Atención a Mujeres Privadas de Libertad en Nicaragua. Defensoría Pública de Nicaragua. Documento de Política n° 33. Disponible en: <https://www.poderjudicial.gob.ni/defensoria/pdf/2020-10-16-02.pdf>

Según el citado informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación, el ochenta y cinco por ciento (85 %) de estas mujeres son jefas de familias monoparentales y tienen a su cargo menores de edad; son madres y jefas de hogar con una edad promedio de treinta y siete (37) años.

Desde la Defensa Pública de la que formo parte, se entrena a los operadores para que, en la asistencia a mujeres privadas de libertad, desde el primer contacto, prestemos especial atención para advertir si de algún modo los condicionamientos de género llevaron a la mujer al delito. Analizar los hechos en función del contexto, su historia de vida, si fue víctima de violencia de género o doméstica, valorar sus responsabilidades de cuidado, las consecuencias o el impacto que el encarcelamiento tendría en su vida y en la de sus hijos, considerar si el informe social ambiental es un verdadero reflejo de su historia o si es necesario solicitar la elaboración de otro y sobre qué datos fácticos es necesario trabajar<sup>12</sup>.

Al asistir a mujeres, vemos que sufren en mayor medida las consecuencias negativas del encarcelamiento, para compensar este plus de sufrimiento, no es suficiente que reciban el mismo trato que los hombres, sino que es necesario adecuar el sistema y las prácticas administrativas y judiciales a sus necesidades específicas. Esta necesidad de equiparar asimetrías deriva de la noción de igualdad que recepta el sistema interamericano, que va más allá del concepto puramente formal y avanza hacia un concepto de *igualdad material o estructural*, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de “trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo

<sup>12</sup> De acuerdo con lo relevado por el *Consortio Internacional sobre Políticas de Drogas*, las relaciones de género son uno de los elementos causales de cómo y por qué las mujeres cometen delitos de drogas. En tal sentido, sus informes dan cuenta de que las mujeres que suelen involucrarse en estos actos ilícitos a partir de sus relaciones familiares o sentimentales, ya sea como novias, esposas, madres e hijas, y en cumplimiento de los roles asignados por relaciones de género marcadas por una asimetría entre hombres y mujeres. Véase Carrera, María Lina, “Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas”, *Estudios sobre jurisprudencia*, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, 2019.

desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”<sup>13</sup>.

En el caso de mujeres y colectivos vulnerables, la reiteración de prácticas rutinarias y la aplicación estandarizada de textos legales puede ser ineficaz y limitante de derechos; normativa aparentemente neutral puede tener un impacto dispar, especialmente cuando su intervención en un ilícito estuvo condicionada por su condición de extrema vulnerabilidad o por ser víctima de violencia de género.

Este impacto diferencial es transversal en todo el proceso, en los actos iniciales, durante el encierro y aún después del egreso, pues en la mayoría de los casos la estigmatización es mayor y la asistencia postpenitenciaria es nula.

En el caso de las mujeres, la desigualdad se manifiesta en el trato diferenciado que reciben desde el primer contacto con el sistema penal, situación que tiene como punto de partida ideas estereotipadas o preconcebidas respecto al rol de la mujer, posiblemente ancladas en el pensamiento que “la mujer es la base de la familia” y “la familia es la base de la sociedad”. Se espera que seamos “buenas hijas”, “buenas parejas”, “buenas madres” y “buenas ciudadanas” y, desde ese rol que se nos asigna, el trato hacia las mujeres en conflicto con la ley penal es más riguroso. El reproche hacia las mujeres es mayor, además de la condena del proceso, reciben la condena moral, social, familiar e incluso después de recuperar la libertad (aun siendo sobreesidas o absueltas), la marca o el estigma del proceso es también más profunda.

Este trato desigual que evidencia la preminencia de estereotipos de género discriminatorios fue destacado en el mencionado caso “Penal Castro Castro vs. Perú”, el reproche tiene que ver con lo que se espera de ellas: Dichas mujeres eran vistas como transgresoras del rol que la sociedad le asigna a la mujer (como portadoras de mayor maldad, se les

<sup>13</sup> C.I.D.H., *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007. Ver *Boletín de Jurisprudencia. Igualdad y no discriminación en casos de género*, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, agosto, 2020.

adjudica una transgresión adicional) la personificación de lo opuesto a lo que era concebido como “femenino”.

### **III. Durante el proceso**

Señalamos que principalmente las mujeres son detenidas por infracción a la ley 23.737, durante estos procesos se advierten casos en los que la prueba del dolo es “más liviana” o parece tener componentes propios y diferenciados, al advertirse en procesamientos o confirmaciones de procesamientos una especie de “dolo femenino” que es una verdadera presunción de dolo, al ser frecuentes afirmaciones tales como: “no sería ajena al hecho”, “seguramente sabía”, “debió saber”, “no podía desconocer”, cuando sabido es que el conocimiento exigido para la configuración del dolo es un conocimiento “real, actual y efectivo”. En muchos casos, no se analiza la real intervención de las mujeres imputadas ni se abordan alternativas de defensa que, al considerar su situación concreta, podrían colocarlas en una mejor posición. Casos de mujeres que van de acompañantes o están presentes en el domicilio allanado son resueltos como supuestos de coautoría, sin más elementos, al descartarse de plano una posible falta de mérito por ausencia de dolo, causa de justificación o exculpación o una posible participación secundaria.

### **IV. En la ejecución de la privación de libertad**

A lo expuesto debe sumarse que los centros de detención no fueron concebidos o pensados desde sus inicios para alojar a mujeres, sino que han sido diseñados y construidos pensando en el hombre y adaptados sobre la marcha. Las normas, prácticas y costumbres son pensadas y elaboradas por hombres y para hombres. El modelo de administración se centra en el prisionero varón, como si sus necesidades fueran universales, al desatender las necesidades específicas de las mujeres.

En el ámbito del Servicio Penitenciario Federal (S.P.F.) existen menos unidades para mujeres, por lo que muchas veces son alojadas en comisarías, escuadrones o dependencias administrativas de las fuerzas de

prevención, cuestión que afecta la ejecución del encierro y la posibilidad de obtener beneficios en la progresividad de la pena, lo que coloca a las mujeres en total desventaja respecto a los varones, cuya privación de libertad se ejecuta en complejos penitenciarios, dado que estos pueden acceder a tareas laborales, realizar estudios o cursos de perfeccionamiento, que en definitiva no solo coadyuvan a su formación personal, sino que también significan un beneficio o avance específico en el sistema de premios y castigos que plantea la ley 24.660.

Debe destacarse que la Relatoría de las Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ocasión de la visita realizada a la provincia de Buenos Aires en el año 2010, señaló que “las comisarías de policía son centros concebidos para detenciones transitorias que no cuentan con la infraestructura ni los servicios básicos para asegurar condiciones dignas de detención”<sup>14</sup>.

En la práctica, estos establecimientos, concebidos como lugares de tránsito o alojamiento provisorio, se convierten en espacios en los que se ejecuta o se cumple principalmente la privación de libertad, al margen de la ley 24.660.

Por otro lado, la falta de unidades penitenciarias para mujeres hace que en algunos casos sean alojadas en lugares distantes al domicilio familiar, lo que provoca un quiebre en la relación familiar, lo que afecta el fin resocializador de la pena, el principio de intrascendencia de la pena a terceros (artículos 5.6 y 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, C.A.D.H.), así como el derecho a recibir visitas y no ser separadas injustificadamente de su familias<sup>15</sup>.

La arquitectura penitenciaria es hostil y si a esto le sumamos práctica de requisas humillantes, esto desalienta las visitas y afecta la

<sup>14</sup> Expresión reiterada en las MC 495/14 y 37/15, como en el comunicado de la C.I.D.H. del año 2017.

<sup>15</sup> En noviembre de 2019 en el caso “Néstor Rolando López y otros vs Argentina” (caso 12.804), la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que la política de traslados de personas presas entre cárceles en Argentina vulnera derechos humanos.



resocialización<sup>16</sup>. Esto plantea la necesidad de construir centros de alojamiento reducidos, cercanos al lugar de residencia o domicilio de las mujeres detenidas, adaptados a su situación, en que los espacios para la ejecución y las visitas sean adecuados.

Está comprobado que las mujeres detenidas son abandonadas en mayor medida por sus familias o pareja y que reciben menos visitas que los varones. Las cárceles de hombres tienen largas filas en las que las madres, familia o pareja aguardan para ingresar, lo que no se refleja en los espacios destinados a mujeres. La organización de un régimen de visitas acorde y respetuoso es fundamental<sup>17</sup>.

En lo edilicio, la falta de consideración de la realidad de las mujeres durante la privación de libertad se evidencia en las condiciones de detención impuestas en dependencias administrativas que no forman parte del S.P.F., alojadas en espacios adaptados sobre la marcha, oficinas que improvisadamente y con buena voluntad se convierten en habitaciones y, por lo tanto, en ocasiones, sin sanitarios, lo que hace que tengan que pedir autorización o dar aviso para poder ocuparlo.

Se denuncian falencias en la atención médica y sanitaria, falta de personal especializado, ausencia de privacidad en las consultas, no realización de chequeos rutinarios, falta de provisión de elementos de higiene y de vestimenta adecuada a mujeres en estado gestacional, sin considerar la biología femenina. Como práctica más gravosa puede

<sup>16</sup> En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 38/96, caso "X e Y vs. Argentina" del 15 de octubre de 1996, dictaminó que nuestro país había desconocido el derecho a la intimidad de las denunciadas, al someter a una mujer y a su hija de 13 años a revisiones vaginales (Corte Suprema de la Nación, caso "Arena", Fallos: 312:2218).

<sup>17</sup> "Las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico". Cfr. Corte I.D.H., caso "Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile", párr. 407.

mencionarse la presencia constante del personal penitenciario en un rol de vigilancia exacerbado, que se extiende en algunas unidades hasta el momento mismo del parto. Da cuenta de ello el informe interinstitucional realizado por la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Defensoría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, *Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de libertad*, publicado en marzo de 2019.

En comparación con los varones, también es desigual la oferta educativa. Mientras que los privados de libertad tienen acceso a centros universitarios intramuros donde obtienen títulos de grado; las mujeres apenas acceden a cursar algunas materias del Ciclo Básico Común (C.B.C.) y alguna carrera terciaria. Esta deficiencia en la oferta educativa, recreativa y laboral genera dificultades en el acceso al régimen de progresividad de ley 24.660, a lo que se agrega que los talleres existentes se centran en tareas manuales: limpieza, maquillaje, peluquería, tejido, costura o cocina, que en algunos casos se limita al copiado de recetas por falta de insumos. Estas actividades, que deberían ser pensadas como herramientas para la reinserción y preparar a las personas para su egreso, refuerzan el rol tradicional de las mujeres en la sociedad y carecen de mayor utilidad. Si bien la mejor herramienta para el cambio es la educación, esto genera bajo impacto en las posibilidades futuras de reinserción laboral de quienes egresan de la prisión, a lo que debemos sumar que, si están privadas por muchos años, los talleres se repiten. La película francesa *Las invisibles* (2018) refleja la importancia de la preparación y el acompañamiento en el egreso y reinserción social.

Un análisis normativo de la ley 24.660 nos demuestra que solo dedica unos pocos artículos a regular el tratamiento penitenciario de las mujeres. Esto sin pasar por alto, que es una ley sancionada en el año 1996 que debe ser readecuada, pues además de carecer de perspectiva de género, tampoco contempla en toda su dimensión el interés superior del niño, ni contiene disposiciones referidas a colectivos vulnerables, personas

L.G.T.B.I., de nacionalidad extranjera, discapacitadas, pertenecientes a pueblos originarios o adultos mayores<sup>18</sup>.

La ley vigente solo contiene reglas elementales referidas a la necesidad de alojar separadamente a hombres y mujeres, que la custodia de mujeres esté exclusivamente a cargo de personal femenino, así como referencias a las mujeres en su función reproductora, omitiendo incluir cualquier consideración sobre la obligatoriedad de proveer elementos de higiene femeninos o de brindarles atención médica especializada que respete y contemple sus necesidades y diferencias físicas y biológicas.

En lo concerniente a la salud reproductiva, en el citado caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” la representante de las víctimas señaló la relevancia de la Recomendación General 24 del Comité de la C.E.D.A.W., en la que se reafirma que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención (párr. 1) y que es discriminatorio que un Estado parte se rehúse a proveer ciertos servicios reproductivos para la mujer (párr. 11). Dicho comentario también indica que los Estados partes deben considerar “factores biológicos” que difieren en la mujer en comparación con los hombres, tales como el ciclo menstrual, la función reproductiva y la menopausia (párr. 12). Se destacó que las condiciones insanas para mujeres en período de menstruación, tanto como los riesgos a la salud para mujeres lactantes y embarazadas, pueden constituir violaciones a los derechos de la mujer.

Otra cuestión es que si bien el artículo 32 de la ley 24.660 contempla la situación de la mujer embarazada o madre de un niño menor de cinco (5) años a los fines de la concesión de la detención domiciliaria, lo cierto es que muchos tribunales consideran a la edad de cinco (5) años como dato o factor limitante, cuando esa edad debería ser elevada o la norma interpretada según el caso concreto, conforme al interés superior del niño. ¿Qué nos hace pensar que un niño de seis (6) u ocho (8) años no necesita a su madre de igual modo que el niño de cinco (5)?

<sup>18</sup> En este aspecto merece destacarse el Proyecto de Ley de Ejecución Penal modelo para América Latina que propone Rubén Alderete Lobo.

En la práctica, algunos jueces omiten aplicar el C.P.P.F. y agregan a la ley 24.660 exigencias que no contiene, al valorar negativamente y con escasos datos los informes sociales ambientales, al fallar o resolver desde sus despachos que “no son buenas madres”, sin considerar sus historias de vida; jueces que exigen que el menor esté “en situación de abandono o desamparo” y niegan la detención domiciliaria si el niño está a cargo de la abuela u otro familiar. Todas estas decisiones vulneran el principio de legalidad por incorporar exigencias que la ley no contiene, por exigir más allá de la ley y por no valorar el contexto ni la situación personal o familiar de quienes lo solicitan.

Para contrarrestar estas cuestiones, debemos considerar además de la normativa convencional específica que regula la situación de la mujer, la implementación en todo el territorio nacional de los artículos 14, 17, 210, 221 y 222 del Nuevo Código Procesal Penal Federal, que dispone pautas más concretas a los fines de la presunción de la existencia de riesgo procesal y establece un catálogo de medidas de coerción alternativas a la detención preventiva, esto posibilita reeditar solicitudes de libertad en todos los casos, al ampliar el abanico de planteos a la hora de solicitar morigeraciones a la prisión preventiva, por ejemplo, a través de peticiones de detención domiciliaria (inc. J del artículo 210 del Código Procesal Penal Federal), más allá de los supuestos de los artículos 10 del Código Penal y 32 de la ley 24.660.

De este modo, el C.P.P.F. contempla penas alternativas al encierro carcelario, en desconexión con la ley 24.660 y sus limitaciones o exigencias, lo que amplía los supuestos de concesiones<sup>19</sup>.

Más allá de estas restricciones señaladas, en mayoría de los casos en los que son otorgadas detenciones domiciliarias, las mujeres quedan sin asistencia o en situación de abandono, sin ingresos o ayuda. Sin autorizaciones

<sup>19</sup> En tal sentido, se entiende que “el arresto domiciliario previsto en el inc. J (art. 210 CCPF) no limita su aplicación en función de la edad del imputado, su estado de salud, preñez o condición de madres de menores de cinco años o discapacitados, como lo hacen los arts. 10 del C.P. y 23 de la ley 24.660 (...) Presenta, un ámbito más amplio de aplicación” (Roberto R. Daray, *Código Procesal Penal Federal*, t. II, Hammurabi, 2019, p. 103).

o permisos para ir a trabajar o poder llevar a sus hijos a la escuela, aun cuando quede a cuerdas de su domicilio o tengan pulseras de monitoreo electrónico. En este contexto, es difícil pensar que puedan darse a la fuga o que exista riesgo procesal, cuando la realidad es que carecen de recursos y no van a abandonar a sus hijos. En algunos casos, frente a solicitudes de autorizaciones de salidas de este tipo, se imponen cauciones de imposible cumplimiento, lo que en definitiva representa una negación encubierta.

A su vez, los riesgos procesales durante la sustanciación del proceso muchas veces son mínimos debido a las características socioeconómicas que presentan y a las responsabilidades de cuidado a su cargo, por lo que la prisión preventiva puede evitarse neutralizando los peligros de fuga y/o entorpecimiento en la investigación, a través de mecanismos alternativos menos lesivos.

Estas cuestiones no deben ser pasadas por alto, pues la privación de libertad de las mujeres madres afecta a la familia de un modo más intenso. Cuando las mujeres tienen hijos las sanciones trascienden, la privación de libertad de la madre repercute en mayor medida en la dinámica familiar, al alterar la cotidianeidad, es frecuente la separación de las familias, que los menores se muden u opten por convivir con otros familiares cercanos, o incluso, en hogares o instituciones estatales o deban cambiarse de colegio o abandonarlo.

La situación expuesta es consecuencia de la existencia de patrones estereotipados en función del género, imperantes en la sociedad, que reservan a las mujeres mayores responsabilidades de cuidado y el rol de ser las responsables primarias de la crianza de los hijos, por ello la ausencia de la madre en la casa afecta notablemente toda la dinámica familiar. Cuando el varón es encarcelado, los hijos quedan bajo el cuidado de la madre, en tanto que cuando quien va a prisión es la madre, los niños no quedan en general bajo el cuidado del padre y a menudo se separan, con el consecuente desarraigo del grupo familiar. Se menciona en el informe de la P.P.N. que la mayoría de los varones detenidos señalan que sus hijos se encuentran a cargo de sus madres (84 %), mientras que menos de un quinto de las mujeres detenidas indicó que los padres de sus hijos son los responsables de su cuidado (19 %).

Esta situación, así como las falencias u omisiones de la ley de ejecución, tienen que ser superadas mediante la aplicación de las medidas alternativas contempladas en el C.P.P.F. y analizadas y peticionadas considerando la normativa superior convencional, así como las recomendaciones especiales que existen respecto a las mujeres, las *Reglas de Bangkok*, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (C.E.D.A.W.) y las 100 *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad*.

El último informe anual de la P.P.N., mencionado inicialmente, indica que paralelamente a este mayor encarcelamiento de mujeres hay datos negativos que inciden en su prisionización. Concretamente, en el ámbito federal un cincuenta y cinco por ciento (55 %) de las personas privadas de libertad lo está en calidad de procesadas sin condena, personas que según la Constitución Nacional se presumen inocentes. En el caso de las mujeres es más grave, ya que las procesadas llegan al sesenta y ocho por ciento (68 %).

Según el informe, a diferencia de lo ocurrido con los varones (cuyas salidas o egresos crece de forma relativamente paralela a su criminalización) se ha incrementado de forma alarmante el encarcelamiento de mujeres al tiempo que su salida o egreso de la prisión se ha visto sensiblemente reducida. En el caso de los varones se registra un tercio más de egresos que los concretados en 2017, mientras sucede lo opuesto respecto a las mujeres, cuyas salidas de la prisión se redujeron en un treinta y cinco por ciento (35 %).

La considerable reducción de los egresos de mujeres durante el año 2018 se refleja en una disminución generalizada por todos los motivos, a excepción de las expulsiones de mujeres extranjeras condenadas y la concesión de prisión domiciliaria, que serían los únicos dos motivos en donde la relación entre varones y mujeres se acerca, acortándose la diferencia de casos.

El contexto actual es preocupante e impone como desafío la necesidad de rever y modificar estas prácticas. Esta información pone de manifiesto el uso restrictivo de las medidas alternativas al encarcelamiento, pese a la vigencia parcial del C.P.P.F. y las dificultades de las mujeres para acceder

a los institutos progresivos, lo que también se vincula con el alojamiento en lugares fuera del Servicio Penitenciario Federal.

Es fundamental un mayor control judicial en la ejecución de la prisión preventiva o de la condena, así como un mayor compromiso en el respeto a derechos fundamentales, entendiendo que el encierro solo debe implicar la pérdida de la libertad ambulatoria, sin obstruir el goce de otros derechos.

Si bien existen excepciones, en general fiscales y jueces se perciben ajenos o extraños a todo lo que ocurre en las cárceles, como si no fuera su responsabilidad o si no fueran garantes, algunos nunca pisaron una cárcel.

Esto afecta la justicia de las decisiones y habilita la discrecionalidad absoluta de la autoridad administrativa, en la que se delega la reglamentación de las visitas y comunicaciones, los recreos o tiempos de esparcimiento, el control de la alimentación, el sistema disciplinario, los traslados, el avance en las fases de ejecución.

No solo es un compromiso y un desafío juzgar con perspectiva de género, sino garantizar también que la privación de libertad se ejecute considerando la normativa convencional y las particularidades propias de las mujeres, al entender que, en el caso, sobre todo respecto a mujeres madres, una privación de libertad de larga duración, el traslado a lugares distantes de su domicilio, una incomunicación prolongada o un régimen de requisas o visitas humillantes, genera un impacto dispar, lo que afecta la proporcionalidad, racionalidad y necesidad de la medida.

Es necesario, repensar hacia dónde vamos, redefinir los roles de los actores del sistema y debatir sobre una nueva ley de ejecución penal, que incluya a los grupos vulnerables y pensar en sensibilización y capacitación de los operadores.





---

PARTE II

**DERECHO PENAL Y GÉNERO**

---



# AUTORÍA Y ABUSO SEXUAL UN PROBLEMA DE PREJUICIOS CULTURALES CON CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS<sup>1</sup>

*Por María Virginia Duffy<sup>2</sup>*

## **I. Introducción**

En el mes de enero de 2019 una mujer denunció en las redes sociales haber sido violada por un grupo de varones en una fiesta que se realizó en una casa del balneario Playa Unión de la ciudad de Rawson, Chubut, en el mes de setiembre de 2012, cuando ella tenía dieciséis años. También reveló que, siendo los agresores hijos de familias empoderadas de Chubut, la niña víctima sufrió amenazas y persecuciones para impedir la denuncia, situación que la obligó a mudarse de ciudad.

La denuncia tomó gran repercusión y generó la movilización de grupos de mujeres.

Frente a la gravedad de los hechos denunciados el fiscal Fernando Rivarola inició una investigación de oficio, en la que fueron identificados cinco de los seis jóvenes denunciados, situación que animó a la víctima a formalizar la denuncia penal (artículo 72 inciso 1 del Código Penal). Los hombres identificados fueron imputados por el delito de “abuso sexual

<sup>1</sup> Ponencia presentada con fecha 29 de julio de 2020, en el XX Congreso de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en homenaje a Julio Maier.

<sup>2</sup> Abogada Especialista en Derecho Penal (Universidad Nacional del Litoral y Universidad Nacional de Tucumán Argentina); Docente en la Cátedra de Derecho Penal Parte General de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán; Secretaria Judicial a cargo de la Secretaría de Derechos Humanos del Juzgado Federal n° 1 de Tucumán, Argentina.

gravemente ultrajante con acceso carnal agravado por la participación de dos o más personas” (artículo 119, 2° y 4° párrafo, inciso “d” del Código Penal).

No obstante, en el mes de junio de 2020, la fiscalía acordó con las partes (víctima y defensas) dar fin al proceso mediante un juicio abreviado, cuyo acuerdo establecía que: a) los imputados admitían su responsabilidad en la comisión de “manoseos y tocamientos pero sin acceso carnal”; b) se convenía un acuerdo reparatorio confidencial; c) se calificaba la conducta de los imputados como abuso sexual simple, agravado por la participación de dos o más personas (artículo 119, 1° párrafo del C.P.), y definiéndose el abuso sexual como “accionar doloso de desahogo sexual”, y d) se acordó una pena en suspenso de tres años<sup>3</sup>.

El uso del término *desahogo sexual*, para tipificar delitos sexuales cometidos por un grupo de varones en perjuicio de una niña de dieciséis años generó reacciones inmediatas en todos los ámbitos de la sociedad desde donde se llegó a juntar más de setecientas mil firmas peticionando la destitución del fiscal actuante.

En defensa del fiscal, el Ministerio Público Fiscal de Chubut emitió un comunicado en su página web, afirmando que las “publicaciones cambiaron el sentido de los términos, que fueron sacados de contexto”.

En dicha nota aclaró que se entiende por “Desahogo sexual doloso” y afirmó que: “En palabras simples, el abuso sexual es justamente una conducta que busca el desahogo sexual del autor sabiendo que lo hace sin el consentimiento de la víctima, que va a cometer un ataque sexual, que se trata de un delito, y consciente de ello avanza sin consideración del daño que va a provocar en esta. Eso es dolo”<sup>4</sup>.

En forma concomitante, el propio Rivarola efectuó también su descargo, pero en términos diferentes al asumido por la institución.

<sup>3</sup> La información sobre el acuerdo trascendió parcialmente en diferentes medios de prensa [www.mpfchubut.com.ar](http://www.mpfchubut.com.ar), [www.elpatagonico.com](http://www.elpatagonico.com), y por la sentencia que rechazó el acuerdo.

<sup>4</sup> Soulages, Alejandro, “El Ministerio Público Fiscal trabaja para proteger a las víctimas y lograr la sanción penal de los agresores”, 3 de junio de 2020. Disponible en: [www.mpfchubut.com.ar](http://www.mpfchubut.com.ar)

Defendiendo su compromiso con la investigación, reconoció un error en las palabras elegidas, a las que refirió como “palabras arraigadas en el uso judicial, que deben ser erradicadas”, siendo consciente de “la importancia que tiene el uso de las palabras como instrumentos de cambio en la deconstrucción de estereotipos machistas”.

Su disculpa se centró en que el término “desahogo sexual” no se usó para minimizar o justificar conducta alguna sino, únicamente, para describir los delitos imputados como “acciones de cosificación de la víctima y de degradación de su dignidad, así como la voluntad del agresor de cometerlo sin el consentimiento de la víctima”<sup>5</sup>.

Las aclaraciones y justificaciones referidas generaron cierto apaciguamiento en la movilización social contra el fiscal, tan es así que la antropóloga y militante feminista Rita Segato pidió disculpas públicas al fiscal Rivarola y admitió que el término se usó para “agravar la acusación y que fue mal interpretado. Doloso es más grave que culposo”, afirmó Segato, y rescató que Rivarola inició la investigación de oficio y luego convenció a la víctima a que interponga la denuncia, lo que hablaría del compromiso del fiscal con la víctima y la investigación<sup>6</sup>.

La declaración de Segato fue posterior –y consecuente– con las declaraciones públicas de la víctima quien salió a respaldar al fiscal, confirmando su consentimiento con el acuerdo arribado en el juicio abreviado y manifestando que para ella ese acuerdo significaba “cerrar una etapa y empezar a vivir”. La mujer reivindicó el trabajo de Rivarola afirmando que siempre la acompañó y la consultó respecto a los pasos a seguir en la causa, expresando que aceptó la pena propuesta de tres años en suspenso para sus agresores, porque “ellos reconocían que habían cometido el hecho”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Soulages, Alejandro, “Rivarola explicó los pormenores de su intervención en la investigación por Abuso Sexual que conmovió a la opinión”, 4 de junio de 2020. Disponible en: [www.mpfchubut.com.ar](http://www.mpfchubut.com.ar)

<sup>6</sup> Véase “Abuso en Chubut. Rita Segato: la referente feminista pidió perdón al fiscal que usó la frase desahogo sexual”, del 9 de junio de 2020. Disponible en: [www.clarin.com.ar](http://www.clarin.com.ar)

<sup>7</sup> Véase “*Necesito cerrar porque necesito seguir viviendo*, dijo la víctima de “la manada” de Chubut”, del 8 de junio de 2020. Disponible en: [www.lanación.com.ar](http://www.lanación.com.ar); “Violación

Con fecha 10 de junio de 2020, el juez de garantías de Chubut, Marcelo Nieto Di Biase, rechazó el acuerdo de juicio abreviado, considerando que era necesario “un mayor conocimiento de los hechos” y que la pena acordada era “exigua”, al tiempo que aseguró que no convalidará “un acuerdo reparatorio bajo términos de confidencialidad” y “no tolerará que exista una justicia que tenga resultados diferentes, dependiendo del poder adquisitivo de los imputados”. La decisión fue apelada por Rivarola<sup>8</sup>.

El caso expuesto abre numerosas controversias y líneas de análisis<sup>9</sup>, pero la que acá nos interesa es la vinculada con la descripción típica del delito de abuso sexual efectuada por el Ministerio Público Fiscal de Chubut, y es a ella a la que nos avocaremos.

## II. Delito de abuso sexual y condicionamientos culturales

El derecho penal sexual es un derecho culturalmente condicionado, y de ello da cuenta no solo su denominación original “delitos contra la honestidad” sino, particularmente, la dificultad que ponen de manifiesto aún hoy los/as intérpretes para determinar el sentido y alcance del tipo penal de abuso sexual, despojados de los deseos y honores masculinos.

---

en manada: audiencia en Chubut del juicio abreviado”, del 9 de junio de 2020. Disponible en: [www.página12.com.ar](http://www.página12.com.ar)

<sup>8</sup> Véase “Rechazó el juez el acuerdo del fiscal con los acusados de la violación en manada” del 9 de junio de 2020. Disponible en: [www.lanación.com.ar](http://www.lanación.com.ar). Con posterioridad a la presentación de esta ponencia, con fecha 13 de agosto de 2020, la Cámara en lo Penal de Trelew anuló el fallo de Nieto Di Biase, ordenando se designe nuevo juez/a para analizar el acuerdo de juicio abreviado.

<sup>9</sup> En este comentario no se analizará ni la pertinencia del juicio abreviado para resolver casos de delitos sexuales, ni la razonabilidad que pudiera tener el acuerdo arribado en el caso particular, ni la importancia del consentimiento de la denunciante en el aval al juicio abreviado, ni como juega el uso de este tipo de recursos procesales a la luz de la obligación internacional de investigación y juzgamiento de las agresiones sexuales asumida por el Estado argentino (Convención Belén do Pará; C.E.D.A.W.; Recomendaciones del Comité C.E.D.A.W.), ni otros temas de interés que podrían derivarse del caso.

Incluso luego de la reforma, la norma del artículo 119 del Código Penal, no obstante haber desterrado conceptos masculinos como el de honestidad, ha dejado mucho margen para la interpretación de cuáles conductas son lesivas de los derechos sexuales al describir el abuso sexual de forma abierta e indeterminada: “el que abusare sexualmente de otra persona”.

Tal vaguedad hace que la tarea de definir la adecuación típica en supuestos de abuso sexual se encuentre siempre amenazada por los prejuicios culturales de los/as operadores/as judiciales encargados de interpretar la norma.

La definición de abuso sexual expuesta por el fiscal Rivarola, y avallada por el Ministerio Fiscal de Chubut, pone en evidencia que el miedo cumple su promesa.

Como demostraremos, el problema no se reduce a un *error en las palabras elegidas* como justificó Rivarola: las palabras que se eligen para expresar algo exponen un posicionamiento técnico, visibilizan valores culturales y éticos y, en definitiva, establecen nuestro punto de vista personal. Las palabras no son neutras.

Por consiguiente, si afirmamos que el abuso sexual es *una conducta en la que alguien busca desahogo sexual*, estamos efectuando una toma de posición respecto al bien jurídico protegido por la norma, con las consecuentes repercusiones en la configuración del ilícito y en la determinación de la autoría.

Y ello sin poner en tela de juicio ni el compromiso con la investigación penal del fiscal, ni su empatía con la víctima, ni la honestidad de las buenas intenciones que lo impulsan.

### III. Bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual

Afirma Jescheck que “el bien jurídico es el punto de partida y la idea rectora de la formación del tipo (...) El tipo parte de la norma y la norma del bien jurídico El bien jurídico es reconocido como base de la estructura y de la interpretación de los tipos. Se define como un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente en cuya defensa está interesada la comunidad

y cuya titularidad puede corresponder a una persona o a la colectividad”. Así definido, el bien jurídico cumple en el derecho penal diferentes funciones: a) siendo que los tipos penales están orientados hacia uno o varios bienes jurídicos, el bien jurídico es un concepto central del tipo y de acuerdo con él son determinados sus elementos objetivos y subjetivos, por consiguiente, es un importante medio para la interpretación del tipo; b) el bien jurídico constituye un punto de vista decisivo para la clasificación de los distintos grupos de tipos penales y sigue a la idea de que a través de la agrupación y clasificación de bienes jurídicos debe ser alcanzado un orden jerárquico de los valores protegidos (vida/libertad/propiedad), y c) hay bienes jurídicos individuales (vida, libertad) dentro de los cuales forman un subgrupo los bienes que poseen un contenido eminentemente personal (integridad corporal) y los bienes de la colectividad (seguridad pública) y esta clasificación tiene relevancia entre otras cosas, para la determinación del ofendido desde el punto de vista del derecho procesal penal<sup>10</sup>.

Desde la idea del bien jurídico como concepto central del tipo, Gonzalo Fernández le asigna una *función teleológica o dogmática*, como criterio de interpretación del tipo penal. Esta función sumaría al lenguaje y a la significación, en cuanto herramientas semánticas, una dimensión valorativa: “la atribución de responsabilidad se resuelve en un *juicio de desvalor o desaprobación*, para el cual resulta imprescindible constatar la *dañosidad social de la conducta* y verificar la lesividad del hecho de acuerdo al *telos* perseguido por la ley penal (...) Este exige revisar si el comportamiento ha lesionado un *valor social iushumanista*, consagrado como bien jurídico por el ordenamiento positivo y sometido a protección de la ley penal”<sup>11</sup>.

Para Fernández, el bien jurídico incide así en todos y cada uno de los estratos categoriales del sistema del ilícito –tipo, injusto y culpabilidad–, atraviesa toda su estructura y gobierna en forma integral la teoría de la imputación: “la teoría del delito es un *sistema de protección de derechos*

<sup>10</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, T. I, 5ª Edición alemana, Editorial Instituto Pacífico, 2014, pp. 379 y ss.

<sup>11</sup> Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y Sistema del Delito*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2004, pp. 151 y ss.



*humanos reconvertidos en bienes jurídicos*, del mismo modo que el derecho penal, como afirma Wolter, es *derecho constitucional aplicado*, destinado a proteger derechos fundamentales indisponibles, bajo la cobertura de la dignidad humana, y si se desvía de ese plano nuclear pierde su legitimidad<sup>12</sup>.

Partiendo de los conceptos precedentes, que compartimos, resulta imprescindible para continuar nuestro análisis dilucidar *cuál es el bien jurídico que protege el tipo penal que prohíbe abusar sexualmente de una persona*, para luego poder determinar que requisitos debe cumplir la conducta lesiva.

Haciendo un poco de historia, corresponde recordar que la reforma del Código Penal en lo que respecta a los delitos sexuales (1999), estuvo condicionada por la necesidad del Estado argentino de cumplir con una obligación internacional a su cargo, relativa a la “adopción de medidas apropiadas para evitar la impunidad de la violencia contra la mujer, y a la incorporación de la perspectiva de género en su política criminal”<sup>13</sup>.

A tales efectos, se dicta la ley 25.087 que comenzó sustituyendo el título “Delitos contra la honestidad” por el de “Delitos contra la integridad sexual de las personas”, y propone una redefinición radical en el bien jurídico objeto de protección.

La reforma produjo un cambio de paradigma respecto del bien jurídico protegido por el tipo penal de abuso sexual: se despojó a los delitos sexuales de toda connotación religiosa y moral y se los definió como lesiones o puestas en peligro de la “libertad, integridad y dignidad físico/sexual, de la reserva sexual y del normal ejercicio de la sexualidad”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –resolución 2263/1967–; Declaración de Viena y Programa de Acción de 1993; art. 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Resolución General n° 19 de la C.E.D.A.W.; en el Sistema interamericano: art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 1, 2, e incisos ‘b’, ‘c’, ‘d’ y ‘g’ del art. 7 de la Convención de Belem do Pará.

<sup>14</sup> Cfr. De Luca, Javier A; López Casariego, Julio E. “Artículos 118/119”, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Zaffaroni, E. Raúl y Baigún David (dirs.), T. IV, Hammurabi, 2008, pp. 471 y ss.

A partir de 1999, entonces, el bien jurídico *integridad sexual* se define: a) con relación a personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad como el *derecho a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad* (libertad, reserva y autodeterminación sexual; autonomía en la elaboración del propio plan de vida); y b) con respecto de quienes no pueden manifestar válidamente su voluntad como el *derecho al desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas* (indemnidad sexual)<sup>15</sup>.

Por consiguiente, la determinación de cuál es el bien jurídico que protege la norma que tipifica el abuso sexual no es algo librado a la interpretación personal o preferencia del intérprete, sino que surge de la norma penal y responde a la protección de un derecho fundamental: *la libertad e indemnidad sexual*.

Ahora bien, desde la perspectiva del bien jurídico, la conducta típica comprenderá entonces aquellos actos que afecten (pongan en peligro o lesionen) “la libertad de autodeterminación en el ámbito sexual de los adultos o menores de edad con consentimiento sexual, de tal forma que se imponga una conducta sexual no querida en un contexto sexual no consentido”. En el caso de los menores de edad sin consentimiento sexual “la conducta debe suponer necesariamente un daño sexual al menor o bien una afectación a su desarrollo personal en el contexto sexual, dada su incapacidad legal para decidir en dicho contexto”<sup>16</sup>.

Por consiguiente, la configuración típica del abuso sexual exigiría corroborar los siguientes requisitos: a) el carácter inequívocamente sexual del acto, b) el comportamiento sexual típico o contacto corporal entre los sujetos, y c) el dolo.

Respecto del carácter inequívocamente sexual del acto, la dificultad reside en que *no existe un criterio general objetivo para identificar el contenido sexual de cualquier acto*, y resulta infructuoso como dice De

<sup>15</sup> Cfr. Arocena, Gustavo, *Semblanza dogmático-jurídica de los abusos sexuales en el Derecho argentino*, Astrea, 2010.

<sup>16</sup> Pérez, Alonso Esteban, “Concepto de abuso sexual contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *Revista InDret*, Barcelona, 2019, n° 3.

Luca avocarse a una larga enunciación de actos corporales o indagar en el *animus* del autor.

No obstante, la dificultad planteada, observa Pérez Alonso<sup>17</sup> que la doctrina y la jurisprudencia española han recurrido, con atino, a elaborar criterios objetivos individuales y generales a fin de guiar la determinación e imputación penal de una conducta típica lesiva de la libertad e indemnidad sexual.

Como *criterios objetivos de carácter individual* se consideran los siguientes: a) la zona del cuerpo afectada, b) la intensidad y duración de los tocamientos, c) los medios comisivos empleados, d) las circunstancias del lugar y tiempo en que se producen, y e) la relación entre los sujetos, etcétera. Como *criterio objetivo de carácter general*, el significado inequívocamente sexual del actor típico que se pretende determinar debe poder ser valorado como sexual *por la sociedad en general conforme los parámetros sociales y culturales imperantes en la actualidad* (parámetro de valoración el de un espectador imparcial y objetivo colocado ex ante en la situación relacional entre autor y víctima<sup>18</sup>), o bien que el suceso carezca de una *explicación alternativa* (puede afirmarse la naturaleza sexual del hecho en todos aquellos casos en los que no sea posible buscar una explicación distinta a la sexual<sup>19</sup>).

Solo para el supuesto de que los criterios precedentes resulten insuficientes para dilucidar la cuestión, porque la situación mantiene cierto margen de *equivocidad sexual*, se recurre a *criterios subjetivos individuales* tales como a) la satisfacción sexual del acto para el autor; y b) el contenido sexualmente lesivo de la vivencia para la víctima (si lo vive como una interferencia o lesión a su libertad sexual).

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> Se descartarían acciones que podrían considerarse excitantes para una persona en particular.

<sup>19</sup> Criterio usado en la sentencia S.T.S. 244/2017 del 5 de abril donde se dijo que los hechos realizados por el profesor con sus alumnos se produjeron en un contexto lúdico ajeno al móvil sexual, por lo que se negó la existencia de abusos sexuales. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/677444321>

De lo expuesto, resulta que los componentes subjetivos del acto de satisfacción sexual en cuanto parte inherente del acto sexual pueden llegar a ser utilizados para dilucidar el significado inequívocamente sexual del acto, pero *son por sí solos insuficientes para afirmar la tipicidad de la conducta*; por su parte los *criterios subjetivos individuales*, que involucran la vivencia del autor y de la víctima, *son solo criterios complementarios o subsidiarios* de los criterios objetivos.

Ahora bien, una vez determinada la naturaleza sexual del acto, debe identificarse que comportamientos de naturaleza sexual pueden considerarse incluidos en el alcance del tipo penal de abuso sexual.

Acá el planteo central es si cabe exigirse o no *contacto corporal* entre el sujeto activo y la víctima, o si se pudiese incluir situaciones en las que el contacto físico se produce con un tercero o sobre el propio sujeto pasivo, o bien en situaciones donde el sujeto pasivo solo participa obligado a observar.

Sin bien esta cuestión genera opiniones divididas, corresponde concluir que conforme el bien jurídico protegido, ante la presencia de un acto de contenido sexual inequívoco y la gravedad o trascendencia de la conducta, resultaría suficiente que se acredite la *intervención no consentida de la víctima en la dinámica comisiva*, para afirmar configurada la conducta lesiva de su libertad sexual.

Finalmente, se requiere la corroboración del dolo: el autor tiene que estar consciente de estar llevando a cabo un contacto físico de naturaleza inequívocamente sexual, y que está involucrando a la víctima en dicha actividad sexual sin contar con su consentimiento (porque no lo ha prestado o porque no tiene capacidad para prestarlo).

Requiere entonces: a) conocimiento de la naturaleza inequívocamente sexual del acto que voluntariamente ejecuta, y b) conciencia de la intervención no consentida de la víctima.

Consecuentemente con lo expuesto, corresponde concluir que el tipo penal del abuso sexual *no aloja elementos subjetivos diferentes al dolo*: el ánimo libidinoso del autor, su deseo o el interés en su *desahogo sexual* no integra el tipo penal de abuso sexual.

#### IV. Autoría y delitos sexuales

Por último, para concluir el análisis del tipo penal de abuso sexual, corresponde determinar *quién o quiénes y en qué medida* deben responder por el hecho, cuestión que dependerá del concepto de autor que se postule y de si se considera el delito sexual como delito de mano propia.

Binding fue el primero en acuñar el concepto de “delitos de mano propia” y afirmó que existen acciones punibles que solo pueden ser cometidas por el autor por propia mano, en las cuales está excluida la utilización como instrumentos de inimputables o imputables: “el juez que quiera prevaricar deberá dictar el mismo su sentencia, el desertor ha de huir por sus propias piernas, el hermano que quiera cometer incesto deberá realizar él mismo el coito con su hermana, el testigo perjuro ha de expresarse por sí mismo y jurar su testimonio”. En igual dirección, Lange refiere a que, en los delitos de mano propia como el perjurio, el adulterio, o el incesto, lo esencial del juicio de desvalor jurídico-penal no es aprehendido haciendo referencia a un resultado producido socialmente perjudicial, “porque lo que se castiga no es una lesión al bien jurídico, sino un pecado, una perversidad corporal”<sup>20</sup>.

Los delitos de mano propia, entonces, solo pueden reconocerse como tales –al decir de Jakobs– cuando el desvalor de una acción no se deriva de las alteraciones que esta pueda realizar (imputablemente), sino de la insuficiencia personal del autor puesta de manifiesto en el acto delictivo: *el desvalor de acción no se ha de determinar a partir del desvalor de resultado, sino en absoluto*. Por consiguiente, las principales consecuencias de esta especie de delitos se centrarían en los límites relativos a las posibilidades de intervención: cualquier persona podría ser autor, pero solo en calidad de autor/a directo. Consecuentemente, excluirían la coautoría, la autoría mediata, y en principio toda forma de participación en el delito doloso de mano propia<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Citados por Gimbernag Ordeig Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, BdeF, 2006, pp. 213 y ss.

<sup>21</sup> Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2ª edición corregida, 1997, pp. 731 y ss.

Tanto el fundamento y como la legitimación de los “delitos de mano propia” son polémicos y es dudosa su justificación como grupo especial, configurando una categoría muy controvertida.

No obstante, la mayor parte de la doctrina alemana justifica su existencia y su posición autónoma junto a los delitos de dominio y a los de infracción del deber.

Roxin, uno de los principales especialistas en la materia, luego de analizar las distintas teorías que ha intentado explicar los delitos de mano propia, toma postura y concluye que los presuntos delitos de mano propia están sometidos al principio del dominio del hecho, no obstante, considera prematuro rechazar globalmente esta categoría<sup>22</sup>.

En lo que respecta a los delitos sexuales, Roxin los califica como delitos de dominio, pero disiente con su categorización como delitos de mano propia, polemizando con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), quien describe al delito de abuso sexual (artículo 176 StGB), como delito de mano propia –apoyado en la teoría del tenor literal– y en la particular intensidad de la voluntad antijurídica: *solo el que yace o abusa con la mujer está movilizado por inmoralidad especial o por un sentimiento libidinoso*.

Los argumentos que aporta el maestro alemán para justificar su desavenencia son los siguientes:

a) La teoría del tenor literal<sup>23</sup> en la que se apoya el Tribunal, es insostenible. Para Roxin en todos los tipos penales la formulación del suceso típico representa una abreviatura de la realización del tipo en dominio del hecho, pensada ante todo para el autor directo (matar, robar, etcétera). De querer sustentar otra opinión habría que volver con carácter general a la teoría objetivo-formal (autor es el que ejecuta por sí mismo total o parcialmente la acción descrita en el tipo, todos los demás son solo

<sup>22</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, 7ª edición, 2000, pp. 434 y ss.

<sup>23</sup> Conforme el tenor literal del texto legal, solo el autor directo ejerce la acción libidinoso que describe la norma.

inductores o cómplices) rechazada con toda razón por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria.

b) Sostener que la acción típica descrita en el abuso sexual constituye una grave vulneración de la moral sexual, cuya *inmoralidad específica* no es inherente al *extraneus*, es incorrecto. La figura central en el delito de abuso no está determinada por la especial calidad lúbrica del comportamiento propio. El legislador no se preocupa por la inmoralidad del autor, sino por la *lesión de los bienes jurídicos de titularidad de la víctima abusada* (integridad corporal y libertad sexual), y tales resultados son perfectamente dominables o codominables por aquellos que no ejecutan de propia mano la acción típica completa.

Una delimitación de la autoría por un principio distinto al dominio del hecho –inmoralidad del autor– no puede ser aquí determinante porque la misión de un legislador en un Estado de derecho no es elevar la moral de la ciudadanía, sino proteger bienes jurídicos fundamentales.

c) Sobre los mismos argumentos rechaza toda distinción basada en *matices de carácter psicológico-emocional*. Es cierto que la realización de muchos delitos sexuales está caracterizada por determinados sentimientos de lascivia, que falta en el sujeto de atrás que dirige o en el que codomina, no obstante, resultaría incorrecto hacer depender la participación de tales variaciones de sentimientos.

La satisfacción de la lujuria no es un resultado típico, el legislador no se preocupa por sentimientos libidinosos, solo le interesa la persona que ha sido abusada, siendo absolutamente secundarios los sentimientos de los intervinientes en la lesión<sup>24</sup>.

A la luz de lo expuesto, se concluye que los delitos sexuales, califican como delitos de dominio y habilitarían todas las formas de intervención punible en el hecho.

<sup>24</sup> Roxin, Claus, ob. cit., pp. 453 y ss.

## V. Toma de posición: desahogar no es abusar

Si el derecho penal sexual es un derecho culturalmente condicionado, y es tarea de todos/as evitar interpretarlo recurriendo a reglas morales basadas en concepciones patriarcales y autoritarias.

Desahogo no es sinónimo de agresión.

Según el Diccionario de la Real Academia Española “desahogar” significa “Aliviar a alguien en su ánimo de la pasión, fatiga o cuidado que le oprime. (...) Manifestar violentamente un sentimiento o un estado de ánimo aliviándose así de él”. Desahogo sexual referiría entonces a quien se alivia de una pasión o deseo sexual, sin referencia alguna *al cómo* lo alivia, o *a coste de quién* lo alivia, ni a *qué daño* con tal proceder.

Agresión según la misma fuente significa “acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño”. Agresión sexual referiría entonces a una conducta dirigida a dañar a alguien en su libertad e indemnidad sexual.

El delito de abuso sexual protege un derecho fundamental de las personas: *la integridad y libertad sexual*, y prohíbe conductas lesivas de ese derecho fundamental. La necesidad de prevenir insuficiencias personales del autor (como los impulsos perversos o los sentimientos de lascivia), o la voluntad de fomentar una conducta moral determinada, quedan fuera del ámbito de interés del derecho penal.

Por consiguiente, la configuración típica del abuso sexual requiere la realización –por sí, por medio de otro, o con otros– de una conducta de contenido sexual indubitable (conforme criterios objetivos) con intervención no consentida de la víctima, conociendo que se realiza un acto sexual con la víctima y que se lo realiza sin su consentimiento.

## VI. Conclusión: el sabor de las margaritas

Como cierre, quisiera proponer una breve reflexión a partir de una historia de ficción que expone, a mi entender, las consecuencias que acarrea una interpretación de los delitos sexuales como la que propone el Ministerio Fiscal de Chubut.



*O sabor das margaridas (El sabor de las margaritas)*<sup>25</sup>, es una historia de suspenso que se desarrolla en un pueblo pequeño del interior de Galicia, un lugar de aquellos en los que aparentemente “nunca pasa nada”, y que de pronto se ve alterado por la desaparición de una joven que trabaja en una gasolinera.

Hasta ahí, casi nada apenas, fuera de la normal. Sin embargo, la llegada al pueblo de una joven teniente de la Sección Judicial de la Guardia Civil decidida a encontrar a la joven desaparecida rompe la calma y abre un juego de tramas y subtramas que llevan a poner al descubierto una red delictiva vinculada con la prostitución adolescente: cultos satánicos y orgías pagas donde los asistentes dan rienda suelta a la pedofilia, a los fetichismos y las parafilias, sin límite alguno.

Pero lo más complejo de la historia, que quizás no destaca dentro de lo que propone un policial negro, es el planteo sobre el autor: *¿quién es el responsable de los delitos sexuales que se van descubriendo durante la historia?*

Todos los personajes masculinos parecen sospechosos. Cada capítulo crea una nueva expectativa sobre quién es nuestro ultrajador. Sumado a ello cada vez que se descarta a un sospechoso, este refiere al autor del crimen como alguien muy poderoso, con un poder ilimitado. Obviamente, la tensión sobre la identidad del autor es siempre creciente y se va gestando la convicción de que es alguien a quien nuestra heroína no podrá atrapar.

Sin embargo, cuando la trama llega al final, la respuesta nos sorprende: *¿quién es el autor?* *Todos y nadie*: las orgías con mujeres niñas involucraron a *todos los hombres del pueblo*, por acción u omisión, desde el que organizó el tráfico de las víctimas o pagó para satisfacer su parafilia, como a aquel que encubrió o simplemente hizo la vista gorda.

Si la comisión del delito sexual depende de individualizar entre todos esos intervinientes solo a aquel o aquellos que en pos de su desahogo

<sup>25</sup> Serie de televisión dramática española dirigida por Miguel Conde y estrenada en TVG el 3 de octubre de 2018, se emitió doblada al castellano en Netflix el 31 de marzo de 2019.

sexual abusaron en forma personal de las víctimas, la respuesta excedería la tragedia de la ficción, porque le daría la razón: los autores, coautores y partícipes no podrían ser alcanzados por el sistema penal.

Interpretar los delitos sexuales como delitos de mano propia apoyados en la exigencia de una particular intensidad de la voluntad antijurídica del autor (desahogo sexual, lascivia, etcétera), supone desconocer el bien jurídico que protege la norma, limitando las conductas que pueden lesionarlo, y cerrando el círculo de responsabilidad en el autor directo.

Por consiguiente, definir el delito de abuso sexual como *una conducta que busca el desahogo sexual del autor*, no es un *problema de palabras*, sino un problema de interpretación dogmática del tipo penal de abuso sexual, que en la práctica se traduce en impunidad para los responsables y desprotección para las víctimas.

A más de 20 años de la reforma, sería esperable que los/as operadores del sistema penal logremos interpretar los delitos sexuales desde los derechos fundamentales que amparan, y no desde nuestros prejuicios o preconceptos culturales.

# LA RESPUESTA PENAL A LAS VIOLENCIAS POR RAZONES DE GÉNERO

## LA TEORÍA LEGAL FEMINISTA: ACUERDOS, TENSIONES Y DESAFÍOS

*Por Daniela Heim<sup>1</sup>*

### **I. Introducción**

Las perspectivas feministas del derecho y sus impulsoras, venimos lidiando desde hace muchos años con los sentimientos ambiguos frente al derecho como estrategia emancipadora. Con dudas, con ambivalencias, incluso aún con “mala conciencia” (en términos “pavarinianos”), las feministas que tenemos fe en la justicia apostamos por la vía de los derechos como una de las posibles y, tal vez, más privilegiadas (por el poder que representa, parafraseando a Carol Smart) para lograr los cambios sociales necesarios para vivir en comunidad con la libertad, la dignidad y la autonomía que deseamos.

La estrategia punitiva no fue para las feministas ni la primera ni la prioritaria en el camino de los derechos, pero, en los últimos años, se ha presentado como tal.

Mi propósito en esta breve intervención es poner de resalto cuatro puntos que voy a introducir ahora y luego desarrollaré con mayores detalles.

Primero: la estrategia punitiva como respuesta a las violencias por razón de género es, ante todo, una estrategia que, en sus orígenes, aparece impulsada por la agenda internacional y ello genera una serie de

<sup>1</sup> Docente de la Universidad Nacional de Río Negro.

limitaciones de nacimiento que difícilmente podamos sortear, al menos en lo inmediato.

Segundo: es una estrategia limitada, en cuanto abarca solamente una parte de los problemas que queremos resolver.

Tercero: plantea múltiples riesgos y paradojas e incluso a veces resulta peligrosa, porque puede volverse contraria a nosotras mismas o a nuestros intereses o puede limitar las posibilidades de obtener una respuesta más apropiada a los conflictos de género a los que el Estado debe dar respuesta.

Por último, me interesa reforzar la necesidad –que vienen advirtiendo muchas otras compañeras– de promover una política criminal integral con perspectiva de género y, por consiguiente, de derechos humanos. Cuando digo integral no me refiero a una respuesta “integral” (valga la redundancia) al sesgado concepto de violencia de género que capturan los tipos penales, sino a transversalizar la perspectiva de género en toda la política criminal, ya sea que sea orientada a los delitos típicamente concebidos como “de género” (femicidios, por citar un ejemplo característico) o a cualquier otro tipo de criminalidad (los delitos contra la Administración Pública, contra la propiedad, contra el medio ambiente, etcétera, esto es, orientada a todos los delitos).

## **II. La estrategia punitiva como imposición de la agenda internacional**

Como advierte Silvia Federici, es una estrategia colonial y “domesticadora” del potencial revolucionario de los feminismos. Colonial, porque es resultado de la agenda impuesta por los países hegemónicos y “domesticadora”, porque conlleva un alto grado de burocratización y encubre la sujeción –cuando no el rechazo– de los reclamos de las feministas más radicales, así como de las más pobres, las desclasadas y las obreras (y, por lo tanto, sus intereses de clase y etnia, entre otros), subordinándolos a los intereses de los feminismos hegemónicos, en un momento histórico afín al restablecimiento del dominio del capitalismo tardío en el período de globalización neoliberal<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Federici, Silvia, “Rumbo a Beijing ¿Cómo las Naciones Unidas colonizaron el movimiento feminista?”, *Contrapunto. Feminismos. La lucha dentro de la lucha*, n° 5,

Sin dudas, la estrategia punitivista tiene un impacto positivo: puso en la agenda política un problema considerado “privado” y respecto del cual el Estado no debía intervenir, para comenzar por algunas de sus virtudes; permitió la intervención estatal en situaciones graves de violencias que antes quedaban impunes y trazó un vínculo estratégico entre el discurso y la práctica de los derechos humanos con un derecho penal orientado a la defensa de los derechos y no meramente a la represión de conductas. La estrategia punitivista se impuso post Beijing (Cuarta Conferencia Mundial de Mujeres), antes de Beijing diría yo que el punitivismo ni siquiera se planteaba como estrategia, si no revisen la C.E.D.A.W.<sup>3</sup> y los informes de sus órganos de seguimiento, recién en los noventa se empieza a hablar del recurso al derecho penal.

En los últimos veinte años la estrategia punitiva fue ganando terreno rápidamente frente a las estrategias de desarrollo de derechos y ello sucedió en un contexto de grandes altibajos con respecto a las demandas de los feminismos en relación con los usos estratégicos del derecho. Observemos lo que sucede en nuestro país: fue más fácil aprobar la reforma penal que introdujo la figura del femicidio (ley 26.791), pese a todas sus detracciones, que descriminalizar el aborto, oportunidad que se perdió en 2018 y que todavía estamos esperando volver a tener; llevó menos tiempo incorporar la violencia de género al Código Penal que aprobar la ley de paridad electoral (ley 27.412) o la ley de violencia política (ley 27.533, de reforma a la ley 26.485), que aprobar una legislación que reconozca el derecho a los cuidados, tema que recién se está empezando a debatir y que conforma una de las raíces más profundas del sexismo y la discriminación por razón de género y de las violencias machistas, como mínimo, en el ámbito intrafamiliar.

---

noviembre, 2014. Publicación del Centro de Formación Popular con Organizaciones Sociales. Comisión Sectorial de Extensión y Actividades en el Medio, Universidad de la República, Uruguay, 2014, pp. 87-97.

<sup>3</sup> C.E.D.A.W. es la sigla en inglés de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1979.

### **III. La limitada concepción de los delitos vinculados a las violencias por razón de género en el Código Penal**

La respuesta penal prioriza determinadas modalidades y ámbitos de las violencias por sobre otros, cuanto menos en un doble sentido: recaen en la órbita de la protección penal solamente algunas violencias al tiempo que en la práctica se priorizan ciertos tipos y modalidades, por ejemplo, la trata con fines de explotación sexual por sobre la laboral, especialmente en el ámbito del trabajo reproductivo y de cuidados. Tampoco se promueve un abordaje interseccional, tanto en lo que respecta a tipos y modalidades de violencias como en lo que respecta a la calidad de sus víctimas: no es lo mismo la violencia intrafamiliar provocada por una pareja o expareja en un contexto de clase media asalariada y educada que ese mismo tipo de violencia en una familia rural en un contexto de trabajo familiar, por ejemplo. Por otra parte y, entre otras muchas cuestiones que no podemos analizar aquí por razones de tiempo, cabe destacar que quedan invisibilizadas las violencias producidas en contextos de familias diversas, o las provocadas por parejas ocasionales, especialmente en el caso de personas travestis y trans, como lo puso de resalto la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal que rechazó aplicar la figura de travesticidio (basada en una interpretación con perspectiva de género del inciso 11 del artículo 80 del Código Penal realizada por la acusación fiscal y particular) por la muerte violenta de Diana Sacayán<sup>4</sup>.

### **IV. Las paradojas de la intervención penal**

Entre otras, mencionaremos sintéticamente aquellas derivadas de un concepto estereotipado de víctimas y también de victimarios; de la patologización de algunas formas de violencias (muy presente aún en las violencias sexuales); de la patologización de agresores y de la patologización de víctimas y autoras de delitos. A ello cabe agregar que las

<sup>4</sup> Véase <https://www.telam.com.ar/notas/202010/521724-prision-perpetua-para-gabriel-david-marino-homicidio-diana-sacayan-sin-agravante-por-odio-de-genero.html>

intervenciones penales están sesgadas por un fuerte paternalismo jurídico que refuerza el control social informal ejercido sobre las mujeres y revela altas cuotas de revictimización y maltrato institucional<sup>5</sup>.

## V. La transversalización de la perspectiva de género en la política criminal

Es posible una política criminal feminista, garantista y de derecho penal mínimo, esto es, que esté orientada por el respeto de los derechos humanos y que nos interpele constantemente a interrogarnos hasta qué punto alimentamos una trama del derecho que tenga por meta reducir las violencias y no una que sea parte constitutiva de estas (las violencias institucionales, muy especialmente); hasta qué punto podemos hacer un uso del derecho penal que sea compatible con una teoría y una práctica de la emancipación y no uno que perpetúe las desigualdades y opresiones por razón de género; hasta qué punto podemos, en definitiva, apostar por la construcción de un derecho penal protector de los derechos y las libertades y no por uno que meramente las cercene. No nos limitemos a reconstruir la dogmática penal y procesal penal a partir de la incorporación de la categoría de género en las instituciones clásicas del derecho y del proceso penal y, en particular, aquellas que afectan a las mujeres. Demos un paso más: construyamos nuevas categorías y conceptos, tensemos los límites del derecho hasta lograr la expansión que necesitamos, hasta que nos permita, a las mujeres y las disidencias, no ser más representadas por el derecho como un estereotipo, como una imagen de lo que quieren que seamos, sino que nos permita expresarnos como de verdad somos.

<sup>5</sup> Heim, Daniela, "Acceso a la justicia y violencia de género", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Editorial Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, 2014, pp. 107-129; Heim, Daniela, "Victims of gender violence: a rocky road to justice", *Rivista di criminologia*, Ed. Augusto Balloni, vol. XI, n° 2, 2017, pp. 29-42; Laliga Mollá, Mónica y Bonilla Campos, Amparo, "Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas", *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 1, pp. 41-41, enero, 2015.





# PROSTITUCIÓN. REGLAMENTARISMO VS. ABOLICIONISMO

## ¿ES POSIBLE UN PARADIGMA RESPETUOSO DE LOS DERECHOS HUMANOS?

*Por Iara J. Silvestre<sup>1</sup>*

### **I. Introducción**

En primer lugar, considero sumamente importante dejar en claro mi posición frente al dilema reglamentarismo vs. abolicionismo, puesto que, como todo dilema exige una elección de la que dependerá la definición de los demás conceptos que lo rodean y que procuraré interpretar en clave de derechos humanos.

En ese orden, he de señalar mi adscripción al paradigma abolicionista al que considero el punto de partida desde el cual todo Estado respetuoso de los derechos humanos debe construir el abordaje de la problemática de la prostitución, mediante la implementación de políticas públicas que procuren su eliminación como práctica socialmente aceptada.

Dicho esto, y ya entrando al tema propuesto, para una primera aproximación al término prostitución podemos recurrir a la segunda acepción del diccionario para definirla como la “actividad a la que se dedica la persona que mantiene relaciones sexuales con otras, a cambio de dinero”<sup>2</sup>.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud define a la prostitución como “la venta de servicios sexuales a cambio de dinero o cualquier otro bien” (1989); y para Naciones Unidas “El término prostitución

<sup>1</sup> Docente de la cátedra Derecho Penal-Parte Especial de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

<sup>2</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, 21° edición, Madrid, 1992.

designa, a los efectos jurídicos, a toda persona de uno y otro sexo que percibiendo una remuneración cualquiera, en especie o en natura, se entrega de una manera habitual y en la forma que sea, durante toda o una parte de su tiempo, a contactos sexuales, normales o anormales, con diferentes personas, sean de su mismo sexo o de sexo opuesto”<sup>3</sup>.

Dado el acotado margen asignado para este trabajo y en función del planteo introducido en su título, haré algunas aclaraciones previas, que en modo alguno pretenden erigirse como verdades absolutas, sino que tienen por objeto delimitar metodológicamente mi abordaje, como así también fungir como disparadores de otras discusiones o debates.

En primer lugar, cuando hablo de prostitución me refiero a aquella desarrollada por personas cualquiera sea su género u orientación sexual; no obstante ello, al ser un dato objetivo de la realidad que la mayoría de esas personas son mujeres y que la mayoría de las personas que se relacionan con estas a partir de la situación de prostitución son hombres, en mi exposición básicamente me voy a referir a las mujeres prostituidas, sin que esto implique desconocer esas otras realidades.

También corresponde aclarar que el abordaje se realizará respecto de personas en situación de prostitución mayores de 18 años, es decir, de quienes podría pregonarse una determinada capacidad para consentir su prostitución o elegir libremente esta actividad; lo que en modo alguno implica desconocer la problemática de la prostitución infantil.

Asimismo, en función del tema planteado y del concepto vertido sobre el término prostitución abordaré la cuestión relativa a definir si una prostituta “ejerce su oficio”, entendiéndose esto como su “trabajo”, de manera libre como cualquier otra persona que hace lo mismo en relación con cualquier otro trabajo; es decir, si las condiciones en que una mujer se aviene a prostituirse pueden considerarse determinantes de una “elección libre” y si cada servicio que presta es voluntario, al poder ella establecer las condiciones de su desarrollo.

<sup>3</sup> Resoluciones del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Tokio, 1958, Nueva York, 1958, p. 19.

## II. Paradigmas en pugna

Tenemos entonces que entre los distintos sistemas o modelos a partir de los que se ha pretendido regular esta actividad, la más sencilla de las clasificaciones los reduce a tres: el prohibicionista, el reglamentarista y el abolicionista.

Como se expresa en el título de este trabajo, ceñiré el análisis a los modelos reglamentarista y al abolicionista, con alguna mención al regulacionismo o modelo legalizador (que considero una variante del reglamentarismo), por ser estos los que aparecen actualmente en pugna frente a las iniciativas que propician regular la prostitución como un trabajo y nominar a las mujeres prostituidas como trabajadoras sexuales.

Con esto no se desconoce que la prostitución, como práctica, es anterior a cualquiera de estos modelos –conocida es la frase de que la prostitución es el “oficio” más antiguo del mundo, aunque yo prefiero llamarla la forma de explotación más antigua del mundo–, sino que arbitrariamente he de partir de su enunciación a los fines propuestos de justificar por qué considero al modelo abolicionista como el que mejor se adecua al paradigma de derechos humanos y a la perspectiva de género con que debe analizarse la cuestión.

Someramente diremos entonces que el modelo reglamentarista, que nació en Europa hacia mediados del siglo XIX, busca establecer el control estatal sobre la prostitución a partir de la idea de que es “un mal inevitable” o “un mal necesario” que debía ser controlado para evitar la propagación de las enfermedades venéreas, considerándose a las prostitutas como las responsables de su propagación; de allí la injerencia de los médicos higienistas en la elaboración de leyes y normas municipales sobre las que se basaba el control de la prostitución, con una fuerte impronta sobre el cuerpo de las mujeres (registros, revisiones médicas, libretas, zonas de exclusión, internaciones compulsivas, etcétera) sometidas al control policial-sanitario, verdaderos chivos expiatorios de las culpas de una sociedad organizada en base a una doble moral que no perseguía a los hombres, consumidores de sexo y también transmisores de enfermedades venéreas.

Por su parte, el modelo abolicionista plantea a la prostitución como una de las tantas violencias que el sistema patriarcal despliega sobre los cuerpos de mujeres, por lo que no distingue entre prostitución forzada y voluntaria. Considera que como expresión de tales violencias no es posible reglamentarla y que el Estado debe, por un lado, sancionar el proxenetismo, la trata de personas con fines de explotación sexual y al prostituyente, es decir, a quienes se aprovechan y a quienes consumen los cuerpos violentados y, por el otro, implementar políticas públicas a fin de asistir a las personas que deseen dejar de prostituirse, las cuales bajo ningún punto de vista deben ser perseguidas o criminalizadas.

Para quienes adscribimos a este modelo la reglamentación perpetúa la injusticia y quienes se encuentran en situación de prostitución son víctimas del tráfico humano, de la mercantilización de sus cuerpos y de su dignidad, por lo que es necesario ofrecerles alternativas para salir del sistema prostituyente, además de abordar a los clientes no solo criminalizándolos, sino también a través de una educación sexual adecuada que genere conciencia de las consecuencias que la demanda de sexo pago produce en sus víctimas.

Otro modelo que ha irrumpido en el debate es el denominado legalizador o regulacionista donde el discurso se centra en la necesidad de otorgar derechos a las trabajadoras sexuales, al distinguir entre prostitución forzada y voluntaria, confiriéndose a esta última la categoría de trabajo elegido en forma libre como cualquier otro, al ser necesaria su regulación por parte del Estado.

### **III. Prostitución y derechos humanos. Análisis normativo**

A la hora de contrastar estos modelos con la normativa internacional y nacional en materia de derechos humanos en general y de las mujeres en particular, corresponde en primer lugar hacer un somero repaso de esta para establecer cuál es el piso mínimo desde el que debe partirse y sobre el que no es posible replegarse, habida cuenta de las obligaciones de garantía y el principio de no regresividad a los que deben ajustarse los Estados.

La Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949 (decreto ley 11.925/57), expresa en su preámbulo que “la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”. Establece que las partes del Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona (artículo 1); y a castigar a toda persona que 1) mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de estos, para explotar la prostitución ajena.

Específicamente en su artículo 6 dispone que las partes convienen en adoptar todas las medidas necesarias para derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa vigente, en virtud de la cual las personas dedicadas a la prostitución o de quienes se sospeche que se dedican a ella, tengan que inscribirse en un registro especial, que poseer un documento especial o que cumplir algún requisito excepcional para fines de vigilancia o notificación. Asimismo, por el artículo 16 las partes se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y de las infracciones a que se refiere el presente convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (ley 23.179, 1985, artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), en su artículo 5 establece la obligación de los Estados parte de tomar medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad

o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; y en el artículo 6 prevé que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) de 1994 (ley 24.632, 1996) dispone en su artículo 1 que debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado; en el artículo 2 establece que se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica, b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. En su artículo 3 deja claramente establecido que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Al regular los deberes de los Estados, en el artículo 7 estos expresan que condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; e) tomar todas las medidas apropiadas, incluidas medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer. Asimismo, por el artículo 8 los Estados partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, incluso programas para: b) modificar los patrones socioculturales de

conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Personas Menores de Edad (ley 25.179) en su artículo 2, luego de establecer el ámbito de aplicación y definir al “tráfico internacional de menores” como la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos, enumera entre los “propósitos ilícitos” a la prostitución y a la explotación sexual.

La Convención contra el Crimen Transnacional Organizado (2000) y su Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (ley 25.632), en su artículo 3 define que por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Asimismo, establece que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

Este conjunto de principios también puede verse reflejados en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993; el Programa de Acción

de la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (1994); la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995).

Es decir que el núcleo de convenciones internacionales e interamericana, son contestes en considerar a la violencia sexual como una de las formas de violencia contra la mujer, siendo la prostitución una expresión específica de esa violencia sexual que, además, es reproductora de estereotipos de género que implican una clara discriminación contra la mujer<sup>4</sup>.

En el orden interno, esto ya había sido visualizado por el legislador en 1936, con la sanción de la ley 12.331 que en su artículo 15 prohibió el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella. Y en su artículo 17 estableció penas para los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia.

Es decir, que ya en 1936 nuestro país adoptó el sistema abolicionista, aunque en la práctica las legislaciones municipales habilitaban este tipo de lugares y debieron pasar muchos años hasta que con la sanción de la ley 26.364, la visibilización del fenómeno de la trata de personas y la lucha de los colectivos feministas, se llegara a la derogación de las ordenanzas que los permitían.

La ratificación por parte de Argentina de las convenciones internacionales antes citadas y el consecuente dictado de leyes tales como la de Prevención, Sanción y Erradicación de la Trata de Personas (26.364 y 26.842) y la de Protección Integral de la Mujer (ley 26.485, que en su artículo 5° define especialmente como violencia contra la mujer a la sexual y a esta como cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud,

<sup>4</sup> Nótese que cuando enunciamos la palabra prostitución el pensamiento remite inmediatamente a la imagen de una mujer.



acoso, abuso sexual y trata de mujeres); no hacen más que reforzar la idea expresada de que el modelo abolicionista es el punto de partida desde el que debe pensarse la problemática de la prostitución y que, en el estado de cosas actual, es el único compatible con el paradigma de los derechos humanos y un derecho con perspectiva de género.

No desconozco, ni pretendo hacerlo, los instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen la libertad de trabajo y que en principio respaldarían a quienes sostienen la necesidad de regular la actividad de los trabajadores sexuales<sup>5</sup>.

Ahora bien, a quienes piensan la prostitución como un trabajo los invito a detenerse un segundo a pensar en qué es lo que se compra o qué es lo que se vende, si el “servicio” que la prostituta vende tiene analogía con cualquier otro oficio o profesión conocida, si se les viene a la mente alguna actividad en la que el servicio consista en entregar el propio cuerpo, comprometiendo la dignidad personal, o en comprar el cuerpo de otra personas para usarlo durante una determinada cantidad de tiempo.

Seguramente, si pensáramos en algo similar lo asociaríamos a la idea de esclavitud o servidumbre; entonces vuelvo a preguntarme (les) ¿por qué cuando se piensan estas situaciones desvinculadas de la idea de un “trabajo” o “servicio” sexual nos repugnan y no pasa lo mismo a la inversa?

La Organización Internacional del Trabajo ha enunciado una definición de lo que denomina “trabajo decente” como “el empleo de calidad que respeta los derechos de los trabajadores y a cuyo respecto se desarrollan formas de protección social”; ¿puede encuadrarse en esta definición la actividad de quien se ve compelida a vender su cuerpo ante la ausencia de otras alternativas?

Si vamos a la legislación nacional en la materia tenemos que el artículo 4 de la ley 20.744 establece que “Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo

<sup>5</sup> Declaración Universal de DDHH, 1948, artículo 23.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976, artículo 6.1

tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Solo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley”.

¿Es productiva y creadora para la mujer en sí encontrarse en situación de prostitución?

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en su artículo 958 que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbre”, y en su artículo 1004 prescribe que “no pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que los sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”.

Por su parte, el artículo 17 establece que “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”; y el artículo 56 que “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico...”.

Entonces vuelvo a preguntar, ¿puede contratarse la disposición del cuerpo de una persona, es ello compatible con los derechos humanos y la dignidad inherente a esta?

Es fácil advertir la funcionalidad del modelo reglamentarista –y el regulacionista– al sistema de dominación patriarcal reproductor de los roles de género culturalmente impuestos sobre lo femenino, al clasificar a las mujeres en “honestas” (aptas para el matrimonio, la maternidad,

donde su sexualidad se expresa solo en relación con el rol reproductor de la familia) y las “otras”, las “deshonestas”, disponibles para los deseos y fantasías sexuales de los hombres sujetos a su “instinto natural” como un “destino biológico ineludible”.

Claramente, en la prostitución no se compra –o se vende– un servicio sexual, sino un cuerpo vulnerable, lo que reproduce la desigualdad de género que tiene a la sexualidad como base.

El prostituyente es un sistema reproductor de desigualdades, en el que cuando decimos “prostitución” automáticamente pensamos en una mujer, en el que no habría mujer prostituida sin un hombre que demandara prostitución, donde el patriarcado silencia el rol del cliente y que no tiene parangón con ninguna otra forma de transacción comercial o relación laboral en la que, por definición, las partes concurren en igualdad de condiciones y caso contrario existen mecanismos legales para corregir el desbalance.

Si adoptáramos el reglamentarismo –o regulacionismo– ¿cómo corregiría el Estado la desigualdad entre las partes? ¿Cómo controlaría el Estado que las partes cumplan con las obligaciones asumidas al pactar la prestación de servicios?

¿Puede hablarse de libertad de elección cuando se pacta sobre la base de una desigualdad estructural que perpetúa los estereotipos jerárquicos entre varones y mujeres? ¿Puede el Estado obtener recursos de una actividad que implica reproducir violencia sobre un colectivo vulnerabilizado? ¿Bajo qué principios éticos?

Las condiciones en que se encuentran la gran mayoría de las personas en situación de prostitución, su precariedad económica, social, familiar, educativa, etcétera, llevan implícito un vicio de origen en el consentimiento que en modo alguno puede considerarse válido, aunque estemos en presencia de una mujer adulta, porque su libertad es aparente.

La prostitución es compleja en sí misma dada la multiplicidad de significados que ha atravesado a lo largo de la historia y las distintas culturas, no es un fenómeno unívoco; no obstante, más allá de las particularidades que puede presentar en un determinado lugar o caso

concreto, como sistema opera a través del estigma social que recae sobre quienes la practican y funciona como una estrategia patriarcal de control sobre los cuerpos de las mujeres, que atenta contra su autonomía y es reproductora de violencia sexual y de género.

Es en tal clave que hablo de ausencia de libertad o consentimiento válido en las mujeres atrapadas por el sistema prostituyente, que el Estado no puede convalidar.

De allí que el modelo abolicionista sea el que mejor se adecua al paradigma de los derechos humanos con perspectiva de género, prisma desde el cual debe visualizarse la cuestión tal como el Estado argentino lo hiciera tempranamente en 1936.

Igualmente, este sistema no es perfecto, sino que como dije al inicio es el punto de partida, el piso mínimo para el respeto de la dignidad humana y los demás derechos inherentes a esta, sobre los que el Estado argentino debe construir políticas públicas en materia de educación y de asistencia a las personas que se encuentran en esta situación, con alternativas genuinas para que la prostitución deje de ser el "oficio" más antiguo de la historia y pase definitivamente a esta.

# LA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO QUERELLANTE

*Por Lorena Padován<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

Para comenzar el estudio de la problemática debemos tener presente los preceptos de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará)<sup>2</sup> que en su artículo 8 determina que “Los Estados partes convienen en adoptar en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a. Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer; c. Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer; d. Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención

<sup>1</sup> Docente de la Universidad Nacional del Nordeste.

<sup>2</sup> Ley 24.632 de fecha del 13 de marzo de 1996 que aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención da Belem do Pará”.

necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados; e. Fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda; f. Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y Social; g. Alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respecto a la dignidad de la mujer; h. Garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y i. Promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia”.

Es un programa transversal a todas las disciplinas y actividades del Estado y particulares para la erradicación de la violencia contra la mujer.

Esta normativa internacional ha determinado la obligación del Estado argentino en llevar a cabo actuaciones que, en primer lugar, aseguren el acceso a la justicia a las personas víctimas de violencia de género, donde se castigue estos hechos de violencia entre particulares y, en segundo lugar, pero igual de importante que el primero es prevenir estos hechos de violencia, programas de intervención estatal que orienten a la prevención de la violencia contra la mujer.

## **II. Análisis de la jurisprudencia en violencia de género en el litigio interamericano**

Se ha afirmado internacionalmente el derecho de las víctimas de violaciones de sus derechos humanos a obtener una reparación “adecuada,

efectiva y rápida” de los actos perpetrados proporcionales al daño sufrido. Esta debe ser integral y debe incluir las garantías de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición<sup>3</sup>.

En noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte I.D.H.) emitió un fallo pionero en materia de violencia de género y destacó las obligaciones de prevención, investigación y sanción de estos tipos de hechos.

Tanto el deber de prevención y como la debida diligencia, así como la investigación efectiva de los hechos, resultan hoy día los pilares de la jurisprudencia de género de la Corte I.D.H., lo que permite visibilizar la particularidad de la violencia sexual en distintas situaciones.

A partir de la Jurisprudencia de la Corte I.D.H. trataremos de analizar el deber de prevención y la obligación, debida diligencia estricta en contextos de violencia de género.

Con el caso “Campo Algodonero”<sup>4</sup>, la Corte I.D.H. estableció los deberes generales y específicos de prevención en casos donde existen contactos de violencia contra la mujer y como parte de los deberes específicos la obligación de la “debida diligencia escrita” en la búsqueda de niñas o mujeres desaparecidas.

Según el Tribunal, en contextos de violencia contra la mujer existe un deber general de prevención a cargo del Estado, que es independiente de la existencia de alguna denuncia concreta.

A la luz de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) el Estado tiene la obligación reforzada de prevenir violaciones a los derechos humanos de las mujeres. La ausencia de una política general para enfrentar esta problemática es una falta del Estado en el cumplimiento de dicha obligación general.

<sup>3</sup> C.I.D.H., *Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres víctimas de Violencia en las Américas 2007*, párrafo 54.

<sup>4</sup> Corte I.D.H., “Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009.

Es claro que no existe una responsabilidad ilimitada del Estado frente a cualquier hecho ilícito en contra de las mujeres. Pero ante la denuncia de los familiares nace la responsabilidad del Estado. Una vez interpuesta la denuncia de desaparición surge para el Estado un deber de diligencia estricta.

Respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales, que ordenan medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para la denuncia y que estas conllevan una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.

El Tribunal ha establecido que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva de este y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y, a la vez, fortalecer a las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.

La Corte I.D.H. estableció las medidas que deben tomar las autoridades al tomar conocimiento de que una niña o una mujer se encuentran en riesgo real e inminente de sufrir violaciones a sus derechos humanos. En un contexto de violación contra la mujer, la denuncia de la desaparición de una mujer o niña es suficiente para que el Estado tome conocimiento de tal riesgo y, por ende, este debe activar inmediatamente los mecanismos necesarios y efectivos para buscar exhaustivamente y encontrarla con vida. Se trata de un importante avance en torno al deber de prevención de los Estados, ya que recalca la necesidad de que tales denuncias sean



tomadas en serio por las autoridades, sin que estas actúen con base en estereotipos. Al respecto, la Corte recalcó que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.

La obligación de investigar los hechos, determinar los responsables y sancionar todo con perspectiva de género. Esta obligación de prevención en violencia de género es tanto de agentes estatales como particulares, y en el caso que sea imposible prevenir, la Corte I.D.H. entiende que se deben investigar y juzgar. Este concepto es conocido como la debida diligencia estricta.

### III. Abordaje regional de la violencia de género

En nuestra región del norte argentino la violencia contra la mujer y, más aún, la violencia contra la mujer de comunidades aborígenes es un flagelo constante. En el caso de Juana Gómez<sup>5</sup>, una joven adolescente que muere por femicidio en el interior del Chaco fue el primer caso donde se intentó litigar la garantía de no repetición por parte del Estado local.

El pedido concreto del querellante que en su alegato de clausura solicitó: “... que finalmente, y en orden a la reparación integral del delito aun cuando no se ha ejercido una acción civil corresponde que el Tribunal pueda considerar la realización de relaciones integrales de distinta índole al tiempo de la condena, específicamente la posibilidad de la realización de actividades que tiendan a otorgar la garantía de no repetición de estos episodios en el Barrio Moreno de Quitilipi”.

Resolvió el Tribunal: “Invitar a los poderes ejecutivo, legislativo provincial, junto con nuestro poder judicial a establecer mecanismos de propaganda, como ser: la confección de afiches, spots publicitarios y

<sup>5</sup> Cámara Criminal de la Localidad de Presidencia Roque Sáenz Peña Del Chaco, “Pereyra Juan Ramón y Pereyra Diego Armando s/ abuso sexual con acceso carnal, homicidio calificado por la participación de dos o más personas y para ocultar otro delito en concurso real”, Expte. n° 6610/2013-2. Sentencia n° 31 de fecha del 26/05/2015.

su visualización en lugares donde concurren mayor cantidad de niñas y mujeres adultas. Por ejemplo: centros asistenciales y de salud, comedores escolares, instituciones bancarias, escuelas, instituciones educativas, peluquerías, etc. Y coordinar conjuntamente acciones tendientes a la realización de talleres abiertos a los fines de dar tratamiento, difusión, enseñanza y que tengan por principal objetivo sensibilizar a la ciudadanía en general sobre prevención y erradicación relativas a las problemáticas de violencia de género, los cuales incluso podrían realizarse en las distintas comunidades barriales de nuevas provincias”.

El tribunal hace la invitación a los tres poderes en virtud del análisis de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y convencionales de donde surge que el Estado debe incluir información sobre las medidas adoptadas por este para prevenir, erradicar la violencia contra la mujer como para asistirles a las que ya se encuentren afectadas por el flagelo de la violencia de género, así como enseñar las dificultades que observen la aplicación de las medidas que se tomen y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

#### **IV. Medidas de reparación en los casos de violencia de género**

Sabemos que frente a los sufrimientos y aflicciones las víctimas sufren daños inmateriales y que en el litigio interamericano se puede reclamar: la restitución hasta donde sea posible; la rehabilitación de la víctima que significa brindar atención médica y psicológica como consecuencia de los daños sufridos. Se deben analizar las circunstancias particulares de la víctima. La satisfacción que implicaría un acto público de reconocimiento de responsabilidad o desagravio o memoria de las víctimas. Estos reconocimientos pueden ser por parte de los poderes del Estado y ser transmitidos por la prensa. O bien actos de reconocimientos en Youtube. La publicación y difusión de la sentencia y que, en caso de que la víctima sea perteneciente a una comunidad aborígen también se lo haga en su lengua. Medidas en conmemoración de las víctimas: nombrar calles, plazas, escuelas en conmemoración de las víctimas. Creación de viviendas, hogares, salidas de atención médica.

Es importante que las medidas de relación integren el acompañamiento psicológico de las víctimas.

## V. Garantías de no repetición

La importancia de las medidas que tienden a la garantía de no repetición es la de procurar que no vuelvan a ocurrir la violación de los derechos humanos. Es la obligación del Estado de prevenir y garantizar la no violación de los derechos humanos.

La garantía de no repetición podrá consistir en la capacitación a funcionarios del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, tal como ha acontecido en nuestro país, por ejemplo con la Ley Micaela<sup>6</sup> que desde su existencia existen capacitaciones continuas en todos los estamentos del Estado.

Esta ley implica la formación y capacitación en perspectiva de género para todos los funcionarios de la gestión pública, sin importar jerarquía ni forma de contratación ni el ámbito en el que desempeñe sus funciones. Los contenidos deben apuntar a la prevención de la violencia de género en todas sus formas, como establece la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

Esta garantía de no repetición también puede ser asegurada con medidas legislativas y/o administrativas.

Una de las medidas más importantes en términos de conciencia en la ciudadanía es la sensibilización de la población en general, con campañas de capacitación: por ejemplo, en la discriminación que sufren las mujeres indígenas. Los derechos sexuales y reproductivos y la no discriminación<sup>7</sup>. La adopción de medidas internas; la supresión de normas o prácticas que impliquen el desconocimiento de la Convención de la Erradicación de la

<sup>6</sup> Ley 27.499 sancionada el 19 de diciembre de 2018 y publicada en el B.O. el 10 de enero de 2019.

<sup>7</sup> Corte I.D.H., "Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica", Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

Violencia contra la Mujer. Lo importante es pensar que toda reparación debe ser con perspectiva de género.

## **VI. Propuesta de litigio de garantía de no repetición en los casos de violencia de género**

La víctima en nuestro país tiene experiencia en intentar mediante institutos pretorianos el logro de sus pretensiones en el juicio. Desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó<sup>8</sup> la acusación autónoma de la querrela, el trabajo de las víctimas ha ido creciendo.

La participación de la víctima en el proceso penal ha tenido grandes repercusiones en el litigio, tal es así que, en determinadas legislaciones provinciales se exige el consentimiento de la víctima en los juicios abreviados, en el caso de que se haya constituido como víctima<sup>9</sup>.

Frente a la problemática actual de la violencia de género que preocupa tanto a operadores judiciales como a los distintos poderes sobre qué herramientas son efectivas para poder prevenir la violencia de género,

<sup>8</sup> C.S.J.N., "Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación", de fecha del 13 de agosto de 1998.

<sup>9</sup> Ley 965, de la Cámara de Diputados de la provincia del Chaco, de fecha del 22 de octubre de 2020. Artículo 426: "Admisibilidad. 1) El representante del Ministerio Público, en la oportunidad prevista en el artículo 364, podrá solicitar que se proceda según este capítulo, en cualquier tipo de delito donde entienda corresponder imponer una pena privativa de libertad o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquella. En dicho caso deberá concretar expreso pedido de pena; 2) Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquel descripta en el pertinente requerimiento y la vía propuesta; 3) El acuerdo podrá celebrarse hasta el momento anterior a la apertura del debate y será resuelto por el Juez competente según corresponda al caso. Previo a acordar el representante del Ministerio Público Fiscal deberá entrevistarse con la víctima u ofendido por el delito y en el caso de que esté en juego el interés de un menor deberá correr vista al asesor de menores. *Si correspondiere aplicar una pena superior a ocho años de prisión y la víctima se encontrare constituida en querrelante particular, su opinión será vinculante*; 4) A los fines de este artículo, desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que dejará simple constancia.

se propone, desde la actuación de la querrela, poder avanzar hacia las medidas de no repetición.

Se propone que el querellante pueda, como víctima constituida, solicitar las medidas de reparación que, en muchos casos excede a la mera pena punitiva al autor del hecho. Por la experiencia actual vemos cómo las víctimas de violencia de género muchas veces se unen y su búsqueda no se agota en la sanción del hecho del responsable, que es sumamente importante, pero van más allá y piden que no existan víctimas de hechos similares.

Por ello, en este trabajo, trato de exponer como el andamiaje del tratamiento de la violencia de género se ha ido desarrollando en la Corte I.D.H. a través de su jurisprudencia y medidas de reparación y con principal foco en las medidas de garantía de no repetición.

Este avance significativo ha sido gracias a la actividad de los litigantes que representan víctimas y han ido incorporando en sus demandas iniciales las garantías de no repetición en cada caso.

A nivel interno, desde el precedente “Santillán”, Argentina ha ampliado su participación a la víctima y ello nos lleva a la posibilidad de que solicitemos no solo la aplicación de una pena al autor de un delito de violencia de género, sino también las medidas de reparación y la garantía de no repetición.

La problemática estará dada en la jurisdicción del juez para obligar a los otros poderes. Por ello, en la sentencia que citamos en el interior de la provincia del Chaco los jueces invitan a los otros poderes a llevar a cabo las medidas de garantía de no repetición a partir de la muerte de la adolescente aborigen Juana Gómez.

La segunda problemática que se presenta al litigar la garantía de no repetición será quién es el encargado de llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia. Está claro que el juez de ejecución de la pena del condenado no puede hacerse responsable de que las medidas de reparación y, en concreto, las medidas de no repetición se hagan cumplir.

Por ello, frente a la existencia en cada Poder Judicial provincial de la oficina de género, que fuera creada en el marco de la Oficina de Género

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>10</sup>, pueda ser ese espacio el encargado de controlar el cumplimiento de las sentencias de violencia de género en lo que respecta a medidas de reparación y garantía de no repetición.

El que se propone en este trabajo es un camino que aún no se ha recorrido, pero la experiencia nos enseña que en los últimos años el avance de la víctima en el proceso penal ha sido el norte de todas las legislaciones, y que el acceso a la justicia tiende a que cada vez se escuchen más a las víctimas. Este trabajo propone que no se agote en la solicitud autónoma de pena, sino que las posibilidades de actuación sean tendientes a la reparación integral y las garantías de no repetición al seguir la línea directriz de la Corte I.D.H.

Tenemos la normativa internacional, nacional, sobre la erradicación a la violencia contra la mujer, también contamos con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte I.D.H. en materia de género que nos imponen una “perspectiva de género” y la posibilidad del acceso a la justicia de las víctimas mediante la figura pretoriana de la querrela, por lo cual, es terreno fértil para construir sentencias con medidas de relación integral y que acojan favorablemente la garantía de no repetición. Luego trabajar fuertemente para que esas sentencias no sean meras invitaciones a los otros poderes, sino derechos concretos de las víctimas que se hagan cumplir. Todo ello nos asegurará que el Estado argentino está haciendo vivo los tratados de derechos humanos en cuanto a la erradicación de la violencia contra la mujer y resguardando la no responsabilidad internacional al llevar a cabo todas las medidas tendientes a evitar la violencia contra la mujer.

<sup>10</sup> La Oficina de la Mujer (OM) fue creada en 2009 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) con el objetivo de impulsar, en la esfera del Poder Judicial, un proceso de incorporación de la perspectiva de género en la planificación institucional y en los procesos internos, a fin de alcanzar la equidad de género, tanto para quienes utilizan el sistema de justicia como para quienes trabajan en él.

# ¿ESTÁN LAS MADRES Y LOS PADRES OBLIGADOS A DEFENDER A SU HIJO/A DE LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA DE PARTE DE UN TERCERO?

## SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LA DEFENSA DEBIDA DE TERCEROS Y LA LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS<sup>1</sup>

Por Bernarda Muñoz Calabró<sup>2</sup>

### I. Introducción

Madres y padres<sup>3</sup> tienen, en principio, el deber de cuidar y procurar el bienestar de sus hijos e hijas menores de edad. El incumplimiento de esos deberes puede desencadenar su responsabilidad jurídico-penal. El propósito de este breve artículo es analizar una de las manifestaciones de esos deberes de cuidado, a saber, el deber de defender al hijo o la hija de las agresiones ilegítimas de parte de un tercero<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Este texto se corresponde en lo esencial con la ponencia presentada en el XX Encuentro virtual de Profesores de Derecho penal “*Derecho penal y pandemia*”, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho penal y expuesta el día 29 de julio de 2020. Agradezco a Omar Palermo y a Ivó Coca Vila los comentarios realizados al presente trabajo.

<sup>2</sup> Docente de la Universidad Nacional de Cuyo y doctoranda por la Universidad Pompeu Fabra.

<sup>3</sup> Cuando hago referencia en este trabajo a madres y padres también quedan comprendidas otras personas que ejercen responsabilidad parental en sentido jurídico-penal como, por ejemplo, tutores que se encuentran legalmente a cargo de un niño, niña o adolescente o de una persona con capacidades especiales. También, en ciertas circunstancias sobre las que no puedo aquí pronunciarme, pueden quedar comprendidos/as los/las cónyuges del padre o madre que no sean progenitores del niño o niña pero que ejerzan esa clase de responsabilidad en relación con él o ella.

<sup>4</sup> Dentro del concepto de *tercero* quedan incluidos los ataques del otro progenitor o progenitora quien, a los fines de lo que aquí me interesa analizar, es un tercero ajeno

El tema presenta múltiples aristas que no podrán ser aquí abordadas en su totalidad. Me circunscribiré a analizar el problema del fundamento dogmático de la obligación jurídico-penal de defender al propio hijo o a la propia hija en tanto manifestación de la responsabilidad jurídico-penal de madres y padres. También sostendré que la defensa obligatoria de una persona (defensa *debida* de terceros) *no* puede considerarse dogmáticamente una *legítima defensa* de terceros. En otras palabras, el término *legítima defensa obligatoria de terceros* encierra una contradicción ya que la causa de justificación *legítima defensa de terceros* no puede ser nunca una conducta obligatoria. Como explicaré en mayor profundidad, ello tiene una repercusión material o cuantitativa, ya que la conducta de defensa obligatoria y la conducta de defensa permitida están sujetas a límites distintos: el ordenamiento jurídico no puede obligar a una persona a realizar un comportamiento desproporcionado, aunque sí puede permitirlo en algunas situaciones.

Partiré por analizar un caso ficticio que ejemplifica cuál es la responsabilidad de madres y padres de evitar que sus hijos y/o hijas sean víctimas de delitos (punto II). En segundo lugar, me detendré en las diferencias *cualitativas* entre la legítima defensa de terceros y la defensa debida de terceros en el caso de los padres y madres (punto III). Posteriormente expondré cuáles son los límites materiales o la diferencia *cuantitativa* entre las conductas de defensa debida y las conductas de legítima defensa o de defensa solo permitida (punto IV). Por último, expondré las conclusiones alcanzadas (punto V).

## II. El planteamiento del problema: “el caso de Alicia”

La preocupación central de este trabajo es distinguir entre el deber jurídico-penal de defender a los hijos e hijas y la legítima defensa de terceros practicada en favor de estos últimos. Como ya adelanté el contenido de esa obligación jurídico-penal no puede alcanzar los límites de

---

a la relación interpersonal entre la persona eventualmente titular del deber (madre o padre) y el beneficiario de ese deber (el niño, niña o adolescente).



la causa de justificación de la legítima defensa de terceros. Para explicar por qué llego a esta conclusión, partiré por analizar el siguiente ejemplo:

“Alicia, madre de Sara (de 11 años), es una cazadora autorizada a portar armas de fuego. Luego de una jornada de caza, se dirige en su automóvil a su domicilio. Al detenerse en el semáforo, advierte que su hija Sara está casualmente en la esquina, forcejeando con un joven, quien intenta tocarle el trasero. La niña intenta defenderse, pero el joven, que es más fuerte, anula su defensa. En el lugar también se encuentran otros peatones que están presenciando la situación, pero no intervienen. Tampoco hay ningún funcionario policial presente. Alicia no puede tolerar la situación que está presenciando por lo que extrae el arma cargada que tenía en la gaveta del automóvil y dispara al aire para asustar al joven. Él sale corriendo antes de llegar a tocar indebidamente a la niña. El disparo al aire, como era previsible, rompe una de las costosas farolas del alumbrado público de la ciudad. Un pequeño trozo de vidrio de la farola cae sobre un transeúnte y le provoca un pequenísimo corte en el brazo”.

Variante a) del caso: “Ante la gravedad de esta situación, Alicia prefiere llevar a cabo una defensa más eficaz y, empleando todas sus habilidades de tiro, dispara al joven a la pierna. De esta manera interrumpe el ataque sexual y el joven queda tendido en el suelo, con una herida grave en su extremidad inferior. El disparo le provoca al joven una severa dificultad motriz, que muy probablemente padecerá durante muchos años”.

Variante b): “Alicia considera que la situación ‘no es asunto suyo’ porque su hija ya tiene una edad suficiente para jugar sola en la calle y debe aprender a defenderse. Por lo tanto, sigue su curso en el automóvil, sin intervenir en favor de Sara”.

Algunas de las preguntas que surgen a partir de este supuesto son las siguientes: ¿tiene Alicia la obligación de intervenir en defensa de su hija? En caso afirmativo, ¿qué conducta está obligada a llevar a cabo: el disparo al aire o el disparo a la pierna del agresor? Si elige la primera opción, ¿es responsable por los daños materiales y por la pequeña herida del peatón? ¿Y si opta por la segunda, es responsable por las lesiones graves provocadas al agresor de su hija? Intentaré contestar estas preguntas de la mano de la distinción cualitativa que corresponde efectuar

entre la defensa debida de los propios hijos e hijas y la legítima defensa de terceros. Como se verá, esa distinción repercute a su vez en el alcance material o cuantitativo de las defensas en cada caso.

### III. La diferencia cualitativa entre defensa debida de terceros y legítima defensa de terceros

Es necesario comenzar esta exposición con la distinción cualitativa de dos conceptos íntimamente vinculados. Por un lado, el concepto de *legítima defensa de terceros* (regulado en el artículo 34, inc. 7, C.P.A.), que consiste en aquellas conductas de defensa de terceros que están permitidas, pero no ordenadas. Es decir, son conductas supererogatorias cuya realización queda librada a la voluntad discrecional del sujeto (*freigestellt*)<sup>5</sup>. Por otro lado, el concepto de la *defensa debida de terceros* que consiste, en el caso de madres y padres, en una conducta que ellos están obligados a cumplir en favor de sus hijos o hijas cuando ellos estén amenazados por un peligro cualquiera (lo que incluye la amenaza de sufrir un delito).

Estos dos conceptos (legítima defensa de terceros y defensa debida de terceros) forman parte de un sistema que puede denominarse *sistema de facultades y deberes derivados de situaciones de necesidad*<sup>6</sup>. Al partir de la base de que toda conducta obligatoria está también necesariamente permitida, el objetivo del análisis de este apartado es entonces establecer, dentro del grupo de las conductas permitidas, cuáles son (además) conductas obligatorias y por qué motivo. Para ello es necesario, lógicamente, primero definir el grupo mayor, esto es, por qué algunas conductas de defensa están permitidas (incluso aunque causen daños a terceros). En

<sup>5</sup> Renzikowski, Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 127, 173, y n° 68; Engländer, Armin, "Die Pflicht zur Notwehrhilfe", en *FS-Roxin*, de Gryuter, Berlín, 2011, p. 667.

<sup>6</sup> Baldó Lavilla, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2° ed., BdeF, Buenos Aires, 2016, p. 277; también Silva Sánchez, Jesús María, "Permisos y deberes en la defensa de terceros. Un análisis previo y disidente", en AA.VV., *Estudios jurídico-penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2018, p. 631.

este sentido, se tomará especialmente en cuenta el grupo de conductas permitidas en legítima defensa, ya que se trata de la causa de justificación que involucra facultades de defensa más amplias. Esto significa que, en general, cuando una acción defensiva provoca daños a otra persona el sujeto puede actuar *hasta* los límites de la legítima defensa<sup>7</sup>.

Al seguir ese esquema, a continuación analizaré primero cuál es el fundamento del derecho a defender los bienes propios (punto III.1). Ese es el círculo “mayor” de conductas permitidas. Luego (punto III.2) se expondrá qué conductas de defensa en favor de terceros son, además, obligatorias. Ese es el círculo “menor”, de conductas obligatorias y (necesariamente) también permitidas.

### III.1. El derecho a la defensa

No es ninguna novedad que de la existencia de derechos (jurídicos) se sigue el deber de respetar su contenido. Así es que si todas las personas,

<sup>7</sup> El tema de la legítima defensa es especialmente delicado porque el ordenamiento jurídico llega a permitir al titular del derecho a defenderse a emprender una conducta que supera los límites de la proporcionalidad. Por esa particularidad de la legítima defensa no es ninguna sorpresa que entre los autores no se haya alcanzado un acuerdo respecto del *fundamento jurídico* de este instituto. Por mi parte, en este contexto entiendo que debe estarse en favor de un fundamento de la legítima defensa de base individual pero que tenga especialmente en cuenta el conflicto interpersonal que subyace a la legítima defensa y, en concreto, la responsabilidad del agresor por la agresión. Lo esencial no es ni la defensa unilateral de los bienes del agredido (como sostiene la llamada *teoría individualista*), ni que “el derecho no puede ceder ante lo injusto” (como sostiene la *teoría objetivista*), ni tampoco puede hacerse a *piacere* una combinación de ambos fundamentos (como propone la *teoría del doble fundamento*). Más bien, lo esencial de la legítima defensa es el conflicto entre el agresor y el agredido, del cual el primero es responsable. En pocas palabras, el derecho del agredido a defender sus bienes es una consecuencia directa de la puesta en peligro responsable de su esfera por parte del agresor. Esa es la idea central de una teoría interpersonal de la legítima defensa. En un sentido similar, *et al. cfr.*, Palermo, Omar, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 179 y ss.; Pawlik, Michael, “Die Notwehr nach Kant und Hegel”, *ZStW* 114 (2002), pp. 259-299; Greco, Luis, “Tiernothilfe”, en *JZ* 8/2019, pp. 390-398, quien denomina a esta teoría *teoría moderna-individualista* (pp. 393-4).

como titulares de derechos, tenemos derecho a la libertad, la integridad física y psíquica, la propiedad, etcétera, el resto de las personas tienen correlativamente el deber de respetar el goce de esos derechos. Sin embargo, aquí no acaba el asunto. La titularidad de un derecho también conlleva la posibilidad de defender el goce efectivo de ese derecho frente a ataques externos. En efecto, contar con un derecho que no pudiera ser materialmente defendido implicaría que su vigencia es meramente formal, pero que realmente no puede disfrutarse.

Cuando un derecho propio está en peligro, entonces, su titular está en principio legitimado para defenderlo. Ese es, sin dudas, el caso cuando la defensa del propio derecho no causará interferencias en el goce de derechos de otras personas. Ahora bien, es cierto que la defensa de los propios bienes puede ser totalmente inocua para terceras personas (por ejemplo, si se piensa en quien recupera un objeto valioso de su propiedad, sustraído por un sujeto que ya lo había abandonado en la vía pública). Sin embargo, la defensa también puede provocar inevitables menoscabos a los bienes de otras personas. Así, puede ser que para defender el propio derecho a la vida no quede más remedio que disparar un tiro mortal al agresor. En el último caso, la justificación del derecho de defenderse requiere un *fundamento adicional* que incorpore la justificación del derecho de causar daños a terceros en el ejercicio de la defensa.

Esta segunda clase de acciones de defensa, que son en parte el objeto de análisis de esta ponencia, tiene entonces dos componentes: un componente de salvamento (el bien resguardado) y un componente de ataque (el bien sacrificado para la defensa). La doctrina denomina a esta clase de acciones *actio duplex*<sup>8</sup> atento al carácter bifronte que presentan. Ellas son objeto de estudio de la teoría de las causas de justificación. En ese marco, para la teoría de la legítima defensa que aquí se sigue<sup>9</sup>, si la

<sup>8</sup> Baldó Lavilla, ob. cit., pp. 17 y ss.; Coca Vila, Ivó, "Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 19, 2017, p. 2.

<sup>9</sup> Ver *supra* nota n° 6.

conducta que pone en peligro los bienes de una persona es una agresión delictiva, el derecho a defenderse (*Notwehrrecht*)<sup>10</sup> se justifica en virtud del deber de respeto o de fomento infringido por el agresor<sup>11</sup>. Esa posición repercute en el resto de las causas de justificación. Así es que, en el estado de necesidad defensivo, en tanto permite conductas de defensa menos intensas que la legítima defensa, el derecho a defender los bienes propios se justifica por la competencia preferente (o la responsabilidad no plena) del agresor<sup>12</sup>. Por último, en el estado de necesidad agresivo, que

<sup>10</sup> La defensa es una facultad, no un deber. Esta idea es sostenida desde antaño y se mantiene en la actualidad: ver, entre otros, Binding, Karl, *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, p. 732; Rönnaul/Hohn «§32», *LK*, 12° ed. §32 n° 1, p. 366; Engländer, ob. cit., p. 657; Baldó Lavilla, ob. cit., p. 55; Palermo, ob. cit., pp. 109, 252; Zaffaroni; Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 609 y siguientes. Estos últimos autores refieren que solo las versiones más extremas de las teorías objetivistas de la legítima defensa la consideran un *deber* de defender el ordenamiento jurídico en sí mismo (Zaffaroni/Alagia/Slokar, ob. cit., p. 610). Kant sí sostiene la existencia de un deber de defenderse, aunque sin respaldo penal. Para el filósofo, el deber de defenderse es un deber ético para con uno mismo (Hruschka, Joachim, “Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre”, en *ZStW* 115 (2003), pp. 208 y ss., 211).

<sup>11</sup> El agresor debe tolerar la afectación de sus propios bienes si es que ello es necesario para repeler la agresión ilegítima que él mismo ha organizado de manera responsable (Baldó Lavilla, ob. cit., p. 482). Por razones sistemáticas, basadas en una concepción orientada a la libertad del derecho penal (ver *infra* nota n° 16), entiendo que la agresión ilegítima que da lugar a un derecho a la legítima defensa puede consistir en infracciones a dos clases de deberes: deberes de respeto o deberes de fomento (deberes negativos o deberes positivos especiales). En cambio, no puede reaccionarse en legítima defensa en contra de infracciones a deberes de solidaridad mínima. Al respecto, Coca Vila, Ivó, “La legítima defensa frente a omisiones”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 69 (1), pp. 75-122. También rechaza que proceda la legítima defensa frente a la infracción de deberes de solidaridad, Palermo, ob. cit., pp. 237 y ss., para quien esa facultad solo procede frente a infracciones a deberes negativos o deberes de respeto.

<sup>12</sup> Sobre esto, Silva Sánchez, “Permisos y deberes”, ob. cit., p. 230; *cf.* Wilenmann, Javier, “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal”, en *InDret* 3/2014 y, recientemente, Jakobs, Günther, “Defensiver Notstand”, en Kindhäuser, Urs, Pawlik, Michael (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 179-191.

da lugar a una defensa permitida<sup>13</sup> de menor alcance (solo en términos proporcionales), el derecho de defensa se fundamenta en la solidaridad con el necesitado<sup>14</sup>.

Para volver a nuestro ejemplo, lo expuesto significa que la niña Sara tiene el derecho de defender su integridad física o su indemnidad sexual frente al ataque inminente del joven. Ese derecho, conforme a los principios que rigen la legítima defensa, se justifica a partir de la infracción inminente del deber negativo del agresor, quien mediante la agresión sexual amenaza con menoscararla en el goce de sus propios derechos. Sin embargo, debido a la constitución física y psíquica de la niña el ordenamiento jurídico no puede presumir que ella (así como ningún otro niño o niña)<sup>15</sup> podrá defenderse por sí mismo/a. En efecto, las normas de la legítima defensa “le habilitan normativamente” a defenderse, pero “no le atribuyen obviamente la capacidad fáctica de hacerlo”<sup>16</sup>. Por lo tanto, la imposibilidad constitutiva o fáctica de la niña de defenderse por sí misma constituye para ella un *obstáculo al ejercicio de su libertad material*. En un ordenamiento jurídico que pretende garantizar la *libertad real*<sup>17</sup> la situación no puede quedar así, sino que el déficit debe subsanarse,

<sup>13</sup> O, mejor, a conductas de *inocuidación de peligros* ya que el estado de necesidad agresivo no se emplea para repeler agresiones, ni culpables ni inculpables.

<sup>14</sup> La solidaridad puede ser entendida en términos intersubjetivos como, por ejemplo, *cfr.* van Weezel, Alex, “Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad”, en *Política criminal*, vol. 13, n° 26, 2018, pp. 1074-1139, o bien en términos estatistas como *cfr.* Pawlik, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.

<sup>15</sup> Ni tampoco otras personas con capacidades diferentes, a quienes se les asignan cuidadores que tienen una responsabilidad similar a la de padres y madres.

<sup>16</sup> Silva Sánchez, “Permisos y deberes”, *ob. cit.*, p. 631.

<sup>17</sup> Esto significa que el Estado, a través del derecho penal, debe permitir que cada individuo pueda desarrollar su vida como crea conveniente, según su propia cosmovisión. En ese sentido, Pawlik, *Das Unrecht*, *ob. cit.*, pp. 174 y ss.; del mismo autor, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 33 y ss., quien sostiene una concepción del derecho penal que podría calificarse como “orientada a la libertad” (*freiheitsorientiert*). Para contar con la posibilidad de ser *realmente libres* en la adultez, los niños y las niñas necesitan crecer en un entorno de cariño y protección. Por lo

garantizando jurídico-penalmente que *alguien* pueda ejercer la defensa de la niña *en representación* suya.

Ahora bien, el fundamento jurídico del *deber* de defender a la niña no se encuentra en las teorías que explican el derecho a defenderse uno mismo que se acaban de referir. Las causas de justificación solamente contienen *permisos* de defensa, pero no deberes. Hay consenso al respecto en la teoría de la legítima defensa propia<sup>18</sup>. En lo que alcanzo, en el estado de necesidad defensivo y en el estado de necesidad agresivo la posible existencia de un deber de defender o de salvar los propios bienes ni siquiera ha sido planteada por la doctrina, probablemente debido a que no se encuentra implicada la repulsión de una conducta antijurídica. Por lo tanto, si el agredido o necesitado decide no defender sus bienes haciendo uso de los permisos del estado de necesidad defensivo o del estado de necesidad agresivo, regirá en relación con él el principio de raigambre civilista de que “el sujeto sobre el que se cierne un mal no imputable ha de soportar su desgracia” o *casum sentit dominus*<sup>19</sup>.

Por lo tanto, podemos efectuar hasta el momento una conclusión provisional: (1) la niña tiene el derecho de defenderse de la agresión ilegítima del tercero; (2) conforme a la teoría de las causas de justificación (concretamente de la legítima defensa, que es la causa de justificación aplicable al caso tratado), el derecho de la niña a defenderse se fundamenta en la agresión ilegítima que está por cometer el joven; (3) la niña no puede ejercer ese derecho fácticamente por sí misma debido a que su constitución física y psíquica lo impide; (4) esta imposibilidad

---

tanto, su libertad real futura se pone en peligro si ellos/as son víctimas de delitos, maltrato o descuido durante la etapa de desarrollo.

<sup>18</sup> Ver *supra* nota n° 11.

<sup>19</sup> Según este principio, el *casum* (el evento fortuito, que no es imputable a nadie) debe ser “sufrido” por el dueño. Al respecto, ver Coca Vila, Ivó, *La colisión de deberes en Derecho penal. Tesis Doctoral UPF 2015*, pp. 376 y ss.; del mismo autor, “Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 122, septiembre, 2017, p. 252; van Weezel, ob. cit., pp. 1102-1103.

debe ser remendada por el ordenamiento jurídico ya que constituye un obstáculo para el disfrute de la libertad material de la niña.

### III.2. El deber de defender los derechos de terceros

Al tener en cuenta este panorama, el ordenamiento jurídico-penal dispone que las personas que ocupan algunas posiciones jurídicas están obligadas a garantizar la defensa de personas amenazadas por la comisión de un delito. Esa obligación positiva es encomendada en primer término a los funcionarios policiales, quienes tienen prioritariamente la obligación de defender a todos los ciudadanos y las ciudadanas que se encuentran en peligro<sup>20</sup>. Sin embargo, como es sabido, la posibilidad de actuación

<sup>20</sup> En la teoría del Estado moderna (y también en la dogmática jurídico-penal) pacíficamente se sostiene la idea *hobbesiana* de que la misión principal del Estado es garantizar la seguridad interna y externa (*oboedientiae finis est protectio*). Así, et al., Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Andrew Crooke, Londres, 1651, pp. 129-137; Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Part 1, 2<sup>o</sup> ed., De Gruyter, Berlin, 1991, §29/77d, p. 832; Pawlik, *Das Unrecht*, ob. cit., pp. 187-188.

En derecho penal hay dos consecuencias especialmente importantes vinculadas a esa función estatal. Por un lado, la idea de que solo hay derecho a defenderse en legítima defensa propia o de terceros en caso de que el auxilio estatal “no sea accesible o no sea eficaz” (Zaffaroni/Alagia/Slokar, ob. cit., p. 611; *cfr.* Engländer, Armin, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 163-164). Lógicamente ese es el caso cuando los ataques provienen del Estado. En otras palabras, en casos de violencia estatal no puede considerarse *posible* el llamado a la autoridad, por lo tanto, hay permiso a la legítima defensa propia o de terceros. Por otro lado, de la misión de seguridad estatal se desprende la idea de que la existencia de un deber de auxilio o de defensa de los particulares será siempre subsidiario al deber de defensa de los funcionarios policiales. Ver *infra*, punto IV. De estas dos afirmaciones no puede extraerse, sin embargo, que los funcionarios policiales ocupen *siempre* una posición de garante respecto de la evitación del delito. En relación con ello, ver Coca Vila, “Tirar a matar”, ob. cit., pp. 26 y ss.; Zaczyk, Rainer, “Zur Garantienstellung von Amtsträgern”, en *FS-Rudolph*, Luchterhand, Neuwied, 2004, pp. 368 y ss. La doctrina dominante en Alemania, en cambio, sí entiende que hay posición de garante del policía por la función general de seguridad del Estado (entre otros, Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo 2, trad. Luzón Peña, Diego Manuel y otros, Civitas, Pamplona, 2014, §32, nm. 80, p. 874; Jakobs, *Allgemeiner Teil*, ob. cit., §29/77d, p. 832; y Pawlik, Michael, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, trad. de Lerman, Marcelo y Sancinetti, Marcelo, en *Indret*, 1/2008).



del Estado, sea a través de la institución policial o bien de otros mecanismos de prevención de delitos, es limitada<sup>21</sup>. A raíz de esta insuficiencia material de las instituciones estatales dispuestas para la defensa interior, existen mecanismos jurídicos que habilitan la defensa entre particulares si los funcionarios policiales no se encuentran presentes o dispuestos a actuar en defensa de ellos<sup>22</sup>.

Estos mecanismos jurídicos varían en función de si se trata de *personas constitutivamente independientes* (en principio todos los adultos capaces) o bien *personas constitutivamente dependientes* (como los niños, las niñas, los adolescentes o las personas que padecen alguna capacidad diferente). El motivo de ese tratamiento jurídico diferenciado es que en el primer caso se puede válidamente presumir que el adulto podrá defenderse por sí mismo, mientras que en el segundo caso se parte de la premisa contraria, esto es, que el niño o la niña *no* podrá organizar su defensa por sí mismo/a.

En el caso de los adultos o *personas constitutivamente independientes* la ineficacia de la defensa estatal es subsanada mediante dos mecanismos. En primer lugar, a partir del margen discrecional que permiten las normas permisivas propias o de terceros. Así, como veíamos, los ciudadanos adultos que no son defendidos por la autoridad están jurídicamente habilitados a emprender su defensa por ellos mismos en *legítima defensa propia*. También terceras personas pueden representarlos en el ejercicio de esa defensa, en *legítima defensa de terceros*. En relación con este último supuesto es importante aclarar que el tercero no tiene un derecho propio a defender al agredido o necesitado, sino que ejerce ese derecho *en su representación*<sup>23</sup>. Por lo tanto, si el agredido o necesitado no tuviera la

<sup>21</sup> Silva Sánchez, "Permisos y deberes", ob. cit., p. 632.

<sup>22</sup> Frente a los peligros externos, esto es, internacionales, en principio, no hay mecanismos de subsanación del incumplimiento estatal del deber de defensa de sus ciudadanos.

<sup>23</sup> Silva Sánchez, "Permisos y deberes", ob. cit., p. 637; Coca Vila, "Tirar a matar", ob. cit., p. 4, n° 6; Rönnau/Hohn «§32», LK, 12° ed. §32 nm. 204., p. 493; Renzikowski, ob. cit., p. 296.

voluntad de ser defendido, ello bloquearía en principio la posibilidad del tercero de intervenir en favor de él<sup>24</sup>.

En segundo lugar, los efectos indeseables de la ineficacia estatal en materia de defensa a los ciudadanos se ven mermados por los deberes generales que impone el delito de omisión de socorro (artículo 108 del Código Penal argentino). A partir de ese precepto penal puede interpretarse que en principio cualquier tercero que se encuentre a una persona que está por sufrir una agresión ilegítima está obligado a defenderla en las condiciones que prevé esa norma legal. Esto es, si fuera ineficaz el llamado a la autoridad y siempre que la defensa no represente un *riesgo personal* para el tercero defensor<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Algunos autores entienden que no es relevante la negativa del agredido a ser defendido cuando están en peligro sus bienes indisponibles, como la vida. Así, se argumenta que, si no es posible consentir ataques a esa clase de bienes jurídicos, tampoco sería posible negar que un tercero emprenda la defensa de esos bienes en legítima defensa de terceros. Como se advierte, en esta problemática (que en Alemania recibe el nombre de “*legítima defensa impuesta*” o *aufgedrängte Nothilfe*) los principios de la legítima defensa de terceros confluyen con las reglas sobre la validez del consentimiento. Al respecto, et al. Silva Sánchez, “Permisos y deberes”, ob. cit., pp. 638 y ss.; Rönnau/Hohn «§32», *LK*, 12° ed. §32 nm. 208., p. 495; Seeberg, Rouven, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, Peter Lang, Frankfurt, 2005; Koch, Michael, *Die aufgedrängte Nothilfe im Strafrecht*, Shaker, 2003.

<sup>25</sup> Esta interpretación es sostenida en el ámbito español por Silva Sánchez, “Permisos y deberes”, ob. cit., pp. 630-1; Baldó Lavilla, ob. cit., pp. 277 y ss.; Coca Vila, “Tirar a matar”, ob. cit., pp. 4, 5 y n° 11, en relación con los arts. 195 y 450 CPE. En la doctrina alemana también Engländer, “Die Pflicht”, ob. cit., p. 667 y ss. defiende la misma idea respecto al §323c StGB. No obstante, en general se sostiene que la cláusula “sin riesgo propio” no debe entenderse en sentido literal, sino más bien como una manifestación del estándar de ponderación del estado de necesidad agresivo. Es decir, en nuestro Derecho, existiría (según el art. 108 CPA) el deber de asumir un “riesgo propio” siempre que el interés salvaguardado sea preponderante en relación con los riesgos que amenazan los propios intereses del defensor por la realización de la conducta debida (Baldó Lavilla, ob. cit., p. 305). A partir de ese *límite sistemático* deben introducirse otras dos limitaciones “a la baja”, por motivos de inexigibilidad objetiva, que restringen aún más la conducta de defensa o de salvamento debida. En primer lugar, el *criterio de subsidiariedad* según el cual no se incumple el deber de socorro si, ante varias alternativas de acción defensiva, se emprende la defensa mediante la conducta que menos pone en riesgo los propios intereses del defensor (siempre que se trate de una conducta *ex ante* idónea para la defensa). En segundo

En consecuencia, mediante los dos mecanismos descritos de la legítima defensa de terceros y el deber de auxilio del artículo 108 del Código Penal argentino queda razonablemente cubierta<sup>26</sup> la situación de las personas que eventualmente no lleguen a ser defendidas por las fuerzas policiales, pero que sí dispongan constitutivamente de la posibilidad de defenderse por ellos mismos.

La situación de los niños y las niñas es en principio más endeble. Como veíamos, los niños y las niñas no pueden fácticamente ejercer los derechos de defensa por ellos mismos, por lo que su situación sería realmente precaria si no existiera ningún remedio a esa imposibilidad de ejercicio<sup>27</sup>. Además de esa imposibilidad fáctica, tampoco puede perderse de vista las restricciones jurídicas a las que se ven sometidos los niños y

---

lugar, según la *cláusula de adecuación* tampoco se incumple el deber si el sujeto omite emprender una defensa que ponga en peligro sus derechos fundamentales, como su dignidad humana o su integridad física (Baldó Lavilla, ob. cit., pp. 306-307).

<sup>26</sup> A mi modo de ver es razonable imponer deberes de salvamento ajenos siempre que se respete el estándar del estado de necesidad agresivo con las limitaciones referidas en la nota anterior. Imponer deberes de sacrificio mayores a ciudadanos no especialmente vinculados con la persona en peligro sería una carga excesiva para los ciudadanos y las ciudadanas, que verían mermada su libertad negativa (Baldó Lavilla, ob. cit., pp. 302 y ss.).

<sup>27</sup> No desconozco que el transcurso del tiempo también provoca que los adultos pierdan su vigor y fortaleza, conduciéndolos de nuevo a una situación en la que paulatinamente dependen cada vez más del cuidado y la atención de otras personas. Esta evolución natural del ser humano no provoca jurídicamente *per se* (salvo el caso de algunas discapacidades mentales) la asignación de cuidadores especiales como son para los niños y las niñas sus madres y padres. Probablemente ello obedezca a que, en el caso de los niños y las niñas, es absolutamente indispensable para su vida futura contar con un entorno afectivo estable en el cual desarrollarse. Por lo tanto, en su caso es indispensable la presencia de cuidadores especiales por motivos que trascienden al fundamento, que aquí analizo, de su incapacidad constitutiva para defenderse de ataques de terceros o de peligros externos. Sobre la situación de los adultos mayores en derecho, ver Becker, Ulrich, Roth, Markus (eds.), *Recht der Älteren*, De Gruyter, 2013. Específicamente en materia de derecho penal y concretamente referido a la eutanasia y la validez de la autonomía personal, Pawlik, Michael, "Das Recht der Älteren im Strafrecht - Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patientenautonomie", en Becker, Roth, ob. cit., pp. 127-164.

las niñas quienes, durante gran parte de su niñez, no están autorizados a ejercer ciertos derechos por ellos mismos, siendo (hétero)administrados por su/s madre/s y padre/s. La obligación de defensa de los terceros en el marco del artículo 108 del Código Penal argentino no subsana esa situación de vulnerabilidad (fáctica y jurídica) de los niños/as ya que la defensa ordenada por ese delito presenta, al menos, tres dificultades. Por un lado, contiene un deber jurídico-penal marginal o tenue<sup>28</sup>, reprimido en el ordenamiento jurídico argentino solo con pena de multa y cuya comisión frecuentemente no es ni siquiera detectada por las agencias de criminalización<sup>29</sup>. Por otro lado (y, en consecuencia), el deber contenido en ese delito en principio no genera al beneficiario un derecho subjetivo a ser defendido<sup>30</sup>. Por último, la cláusula de actuación *sin riesgo propio* también en principio excluye como debidas aquellas conductas que puedan

<sup>28</sup> En este sentido, por ejemplo, *cf.* Grünewald, Anette, *¿Zivilrechtlich begründete Garantienpflichten im Strafrecht?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 135 y ss.; Pawlik, *Das Unrecht*, ob. cit., p. 192; von der Pfordten, Dietmar, “Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten” en von Hirsch, Andreas, Neumann, Ulfrid, Seelmann, Kurt (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 111 y ss., quien refiere que el hecho de que algunos países occidentales no penalicen la omisión de auxilio (como Estados Unidos o Reino Unido) es un indicio de que el fundamento de su penalización no es muy fuerte. También refiere que los deberes de solidaridad son excepcionales y expresa preocupación por su hipertrofia en el derecho penal chileno actual, van Weezel, ob. cit., pp. 1080 y ss.

<sup>29</sup> En lo que alcanzo, en Argentina no hay ni siquiera estadísticas respecto de la tasa de persecución por el delito del art. 108 CPA. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales>, consultado el 19/09/2020

<sup>30</sup> El deber incluido en el art. 108 CPA puede ser considerado un deber positivo general o un deber de solidaridad mínima o de solidaridad general de manera similar a los deberes contenidos en el art. 195 CPE y en el §323c StGB. Hay consenso en que esta clase de deberes no da lugar a delitos de resultado (Jakobs, *Allgemeiner Teil*, ob. cit., §6 nm 67, p. 218, van Weezel, ob. cit.; Coca Vila, *La colisión*, ob. cit., pp. 41, 63; Robles Planas, Ricardo, “Deberes de solidaridad”, *Indret*, 1/12, editorial; Baldó Lavilla, ob. cit., pp. 339 y ss. Silva Sánchez, “Permisos y deberes”, ob. cit., pp. 632, 645). Así, dado que la prestación de salvamento respecto del tercero no vinculado no está contenida en un delito de resultado, sino solo en el art. 108 CPA (o tipos penales equivalentes a él), tampoco podría afirmarse que da lugar a un derecho subjetivo del necesitado u agredido garantizado con la máxima intensidad. En el mismo sentido, Coca Vila, “Tirar a matar”, ob. cit., pp. 23, 29.

resultar mínimamente riesgosas para el titular<sup>31</sup>. Por consiguiente, el delito del artículo 108 del Código Penal argentino es un *delito no esencial*, del cual un ordenamiento jurídico puede prescindir sin mayores efectos.

Para remediar esta situación problemática de las personas constitutiva y jurídicamente dependientes, el ordenamiento jurídico dispone que las madres o padres que estén a cargo del cuidado de sus hijos e hijas estén especialmente obligados/as a defenderlos/as. Esa afirmación se desprende de los tipos de resultado de la parte especial del Código Penal que admiten la posibilidad de ser realizados por omisión cuando el deber infringido por el sujeto sea un deber especial<sup>32</sup>. La interpretación

<sup>31</sup> Sobre el deber de tolerar afectaciones de distinta intensidad en cumplimiento del deber de soportar ciertos riesgos en función de cuál sea la posición especial que vincula al garante con la víctima, ver Lugert, Georg, *Zu den erhöhten Gefahrtragungspflichten im differenzierten Notstand*; Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

<sup>32</sup> Respecto a los delitos llamados delitos de comisión por omisión hay básicamente tres posturas. Por un lado (I), quienes sostienen que los delitos de comisión por omisión son inconstitucionales ya que los tipos de la parte especial que están redactados de manera activa, (por ejemplo, “*el que matare*”, “*el que abusare*”) solamente pueden ser cometidos mediante acciones, no mediante omisiones. Considerar que los delitos redactados en forma activa pueden ser realizados por omisión consiste, para esta postura, una infracción al principio de legalidad. Esta posición es sostenida por Zaffaroni (Zaffaroni/Alagia/Slokar, ob. cit., pp. 577 y ss., especialmente, pp. 581-582), quien niega que se genere alguna laguna de punibilidad, ya que en el Código Penal argentino se encuentra el delito de abandono de persona, que está previsto especialmente para las situaciones de omisión de cuidado llevadas a cabo por madres o padres (art. 106 calificado por el art. 107, CPA). A mi modo de ver esta postura no puede sostenerse ya que las palabras contenidas en los tipos penales no deben ser entendidas en su sentido literal, sino en sentido normativo. De esa manera, *matar* no solamente significa *provocar causalmente la muerte de alguien*, de la misma manera que tampoco *abusar sexualmente* implica *realizar acciones con contenido sexual de propia mano sobre el cuerpo de otra persona* (cfr. Silva Sánchez, Jesús María, “Ley y Norma en los llamados ‘Delitos de Omisión Impropia’”, *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, n° 1, abril de 2019). Por lo tanto, entiendo que los tipos de la parte especial del Código Penal sí pueden considerarse cometidos “por omisión”.

Por otro lado (II) se encuentran quienes entienden que los delitos de comisión por omisión son constitucionales y que la posición de garante es un elemento estructural del tipo objetivo. Esta es hoy la doctrina dominante. Para los defensores de esta postura existen dos estructuras típicas distintas: la del delito de comisión (que constituye la responsabilidad jurídico-penal por antonomasia) y la del delito

además es coherente con las normas jurídico-civiles que también asignan a madres y padres los deberes de cuidado y protección a sus hijos e hijas (artículos 638-670 del Código Civil y Comercial argentino). Por lo tanto, a diferencia de los sujetos beneficiarios del artículo 108 del Código Penal argentino, los niños y las niñas tienen indiscutiblemente el *derecho* a ser defendidos por sus padres<sup>33</sup>. La falta de cumplimiento de esa defensa (defensa *debida* de terceros) en circunstancias en que el riesgo de lesión a la niña o niño amenazada/o sea suficientemente concreto y unívoco<sup>34</sup>

---

de omisión. En esta última clase de delitos, cuando está presente el elemento de la posición de garante, entonces la omisión de la conducta debida equivale a su comisión activa. Así, por ejemplo, Roxin, *Tomo 2*, ob. cit., §31, pp. 751 y ss. o Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 533 y ss.

Por último (III) nos encontramos quienes entendemos que la posición de garante o, mejor, la noción de *competencia jurídico-penal* es un elemento que forma parte de toda realización delictiva. Este último entendimiento es el más "normativizado" ya que implica descartar que deban existir diferencias estructurales entre los delitos que se cometen por acción y los que se cometen por omisión. Esa sería solo una diferencia "naturalística" que no repercute directamente en la estructura dogmática del delito en cuestión. Este grupo de autores está encabezado por Günther Jakobs y Michael Pawlik (v. et al. Jakobs, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 146-147 y n. 92; Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 158). Aunque no pueda explicarse acabadamente aquí esta idea, cabe decir que en ambos casos (acción y omisión) la tipicidad queda determinada por la *teoría de la imputación objetiva*. Dentro de la teoría de la imputación objetiva es central la noción de *creación de un riesgo prohibido de lesión*. Así, para la postura de los delitos de omisión que aquí adopto, el riesgo prohibido de lesión puede producirse, por un lado, *activamente*, mediante el propio cuerpo de quien actúa o los instrumentos bajo su dominio si es que el sujeto con su propia conducta amenaza inmiscuirse en la esfera jurídica de otra persona. Por otro lado, el riesgo puede crearse *pasivamente*, porque el sujeto no controla una fuente de peligros que él debía controlar o no protege bienes que tenía la obligación de proteger. A partir de ello, la madre de nuestro ejemplo, Alicia, es responsable por la contención de los riesgos que se ciernen sobre su hija Sara. En consecuencia, puede entenderse que ha creado un riesgo prohibido de lesión en sentido jurídico-penal si no evita el delito que está por tener lugar.

<sup>33</sup> Ver *supra*, punto III.2, concretamente nota n° 29.

<sup>34</sup> Al respecto, Sancinetti considera que el abandono de una persona en peligro puede ser un medio comisivo tanto del delito de homicidio en comisión por omisión

(como sucede en nuestro ejemplo), puede considerarse constitutivo de un delito de resultado del Código Penal.

De lo expuesto se sigue que la diferencia *cualitativa* entre la legítima defensa de terceros (conducta permitida) y la defensa debida de terceros (conducta obligatoria) obedece a su diverso fundamento jurídico. En el primer caso el derecho de defensa es una consecuencia necesaria de la vigencia material de los propios derechos subjetivos, que garantiza el Estado y que se extiende por representación a los terceros que quieran ejercerla. En el segundo caso, el deber de defensa es una herramienta para subsanar la imposibilidad constitutiva de los niños, las niñas y los adolescentes de defenderse por ellos mismos.

Así, en nuestro ejemplo, Alicia no solo tiene el permiso, sino que tiene la *obligación* de intervenir en defensa de su hija. La falta de cumplimiento de ese deber en circunstancias donde el riesgo de lesión a la niña es concreto (y siempre que no concurren otras causas que la eximan de punibilidad)<sup>35</sup> puede dar lugar a un delito de abuso sexual simple en comisión por omisión (artículo 119, 1º párrafo, Código Penal argentino). Por lo tanto, con estas reflexiones queda resuelta la variante b) del ejemplo planteado en el Punto II.

A continuación, abordaré cuál es la consecuencia *cuantitativa*, de la distinción entre una conducta permitida y una conducta debida.

---

(art. 80, inc. 1, si es cometido por madres o padres contra sus hijos/as) como de un delito menos intenso, el delito de abandono de persona (art. 106 en función del art. 107 CPA). La clave para distinguir entre ambos encuadres jurídicos es *el grado de concreción y la univocidad del riesgo*. Así, para dar lugar a un delito de homicidio el abandono debe producirse ante un riesgo concreto y específico de muerte. En cambio, se configura el delito de abandono de persona si en el momento del abandono el riesgo se mantenía con cierto nivel de indefinición. Al respecto, ver Sancinetti, Marcelo, "La relación entre el delito de 'abandono de persona' y el 'homicidio por omisión'", en Ziffer, Patricia (dir.); *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 298 y ss.

<sup>35</sup> Como, por ejemplo, la falta de capacidad de acción de la madre o la inexistencia de su conducta. Sobre esto no podré aquí detenerme.

#### IV. La diferencia cuantitativa entre defensa debida de terceros y legítima defensa de terceros

Antes he señalado que *defensa debida de terceros* y *legítima defensa de terceros* son instituciones distintas y que del precepto de legítima defensa de terceros no pueden desprenderse deberes de defensa de terceros. También he referido que madres y padres sí tienen el deber de defender a sus hijos. En este apartado es necesario aclarar, en términos cuantitativos, cuál es la diferencia material entre el deber de defensa de terceros (concretamente, el deber de defensa de hijos e hijas) y la legítima defensa de terceros que pueden ejercer los padres y las madres. Es decir, qué clase de conductas de defensa son debidas (y también necesariamente permitidas) y qué clase de conductas son *solo* permitidas.

Así las cosas, entiendo que la diferencia cualitativa o de fundamento teórico entre conductas de defensa debida y de defensa permitida señalada en el apartado anterior debe traducirse en una diferencia cuantitativa en los límites que admiten las conductas de defensa debida y de defensa permitida para madres y padres respecto de sus hijos/as. Ya ha quedado suficientemente claro que solo si la defensa está vinculada al operador deóntico *deber* puede decirse que ella está jurídicamente garantizada. Si, en cambio, se conecta con el operador deóntico *permiso* (concretamente, permiso de defender a terceros), su prestación está librada a la voluntad del defensor/a. De esto se desprende que solo en el primer caso puede decirse que el Estado, a través del ordenamiento jurídico, *asegura* que esa prestación se lleve a cabo al otorgarle un *derecho* al beneficiario a exigir esa prestación<sup>36</sup>. En otras palabras, únicamente si la defensa del hijo o hija es un deber, estos últimos podrán exigir jurídicamente ese cumplimiento a su madre o padre, ya que tienen *derecho* a ello. La garantía se refuerza con mayor intensidad si, además de un deber jurídico-civil o administrativo, la defensa también es asegurada mediante un deber *jurídico-penal*.

Ahora bien, ¿cómo distinguir materialmente entre una conducta de defensa debida y una conducta de defensa solo permitida? Entiendo que

<sup>36</sup> Ver *supra*, punto III.2, concretamente nota nº 29.



ello solo puede lograrse a partir del estándar fijado por el principio de proporcionalidad: la conducta de defensa debida debe ser proporcionada mientras que la conducta de defensa permitida (legítima defensa de terceros) puede extenderse hasta los límites de la legítima defensa. Es decir, la defensa obligatoria frente a un ataque actual y antijurídico “no puede conducir a un perjuicio que no guarde proporción con el peligro a evitar”<sup>37</sup>. En cambio, la legítima defensa de terceros permite ocasionar daños desproporcionados<sup>38</sup>. Ella solo está limitada por la “necesidad racional del medio empleado”, lo que implica que la conducta de defensa que se escoja debe ser, de entre todas las conductas eficaces, la menos lesiva para los intereses del afectado<sup>39</sup>. Por lo tanto, *no hay deber jurídico-penal de emplear en la defensa al hijo y/o hija todo el espectro de la acción permitida en legítima defensa de terceros, pero sí hay permiso de hacerlo*. Así, quien emprende una defensa proporcionada en beneficio de su hijo o hija no infringe su deber de defensa en calidad de madre o padre, aunque podría haber llevado a cabo, en legítima defensa de terceros, una defensa más eficaz<sup>40</sup>.

El motivo esencial de esa idea es que, como veíamos antes, el deber de defensa de los particulares es siempre subsidiario al deber de defensa del Estado, quien tiene prioritariamente a cargo la función de seguridad ciudadana<sup>41</sup>. Esto significa que el Estado solamente puede dotar de garantía jurídico-penal a esa ayuda en los términos en los que el propio Estado

<sup>37</sup> Engländer, *Grund und Grenzen*, ob. cit., p. 153. Esto no significa, en ningún caso, que el titular del deber de defensa nunca esté obligado a causar la muerte de otro si la agresión que proviene de este último pone en riesgo severo la vida o la integridad física del agredido. En ese sentido, ver *infra* en este punto.

<sup>38</sup> Rönnau/Hohn, ob. cit., §32, nm. 62, p. 399; *cfr.* Béguelin, José R., “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer, Patricia S. (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal, Análisis de Fallos*, Hammurabi, Buenos Aires, vol. 5, 2012, p. 23.

<sup>39</sup> *Pars pro toto*, vid. Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo 1, trad. Luzón Peña, Diego-Manuel, y otros, Civitas, Madrid, 1997, §15 nm. 41, p. 628.

<sup>40</sup> Ni siquiera si la defensa proporcionada no resultaba ser tan eficaz como la defensa desproporcionada.

<sup>41</sup> Al respecto, ver *supra* nota n° 19 y Engländer, *Grund und Grenzen*, ob. cit., pp. 151 y ss.

*puede y debe* actuar. Esto es, como se reconoce en los textos constitucionales, de manera proporcional en cuanto a los daños que *ex ante* una conducta amenazaba con causar<sup>42</sup>. En otras palabras, al convertir el auxilio en una obligación jurídico-penal de determinados particulares, cuyo incumplimiento se amenaza con pena, el ordenamiento jurídico en cierta medida “estataliza” esa prestación. El Estado no puede extralimitarse de su propio marco de actuación fijado constitucionalmente, ni exigirle (bajo amenaza de una sanción penal) a otros ciudadanos particulares que lo hagan.

Dicho de otro modo, dentro del marco del Estado de Derecho *todo* ejercicio de violencia está condicionado al respeto del principio de proporcionalidad<sup>43</sup>. Ese estándar, que parece lógico aplicar al accionar de los funcionarios policiales (quienes, sin perjuicio de muchas otras limitaciones, *nunca* podrían estar *obligados* a ejercer violencia física más allá de lo proporcional), también debe regir la conducta jurídico-penalmente obligatoria de otros ciudadanos no funcionarios públicos, como las madres y los padres que aquí analizamos. Dicho brevemente, exigir a una persona privada una conducta que no sería exigible a un policía es axiológicamente incongruente<sup>44</sup>. Por lo tanto, la legítima defensa de terceros no puede concebirse en ningún caso como una conducta obligatoria.

<sup>42</sup> En este sentido, no desconozco que la discusión sobre qué daños son proporcionales y cuáles no es sumamente compleja y trasciende de lo que puede ser discutido en esta ponencia. Brevemente se ha dicho que son tres los factores esenciales que permiten ponderar los intereses en juego (en adelante lo expuesto es desarrollado por Coca Vila, “Coches autopilotados”, ob. cit., pp. 256-257). Por un lado, el valor de los bienes jurídicos afectados (vida, integridad física, autodeterminación sexual, etc.), que puede establecerse en función de la gravedad de las penas con que se amenaza su puesta en peligro o menoscabo en los delitos de la parte especial del Código Penal. Por otro lado, la intensidad de la lesión *ex ante* esperable (por ejemplo, no es lo mismo el riesgo de padecer un pequeño corte en el brazo que una grave lesión de bala en la pierna). Por último, la proximidad de la lesión o el grado del peligro existente, estándar que se decide en función de si el riesgo parece concretarse más tarde o más temprano.

<sup>43</sup> Pawlik, “Die Notwehr”, ob. cit., p. 264, n° 29.

<sup>44</sup> Así, Engländer, “Die Pflicht”, p. 667 en relación con los vigilantes privados.

Todavía debe hacerse una aclaración. Con lo expuesto no quiero decir en absoluto que la existencia de un deber de defensa (proporcional) de los padres y madres respecto de su hijo/a implique la anulación de su *permiso* de legítima defensa en favor de sus hijos o de cualquier otra persona. La negación del permiso de la legítima defensa propia y de terceros es una consecuencia que solo puede extraerse respecto de los funcionarios policiales<sup>45</sup> por motivos inherentes a la organización de las fuerzas de seguridad<sup>46</sup>. Su situación, sin embargo, es muy distinta a la de los ciudadanos particulares<sup>47</sup>.

En consecuencia, en el caso analizado parece claro que la conducta defensiva de Alicia de disparar al aire para evitar el ataque a su hija, que causa una rotura en el alumbrado público y un pequeñísimo corte en el brazo del peatón, es una conducta *debida* ya que se encuentra dentro de lo *proporcionalmente* exigible. Así, parece ser proporcionado causar un daño material (y unas lesiones jurídico-penalmente irrelevantes) para evitar el abuso sexual simple que estaba por sufrir la niña Sara.

<sup>45</sup> Cuando actúan en calidad de tales. Por lo tanto, si el funcionario policial no está de servicio, mantiene un derecho pleno a la legítima defensa como cualquier otro ciudadano (Rönnau/Hohn, ob. cit., §32, nm. 221, p. 507).

<sup>46</sup> Aunque esto es controvertido, parte de la doctrina entiende que los funcionarios policiales no pueden ampararse en las causas de justificación del Código penal, sobre todo, no en las cláusulas de legítima defensa propia y de terceros (en ese sentido, et al., Palermo, ob. cit., pp. 364 y ss.; en cambio, considera que sí están autorizados, Roxin, tomo 1, ob. cit., §15, nm. 89 y ss., pp. 656 y ss., concretamente nm. 93). Brevemente, la primera posición argumenta que las reglas de la legítima defensa propia y de terceros difieren sustancialmente de las normas que reglamentan la actuación de los poderes de seguridad por dos motivos. Por un lado, porque los funcionarios policiales no están limitados por la temporalidad de la agresión, sino que pueden actuar antes o después de esta. Por otro lado, porque los funcionarios policiales poseen, en general, un entrenamiento especial y disponen de un armamento mucho más idóneo para la defensa que cualquier otro particular.

<sup>47</sup> La situación de los particulares garantiza por la integridad o el cuidado de otra persona (como es el caso de las madres y padres) es diferente de la de los funcionarios policiales, por lo que no cabe sostener que estos últimos no puedan acudir a la legítima defensa propia ni de terceros. Así, a diferencia de los funcionarios policiales, tampoco pueden actuar antes ni después de la agresión, ni, por regla general, han recibido un entrenamiento especial o disponen de equipamiento para la defensa.

No puede decirse lo mismo respecto de la conducta de disparar a la pierna del agresor. Esa conducta, que ocasionó lesiones graves al joven (como era previsible *ex ante*), no puede ser una conducta debida, pero sí *permitida* por el ordenamiento jurídico<sup>48</sup>. Así, por haber creado de manera antijurídica y responsable el conflicto, es el agresor quien tiene que cargar con los costes de la defensa de la niña que, en este caso, ha sido llevada a cabo por su madre. Esto no quiere decir que no pueda pensarse en ningún caso donde sea proporcionado afectar la integridad física del agresor o agresora para defender la integridad sexual de la víctima. Así, por ejemplo, si el joven de nuestro caso amenazara con violar a la niña, sería para su madre proporcionado (y entonces, debido) disparar a la pierna para evitar la violación, o incluso emprender una conducta defensiva que pusiera en peligro la vida del agresor<sup>49</sup>. Lo mismo vale lógicamente si se tratara de una amenaza a la vida de la niña<sup>50</sup>. Harina de otro costal es si no podría el/la titular del deber (en este caso, la madre) argumentar una objeción de conciencia para sustraerse al cumplimiento del deber<sup>51</sup>.

En conclusión y por motivos de sistemática jurídico-penal que aquí no podré abordar en profundidad, la conducta de Alicia en el caso básico (disparo al aire, rotura de la farola y corte leve del brazo del peatón) es

<sup>48</sup> No desconozco que este razonamiento solo vale para el caso de que la conducta del disparo a la pierna sea una conducta “racionalmente necesaria” en los términos del art. 34, inc. 6, b) del CPA. Es decir que sea la conducta eficaz para la defensa menos lesiva de las que el defensor tenía a su disposición al llevar a cabo la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa se vincula con la relación entre agresión y defensa, no con la proporción del daño causado y el daño evitado (Bacigalupo, *ob. cit.*, p. 369). En el caso planteado, efectivamente, el disparo a la pierna era la conducta que con mayor seguridad terminaba el ataque de la niña y, por lo tanto, su ejecución es una conducta permitida. El disparo a la farola no garantizaba esa seguridad en la terminación del ataque.

<sup>49</sup> Similar al respecto, Coca Vila, “Tirar a matar”, *ob. cit.*, p. 38, nº 157.

<sup>50</sup> En ese sentido, Béguelin, *ob. cit.*, p. 23.

<sup>51</sup> Entiendo que en una sociedad liberal los ciudadanos que no pertenezcan a las fuerzas armadas o fuerzas policiales podrían argumentar motivos de objeción de conciencia cuando el cumplimiento de un deber jurídico les exija el empleo de la violencia física contra otra persona, en los términos de la protección constitucional a la vida. En un sentido similar, Engländer, *ob. cit.*, p. 669.

una conducta *atípica*. Los daños materiales ocasionados directamente no configuran el tipo legal del artículo 183 del Código Penal argentino ni el pequeño corte al transeúnte el delito del artículo 89. En la variante a) (disparo a la pierna del agresor), las lesiones graves provocadas al joven son típicas según el artículo 90 del Código Penal argentino, pero están justificadas<sup>52</sup>. En la variante b), como ya adelanté *supra*<sup>53</sup>, la omisión de defensa de la hija puede dar lugar a un delito de abuso sexual simple en comisión por omisión (artículo 119, 1º párrafo, Código Penal argentino).

## V. Conclusiones

1. Madres y padres tienen responsabilidad jurídico-penal por el cuidado de sus hijos/as, lo que incluye el deber de defenderlos frente a agresiones ilegítimas de terceros si no hay ningún funcionario policial que pueda intervenir en el caso concreto.

2. Ese deber de defensa no coincide con la defensa que, a partir del permiso de legítima defensa de terceros, están autorizados a emprender en beneficio de sus hijas y/o hijos amenazados por un delito.

3. El deber de defender a hijos e hijas (defensa debida) solo llega hasta el límite de lo proporcional por motivos axiológicos y de coherencia

<sup>52</sup> La solución de la atipicidad en el primer caso y de justificación en el segundo no puede ser explicada aquí con exhaustividad, pero obedece a la idea de que “en un ordenamiento jurídico libre de contradicciones no puede existir un deber de llevar a cabo una acción prohibida” (Renzikowski, ob. cit., p. 295). En otras palabras, no puede existir un deber de llevar a cabo una conducta que otra norma prohíbe. Por lo tanto, si la acción defensiva de la madre es en este caso *debida*, ella no puede ser considerada típica por otra norma jurídico-penal. Sobre el principio de *obligationes non colliduntur*, de raíz kantiana, Coca Vila, *Colisión de deberes*, ob. cit., pp. 149 y ss. Aunque es cierto que, para otros autores como Kaufmann, que distinguen nítidamente entre norma abstracta y obligación concreta, no habría ninguna contradicción si dos mandatos ordenaran dos conductas opuestas en la medida en que solo uno de ellos se concretara en un deber (Kaufmann, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 29 y ss.).

<sup>53</sup> Punto III. 2.

sistemática. Así, el Estado no puede garantizar jurídico-penalmente una defensa que vaya más allá de los límites en que el propio Estado puede actuar. Esto es, de manera proporcional.

4. La limitación de la defensa debida a lo proporcional en ningún caso quiere decir que los padres y madres pierdan su derecho a ejercitar la legítima defensa en favor de sus hijos/as. En relación con ellos no concurren los motivos que autorizan a suprimir los derechos de legítima defensa propia y de terceros a los funcionarios policiales en ejercicio de sus funciones.

---

PARTE III

**CIBERDELITOS**

**TECNOLOGÍA Y CONTROL  
EN TIEMPOS DE PANDEMIA**

---





# LA DIFUSIÓN DE IMÁGENES ÍNTIMAS SIN CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

*Por Paz Lloria García<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

El delito de difusión de imágenes íntimas se incorpora al Código Penal español en el año 2015, como consecuencia del conocido caso de una concejal que envió unas grabaciones eróticas a un varón y estas se difundieron sin su consentimiento. La causa fue archivada, pues la jurisprudencia del momento encontraba dificultades para encajar esta conducta entre las que se describían en el artículo 197 del Código Penal (revelación de secretos) al exigirse en el tipo básico para la ilicitud de la obtención del objeto material, que se hubiera producido sin consentimiento. Debido a que las imágenes se habían enviado de manera voluntaria, como una parte más de la actividad sexual de la mujer, se entendía que no se cumplimentaba el tipo de injusto del número 1 del artículo 197, y que, por lo tanto, la difusión tampoco resultaba punible.

En este escenario, y antes de la reforma, propuse realizar una interpretación del requisito del consentimiento que llevara a una adecuada protección de esta clase de actuaciones sin necesidad de acudir a la creación del nuevo tipo, al atender a la tradicional idea de la validez del consentimiento, entendiendo que, si la/las imágenes se utilizaban para un fin distinto del autorizado (es decir, para el conocimiento del sujeto a quien se enviaban) o por un periodo superior al autorizado (esto es, más allá de la duración de la relación de pareja, por ejemplo), no habría demasiado problema en incluir estas acciones en el tipo de descubrimiento y

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

revelación de secretos<sup>2</sup>. Sin embargo, esta tesis no fue asumida, y con la reforma del año 2015 se vino a introducir esta nueva figura en el artículo 197 (en su número 7) que, como ya he ha dicho en otras ocasiones, plantea múltiples cuestiones interpretativas que no tienen fácil solución.

## **II. Elementos y estructura del delito de difusión inconsentida de imágenes íntimas**

### ***II.1. Cuestiones previas, bien jurídico y objeto material***

Desde las explicaciones anteriores y, al tomar en cuenta la evidente lesión que se produce de la intimidad en los casos en que se difunden imágenes de contenido erótico-sexual de las mujeres, y su vinculación con situaciones de control y violencia de género, en el año 2015 el legislador introdujo el número 7 en el artículo 197, con lo cual se pretende cubrir el vacío para este tipo de conductas que, además, son muy habituales en el momento de ruptura de pareja generando lo que se conoce como “porno-venganza”, aunque un importante sector doctrinal entienda que resulta desde todo punto inadecuada su previsión<sup>3</sup>.

A mi entender, no se puede analizar la necesidad o no del castigo al tomar en consideración interpretaciones del bien jurídico “intimidad”, adoptadas en un escenario absolutamente analógico. En estos momentos, dicho bien jurídico ha de reformularse atendiendo a las oportunidades

<sup>2</sup> Es lo que he venido a denominar la tesis del “hasta dónde” y “hasta cuándo”, que tiene que ver, sobre todo, con la consideración de este delito como infracción tecnológica, que conlleva, de suyo, un incremento de injusto por el medio comisivo. Ello obliga a revalorar las tesis tradicionales del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional del “despojo de la intimidad” o de la “intimidad compartida”. Cfr. Lloria García, P., “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting»”, *La Ley penal*, n. 105, 2013.

<sup>3</sup> Doval Pais, A. y Anarte Borralló, E., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, Boix Reig, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial, La protección penal de los intereses jurídicos personales*, vol. I, (adaptado a la reforma de 2015 del Código penal), 2ª edición, Iustel, 2016, p. 527.

de lesión más grave que genera el entorno virtual para comprender que la difusión que se puede producir a través de las T.I.C. de los objetos materiales, junto a la facilidad para hacer llegar el contenido íntimo por el uso de la tecnología<sup>4</sup> provoca un incremento de injusto que permite valorar positivamente la previsión penal del nuevo tipo.

Por lo que hace al delito, se ubica dentro del artículo 197, en su número 7, entre las conductas que castigan el descubrimiento y revelación de secretos, lo que empareja, por tanto, la difusión de imágenes íntimas sin consentimiento cuando se obtuvieron con permiso con los delitos clásicos contra la intimidad.

El tipo se estructura en un tipo básico de naturaleza común desde el punto de vista de los sujetos y un tipo agravado para los casos de que el hecho se haya cometido con ánimo de lucro, la víctima fuere menor de edad o el hecho se haya cometido por el cónyuge o pareja con o sin convivencia.

Esta última referencia plantea, por un lado, que no se trata de una figura específicamente de género, puesto que no distingue que la víctima sea mujer u hombre, dotándole de naturaleza de delito especial dentro de la relación de pareja. Además, olvida, como bien apunta<sup>5</sup> a las situaciones en las que la ruptura de la relación ya se ha producido, lo que supone dejar fuera precisamente los supuestos más habituales en este delito.

La opción elegida pone de manifiesto cómo el legislador deja de lado la perspectiva de género, pues no ha tomado en consideración la victimización que se produce en este delito, donde el porcentaje de mujeres que lo padecen es muy superior al de hombres, sobre todo cuando hablamos

<sup>4</sup> No es lo mismo enviar o exhibir la imagen de manera presencial, a través de un correo ordinario, o al tener un encuentro físico para mostrarla, que requiere de una mayor dedicación en tiempo y en exposición del autor, que la posibilidad de enviarla o exhibirla por cualquier medio de comunicación actual (correo electrónico, plataformas de mensajería, redes sociales, etcétera) aunque el destinatario no sea plural, sino único.

<sup>5</sup> Alonso de Escamilla, A., "La reforma de los delitos contra la intimidad", Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J.M. y García Albero, R. (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, 2019, p. 768.

de contenidos de naturaleza sexual. La explicación se encuentra en la propia estructura social que sitúa a la mujer en el plano sexual como un ser pasivo y que la castiga por sus comportamientos sexuales inadecuados a la norma. Esto conduce a que la lesión de su honor e intimidad sea más grave que cuando es el hombre el que aparece en dichas imágenes, pues en su caso, por el contrario, el hecho de la actividad sexual con rol dominante lo empodera<sup>6</sup>. Quizá por ello lo razonable hubiera sido o mantener la estructura clásica del artículo 153 si se le quería dotar de perspectiva de género, o no incluir ningún tipo de previsión específica y dejar que jugara la agravante genérica del artículo 22.4 en los supuestos que fuera necesario.

En todo caso, hay que advertir que la técnica legislativa no es la mejor y que se plantean muchos problemas a la hora de su aplicación práctica.

Por lo que hace al *bien jurídico*, y al obviar la discusión doctrinal en este momento, creo que es sencillo sostener que se está protegiendo la intimidad en el sentido de aquella esfera de privacidad que implica la facultad de la persona a decidir la exclusión de terceros de determinados aspectos de su vida<sup>7</sup>.

En cuanto al *objeto material* viene constituido por las imágenes o videos que se refieran a una actividad íntima, por lo tanto, hay que atender a dos aspectos: a la imagen y a la naturaleza íntima de esta.

Respecto de la *primera dimensión*, hay que incluir tanto contenidos visuales como audiovisuales, y quedan excluidas en un principio manifestaciones íntimas que se recojan en grabaciones de voz o en textos escritos, pues parece que solo se dispensa protección a la imagen.

Esta posibilidad me pareció criticable en el momento en que apareció el anteproyecto de reforma, pues la afectación al bien jurídico también se

<sup>6</sup> Recuérdese el caso de la Tiziana Cantone, que acabó suicidándose tras sufrir acoso por la difusión de un video de contenido erótico o, por el contrario, la poca repercusión mediática de actuaciones como la de un jugador del Valencia CF en el año 2008 del que circulaba un video masturbándose. Las reacciones a este video “picante” según la prensa, eran graciosas y divertidas.

<sup>7</sup> SAP de Burgos 360/2016, de 8 de noviembre, desde la STC 134/1999.

puede producir mediante escritos o grabaciones de audio. Sigo manteniendo dicha crítica pues no creo posible sustentar el criterio de incluir las grabaciones de audio (sin imagen) expuesto por la Fiscalía General del Estado sin vulnerar el principio de legalidad en la Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/2015 del 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos.

La *segunda dimensión* del objeto material vendría marcada por la naturaleza íntima de la imagen, lo que hace referencia a las de contenido sexual, pero no exclusivamente. También encuentran acogida imágenes que afecten a otros ámbitos de la intimidad como puedan ser la ideología política, la fe religiosa, aspectos que afectan a la salud, o la propia orientación sexual. En cuanto al contenido de las imágenes, en el ámbito sexual, se plantea la duda de si para ser íntimas han de tener un carácter sexual explícito, o si basta con que tengan una connotación erótica.

A mi entender, resulta suficiente con que se vea afectada la esfera de la sexualidad, por lo que un simple desnudo que se quiera mantener en el ámbito de la privacidad sería suficiente para que la intimidad se viera afectada. Así, se ha pronunciado el T.S. en la Sentencia 70/2020, del 24 de febrero.

Dichas imágenes, para ser íntimas, según el precepto, deben cumplir dos requisitos:

- En primer lugar, y como resulta obvio, han de afectar a alguna de las esferas que se reservan a la intimidad y a las que he hecho referencia anteriormente.

- En segundo lugar, no deben ser públicas; esto es, han de haber sido obtenidas en “un domicilio o fuera de la vista de terceros” según la dicción legal.

Lo cierto es que este segundo requisito se plasma mediante una expresión que no parece la más adecuada. Teleológicamente se refiere a la idea de que la imagen o imágenes se hubieren captado en un contexto de intimidad o confianza, que es lo que dota de contenido de injusto a la acción y genera la expectativa de intimidad necesaria en este tipo.

Es decir, que no se hayan tomado a la vista del público, pues entonces perderían su carácter de privadas.

Por otro lado, aludir al domicilio para delimitar el ámbito de la privacidad plantea ciertos problemas. Quizá hubiera sido más correcto referirse a lugares privados por contraposición a los públicos, al seguir la técnica empleada por la L.O. 1/1982, de protección al honor, pues de este modo, además de ganar en certeza jurídica por ser dos conceptos ya jurisprudencialmente asentados, se eliminaría la mala técnica jurídica que supone mezclar conceptos jurídicos con conceptos descriptivos en un mismo requisito<sup>8</sup>.

De este último requisito se pueden derivar interpretaciones complejas: por ejemplo, qué ocurrirá con las imágenes que se capten en un sitio reservado, pero no fuera de la vista de terceros –lo que puede ser habitual en situaciones de sexo grupal, o de manifestaciones ideológicas, o religiosas–.

Lo importante, en definitiva, es que la imagen sea íntima, que afecte a los aspectos que conforman el núcleo sensible de la intimidad y, que su protagonista no autorice a que pierdan su carácter privado.

Y ello, con independencia también de si esa persona ha autorizado en otras ocasiones la divulgación de imágenes semejantes. Lo importante es si se autoriza o no la difusión de esas imágenes en concreto, lo que no cabe presumir.

Por lo tanto, entiendo que el objeto material vendrá integrado por cualquier imagen, dinámica o estática que afecte a la intimidad por su contenido y que se haya obtenido en un ámbito adecuado para preservar su privacidad.

## **II.2. El tipo básico**

Se recoge en el párrafo primero del artículo 197.7 y castiga con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, al que

<sup>8</sup> Martínez Otero, J.M., “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Derecom*, nº 12, 2013, p. 10.

*difunda, revele o ceda* a terceros sin autorización, imágenes íntimas que se *han obtenido* con autorización en un ámbito reservado (domicilio o fuera del alcance de terceros), siempre que ello genere un menoscabo grave a la intimidad. De nuevo, *el consentimiento* constituye el núcleo de la tipicidad.

La acción puede llevarla a cabo cualquiera, por lo que estamos ante un tipo común desde el punto de vista del *sujeto activo*.

El *sujeto pasivo*, sin embargo, solo podrá ser aquel que tenga capacidad de consentir, puesto que es el que *autoriza* que la imagen, estática o dinámica entre en la esfera de control del sujeto activo, y quién, además, *no autoriza* que dicha imagen salga de esa esfera.

Su participación en el hecho es, por tanto, doble: permitir que la imagen esté en manos de otro y no autorizar su difusión, revelación o cesión. Así, hay que excluir de este tipo aquellas acciones que impliquen una toma/obtención de imagen sin consentimiento, bien porque nunca se ha emitido, bien porque está viciado, bien porque no es válido.

Así, *el consentimiento* en la toma/obtención de la imagen, y la falta de este para disponer de ella, se convierte en el elemento delimitador del núcleo de la tipicidad al establecer un doble requisito: obtener con consentimiento lo que luego se revela, difunde o cede sin dicho consentimiento.

Evidentemente se incluirán en el ámbito del artículo 197.1 aquellas acciones que supongan la disponibilidad sobre el objeto material en contra de la voluntad del sujeto pasivo. Por ejemplo, si se obtuvo la imagen mientras que la persona estaba inconsciente, o dormida, o bajo los efectos de la sumisión química o similar. Indudablemente si se han vulnerado las barreras establecidas para proteger dichas imágenes estaremos también ante un delito de revelación de secretos.

En el caso de que el consentimiento no sea válido, hay que diferenciar los casos en los que dicho consentimiento nunca pudo ser válido por falta de capacidad para consentir (por ejemplo, cuando hablemos de menores de edad) de aquellos en los que se obtuvo mediante engaño u otra artimaña semejante.

En el caso del engaño, coacción o cualquier otro vicio del consentimiento indudablemente habrá que reconducir la conducta que, no tendrá cabida en el artículo 197.7.

Si hablamos de mayores de edad habrá que analizar si la acción se puede castigar por el 197.1 que será lo más razonable.

Otra cuestión que puede plantear dudas es cómo se resuelve la problemática del consentimiento en los casos en los que en las imágenes aparecen más personas involucradas de las que han prestado su consentimiento, por ejemplo, en los casos de sexo grupal.

En una primera reflexión, parece que habría que atender a la falta de consentimiento de alguno de los partícipes. Si esta se produce en la primera entrega, cesión o captación, nos encontraríamos con la paradoja de que el consentimiento de uno de ellos eliminaría la tipicidad respecto de la primera entrega para la vulneración de su bien jurídico y entra en juego el artículo 197.7 si se produce la posterior difusión sin su consentimiento; mientras que, respecto de aquellos que no prestaron consentimiento, según la tesis del despojo de intimidad, no se podría castigar por el artículo 197.1 ni tampoco por la posterior difusión.

Lo absurdo de esta conclusión me lleva a mantener la tesis defendida hace unos años sobre el consentimiento no extensivo y la invalidez de la tesis del despojo de la intimidad en materia al menos de imágenes dada la situación tecnológica y el cambio de necesidades de protección.

Por lo tanto, la falta de autorización de la persona o de alguna de las personas que aparece/aparecen en las imágenes son las que determinan la tipicidad. Esto implica entender que el consentimiento inicial es limitado. Aquí, el legislador interpreta el consentimiento sobre la base de la limitación personal y temporal explicada, lo que de nuevo refuerza la idea de que no resultaba necesaria la reforma llevada a cabo, ya que hubiera bastado una correcta interpretación del elemento que nos ocupa. Hay autores como Magro Servet que parecen haber acogido este criterio cuando afirma que la falta de autorización no necesariamente ha de ser expresa, por lo que basta con que el contenido de la imagen pertenezca a la esfera de la intimidad para determinar que no existe permiso para la



revelación, difusión o cese, lo que vuelve a conducir a la tesis del consentimiento no extensivo<sup>9</sup>. Al contrario, y para el caso del consentimiento en la toma de imágenes y no para la de su difusión, parecen pronunciarse<sup>10</sup> para quienes la expresión “con la anuencia de la persona afectada” indica que, en este caso, se admite el consentimiento tácito.

Desde mi punto de vista, el hecho de que se autorice la captación de imágenes íntimas es suficiente para presumir la falta de consentimiento en su difusión, salvo que expresamente se autorice.

En cuanto a la conducta, la primera parte consiste en *obtener*, con consentimiento, la imagen o grabación que constituye el objeto material.

Obtener, significa, desde un punto de vista gramatical estricto, conseguir, lograr, alcanzar. Por lo tanto, se refiere a que sea el propio sujeto activo quien la ha conseguido, siempre que lo haya hecho directamente: bien por haberla tomado personalmente, por haberla recibido del protagonista, o porque la ha conseguido de quien la capturó con el consentimiento de la víctima cuando se compartió el momento íntimo<sup>11</sup>, aunque la doctrina es discrepante en este punto.

En atención a la redacción del precepto, parece que solo se podrían incluir, *strictu sensu*, las imágenes que haya captado directamente el que posteriormente difunde o revela, puesto que estas tesis vinculan la acción de obtener, con el lugar de la obtención (*en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*), lo que impediría castigar la difusión de imágenes que se han recibido grabadas o tomadas por el

<sup>9</sup> Magro Servet, V.: “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código penal”, disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6d-b6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6d-b6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484)

<sup>10</sup> Doval Pais, A. y Anarte Borralló, E., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, en Boix Reig, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal), segunda edición, Iustel, 2016, 530.

<sup>11</sup> SAP Barcelona 302/2017, de 24 de abril.

propio autor de la acción. La conclusión de esta interpretación sería que se podría castigar si se difunden, revelan o ceden a terceros sin consentimiento las imágenes de aquella persona que permitió grabarlas, pero no si las envió con la autorización a disfrutarlas.

Evidentemente, esta exégesis daría lugar a un resultado absurdo y se aparta del espíritu de la norma y de una interpretación teleológica correcta de esta. El lugar al que se refiere el precepto está vinculado con la naturaleza íntima del objeto material, no con el significado del verbo, por lo que tampoco se fuerza el sentido de la norma al incluir tanto los supuestos de captación como los de primera recepción.

Los verbos típicos: revelar, ceder o difundir dichas imágenes, sin consentimiento, dota de naturaleza de delito mixto-alternativo a la figura que se analiza.

El alcance de *revelar* conduce a atender al sentido que de este se proporciona en el tipo básico del artículo 197.1; esto es, como la acción de dar a conocer a alguien lo que desconoce, por lo que las conductas de mera exhibición pueden encontrar cabida en este inciso, y sería suficiente con la exhibición a una sola persona por el medio que fuera (análogo o digital), si con ello se produce el resultado típico exigido –grave menoscabo de la intimidad–.

Por su parte, *ceder* implica transmitir, traspasar a otro, por lo que en este caso hará falta algo más que la mera exhibición; implica la entrega del objeto material, lo que en el entorno analógico podría ejemplificarse con la entrega de la única copia de la imagen de una persona a otra; en el entorno virtual será necesario que pase de un dispositivo a otro (de un usuario a otro), con el riesgo de la viralidad que va incrementándose en cada acción según la facilidad de acceso a la posesión y posibilidad de difusión que tenga cada nuevo sujeto que acceda a las imágenes, con el consiguiente incremento en la lesión del bien jurídico.

El verbo *difundir* implica extender o propagar, es decir, divulgar de manera indiscriminada. La idea es que la imagen íntima pase a ser conocida de manera pública, aunque en este caso no considero que se deba hacer la misma exégesis que se produce en los delitos de injurias o

calumnias, pues puede ser menor o mayor, en atención al medio empleado y/o a la intensidad de la lesión de la intimidad según el contenido de la imagen. Creo que se pueden incluir desde situaciones como las de colocar carteles en la vía pública con la imagen hasta envíos a través de cualquier plataforma de mensajería, o por cualquier red social; no es necesario que se envíe de un usuario a otro, bastaría con que se publicara en cualquier sitio de Internet al que tuvieran acceso otros usuarios: desde el muro de Facebook de aquel que dispone de la imagen con consentimiento hasta el envío por WhatsApp, a un grupo, por ejemplo<sup>12</sup>.

Esta interpretación, además, hay que completarla con la idea de la exhibición, cesión o difusión de las imágenes sea a “terceros” (en plural). Sin embargo, esta expresión no puede llevarnos a pensar que se exija para la consumación que la acción suponga una cesión o exhibición a más de una persona. Por el contrario, lo que pretende es evitar un concurso de delitos cuando sea más de una persona quien recibe la imagen.

El resultado del delito exige una lesión grave de la intimidad. La expresión elegida por el legislador nos sitúa ante una deficiente redacción, por la perogrullada que implica hablar de la intimidad “personal” de las “personas”.

La cuestión realmente radica en decidir cuándo se puede producir ese atentado grave, pues la introducción de la cláusula valorativa indeterminada genera dudas sobre el momento en que se cumple el tipo.

Lo cierto es que si la intimidad se configura como el derecho a excluir a terceros de aquello que consideramos privado<sup>13</sup>, o en una interpretación más moderna, como el derecho a autodeterminarse en relación con el control de los datos e informaciones, parece que no cualquier clase de vulneración de la intimidad, sino solo aquella que suponga afectar a ese deseo de que no se comunique una imagen estática o dinámica que afecte al denominado núcleo duro de la intimidad ya señalado, tal y como expone la mayoría de la doctrina.

<sup>12</sup> SAP de Madrid 97/2020 de 12 de febrero.

<sup>13</sup> STC 176/2013, de 21 de octubre.

No obstante, al tratarse de una cláusula valorativa que puede generar inseguridad, hay que atender al aspecto de la intimidación afectada, al considerar grave cuando toque a la más sensible (sexual, ideológica, religiosa, política o relativa a la salud). Pero, también por el *incremento de lesión que se deriva en el caso de que la difusión se produzca a través del medio tecnológico, en la medida en que incrementa de manera cuantitativa el número de potenciales receptores, generando así, si dicho incremento se produce, un cambio cualitativo en la afectación al bien jurídico que*, perfectamente, podría cumplimentar ese requisito de la mayor gravedad<sup>14</sup>.

Sin olvidar, además, las cuestiones que ayudan a incrementar el contenido de injusto en los delitos tecnológicos (anonimato, permanencia, dificultad en la persecución, etcétera), lo que obliga al juez a tomar en consideración a la hora de valorar la gravedad, no solo el hecho de que la imagen pertenezca a las del denominado núcleo duro, sino también al modo en que se han expuesto frente a terceros y el medio empleado para ello, al atender a la mayor o menor lesividad del bien jurídico derivada del diferente desvalor de acción.

### **II.3. Tipos agravados**

En el párrafo segundo del artículo 197.7 se recogen tres tipos agravados en atención a las cualidades del sujeto activo, del sujeto pasivo o por actuar con ánimo de obtener beneficios económicos.

#### *a. Por razón del sujeto activo*

La primera previsión agravatoria tiene que ver con la relación de pareja que une a sujeto activo y sujeto pasivo, lo que refuerza la idea de que el tipo básico no está pensado para las situaciones de *sexting*, o no al

<sup>14</sup> En este sentido, se pronuncia la SAN 15/2019, del 24 de octubre, donde se analiza la importancia que tiene el número de seguidores de la cuenta para determinar el alcance de la difusión. Similar, en relación con el poder de convocatoria de las RRSS, al hacer hincapié en la importancia del número de seguidores de la cuenta, el ATS del 4 de noviembre de 2019.

menos para los supuestos en los que dicha práctica sexual se produce en el ámbito de parejas consolidadas que han convivido.

A pesar de que en una primera aproximación pudiera parecer que esta agravación está relacionada con la idea de legislar tomando en consideración la perspectiva de género, lo bien cierto es que un análisis mínimamente detenido excluye esta posibilidad.

Cómo he dicho más arriba, no se trata de una figura específicamente de violencia de género, porque no distingue cuando la víctima es mujer u hombre, al dotarle de naturaleza de delito especial dentro de la relación de pareja.

Nada se dice en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015 al respecto, ni nada puede decir, puesto que, como he avanzado, la redacción adoptada implica un abandono de dicha perspectiva, lo que deja de lado la mayor victimización que se produce en este delito, donde el porcentaje de mujeres que lo padecen es muy superior al de hombres, sobre todo, cuando hablamos de contenidos de naturaleza sexual.

Por lo demás, resulta evidente que, en los supuestos en los que la acción se produzca entre un hombre y una mujer que no tienen esa relación de pareja, tal cual es definida por la jurisprudencia, habrá que aplicar el tipo básico, en su caso, con la agravante de discriminación por razón de género, cuando el hecho, como suele ser habitual, responda a razones de dominación y control, como es el caso de que la mujer no quiera mantener la relación, se trate de una situación de infidelidad, o simplemente no se someta a los deseos del varón que difunde las imágenes de intimidad sexual compartidas.

Agravación genérica que no será incompatible con la aplicación del subtipo agravado de relación conyugal o asemejada (constante o terminada), cuando las razones de la difusión obedezcan a los mismos motivos de control machista.

Si esto es así, no se entiende muy bien donde radica el fundamento de la agravación específica, excepto en la mayor facilidad para la comisión del hecho que proporciona la convivencia.

Por ello, no puedo compartir los razonamientos ofrecidos por aquellos autores que alude a la mayor frustración de la expectativa de intimidad

al existir convivencia, pues esta se puede producir también en las otras situaciones descritas<sup>15</sup>.

Ciertamente he sostenido, y sostengo, que en el ámbito de la pareja es donde se genera una mayor expectativa de intimidad y reserva, pero, precisamente por ello entiendo que dicha expectativa no puede extenderse solo a las relaciones de pareja que vienen descritas en el tipo agravado. Esto es, la previsión del párrafo segundo del artículo 197.7 sería razonable si se quisiera mantener el sistema de protección género-específico que caracterizaba al Código Penal español hasta la introducción de la agravante de género, pero no si solo se contempla la agravante para las parejas con independencia de quien sea el sujeto activo (el hombre o la mujer), pues la paradoja será que si el hecho se produce entre parejas la pena será mayor al poder aplicar el tipo agravado más la agravante genérica, y menor si se trata de meras relaciones de infidelidad, o de carácter puramente sexual, donde la tutela disminuye, al crear una vuelta a la legislación de género con connotaciones moralistas importantes, que ya considerábamos desterradas de nuestro texto penal.

#### *b. Por razón del sujeto pasivo*

Se trata, en este caso, de agravar la pena cuando el sujeto pasivo sea “menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección”. La fórmula, que se emplea en otros preceptos del Código pone de manifiesto la mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo en estos casos. Por menor de edad hay que entender al menor de 18 años, según una interpretación sistemática del artículo 197.7 con el artículo 19 del Código Penal; y por persona con discapacidad precisada de especial protección lo que se dispone normativamente en el artículo 25 del Código Penal, especialmente en su párrafo segundo. Los problemas que se plantean en este apartado son muchos, fundamentalmente en relación con la validez

<sup>15</sup> Colás Turégano, A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)”, González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, p. 669.

del consentimiento de estos sujetos especialmente protegidos, pero no es el momento de entrar en ellos.

### *c. Razones económicas*

La última de las agravaciones tiene que ver con el hecho de que el sujeto quiera lucrarse con la difusión de las imágenes. El fundamento de la agravación no resulta sencillo de encontrar, puesto que el móvil económico puede ser tan perverso, o no, como otros (venganza, coacción, odio), por lo que sería preferible que dicha agravación desapareciera.

## ***II.4. Culpabilidad***

El tipo se configura como eminentemente doloso, al exigirse que el dolo abarque tanto el conocimiento de la falta de consentimiento para difundir como el resultado de lesión grave de la intimidad, por lo que resulta imposible el castigo imprudente.

## ***II.5. Problemas de autoría y participación***

En relación con la conducta analizada se plantea un problema común a todos los delitos que son susceptibles de ejecución a través de medios tecnológicos: quién es el autor de dichos delitos y cómo responden, si lo hacen, aquellos que con su actuación permiten la viralización de la acción.

En cuanto a la determinación de quién es el autor, el primer problema que se plantea es el de la averiguación del sujeto al que hay que imputar el resultado, al atender a las dificultades que en muchas ocasiones se plantean en los delitos tecnológicos por el anonimato que aparece como un rasgo característico. Pero, una vez determinada la autoría, y al aplicar las reglas generales de autoría y participación para las situaciones de cooperación necesaria, complicidad y coautoría en el momento de llevar a cabo la acción, surge una cuestión específica relativa a la difusión.

En el caso del artículo 197.7, la cuestión que se plantea es hasta qué punto se puede extender la responsabilidad como autor más allá

del sujeto que recibió o captó la imagen, en primer lugar, y realizó la conducta de exhibición, cese o difusión. Se trata de analizar si la responsabilidad penal por autoría es única o, por el contrario, en el ámbito de los delitos tecnológicos precisamente por la capacidad de viralización de las acciones hay que repensar las normas generales de autoría y participación y comenzar a construir nuevas categorías que permitan una respuesta penal más acorde a las nuevas formas de ataque que se derivan del entorno tecnológico.

En principio, la duda es si de este delito solo responde como autor el primer receptor de la imagen (que recibe con consentimiento y con prohibición de difusión) o si su responsabilidad es la misma que la de aquellos que posteriormente reciben esa misma imagen sin conocer si se ha obtenido de manera lícita o no. Esto es, si el redifusor incurre o no en la conducta típica por el hecho de participar en la cadena de difusión.

Si nos atenemos, como no puede ser de otra manera, a las reglas generales de autoría y participación no es posible extender la responsabilidad, pues el tipo delimita su ámbito de aplicación a aquel que la obtuvo con anuencia de la víctima, lo que califica al delito como de propia mano<sup>16</sup>, e impide la ampliación de la responsabilidad, a aquellos que no la recibieron o captaron con consentimiento, a riesgo de vulnerar la taxatividad.

En este sentido, parece que la propia naturaleza del delito impide que la autoría vaya más allá de aquel que realizó la difusión in consentida tras haber recibido las imágenes lícitamente. Ello no excluye la coautoría, en los casos en los que sean varias personas las que captan o reciben la imagen con consentimiento, pero sin autorización para que salga de ese círculo o en los casos en los que aparecen dos o más personas y todas obtienen las imágenes de todos, por lo que todos pueden convertirse en autores si difunden sin la autorización de quienes protagonizan la escena íntima.

Pero lo cierto es que, precisamente, el hecho de que se produzca esta difusión masiva es lo que permite justificar el incremento de lesión del

<sup>16</sup> Considero que este delito especial, además, resulta de propia mano, puesto que la acción personal de difusión, cesión o exhibición, puede llevarse a cabo, exclusivamente, por el que captó o recibió las imágenes.



bien jurídico. En unos casos, la difusión masiva responderá exclusivamente a la acción del primer captador/receptor –cuando sube la imagen a una red social en la que es visionada por multitud de personas–; pero, en otras ocasiones, será el traspaso de una persona a otra –de un dispositivo a otro– el que generará dicho incremento en la lesión que, en este delito en concreto, deberá quedar al margen del castigo penal, por impedirlo el principio de legalidad al no cumplir las exigencias típicas, aquel que recibe la imagen sin el consentimiento de quien la protagoniza.

Se produce así la paradoja de que quien participa en la cadena de difusión no responde, porque no obtuvo vulnerando directamente el consentimiento de la víctima, pero tampoco, porque no la obtuvo con su consentimiento, aun cuando le constara que la transmisión no había sido autorizada.

Quizá, como he adelantado, habría que repensar alguna construcción que permitiera contemplar el desvalor de resultado de estas acciones, más allá de la posible responsabilidad civil, aquí sí, a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección del Honor.

## ***II.6. Requisitos de perseguibilidad***

Por último, hay que poner de manifiesto que el artículo 201 del Código Penal establece un requisito de perseguibilidad y, además, dota de virtualidad al perdón del ofendido (artículo 197.3), en relación con la conducta genérica, lo que de nuevo nos lleva a apartar este delito de los que se incluyen entre los de violencia de género (desde un punto de vista normativo) pues es sabido que, en estos casos, la regla general es la de la actuación de oficio.

Se refuerza la idea entonces del abandono de la perspectiva de género por parte del legislador en este caso, y que la disponibilidad del bien jurídico es absoluta, por lo que la idea de consentimiento vuelve a surgir como elemento nuclear de la tipicidad o atipicidad de estas acciones.



# CIBERDELITO. CIBERPATRULLAJE. “DATAÍSMO” Y CONTROL DE DATOS EN EL MARCO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

*Por Nora A. Chernavsky<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

A partir de la declaración de la Organización Mundial de la Salud<sup>2</sup> de la pandemia de Covid-19, comenzamos a percibir que nuestro modo de vida “real” se estaba trasladando al mundo “virtual”, y este cambio, en el modo de desarrollar nuestros vínculos afectivos y sociales, educativos, académicos, laborales, recreativos, convivenciales y de consumo, había llegado para quedarse y profundizarse.

Este gran salto tecnológico en el que los juristas también hemos tenido que sumergirnos empujados por el contexto global de la pandemia, significó que la mayor parte de nuestro tiempo transcurriría en comunicaciones virtuales a través de plataformas que nos han brindado la posibilidad de intercambiar contenidos en forma sincrónica, pero que también nos permite hacerlo en sesiones y comunicaciones asincrónicas.

La imposibilidad de trasladarnos físicamente por el aislamiento preventivo obligatorio<sup>3</sup>, nos obligó a desformalizar el ejercicio de nuestra profesión y de la justicia, con el reemplazo de las actuaciones escritas y

<sup>1</sup> Profesora regular de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesora de posgrado de la misma Universidad. Secretaria de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derecho Penal.

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march>- O.M.S.

<sup>3</sup> Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>

declaraciones presenciales por comunicaciones virtuales, a través de nuevas interacciones, para lo que ciertamente la actividad judicial no estaba preparada, y tampoco lo estaban sus sistemas informáticos.

En el auge de las comunicaciones virtuales, cobran relevancia antiguos problemas de ciberseguridad<sup>4</sup> que afectan la privacidad de los sistemas y bases de datos públicas, así como las privadas y las plataformas de comunicación que –si bien estaban disponibles desde hace años– comienzan a utilizarse masivamente<sup>5</sup>.

Sin embargo, las herramientas tecnológicas adoptadas por las necesidades que el A.S.P.O. y luego el distanciamiento social imponen, estaban hacía largo tiempo a disposición de los usuarios, pero sin ser adoptadas ni menos reguladas con perspectiva digital.

Sin embargo, las pautas para armonizar legislación y preservar nuestras comunicaciones ya habían sido enunciadas en la Convención de Ciberdelincuencia<sup>6</sup> de Budapest desde el año 2001 precisamente con vistas a resguardar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y fomentar la cooperación internacional para hacer efectiva la investigación y represión del ciberdelito y el intercambio de datos internacionalmente dispuestos.

Debido a la pandemia, comienza también en los tribunales a tomarse declaraciones vía Zoom<sup>7</sup>, y se habilita rápidamente la firma electrónica y digital<sup>8</sup> de funcionarios y operadores judiciales<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2020/09/05/la-direccion-nacional-de-migraciones-denuncio-que-un-grupo-de-hackers-robo-informacion-y-ahora-le-pide-un-rescate-m>

<sup>5</sup> Disponible en: <https://protecciondatos-lopdp.com/empresas/zoom-problemas-privacidad-seguridad/>

<sup>6</sup> Propósitos enunciados en la Convención de Budapest de Ciberdelincuencia del año 2001. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/english/cyb\\_pry\\_convenio.pdf](https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf)

<sup>7</sup> Disponible en: <https://zoom.us/es-es/meetings.html>

<sup>8</sup> Ley 25.506, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70749>

<sup>9</sup> Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2020/04/21/videllamadas-firmas-digitales-y-planteos-online-como-trabaja-la-justicia-en-tiempos-de-coronavirus/>

Ello de acuerdo con las medidas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que habilitó la "utilización y empleo prioritario" de herramientas digitales, la modalidad de trabajo remoto, la realización de videoconferencias en todo el ámbito de la justicia y la utilización de firma electrónica y digital<sup>10</sup>.

En consecuencia comienzan también a legitimarse estos métodos "no presenciales" en sede judicial, tal como surge de un reciente dictamen de la Fiscalía General 3 de Casación en el que se expresó frente al planteo de nulidad del juicio oral por parte de la defensa que "... las circunstancias excepcionales que atravesamos y, en particular, la vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio (A.S.P.O.) dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional en el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 y prorrogado sucesivamente, ha obligado a adoptar herramientas alternativas, siempre respetando el debido proceso, incluyendo la oralidad del juicio penal"<sup>11</sup>.

Paralelamente al vuelco masivo de interacciones y procesos al entorno digital, se pudo observar el aumento de la actividad delictiva, y es en este medio donde comienzan a incrementarse aquellas conductas típicas, reguladas en la Ley de Delitos Informáticos<sup>12</sup> del año 2008, que adaptó los delitos tradicionales como la explotación sexual de niños y niñas, los fraudes con utilización de datos personales y financieros y otras manipulaciones informáticas, los daños a computadoras y a los sistemas de datos a las nuevas modalidades comisivas por Internet.

Asimismo, los delitos contra la privacidad, los accesos indebidos a correspondencia electrónica y a sistemas informáticos públicos y privados se incrementaron en todo este período de aislamiento social.

Entre las ilicitudes que aumentaron durante la pandemia figuran la venta de medicamentos y certificados de títulos públicos adulterados, la clonación de páginas web de entidades privadas y públicas desde las

<sup>10</sup> Ver puntos 12) y 13) de la Acordada 27/2020 disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=123394>

<sup>11</sup> Dictamen n° 20.718, Fiscalía General 3, 08/09/2020.

<sup>12</sup> Ley 26.388, disponible en: [//servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm)

cuales se solicitan datos a clientes simulando ser las páginas del banco oficial y, por último, la utilización de dichos datos para vaciar las cuentas bancarias a través de operaciones de *home banking* o retiros en efectivo, al utilizar los datos robados a sus titulares<sup>13</sup>.

Últimamente se señala también que aumentó el ciberacoso<sup>14</sup>, lo que, sin perjuicio del propio disvalor de la conducta de hostigamiento o seguimiento realizada sobre niños y niñas a través de las redes y mensajerías, el riesgo mayor es que cuando el acoso es con fines de abuso sexual, la conducta puede terminar en el delito más grave de *ciber grooming*, tipificado en el artículo 131 del Código Penal.

La definición del ciberacoso es el acoso o intimidación por medio de las tecnologías digitales. Puede ocurrir en las redes sociales, las plataformas de mensajería, las plataformas de juegos y los teléfonos móviles. Es un comportamiento que se repite y que busca atemorizar, enfadar o humillar a otras personas. Por ejemplo:

- ♦ Difundir mentiras o publicar fotografías vergonzosas de alguien en las redes sociales.
- ♦ Enviar mensajes hirientes o amenazas a través de las plataformas de mensajería.
- ♦ Hacerse pasar por otra persona y enviar mensajes agresivos en nombre de dicha persona.

El acoso cara a cara y el ciberacoso ocurren juntos a menudo. Pero el ciberacoso deja una huella digital; es decir, un registro que puede servir de prueba para ayudar a detener el abuso y, al ser una de las conductas que se han incrementado durante la pandemia, como se verá más adelante son objeto de tareas de ciberpatrullaje en las redes para su detección y prevención.

Se incrementaron también otras conductas disvaliosas como la difusión de imágenes íntimas sin autorización, y otros contenidos íntimos a

<sup>13</sup> Disponible en: <https://apwg.org/>

<sup>14</sup> Disponible en: <https://www.unicef.org/es/end-violence/ciberacoso-que-es-y-como-detenerlo>

través de falsos perfiles extorsivos o amenazantes constituidos mediante el robo de datos y de imágenes. Este expediente también comienza a utilizarse con el fin de hostigar, amenazar, extorsionar o cometer otros delitos en perjuicio del titular de los datos o terceros.

Dadas las características del medio informático, habré de realizar imprescindibles referencias a las características de la evidencia digital, regulada en la sección segunda de la Convención de Budapest<sup>15</sup>, que carece de regulación en el Código Procesal Penal Federal, y que se viene manejando en forma “análoga” a otras medidas probatorias, lo que genera, de momento, serias dificultades tanto al momento de su creación y aseguramiento al comienzo del proceso como para su incorporación válida posterior. La evidencia digital<sup>16</sup> se relaciona con los datos almacenados en los dispositivos electrónicos utilizados y con las huellas –que a pesar del anonimato que las redes proveen– vamos dejando en todas nuestras interacciones en el ciberespacio.

Estas evidencias –una de cuyas características es la fragilidad– deben ser válidamente obtenidas, resguardadas e incorporadas al proceso penal, ya que poseen alto contenido indiciario en relación con los hechos cometidos con utilización de los dispositivos electrónicos, o cuando estos son objeto de ataque.

También es preciso abordar la modalidad preventiva de ciberpatrullaje en “fuentes digitales abiertas”<sup>17</sup>, actividad regulada en nuestro país, por el reciente Protocolo 144 /2020 del Ministerio de Seguridad<sup>18</sup>, que derogó

<sup>15</sup> Convención ratificada por Argentina, B.O., ley 27.441, 15/12/2017.

<sup>16</sup> Disponible en: <https://ciberdelito.com/2020/11/03/trabajando-con-evidencia-digital-en-pandemia/>

<sup>17</sup> Se denominan abiertas, aquellas fuentes de información públicamente accesibles. Es decir, contenido disponible para todos. Pueden considerarse fuentes tan diferentes como la web (foros de debate, blogs, redes sociales y grupos abiertos), como cualquier otra información pública o privada como una revista, folletos, un libro o cualquier otra información cuyo origen sea de libre y público acceso. También denominada *open source*.

<sup>18</sup> RESOL-2020-144-APN-MSG disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/230060/20200602>

la resolución del año 2018, que había regulado con mayor secretismo y oscuridad la actividad de ciberpatrullaje<sup>19</sup>.

La nueva regulación –a diferencia de su antecesora– limita en el tiempo el alcance de la actividad preventiva, en tanto sirve para prevenir la expansión de ciertos delitos que se cometen o se incrementan durante la emergencia sanitaria, y tiene su fundamento en ella, por cuanto toma como base de la actividad preventiva, lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) en su resolución n° 1 del 10 de abril de 2020 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, en la que se destaca que la emergencia sanitaria global causada por el Covid-19, autoriza a los Estados a recurrir a herramientas de vigilancia digital para “determinar, acompañar o contener la expansión de la epidemia y el seguimiento de personas afectadas”, limita estas herramientas a los términos y propósitos de su utilización, limitada en el tiempo y con énfasis en el uso transparente de las herramientas y de su finalidad, y con habilitación de mecanismos de supervisión independientes al Ministerio de Seguridad, de la sociedad civil y de canales de denuncia.

## II. Cibercrimes y pandemia. Privacidad de los datos

Cuando se piensa en el cibercrime, sea como un delito tradicional materializado a través de redes de computadoras y sistemas informáticos o como nuevos delitos propios del ámbito de Internet tendemos a pensar que esas conductas tienen lugar en el espacio virtual y que no hay nada en el mundo real. Y sin embargo no hay nada más “real” que una calumnia, amenaza o un acceso indebido a nuestras cuentas y a los sistemas informáticos y a la difusión de nuestros datos privados por Internet, espacio en el que se magnifican y amplifican las consecuencias del delito tradicional, por la facilidad y masividad de la difusión de contenidos, que Internet supone. Precisamente se ha señalado que este es uno de los principales cometidos de Internet: hacer disponible a millones de

<sup>19</sup> Dictada por la ex Secretaría de Seguridad n° -2018-31-APN-SEC SEG#MSG del 26 de julio de 2018.



usuarios en billones de búsquedas diarias todos los contenidos dispersos por la web<sup>20</sup>.

En general, tendemos a pensar que es más real aquello que podemos ver y tocar, lo que trasladado a una defraudación, hace que parezca más real el hurto de nuestra billetera que el robo de datos, hasta que no verificamos, el vaciamiento de nuestra cuenta.

Así como cuando pensamos en una “inteligencia artificial”, rápidamente pensamos en un robot, o en un dron de vigilancia o en un vehículo autónomo, y no pensamos en la compleja programación de los algoritmos informáticos, que, pese a no disponer de forma física, puesto que son un conjunto de códigos u órdenes dadas a un sistema por un programador, afectan desde lo que buscamos en Internet, al decir lo que aparecerá y en qué orden, deciden lo que vemos o dejamos de ver en Facebook, o bien al censurar ciertos discursos o “amigos”<sup>21</sup> (sabemos, por ejemplo, que un algoritmo invisible nos permite ver solo lo que publica solo un número limitado de “amigos”, el resto queda, por así decirlo, “censurado” para nosotros).

Uno de los mayores aciertos de la reforma de la ley 26.388 de delitos informáticos, giró en torno a la incorporación al Título V, del Capítulo III del Código Penal, del bien jurídico “privacidad”.

Esta decisión del legislador del año 2008 tuvo en cuenta las graves invasiones a la privacidad que se registraron en el año 2006 sobre las casillas de correo de periodistas y políticos, invasiones a la “intimidad informática”<sup>22</sup> que se repiten cíclicamente en Argentina y en el mundo y que se conocen como espionaje ilegal<sup>23</sup>. Lo cierto es que, con el fin de

<sup>20</sup> C.F.C.P., Sala IV, causa CCC 17200/2013/TO2/CFC1, “Bejarano, Alexis Ezequiel s/recurso de casación”, Registro n° 2328/15.4, rta. 04/12/2015).

<sup>21</sup> Disponible en: <https://www.observacom.org/censura-algoritmica-covid19-expone-una-vez-mas-las-limitaciones-para-la-libertad-de-expresion-en-las-plataformas-de-internet/>

<sup>22</sup> Palazzi Pablo, “Delitos contra la intimidad informática”, *CDyT*, I Edición, Buenos Aires, 2019.

<sup>23</sup> Disponible en: <https://www.ambito.com/politica/espionaje/el-macrista-llego-the-new-york-times-n5113595>

evitar problemas de analogía *in malam partem*, se equiparó a todos los efectos legales, la casilla de correo electrónico a la correspondencia postal. Luego vino la construcción jurisprudencial que equiparó la violación de una cuenta de Facebook y luego de una de Twitter a la de correspondencia electrónica, por cuanto el acceso a dichas cuentas también se encuentra protegido por datos de usuario y clave, sin perjuicio de las publicaciones que se efectúen que pueden serlo de forma pública o restringida al público.

Es importante agregar que rige el anonimato en Internet, no obstante lo cual vamos dejando huellas o rastros de nuestra navegación, y esos datos son almacenados por las empresas proveedoras de servicios de Internet, las cuales se rigen por normas de “autorregulación” (términos y condiciones del servicio y de privacidad), que debemos aceptar para disfrutar de sus servicios generalmente “gratuitos”, donde el precio del servicio precisamente somos nosotros y nuestra privacidad<sup>24</sup>.

Respecto de la responsabilidad de los intermediarios de red por contenidos “ajenos” hasta el momento se carece de regulación civil, a excepción de la regulación pretoriana del procedimiento conocido como de *take notice and take down* apartado 18 del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Rodríguez María Belén c/ Google s daños y perjuicios”<sup>25</sup>, que prevé el procedimiento de anoticiamiento al proveedor de servicio del contenido infractorio, y su posterior supresión o baja. El principio establecido por la Corte es el de responsabilidad subjetiva del intermediario de Red, esto es que su responsabilidad se fundará solo en el caso de haber tomado conocimiento del contenido infractor que publica y no proceder a suprimirlo, una vez anoticiado.

La ley 26.388 junto al secreto de las comunicaciones, erigió en bien jurídico a la privacidad/intimidad, en el sentido de los artículos 18/19 de la Constitución Nacional, es decir el ámbito de lo privado, entendido

<sup>24</sup> Disponible en: <https://analiticadigital.es/en-internet-nada-es-gratis/>

<sup>25</sup> Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rodri-guez-maria-belen-google-inc-otro-danos-perjuicios-fa14000161-2014-10-28/123456789-161-0004-lots-eupmocsollaf>

como la protección de un espacio de reserva, no sometido a las injerencias de terceros.

La garantía, trasladada a Internet supone la protección de todo espacio de mensajería privada, correo electrónico, o perfil en una red social, a los que se accede necesariamente con credenciales de usuario y clave.

A dos años de la vigencia del G.D.P.R.<sup>26</sup> de la U.E. (Reglamento General de Protección de Datos de Europa) que reemplazó a la directiva 95/46 de privacidad y obligó, de hecho, a plataformas como Facebook, a cambiar determinadas condiciones de privacidad respecto de los datos de sus usuarios y, a partir de su vigencia en 2018, la red social estableció que todo lo publicado por el usuario sea privado por defecto, a menos que el titular le quite expresamente dichas restricciones. A poco de su vigencia ya son miles de personas de la U.E. (Unión Europea) que han llevado quejas individuales a través de los oficiales de protección de datos, y se han registrado miles de casos por violaciones a la privacidad, con el resultado de la aplicación de multas por 56 millones de euros por violaciones al reglamento.

En particular en el apartado (6) del reglamento de privacidad europeo, se valora la necesidad de la protección de los datos de las personas físicas por cuanto expresa:

“La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales.

“La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades.

“Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales”.

<sup>26</sup> Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

Al catálogo de los delitos contra la privacidad de la ley 26.388 y al de las nuevas conductas disvaliosas (difusión de imágenes íntimas: *sexting*, porno venganza, etcétera) se han sumado durante la pandemia delitos tradicionales graves que se han desplazado a las redes como la captación de niños y niñas para explotación y trata, y los vinculados a las falsificaciones de permisos de circulación Covid-19, circulación de medicamentos apócrifos para Covid-19, al incrementarse las estafas mediante clonación de sitios legítimos y el *ransomware*<sup>27</sup> mediante la infección de malware en los sistemas informáticos, que encriptan los datos o los secuestran para solicitar posteriormente una suma de rescate (generalmente en bitcoins).

La mayoría de los datos robados, por los que luego se solicitarán rescates en criptomoneda, ocurren en el 67 % de los casos mediante el *spam* o los llamados correos maliciosos, en un 36 % por falta de entrenamiento de las personas en ciberseguridad, lo que implica una débil protección de los sistemas, en el 30 % de los casos sucede por el uso de contraseñas débiles y otras prácticas inseguras, y solo en un 16 % sucede mediante la infección de las computadoras por introducción de virus maliciosos, lo que habla en general de una baja calidad de formación en ciberseguridad y protección de nuestros datos y de la privacidad de los que usamos Internet, incluidas las empresas<sup>28</sup>.

Por último y para hablar de las figuras penales que han cobrado también gran importancia durante la pandemia no podemos dejar de hablar del *phishing*, como maniobras de ingeniería social o de captación indebida de datos personales o económico-financieros, como credenciales de usuario y clave, y segundo factor de autenticación de la banca electrónica o el robo de los datos de tarjetas de crédito, códigos de seguridad, etcétera. Mediante estas maniobras se realizan las figuras defraudatorias del artículo 173, inciso 15, del Código Penal.

Luego las maniobras de *phishing* propiamente dichas se realizan mediante la creación de sitios web falsos, que simulan ser el sitio oficial o

<sup>27</sup> Disponible en: <https://www.safetymdetectives.com/blog/ransomware-statistics/>

<sup>28</sup> Ídem, nota 21.

utilizan su marca oficial, a la que emulan mediante la utilización del logo y otros signos distintivos de la marca o de la institución.

Con este engaño, potenciales víctimas son captadas o son dirigidas al ingresar al sitio falso a un formulario en el que vuelcan sus datos personales. Estas figuras más allá de la utilización de una marca oficial o conocida, que resulta ser el señuelo o el engaño para dejar los datos, puede quedar configurada como un acto preparatorio de una estafa posterior (la utilización de los datos para posteriores maniobras defraudatorias) o puede considerarse una estafa tentada cuando se invita a dejar los datos personales y el usuario lo advierte y no los entrega, o bien un delito consumado cuando no solo se dejan los datos, sino que estos son utilizados ya en perjuicio del titular.

Según recientes estadísticas esta modalidad de *phishing* entendida como técnica de captación de datos, es la maniobra que más se ha incrementado entre los ciberdelitos, en pandemia<sup>29</sup>, mediante este sencillo método de clonación de cuentas o sitios web para inducir a los usuarios a dejar sus datos en función de diversas ofertas falsas o propuestas tentadoras de trabajo, o románticas, ello según sea el tipo de defraudación intentada.

En paralelo, con la mayor utilización del *sexting*<sup>30</sup> (acrónimo de las palabras inglesas *sex* y *texting*) como metodología legítima y socialmente adecuada, para tomar contacto íntimo y compartir imágenes y videos a través de dispositivos y computadoras en medio del aislamiento social, incluso sugerido por las autoridades sanitarias, se ha incrementado la llamada "sextorsión", figura que generalmente se materializa desde un falso perfil en redes sociales como Facebook, Instagram, Tinder, escudándose en el anonimato o en la identidad usurpada para, a partir de allí, extorsionar y amenazar con la difusión no autorizada de las imágenes captadas con autorización de la víctima.

<sup>29</sup> Disponible en: <https://apwg.org>

<sup>30</sup> Disponible en: [https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/17/coronavirus-en-argentina-el-gobierno-recomendo-el-sexo-virtual-en-medio-del-aislamiento-obligatorio/?utm\\_medium=EchoBox&utm\\_source=Facebook#EchoBox=1587127169](https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/17/coronavirus-en-argentina-el-gobierno-recomendo-el-sexo-virtual-en-medio-del-aislamiento-obligatorio/?utm_medium=EchoBox&utm_source=Facebook#EchoBox=1587127169)

Las víctimas pueden ser indistintamente hombres o mujeres, y el impacto y las consecuencias son diferenciales en uno u otro caso, es decir, generalmente los métodos extorsivos y las amenazas de publicación indebida de las imágenes suelen ser más utilizadas contra las mujeres, debido a que las consecuencias en el mundo real de la difusión de imágenes íntimas suelen tener mayor costo laboral, social y afectivo para la mujer por los estereotipos de la conducta social, según los cuales se espera el seguimiento del modelo de “buena mujer”, de “mujer honesta” o de “buena madre”.

Podría pensarse, que estas maniobras extorsivas desplegadas anónimamente son individuales, pero solo en ciertos casos lo son, ya que en la práctica, muchas veces pueden observarse *modus operandi* idénticos de estas amenazas y extorsiones para no difundir las imágenes no autorizadas, con fines de que la damnificada gire las sumas de dinero generalmente al exterior a través de sistemas de giro de dinero hacia cuentas radicadas en países africanos o asiáticos, lo que da cuenta de la existencia de organizaciones delictivas, que actúan fuera del territorio y a través de falsos perfiles.

Por eso conviene recordar que, en Internet, no siempre se es quien se dice ser.

Un fallo reciente de los tribunales federales de la provincia de Mendoza<sup>31</sup> ha considerado que cuando las imágenes se difunden en páginas de pornografía, la conducta además de coactiva y amenazante resulta abarcada por el artículo 157 bis del Código Penal, por tratarse de una “publicación no autorizada en una base de datos”.

Otras veces tales difusiones han sido subsumidas en el artículo 155 del Código Penal, como difusión no autorizada de comunicaciones electrónicas, y minoritariamente algunos fallos señalaron una violación a la ley de propiedad intelectual, al considerar las imágenes divulgadas como una representación fotográfica.

<sup>31</sup> “Ramírez Carlos Raúl s/ Recurso de Casación” (Sala II CFCP del 6-2-2018, Registro n° 2/18).

Existen varios proyectos<sup>32</sup> para la penalización de los falsos perfiles y el robo de datos como para la penalización del *sexting* y de la porno venganza, incluidos en al menos dos proyectos integrales de reforma al Código Penal y recientemente con dictamen de comisiones en el Senado<sup>33</sup>.

Sin perjuicio de ello, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las trata desde 2018 como contravenciones locales<sup>34</sup>.

### III. Evidencia digital

Al tener en cuenta que todas las interacciones por Internet, van dejando huellas y rastros en los dispositivos utilizados y también datos en poder de las empresas proveedoras de los servicios de telecomunicaciones, es necesario repasar rápidamente las características de la evidencia digital, informática o electrónica, que forma parte del conjunto de pruebas introducidas por las partes en la contienda, y que tiende a probar o refutar el hecho de la imputación y lograr una correcta valoración de dichos hechos por parte del juzgador<sup>35</sup>.

Se ha sostenido que la evidencia digital "tiene por objeto cualquier registro que pueda ser generado dentro de un sistema informático, entendiéndose por este a todo dispositivo físico (computadoras, Smartphones, Tablets, CDs, DVD, pendrives, etcétera) o lógico, empleado para crear, generar, enviar, recibir, procesar, distribuir o guardar dichos registros, que

<sup>32</sup> Expte. S163/2017 y ver también <https://www.argentina.gob.ar/noticias/ingreso-el-proyecto-de-codigo-penal-al-senado>.

<sup>33</sup> Sesión conjunta de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del 2 de octubre de 2018 en la que se reafirma la necesidad de proteger la privacidad de las personas y realizar esfuerzos contra la suplantación de identidad (véase Expte. 163/2017).

<sup>34</sup> Disponible en: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley6128.html>

<sup>35</sup> Palazzi, "Análisis de la ley 26.388 de reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos. Sección Derecho Informático", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 7/08.

producto de la actividad humana o semejante, han sido extraídos de un medio informático”.

Debe destacarse que la evidencia digital sirve no solo para investigar el llamado delito informático o ciberdelito, sino cualquier delito cuya prueba se halle alojada en tales sistemas o dispositivos.

Son sus características:

- ✦ Intangibilidad (por ello los datos son alojadas en soportes físicos).
- ✦ Volatilidad (algunos registros están contenidos en almacenamientos temporales).
- ✦ Facilidad de duplicación (no existen originales en sentido tradicional).
- ✦ Fragilidad por la facilidad para su alteración y dañado (sujetas a manipulación, montajes, etcétera).
- ✦ Cantidad de metadatos que brinda (datos de fecha, lugar y dispositivos utilizados para su creación, sobre todo en el caso de las imágenes).
- ✦ Alto valor indiciario respecto del hecho que se pretende probar.

Sin embargo, son sus dificultades:

- ✦ La orfandad de regulación legal concreta para su recolección, preservación e incorporación al proceso.
- ✦ La utilización actual de una metodología análoga a la utilizada para la obtención de la prueba tradicional.
- ✦ Falta de experticia técnica y herramientas específicas, de la que carecen actualmente partes, jueces y fiscales

Son sus consecuencias:

- ✦ Injerencias abusivas en la vida de las personas y en sus comunicaciones.
- ✦ Alteración de la integridad de la prueba y planteos nulificantes por contaminación, borrado o manipulación de contenidos, fechas de creación, etcétera.
- ✦ Consiguiente alargamiento de los procesos (por los señalados planteos).



• La consecuente ineficacia probatoria en las investigaciones<sup>36</sup>.

Existen protocolos de actuación y guías de buenas prácticas<sup>37</sup> desarrolladas en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, que lo que buscan es brindar lineamientos para tratar la evidencia digital desde su obtención hasta la incorporación al proceso en el marco del ciberdelito, y de toda actividad delictiva que involucre medios informáticos y de los cuales pueda obtenerse información relevante para la investigación.

Asimismo, la preservación de información de cuentas de correo o asociada a perfiles de redes sociales que está basada en el artículo 16 del Convenio de Budapest incorporada a nuestro derecho interno (ley 27.441), permite conservar datos asociados a dichas cuentas (Facebook, Google, Instagram, Twitter o WhatsApp) para que estén disponibles al momento de ser necesarias para las investigaciones.

Esta medida es aconsejable, dado que un pedido de preservación de la información de determinada cuenta asegura que los datos o la evidencia de una injuria o del posteo de una imagen de pornografía infantil, sea conservada o frizada. Asegura también la disponibilidad de esos datos para el proceso, aunque el usuario los elimine.

Las capturas de pantalla también son registros digitales útiles para el caso que la información pública ya no esté disponible al tiempo de formalizar una denuncia y para localizar algunas cuentas de redes sociales. En general se solicita el U.R.L. de la cuenta, es decir, aquello que tipeamos en el navegador para localizarla en Internet, no basta el nombre de usuario, ya que este puede cambiar, pero la ubicación del recurso en Internet, no (U.R.L. es única).

También resulta útil para la investigación contar con el intercambio de correos electrónicos, no solo impresos, sino descargados juntamente

<sup>36</sup> Vaninetti, Hugo, "Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP". Cita online AR/DOC/2 2052/2013

<sup>37</sup> Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ufeci/files/2017/01/Gu%C3%ADa-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-para-Obtener-Evidencia-Electr%C3%B3nica-en-el-Extranjero.pdf>

con sus encabezados que son un conjunto de líneas que contienen información sobre la transmisión del mensaje.

En alguna red social como Facebook, la propia víctima puede descargar la información de su cuenta (incluidos los mensajes con el autor del hecho) en formato electrónico, lo que luego puede ser utilizado como evidencia en el proceso penal.

Contar con correos electrónicos y números de celulares suele ser muy importante para la investigación del cibercrimen, por cuanto el proveedor del servicio posee importante información almacenada.

Por ejemplo, en el caso de una reunión a través de la plataforma Zoom, la empresa podría darnos datos de la I.P. de conexión si en la sala se produjera un acceso indebido, y también contaríamos con la grabación del evento y con capturas de pantalla y contenidos de los chats si ellos contuvieran contenidos injuriantes, amenazantes o extorsivos.

#### **IV. Ciberpatrullaje y pandemia**

Recientemente el Ministerio de Seguridad mediante resolución 144/2020 estableció un protocolo de actuación para el desarrollo de tareas de prevención del delito de las cuatro fuerzas policiales bajo su órbita (ciberpatrullaje) “con uso de fuentes digitales abiertas”, entendiéndose por ellas, a las fuentes de información públicamente accesibles, dentro de las que puede considerarse a la web (foros de debate, blogs, redes sociales y grupos abiertos), como así también cualquier otra fuente de información pública o privada que ofrezca contenido libre, es decir, no sujeta a restricciones de acceso.

Cabe destacar, que no se habilitan tareas de vigilancia masiva sobre los ciudadanos, ni en las redes digitales y será la Secretaría de Política Criminal del Ministerio Seguridad, la que delimitará las actividades en las que las fuerzas realizarán las tareas autorizadas. Se descartan las tareas de inteligencia de la Ley de Inteligencia 25.520.

Explicita que la prevención digital deberá estar gobernada por el principio de necesidad, es decir, que no exista medio más idóneo para ello y

la proporcionalidad, esto es que la prevención abarque únicamente a los peligros graves e inminentes del ambiente digital, y que puedan poner en efectivo peligro la integridad de las personas, de los bienes, o de la salud pública, es decir, que sean materia judicializable, y no del ámbito de reserva de las personas, ni se prevendrán peligros abstractos sobre los bienes y se explicita que de manera alguna, estas tareas preventivas, pueden afectar la libre expresión de ideas, o censurar ámbitos de expresión como las protestas digitales, evitando que la tarea preventiva sea sesgada o discriminatoria respecto de determinados grupos de personas por sus expresiones, costumbres, inclinaciones, preferencias o ideas. Sin embargo, al no transparentarse las herramientas digitales utilizadas, no puede controlarse que dicha actividad no posea sesgos respecto de personas, zonas, comentarios o palabras clave utilizadas en las redes, etcétera.

Se dispone la prohibición del almacenamiento de datos personales de los prevenidos, salvo cuando estos sean necesarios para presentarlos al Ministerio Público Fiscal para el inicio de una investigación judicial, al ordenarse la destrucción de datos colectados que no den origen a un proceso penal.

Ni la recolección de datos que refieran a la ideología, actividades políticas o sociales de las personas, ni el control de contenidos de opinión circulantes por las redes digitales podrán formar parte de actividad preventiva alguna, de acuerdo con los principios generales invocados para la actividad.

Se propone prevenir aquellos delitos que pueden prosperar en momentos de emergencia sanitaria, como la venta de medicamentos apócrifos por Internet, y que prometen falsamente la cura del virus, al reforzar la necesidad de regular el uso de los medios informáticos, no solo en protección de la salud pública, sino también respecto de otros bienes jurídicos que pueden afectarse por este medio como los ataques a infraestructuras de hospitales y centros de salud (delito de sabotaje, de acuerdo con el artículo 184 del Código Penal).

Asimismo, se dispone la prevención sobre otros delitos tradicionales que en la emergencia se trasladaron a las redes y sistemas informáticos

como la trata de personas, lavado de activos, tráfico de estupefacientes y la pornografía infantil y el *grooming*<sup>38</sup>, como así también la prevención de la violencia de género, los ciberacosos, hostigamientos o extorsiones, al tener en cuenta también el alto número de femicidios registrados en el país durante la pandemia.

En síntesis, el alcance de esta actividad preventiva está limitada a la emergencia sanitaria y se enmarca en principios de actuación respetuosos de los pactos de derechos humanos en cuanto a la privacidad, intimidad y no afectación del ámbito de reserva de las personas, por cuanto no serán objeto de investigación las costumbres o inclinaciones políticas, religiosas, de género o sexuales de los ciudadanos y el tratamiento de sus datos, deberá ser conforme al principio de proporcionalidad y necesidad, conforme a lo dispuesto en la ley 25.326 de protección de datos personales.

La actividad, si bien no resulta novedosa, puesto que venía realizándose desde el año 2018, se distingue de la llevada a cabo previamente por tener no solo un contorno más definido en cuanto a la protección de la privacidad y de la libertad de expresión de los ciudadanos, sino también por los mecanismos habilitados de seguimiento, transparencia, publicidad y control de la actividad a través de la creación de un Consejo Consultivo Interministerial, que se deberá reunir periódicamente en el ámbito de dicho Ministerio para ir regulando y controlando la ejecución de las tareas de prevención habilitadas a las fuerzas de seguridad en el ciberespacio.

Sin duda, en este ámbito deberá transparentarse la actividad, las herramientas tecnológicas que se utilicen para la detección de casos, si se utilizan indicadores delictivos, cuáles son ellos, las categorías de datos recopilados y cómo se garantiza su fiabilidad, etcétera.

Por otra parte, comenzará a debatirse judicialmente en qué casos la actividad de ciberpatrullaje pudo haber afectado la privacidad y el tratamiento de datos de las personas, e iremos asistiendo a las primeras decisiones judiciales como la reciente de la Cámara Federal porteña que

<sup>38</sup> Artículo 131 del Código Penal, introducido por ley 26.904, B.O. 11/12/2013.

desestimó un recurso de apelación de la defensa al considerar que no violaba la privacidad, el procesamiento decretado en el Juzgado Federal 3, en relación con un caso de fraude marcario, iniciado por ciberpatrullaje en las páginas de Mercado Libre<sup>39</sup>.

## V. Rastreo de personas infectadas y pandemia

En la era del “dataísmo” nombre que le ha dado Yuval Noah Harari<sup>40</sup> a lo que considera como la nueva religión del siglo XXI, a la que se le deben ofrendar grandes flujos de información y datos, parece lógico el desarrollo y la metodología de seguimiento y rastreo de contactos de personas infectadas por Covid-19, tecnología a la que nuevamente le entregaremos el último reducto de nuestra privacidad: los datos de salud.

Y digo el último reducto, por cuanto la entrega de todos los demás datos personales, fotografías, acceso a la cámara, micrófono y contactos de todos nuestros dispositivos, ya lo venimos haciendo toda vez que queremos descargar alguna aplicación o servicio gratuito –entre comillas de Internet–, como así también cuando navegamos determinadas páginas, o habilitamos nuestras cuentas en la distintas redes sociales y plataformas diversas.

En relación con cómo se ha afrontado el control de la pandemia, Gargarella, entre nosotros, expresó que no puede fundarse todo en una sola dimensión: la de utilización de aplicaciones que funcionan en base a recopilación de nuestros datos<sup>41</sup>, sino también en la dimensión sanitaria del problema y de la atención a problemas estructurales básicos de la población y de mayor desarrollo de la ciencia e investigación, desarrollo de vacunas, y demás medidas sanitarias y de infraestructura<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Ver “D.C.N., F.F.X s/procesamiento”, JFed3 Capital.

<sup>40</sup> Yuval Noah Harari, *Homo Deus, breve historia del mañana*, capítulo XI, “La religión de los datos”, Ed. Debate, Buenos Aires, 2019.

<sup>41</sup> Técnicas de Big Data o de macrodatos.

<sup>42</sup> Gargarella, *Control de datos*, edición 539 de ámbito jurídico.

Hace una crítica tanto al accionar abusivo del Estado (el caso “Snowden”) como de empresas privadas (caso “Facebook con Cambridge Analítica”), como ejemplos del abuso de nuestros datos, por lo que finalmente sostiene que las aplicaciones deben estar estrictamente limitadas al fin de la pandemia y cuyo único objeto sea identificar y aislar casos de contagios y de funcionamiento temporal, solo gestionada por la autoridad sanitaria, con supervisión de comités de ética y O.N.G. independientes.

Por otra parte, si el sistema actúa con geolocalización, debe ser la persona la que decida si activarla o no, como sucede en la “aplicación Cuidar”<sup>43</sup>.

También resulta fuente de preocupación la utilización de algoritmos predictivos tanto en la actividad preventiva policial tradicional, en la de ciberpatrullaje y en la actividad judicial, los que por un lado pueden ser opacos al conocimiento de la sociedad (por ejemplo, los utilizados en la actividad de ciberpatrullaje en fuentes abiertas digitales) y del imputado y sus defensas al momento de llegar al enjuiciamiento en base a dicha actividad. Los algoritmos utilizados pueden ser discriminatorios puesto que se elaboran en base a comportamientos pasados de terceras personas, como así también a datos vinculados con aspectos sensibles, situacionales e incluso raciales, religiosos o vinculados a preferencias sexuales de la persona prevenida, lo que pone en juego no solo la privacidad de los datos de los investigados, sino también la equidad en la resolución de casos judiciales por el llamado sesgo o discriminación algorítmica<sup>44</sup> respecto de los parámetros utilizados para la confección de dichos algoritmos.

Las técnicas avanzadas de procesamiento de datos, además, harán de difícil identificación la conformación del algoritmo con el que se estará investigando, juzgando, o controlando la ejecución de una condena, todo lo cual favorece la discriminación de algunos sectores o personas vulnerables involucradas, como así también supone una fuerte restricción al derecho de defensa, por la opacidad y falta de transparencia de estos.

<sup>43</sup> Disponible en: [www.argentina.gob.ar/cuidar](http://www.argentina.gob.ar/cuidar)

<sup>44</sup> Miro Llinares, Fernando, “Inteligencia artificial y justicia penal. Más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 20/07/2018, UNED, pp. 87 a 130.

Por último, respecto del "dataísmo" que se alimenta precisamente de nuestra privacidad, podemos concluir que ello, en primer lugar, tiene que ver con las posibilidades mismas que brindan el desarrollo de las tecnologías digitales, que implican la posibilidad de compilar y dar tratamiento ilimitado a nuestros datos, lo que pone en riesgo, o tal vez haga desaparecer la privacidad, como bien jurídico, al menos definida como hoy la conocemos, y que se define en relación con los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, como ese ámbito de reserva o espacio de intimidad, que se desea mantener apartado de la mirada del otro, incluido el derecho a la propia imagen, tan cuestionado por las tecnologías biométricas.

Es necesario para evitar entregar en forma irrestricta e innecesaria nuestros datos, tomar control de la posibilidad de denegar el permiso solicitado por las aplicaciones utilizadas en nuestras PC, tablets, teléfonos, que nos piden el acceso a nuestras fotos, a la cámara y al micrófono, incluso al curso de nuestra navegación *online* y geolocalización, salvo que ello fuera necesario<sup>45</sup>.

Por esta razón, de pérdida de la privacidad, autores como Gargarella, entre otros, han expresado su preocupación por la pérdida del "último bastión o reducto de nuestra intimidad" que es la salud<sup>46</sup>, en la medida que no se cumplan los principios de necesidad y limitación a los fines establecidos para el uso ético de las tecnologías basadas en el tratamiento de nuestros datos.

<sup>45</sup> Pablo Gris Muniagurria, *ciberdelito.com*, en entrada de blog del 25 de julio de 2020.

<sup>46</sup> Harari, Yuval Noah afirmó que el ser humano "ya es hackeable" por cuanto ya se poseen un montón de datos, en particular datos biométricos. No solo se sabe dónde vamos, qué compramos, sino qué sucede dentro de nuestros cuerpos y mentes y si a eso se suma mucho poder de computación para comprender todos esos datos, vemos que ya no es necesario hacer seguimientos de las personas al estilo de los servicios de inteligencia tradicionales (disponible en: <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/09/27/>).





# CIBERDELINCUENCIA Y PANDEMIA<sup>1</sup>

*Por Marcelo A. Riquert<sup>2</sup>*

I. Para evitar reiteraciones con lo ya expuesto por las disertantes que me precedieron, doctoras Lloria García y Chernavsky, me limitaré a decir que la ciberdelincuencia es un campo propicio para visualizar la discusión que campea en nuestra materia en torno a la capacidad de rendimiento del viejo y conocido derecho penal “nuclear” o “clásico” para aprehender la fenomenología derivada de la incidencia de las T.I.C. y la globalización o si, por el contrario, la verificación de su incapacidad nos obliga a repensar la herramienta y avanzar hacia un nuevo o moderno derecho penal. De algún modo, esto bien se resumía en el cruce de miradas propio de fines de los ochenta y principios de los noventa que podría resumirse en la postulación de Gravobsky: esto es vino viejo en botella nueva; y la refutación de David Wall: esto es vino nuevo sin botella.

En este mundo que divide entre globales y locales, entre ciudadanos y enemigos, la tecnología lo hace al permitir distinguir quiénes son “inmigrantes digitales” de los que son “nativos digitales”. En este campo, aquellos que nacimos antes del advenimiento de la informática y las tecnologías de la comunicación a todos los ámbitos de la vida, tenemos una cierta desventaja frente a los que nacieron ya durante su regencia y que, por ello, se vinculan y la tienen incorporada de otro modo, son para los que los diseños de programación “amigables” lo son realmente.

<sup>1</sup> El trabajo reproduce –con mínima ampliación y precisiones sobre el aparato dogmático– la intervención en el tercer panel del XX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal - Homenaje al Prof. Dr. Julio B.J. Maier, realizado en forma virtual, el 5 de agosto de 2020.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho (UNMDP). Máster en Derecho Penal (U. Salamanca, España). Director del Área Departamental Penal de la Facultad de Derecho, UNMDP. Expresidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

Es muy probable que, entre otras cosas, debamos reconsiderar en qué consiste la alfabetización, idea que solemos relacionar todavía con la capacidad de lecto-escritura. En un mundo definitivamente marcado por la impronta tecnológica, la incapacidad de usar adecuadamente, de entender y aprovechar aquello que viene marcado desde esa impronta es una forma de analfabetismo. Lo vemos en medio de la emergencia sanitaria cuando, a partir de la determinación de grupos de mayor vulnerabilidad al Covid-19 y la necesidad de establecer un aislamiento social preventivo obligatorio (A.S.P.O.), les decimos a nuestros mayores que no deben salir de su casa, que usen *home banking*, que no vayan al banco y saquen dinero de los cajeros automáticos, que no paguen en efectivo, sino con tarjeta de débito o crédito, etcétera. El problema es que dentro de ese grupo etario en que todos son inmigrantes digitales, muchas veces se comprueba que las dificultades para acceder a cómo usar una computadora, cómo hacer operaciones en la banca virtual, cómo retirar dinero o hacer una transferencia desde un cajero automático, son francamente insalvables. Necesitan asistencia para hacer cosas básicas.

Del otro lado, entre los nativos digitales y quienes pese a no serlo se han adaptado o “migrado” sin dificultades al mundo de la tecnología, se observa la aparición de nuevos medios de comunicación que imponen nuevos lenguajes, empobrecidos por cierto en beneficio de ganar tiempo al acortar palabras o reemplazarlas por símbolos y dibujos (como los emoticones); nuevas enfermedades como los trastornos de déficit de atención con o sin hiperactividad o la proliferación de una suerte de síndrome de verificación –conforme al cual mi sociabilidad, mi lugar en el mundo depende de cuántas personas miren o les pongan *likes* a todo lo que compulsivamente comparto–; nuevas formas de agresión o de concretar lo que en realidad no son más que viejos delitos o conductas disvaliosas que se potencian por las posibilidades que brindan las T.I.C. Siempre hubo discursos del odio y la discriminación –provocaron incluso genocidios, como la Alemania nazi–, sin embargo, hoy vemos cómo proliferan y se multiplican favorecidos por la capacidad de multiplicación que apareja la tecnología. Los “odiadores” (*haters*), se organizan en forma sistemática (*trolls*) al conformar verdaderas usinas de noticias

falsas (*fake news*) con las que inciden en la vida política y social de nuestras comunidades<sup>3</sup>.

II. En lo que hace al momento habilitador de la intervención penal estamos viviendo, como dice el presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, John Vervaele, una época signada por el apartamiento del tradicional canon de la existencia de un delito o la sospecha de inminente comisión. So pretexto de la prevención, de la búsqueda de evitar la posible realización de graves delitos (en particular, el terrorismo, a comienzos del milenio), se instaló un verdadero “derecho penal sin sospechas”, donde diversas medidas coactivas, que erosionan nuestros derechos como ciudadanos en búsqueda de encontrar al “enemigo”. Así, convivimos con la videovigilancia del espacio público, la exigencia de reportar actividades sospechosas antes cubiertas por el secreto profesional, el uso de dispositivos de detección electrónica y geolocalización, la expansión de la herramienta “extraordinaria” de los agentes provocadores y encubiertos; y –como señaló antes la Dra. Cheriñavsky, diferenciándolo de las tareas de “inteligencia” – el control, recolección y procesamiento de datos (ciberpatrullaje) que, en nuestro país, en el marco de la pandemia, se ha regulado mediante la resolución n° 144/2020 del Ministerio de Seguridad, fechada el 31/05/20, por el que se aprobó el Protocolo General para la Prevención Policial del Delito con Uso de Fuentes Digitales Abiertas. Se volverá luego sobre esto con una referencia general.

De lo que no hay duda es que las T.I.C. han evolucionado con notoria rapidez y han provocado cambios sensibles en nuestras sociedades y, como no puede ser de otro modo, el derecho siempre va por detrás, tratando de regular la nueva fenomenología. Y así como en lo tecnológico se habla de “generaciones” en su desarrollo, en el derecho lo hacemos –en terminología

<sup>3</sup> La plataforma de *streaming* Netflix estrenó una película polaca, *The Hater* (dirigida por Jan Komasa, protagonizada por Maciej Musialowski, Vanessa Aleksander y Agata Kulesza, 2020, 135 minutos), donde más allá de los valores artísticos que para cada uno pudiera tener el filme, refleja con mucha claridad el rol en redes sociales de los *haters* y cómo funcionan las organizaciones de *trolls*, influenciando en discurso social y político.

de Ulrich Sieber<sup>4</sup>– de “oleadas de legislación”. Mientras que, en el primer plano fue un adelanto técnico el que produjo un “salto” distintivo (válvulas, transistores, circuitos integrados, microprocesadores e interconectividad son los que signaron las primeras cinco “generaciones”); la protección de la privacidad, la represión de los delitos económicos mediante ordenadores y la protección de la propiedad intelectual en el campo de la informática marcaron en los ochenta las tres primeras “oleadas”. Luego vino una cuarta, vinculada a las reformas procesales y todo lo relativo a la adquisición, presentación y validación en juicio de la evidencia digital, que es un aspecto sobre el que singularmente nuestro país viene atrasado.

Si nos refiriéramos en ambos planos a lo de más rigurosa actualidad, debe señalarse que nos encontramos en la sexta (6°) “generación”, que es la de la “inteligencia artificial” (I.A.), donde enfrentamos los desafíos que propone la robótica y la atribución de responsabilidad por los resultados lesivos provocados por aparatos autonomizados; el uso de interfaces cerebro/computadora no invasivos, con la consiguiente posibilidad de acceso y extracción de información cerebral y la necesidad de establecer “neuroderechos”; el uso de algoritmos predictivos y herramientas de gestión judicial que nos acercan rápidamente –como destacó en el Encuentro de Profesores anterior, en 2019, Daniel Pastor– a un “juez automático”. Este mismo año, antes de la pandemia, en Estonia se ponían en marcha a través de un plan piloto los “jueces robot”, equipos de I.A. para resolver juicios de hasta 7000 euros. Ante su resolución del caso, hay posibilidad de apelar ante jueces humanos. Lo que deja en claro que la primera instancia prescinde de ellos.

Sin necesidad de alejarnos hasta una de las repúblicas bálticas, a fines de 2019 se daba a conocer periodísticamente que, desde hacía poco más de un año, en el Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A. se estaba usando “Prometea”, un algoritmo creado con fondos públicos, entre la U.B.A. y el Estado de la C.A.B.A.<sup>5</sup>, al que se vuelcan los datos de todos los casos

<sup>4</sup> Sobre el particular, ver sus aportaciones en AA.VV., *Criminalidad informática*, coordinado por Santiago Mir Puig, PPU, Barcelona, 1992.

<sup>5</sup> En la página web oficial del “IALab” (Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires) se indica que el sistema

históricos sobre un determinado tipo de asuntos, para que el sistema “aprenda” (en realidad, funciona de modo predictivo) y sea capaz de, ante un nuevo caso, encontrar los patrones comunes que le permitan sugerir cuál sería la solución en base a lo que antes se resolvió en otros iguales o similares. Comenzó aplicándose en cinco temas vinculados al derecho a la vivienda, el empleo público y las personas con discapacidad y luego se hizo una experiencia piloto en una de las Fiscalías de 1° Instancia (la n° 12 a cargo de la Dra. Daniela Dupuy), sobre las causas contravencionales relativas a la conducción en estado de ebriedad (que representan el 60 % del total de casos en esa clase de dependencias)<sup>6</sup>.

Uno de sus desarrolladores, Juan G. Corvalán, indicó que con la I.A. se pueden resolver tareas simples, burocráticas y repetitivas, donde no hay demasiado para innovar (por caso, control de plazos) y que el

---

tiene habilidades que van desde automatización hasta predicción, originalmente fue construida pensando en la optimización de la justicia, pero mostró que podía ser interesante para otros sectores, por lo que se ha dado lugar al desarrollo de “Experiencia Prometea”, orientada a agilizar y optimizar los procesos burocráticos en todo tipo de organizaciones. Para ello, utiliza técnicas de aprendizaje automático (*machine learning*) supervisado y de *clustering*, a partir de etiquetado manual y de máquina; opera como sistema experto para automatizar la creación de documentos, realizar búsquedas inteligentes y asistir en el control de datos y posee una interfaz intuitiva y amigable que permite “hablarle” al sistema o chatear (*cf.* <https://ialab.com.ar/prometea/>).

<sup>6</sup> *Cfr.* Corvalán-Ciraudó, “Inteligencia artificial al servicio de la justicia penal, contravencional y de faltas. Prometea en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires”, en AA.VV., *Ciberdelincuencia II*, dirigido por Dupuy, Daniela y coordinado por Kiefer, Mariana, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2018, pp. 274/275. Al referirse al trabajo en la Fiscalía, aclaran que su equipo de trabajo se dedicó a tope a la estandarización y segmentación de documentos, la obtención de información y datos, la creación de árboles de decisiones y flujogramas de labor y, por último, las capas de innovación que proporciona “Prometea”. A partir de la sustancial reducción de pasos (por ejemplo, por ser necesario ingresar solo una vez un dato que luego se replica automáticamente en todas las partes de un documento o los que le sigan, ya que el flujo decisional está organizado en forma concatenada), se incrementó ostensiblemente la eficacia. Antes de su aplicación, en un mes se resolvían 172 causas que finalizarían en suspensión del juicio a prueba, 130 en juicio abreviado y 115 con requerimiento de juicio. La estadística mensual se incrementó a 720, 566 y 495 casos, respectivamente (pp. 276/277).

automatizar procesos estandarizados viene a contribuir al respeto de un principio básico como es la igualdad: que el ciudadano no reciba respuestas diferentes del Estado a un mismo problema. Llama la atención, además, sobre la habitual práctica judicial de resolver con base en lo que consideró antes la jurisprudencia y la opinión mayoritaria y que, con la *big data*, lo que se puede lograr es en un tiempo mínimo y sobre una base humanamente inasible brindar una propuesta de solución, con mayor eficiencia y propendiendo a una “justicia igualitaria”. Esto, aclara, no deja sin espacio al factor humano porque, visiblemente, el sistema chequea un plazo y deja afuera por extemporánea una presentación, pero es una persona la que tiene que determinar si se merece una excepción porque, por ejemplo, el incumplimiento se debió a un accidente fatal<sup>7</sup>. La iniciativa, como el propio Corvalán junto a Cirauo ha destacado, enmarca en lo que se podría llamar el “paradigma 4.0”, que consiste en aplicar las tecnologías más evolucionadas y disruptivas en tareas diarias de las organizaciones, de lo que no puede quedar fuera el propio poder estatal, que ha de rediseñarse a partir de nuevos enfoques, estructuras, sistemas y procedimientos<sup>8</sup>.

Si pasamos a referirnos a las “oleadas”, el comienzo del milenio estuvo signado por la quinta (5°), que fue la de implementación de un verdadero panóptico tecnológico para perseguir al enemigo terrorista (así, proliferaron los *papers* sobre ciberterrorismo y hacktivismo). Hoy estaríamos en una sexta (6°) que justamente la que refleja la cuestión de la I.A., en la que se ensayan respuestas jurídicas a las cuestiones derivadas de aquella y vemos que incluso en las currículas de la carrera de grado (abogado para nosotros, licenciados en otros países) más recientes (las que se acreditaron ante Coneau en 2018), se ha incorporado una novedosa materia: “derecho Artificial” o “derecho sobre Inteligencia Artificial”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. “Prometea, inteligencia artificial para hacer Justicia”, nota periodística publicada en *Ambito.com*, edición del 22/10/2019.

<sup>8</sup> Cfr. Corvalán-Cirauo, ob. cit., p. 272.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, en las facultades de Derecho de la UNMDP y de la Universidad Atlántida Argentina, también del sudeste de la provincia de Buenos Aires (sobre el

**III.** Una de las ventajas de la actual “cuarentena/A.S.P.O.”, con respecto a tiempos pretéritos, estaría dada porque las modernas T.I.C. nos hacen más soportable el encierro. Por cierto, desde los grandes medios de comunicación se hace hincapié en esto como si verdaderamente “todos” estuviéramos conectados. Pero, la verdad, aunque la conectividad mejora a pasos gigantescos (7 % en 2019 a escala global), al presente, hay una porción muy significativa de la humanidad que está desconectada con distintos grados de intensidad (y, probablemente, al no recibir el bombardeo de noticias constante, malas y buenas, sobre la pandemia, la esté viviendo y sintiendo en forma diferenciada).

Con una población mundial en 2019 de unos 7700 millones de personas, muy desparejamente distribuidas (alrededor del 37 % del total solo en dos países, China e India; el continente asiático concentra unos 4677 millones), solo el 55 % urbanizados, el total de usuarios de celulares (no de Internet, sino de telefonía) son 5190 millones (aproximadamente el 70 % de la humanidad). Tienen acceso a Internet con distintas facilidades y calidad de acceso y servicio, 4250 millones (casi el 60 %, téngase presente que en 2007 era el 15 %). El país con mayor nivel de conectividad es Emiratos Árabes Unidos, que alcanza el 99 %; el que menos, Burundi, con un 7 %. La media mundial es del 59 %, por debajo de la que se encuentran países de enorme población: India (50 %, con más de 1300 millones de habitantes), Nigeria (42 %, con 191 millones de habitantes), entre otros. Hay 16 países que están por encima del 90 % de conectividad (Dinamarca, Corea del Sur, Suecia, Suiza, Reino Unido, Holanda, Canadá, Arabia Saudita, Alemania, Nueva Zelanda, Japón, Hong Kong, España y Bélgica). En nuestro continente, U.S.A. alcanza casi el 89 % y Argentina el 78 %. El segundo continente más poblado, África (1100 millones de personas) es el que tiene conectividad más baja (Sudán, Eritrea y Burundi, menos del 10 %).

---

particular puede ampliarse en el trabajo de Federico Álvarez Larrondo titulado “El nuevo derecho artificial. Desafíos para el Derecho en general”, en AA.VV., *Inteligencia Artificial y Derecho*, bajo su propia dirección, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 44. (E-book disponible en: <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/inteligencia-artificial-y-derecho?location=18>).

En fin, como se ve, la situación sigue siendo todavía bastante desigual y no es necesario ingresar en mayores detalles para justificar el aserto. Lo expuesto también deja en claro que, para casi el 60 % de las personas, las restricciones de movilidad por motivos sanitarios han generado un incremento sustancial del tiempo de conexión diario y, en campos antes no implementados o con un uso hasta ahora menor o marginal, se han debido acelerar planes de implementación que aseguraran y ampliaran las posibilidades de teletrabajo (cumplir tareas en modo remoto a la oficina por medios informáticos, elaborando y firmando documentación en forma digitalizada), educación a distancia (clases online), compras y entretenimiento online. Y, como se resaltó por las Dras. Lloria Paz y Cherñavsky, en Argentina, el propio Gobierno recomendó a efectos de mitigar los rigores del aislamiento social el recurso al sexo virtual, en particular, la práctica del *sexting*<sup>10</sup>.

Por cierto, tal como se viene poniendo en evidencia en los grandes medios, para este universo de personas conectadas y que ahora lo están por más tiempo, la natural incidencia de la tecnología como factor criminógeno se ha incrementado. Así, valga la insistencia, nuestros adultos mayores, verdaderos “inmigrantes digitales”, forzados a abandonar su economía “analógica” (del dinero en efectivo) y a usar tarjetas de débito y crédito, a comprar online, son víctimas privilegiadas de ciberfraudes. Pero también los usuarios más asiduos, los de las generaciones que constituyen los grupos de “nativos digitales”, ven día a día cómo se suceden denuncias de no solo errores en la entrega de los pedidos, sino de maniobras intermedias por las que reciben piedras o maderas en las cajas que debían contener diversos productos. Tampoco es necesario abundar sobre esto.

Con todos encerrados se abre paso también al incremento de la violencia de género y la intrafamiliar, con otras víctimas privilegiadas (mujeres,

<sup>10</sup> Por todas, valga la noticia que publicara *Infobae* con el título “Coronavirus en Argentina: el Gobierno recomienda sexo virtual en medio del aislamiento obligatorio”, en su edición del 17 de abril de 2020 (versión digital disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/17/coronavirus-en-argentina-el-gobierno-recomendo-el-sexo-virtual-en-medio-del-aislamiento-obligatorio/>), con la aclaratoria de que la propuesta alcanzó repercusión en muchos medios internacionales.



jóvenes, niñas y niños). Aquella tecnología también favorece que se concreten diversos atentados contra la intimidad y la privacidad y, entre quienes hacen uso frecuente de las redes sociales (unos 3800 millones de personas, es decir, casi la mitad de quienes habitan el planeta), se exacerbaban prácticas de compartir los más variados contenidos audiovisuales. Es notable la alta exposición que, sin demasiada conciencia, se hace de nuestros niños por sus propios padres, al publicar en forma indiscriminada imágenes (*sharenting*) de las que, como no puede ser de otro modo, más temprano que tarde se perderá control y podrán involucrarse incluso en prácticas claramente ilícitas (por ejemplo, producir material que refleje abusos sexuales infantiles).

IV. Si hacemos foco en el tipo de conductas disvaliosas que se vienen observando respecto de aquellos grupos señalados como de potenciada vulnerabilidad, en particular todo lo que constituye la denominada “violencia de control” contra la mujer, no obstante tratarse de conductas que, a esta altura, no son novedosas, puede advertirse déficits y dificultades de tipificación, cuando no verdaderas lagunas de impunidad, por la falta de actualización de nuestro casi centenario Código Penal. No es que le faltaran modificaciones, porque lleva alrededor de mil en estos 99 años, pero ninguno de los intentos de reforma integral del siglo en curso ha logrado plasmar en realidad y, así, seguimos viendo cómo se hacen “parches”, las más de las veces de mala factura técnica y que no satisfacen aquello que se pretendía cubrir (ejemplo palmario, la pésima redacción del tipo de *grooming*, incorporado como artículo 131 en el año 2013).

En similar línea, vale decir, de defectuosa redacción, el 23 de julio se ha dado media sanción a un proyecto de ley de tipificación de la “difusión no consentida de imágenes íntimas a terceros”, del que –como destacó la Dra. Lloria García– me he ocupado en reciente publicación<sup>11</sup>. En lo

<sup>11</sup> Me refiero al trabajo “Media sanción a un defectuoso proyecto de tipificación de la difusión no consentida de imágenes íntimas de tercero y de extorsión sexual (*sextortion*)”, disponible desde el 30/07/2020 en el blog *Riquert Delincuencia Informática*. Puede consultarse en: <https://www.blogger.com/blog/post/edit/295719846976034560/5998749755000176188>

que interesa ahora, deja claro que se ha omitido la consideración de las propuestas de los anteproyectos de reforma integral de 2006 y 2014, así como la del proyecto de nuevo Código Penal de 2019, actualmente con estado parlamentario. Esta iniciativa, más allá de que parece poco probable que en las actuales condiciones políticas y sociales pudiera lograr aprobación, no debe soslayarse que incluye varias tipificaciones que se vienen reclamando y ofrece una plataforma de trabajo a mejorar, por lo menos, para una nueva reforma parcial. Así, se incluyen las siguientes: pornografía involuntaria o no consensual o *revenge porn* (artículo 493); extorsión sexual (artículo 122); acoso sexual infantil o *grooming* (artículo 122); difusión no consentida de imágenes íntimas o “delito de *sexting*” (artículo 493); creación de falsos perfiles y suplantación de identidad o *spoofing* o *identity theft* (artículo 492); conductas vinculadas con el material de abuso sexual infantil o ciberpornografía infantil (artículo 123); hackeo y espionaje (artículos. 501 y 502), alguna modalidad de acoso (artículo 122).

Para ir cerrando este segmento, no deja de ser un dato curioso que, mientras el Congreso Nacional no define esta cuestión, en jurisdicciones locales, como la de la C.A.B.A., se avanzó con la incorporación de figuras contravencionales que reciben varias de tales conductas. Así, en su Código Contravencional (ley 1472/2004), se incorporaron a comienzos de 2019 mediante su modificación por ley 6128<sup>12</sup>, dentro de un nuevo Capítulo V, “Identidad digital de las personas”, las siguientes contravenciones: difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas (artículo 71 *bis*), hostigamiento digital (artículo 71 *ter*), ambos con varias circunstancias calificantes (artículo 71 quáter) y la suplantación digital de identidad (artículo 71 quinquies, con severizantes propios).

V. El último tema que quisiera dejar planteado, antes de la intervención del Prof. Sueiro, guarda relación con algo que formó parte de otro panel que tuve oportunidad de compartir con la Dra. Cherñavsky y el Dr. Marco Antonio Terragni, en el XI Encuentro de la A.A.P.D.P., que

<sup>12</sup> Publicado en el BOCBA n° 5531, del 07/01/2019.

se hizo en la U.N. de Rosario, en 2011 (ya casi una década atrás). En aquel momento el llamado de atención era sobre el modo en que bajo pretexto –razonable, por cierto– de la necesidad de perseguir al delito en el ciberespacio, se brindaba ocasión a un notorio incremento del control social. Con la invocación de referentes de fines del milenio pasado en esta temática, como Stéfano Rodotá desde Italia y Reg Whittaker desde Canadá, hacía referencia a la instalación de un verdadero “Estado Panóptico” en el que, a diferencia del dispositivo ideado por Bentham, las notas características eran la descentralización y la consensualidad<sup>13</sup>. Un par de décadas después, aquellos lineamientos anticipados por Whittaker tenían eco en uno de los pensadores actualmente con mayor repercusión pública y, por lo tanto, de cita con extrema frecuencia, el filósofo surcoreano Byung-Chul Han (radicado en Alemania), quien afirma que la libertad y la comunicación ilimitadas se convierten en control y vigilancia totales, que los residentes del “panóptico digital” se comunican intensamente y se desnudan por propia voluntad, al participar de forma activa en su construcción, que estamos en un momento en que la entrega de datos no sucede por coacción, sino por una necesidad interna. En eso es en lo que se apoya la eficiencia del moderno Panóptico<sup>14</sup>.

La pandemia, el combate contra el nuevo coronavirus, nos pone frente a una situación análoga a la referida y la inquietud es si todo el dispositivo tecnológico dispuesto para el control de la enfermedad y, correlativo, su repercusión como aumento del control social, no debe hacernos prender una luz amarilla, un alerta acerca de cómo esto proyectará sobre eso que estamos llamando la “nueva normalidad”.

Resalta Ignacio Ramonet, el Covid-19 se extiende tan rápido y hay tantas personas asintomáticas que resulta imposible trazar su expansión

<sup>13</sup> Esta temática la expuse extensamente en dos trabajos monográficos de aquella época: *Protección penal de la intimidad en el ciberespacio* (Ediar, 2003, prologado por el Dr. Nicolás García Rivas) y *Crisis Penal. Globalización, política criminal y derecho penal* (Ediar, 2007, prologado por el Dr. Carlos J. Lascano hijo).

<sup>14</sup> Cfr. su obra *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas tecnologías de poder*, Barcelona, Herder, trad. de Alfredo Bergés, 2015, p. 21 (versión disponible en e-book, 127 páginas).

a mano, por lo que la mejor manera de perseguir a tan indetectable microorganismo es usando un sistema computarizado, gracias a los dispositivos de los teléfonos móviles, que calcule cuánta gente estuvo cerca del infectado. Es decir, a través de cibervigilancia (que, como dice Harari, puede profundizarse y pasar de ser una vigilancia “epidérmica” a una “hipodérmica”<sup>15</sup>). Este “solucionismo tecnológico” ha sido aplicado en varios países de Oriente y supone, obviamente, el sacrificio de una parte de la privacidad individual<sup>16</sup>. Por eso, apunta Borella, nadie sabe cuándo cederá la pandemia ni cuánto tardará el mundo en recuperarse, solo hay una cosa de la que pocos dudan entre las tantas que dejará el virus: “la expansión de la vigilancia digital masiva”. Esto así porque, más allá de las diferencias entre Oriente y Occidente, aunque sin estar exentas de riesgo, “las herramientas de control habilitadas por la inteligencia artificial se presentan como una solución aparentemente más afín al potencial tecnológico de estos tiempos”<sup>17</sup>.

Byung-Chul Han ha dejado en claro que esas diferencias tuvieron una decisiva incidencia en el modo en que la pandemia se expandió en Europa y en Asia: explosivamente en la primera, mucho más controlada en la segunda. Al preguntarse por las ventajas del sistema asiático para ser más eficiente en combatir la pandemia, señaló que “... en Japón,

<sup>15</sup> Yuval, Noah Harari, en su nota “El mundo después del coronavirus”, versión en español traducida por Juan Gabriel López Guix, publicado en *La Vanguardia*, edición del 5 de abril de 2020 (original en *Financial Times*), p. 2. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/yuval-harari-mundo-despues-coronavirus.html>

<sup>16</sup> Ramonet, en su artículo “Coronavirus: la pandemia y el sistema-mundo”, p. 18. Con varias publicaciones en distintos medios del mundo, escrito en La Habana (Cuba), el 22 de abril de 2020, tiene versión digital disponible en el sitio web del Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE): [http://www.iade.org.ar/system/files/coronavirus\\_la\\_pandemia\\_y\\_el\\_sistema-mundo.pdf](http://www.iade.org.ar/system/files/coronavirus_la_pandemia_y_el_sistema-mundo.pdf)

<sup>17</sup> Guillermo Borella, en su nota titulada “Big Data. ¿Hacia sociedades del control y la vigilancia?”, publicado en *La Nación*, edición del sábado 2 de mayo de 2020, suplemento *Ideas*, p. 1. Se complementa con un artículo traducido del periódico *The Washington Post*, autoría de Craig Timberg, Drew Harwell, Elizabeth Dworkin y Tony Rommso, cuyo sugerente título es “El celular, nueva arma de los gobiernos para combatir la pandemia” (p. 3).

Corea, China, Hong Kong, Taiwán o Singapur tienen una mentalidad autoritaria, que les viene de su tradición cultural (confucianismo). Las personas son menos renuentes y más obedientes que en Europa. También confían más en el Estado. Y no solo en China, sino también en Corea o en Japón la vida cotidiana está organizada mucho más estrictamente que en Europa. Sobre todo, para enfrentarse al virus los asiáticos apuestan fuertemente por la vigilancia digital. Sospechan que en el *big data* podría encerrarse un potencial enorme para defenderse de la pandemia”. De allí una sintética frase suya que se ha repetido mucho en los grandes medios de comunicación en los últimos meses: “Se podría decir que en Asia las epidemias no las combaten solo los virólogos y epidemiólogos, sino sobre todo también los informáticos y los especialistas en macrodatos”<sup>18</sup>.

En nuestro medio, enfatiza concordante Carlos Christian Sueiro este dato insoslayable de la actualidad: la emergencia del virus SARS-CoV-2, aparecido en diciembre de 2019, ha sido un motivo para incrementar el ciberpatrullaje y control virtual de publicaciones en redes sociales (Facebook, Instagram, LinkedIn, Tik Tok), en micromensajería (Twitter), mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, We Chat, Snap Chat), aplicaciones de videollamadas (Classroom, Zoom, Houseparty, Skype, Meet, Jitsi Meet, Webex Meet Cisco, Google Duo, Hangout Meet, Face Time, Line, Blue Jeans, Teams), en la búsqueda de potenciales noticias falsas (*fake news*), sobre la crisis sanitaria mencionada<sup>19</sup>, lo que provoca la intervención tanto de fiscalías especializadas en la lucha contra el cibercrimen como de otras abocadas a la persecución de los posibles delitos vinculados atentatorios contra la salud pública.

<sup>18</sup> Byung-Chul Han, en su artículo titulado “La emergencia viral y el mundo de mañana”, publicado originalmente en el diario *El País*, edición del 20/03/2020, reproducido en la compilación *Sopa de Wuhan...*, ya citado, p. 99. Allí aclara que se trata de un cambio de paradigma del que Europa aún no se enteró y que llevaría a los apogetas de la vigilancia digital a afirmar que el *big data* salva vidas humanas.

<sup>19</sup> En su reciente obra “Vigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (IA)”, Buenos Aires, 2020, p. 16. E-book disponible en: <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/vigilancia-electronica-ia?location=16>, p. 42.

El tema de las noticias falsas está lejos de ser una mera anécdota más, otro ejemplo de mal uso de las tecnologías de la comunicación. Bien destaca Ramonet que, al mismo tiempo que los medios nos aturden con constante información sobre el coronavirus, estamos asistiendo a una guerra feroz entre diversas facciones para imponer un relato dominante sobre esta crisis. Y esto provoca una auténtica epidemia de *fake news* y de “posverdades”, fenómeno que la propia O.M.S. ha definido como “infodemia”, pandemia de infofalsedades<sup>20</sup>. La idea de que la propagación continua de la epidemia de coronavirus también ha desencadenado grandes epidemias de virus ideológicos que estaban latentes en nuestras sociedades es también expuesta por Slavoj Žižek, con la reproducción de noticias falsas, teorías de conspiración paranoicas y explosiones de racismo (lo que, en su opinión, puede resultar un golpe mortal hacia el capitalismo –punto en el que Byun-Chul Han dice que se equivoca–<sup>21</sup>.

Recordando la opinión de Yuval Noah Harari, Sueiro llama la atención sobre que la vigilancia electrónica asistida mediante inteligencia

<sup>20</sup> Antes citado, p. 34. La cantidad de *fake news* que han circulado son innumerables. Entre las más llamativas por lo increíbles, Ramonet menciona varias entre las que se encuentran: que el virus “fue fabricado por China para exterminar a sus minorías étnicas... O que la epidemia se propagó tan rápidamente porque el virus viajaba en las mercancías exportadas por China... O que la Covid-19 es una enfermedad difundida por los grandes laboratorios farmacéuticos para vender vacunas... O que las antenas de telefonía 5G amplifican y vuelven más letal al coronavirus... O que la plaga estaba destinada a arruinar la economía exportadora, rival de China, del norte de Italia... O que ya existe una vacuna... O que el virus ya mutó...” (p. 36). Basta mirar en el noticiero las reuniones de protesta de los “anticuarentena” para constatar como muchas de estas noticias falsas siguen circulando, repercusión obtenida seguramente de su constante replicación al infinito desde las “granjas de bots”, donde se operan perfiles de miles de cuentas monitorizadas por un solo usuario.

<sup>21</sup> Žižek, en su artículo “Coronavirus da un golpe al capitalismo al estilo de ‘Kill Bill’ y podría conducir a la reinención del comunismo”, publicado en *Russia Today*, edición del 27/02/2020, reproducido en la compilación *Sopa de Wuhan...*, ya citado, p. 21. En cuanto al pronóstico errado de Žižek, el profesor surcoreano radicado en Alemania sostiene que, tras la pandemia, el capitalismo continuará aún con más pujanza y que los turistas seguirán pisoteando el planeta. En todo caso, lo posible es que nos llegue a Occidente el Estado policial digital al estilo chino (antes citado, p. 110).

artificial (I.A.) ha avanzado a un nuevo estadio, ya que no solo recopila datos sensibles de nuestros movimientos o conductas exteriorizadas, sino que a partir de esta crisis sanitaria global generada por la citada pandemia, también captura, recopila, almacena, procesa y analiza nuestros datos biológicos. En tal dirección, resalta que el enojo, la alegría, el aburrimiento y el amor son fenómenos biológicos, como la fiebre y la tos. Así, la misma tecnología que identifica un estornudo puede identificar una sonrisa. Por eso, si los gobiernos y las corporaciones empiezan a acumular nuestros datos biométricos en masa –y no puede soslayarse que incluso voluntariamente enlazamos nuestros datos biométricos con nuestros dispositivos electrónicos<sup>22</sup>–, llegarán a conocernos mejor que nosotros mismos y podrán no solo predecir nuestros sentimientos, sino también manipularlos y venderlos a quienes quieran. Servirán tanto para que se nos ofrezca un producto o un político<sup>23</sup>. No se avanzará más sobre esta temática porque será motivo de tratamiento por el próximo disertante, justamente, Christian Sueiro.

Cierro insistiendo sobre algo que, por evidente, no pierde importancia. La “emergencia” en materia de seguridad ha sido excusa para habilitar la expansión del derecho penal y procesal penal con clara minoración del contenido de las garantías clásicas en ambos planos, traducido en un palpable incremento del control social (lo que graficaba Winfried Hassemer con el sintético “cambio seguridad por libertad”). Ahora, propiciada por una pandemia global, es evidente que se concreta una nueva pulsión de control social, uno que no solo abarca la intrusiva mirada sobre lo

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, los modernos smartphones nos ofrecen dentro las alternativas para tener más seguridad en cuanto al acceso a su contenido el que nuestro rostro o nuestras huellas dactilares operen como contraseña o en redes sociales se comparten aplicaciones en las que insertar nuestra imagen y ver cómo seremos cuando tengamos 20 o 30 años más. Mientras tanto, es claro, las empresas detrás quedan con esos datos sensibles a disposición.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 51. Lo de la influencia en la oferta política es mostrado con elocuencia a partir del escándalo con proyección mundial de la firma Cambridge Analytica en recientes película y documental: *Brexit: the uncivil war* (HBO, USA, 1:32 hs., 2019, protagonizada por Benedict Cumberbatch y Rory Kinnear) y *The great hack* (Netflix, USA, 2:19 hs., 2019).

que hacemos, sino que, al recopilar datos biométricos, penetra nuestro cuerpo mismo. El hecho de inseguridad delictivo se sustituye por la prevención ante el posible ataque del coronavirus, un enemigo invisible cuya alta contagiosidad cambió nuestros hábitos y ritmo de vida, pone en crisis nuestros sistemas de atención médica y obliga a cuidarnos con inusitada precaución colectiva.

En nuestro país, además de todas las acciones tomadas en torno a la implementación del aislamiento social preventivo obligatorio (A.S.P.O.), con todas sus fases, protocolos y niveles diferenciales de restricción, en lo estrictamente tecnológico, hemos visto como se han instrumentado desde una “app” específica por el Covid-19 de uso básicamente voluntario, pasando por la instalación de sistemas de escaneo térmico o la regulación específica del ciberpatrullaje. Se trata, con seguridad, de un conjunto de limitaciones de varios derechos fundamentales (intimidad, privacidad, libertad de circulación, de trabajo) con beneficio a otro (salud) que, además, cuando la “cuarentena” se pasa los cuatro meses –con su ineludible sensación de fatiga– acentúa aquel aludido carácter de “evento social total” de la pandemia. Sin negar su importancia o tratar de minimizarla, por cierto, todavía estamos lejos de esa vigilancia hipodérmica o del coronoptikón antes referidos. Y, desde una mirada cautelosamente optimista, no parecen estar dadas las condiciones ni desde lo político ni, menos aún, lo social, para que ese sea el destino final.

Mientras tratamos de adivinar qué tanto se parecerá la “nueva normalidad” a la antigua, cuánto lograremos preservar del Estado social y democrático de derecho (donde ha regido, claro), vivimos cambios de prácticas que en muchos casos no se irán por la llegada de una vacuna o un tratamiento médico eficaz del virus y se deberá seguir trabajando en la toma de conciencia sobre la necesidad de afrontar estos desafíos en forma colectiva, que es precisa la colaboración de todos y que no hay salvaciones individuales ante una emergencia de calado mundial.



# LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA DE PERSONAS EN LA PANDEMIA COVID-19

*Por Carlos Christian Sueiro<sup>1</sup>*

## I. Introducción

El presente artículo aborda el impacto de la inteligencia artificial (I.A.) en el mundo jurídico en los inicios de la década del 20 de este siglo XXI.

En la década pasada (2010-2020) la inteligencia artificial (I.A.) pasó de ser un sistema *in vitro*, en los laboratorios dedicados a la investigación de nuevas tecnologías, a un sistema *in vivo*, mediante su empleo por parte de la población en general a través de diversos dispositivos electrónicos utilizados en la vida cotidiana.

<sup>1</sup> Abogado, Diploma de Honor y Especialista en Derecho Penal (UBA). Realizó estudios en el Exterior en la *Juristische Fakultät. Georg-August-Universität Göttingen*, Alemania (2011), *Juristische Fakultät. Universität - Salzburg*, Austria (2012) y en el *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)*, Siracusa, Sicilia, Italia (2013). Asimismo, realizó una estancia de investigación en relación con el tema en el *Max Planck Institut. Freiburg*, Alemania (2016), sobre el tema "Criminalidad informática y prueba digital". Es profesor adjunto (Int.) de la materia de grado Criminalidad Informática (UBA), y en Posgrado del Programa de Actualización en Cibercrimen y Evidencia Digital, dirigido por el Dr. Marcos Salt (UBA). También se desempeña como profesor adjunto en la Universidad del Salvador (USAL), en la Universidad de Belgrano (UB), en la Universidad Nacional del Litoral (UNL) y en la Universidad de Flores (UFLO). Profesor Invitado de la Universidad Austral (UA), de la Universidad de Mendoza (UM), Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (UNS), Universidad Nacional de La Rioja (UNLR) y Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Se desempeña profesionalmente como Secretario Letrado de la Defensoría General Adjunta de la Nación.

Lógicamente la administración de justicia, la práctica forense, la investigación desarrollada por fuerzas de seguridad y la enseñanza del derecho no se han visto exentas de estos cambios.

Incluso, la reciente pandemia de coronavirus Covid-19 impulsó de manera significativa y sin precedentes el empleo de tecnologías de la información y la comunicación (T.I.C.), tales como: el teletrabajo, la reparación de dispositivos electrónicos e informáticos por medio de accesos remotos, la enseñanza a distancia o a través de medios virtuales, el telediagnóstico médico, presentaciones de recetas médicas electrónicas e historias clínicas electrónicas, el empleo de medios electrónicos de pago, economía colaborativa e incluso ensayos de democracia digital con sesiones virtuales efectuados por el honorable Congreso de la Nación.

A ello debe sumarse, que a los fines de controlar el contagio o transmisión comunitaria del Covid-19, además de recurrir a herramientas centenarias como la cuarentena, confinamiento o aislamiento social preventivo y obligatorio (A.S.P.O.), resultó indispensable el empleo de inteligencia artificial no solo en modelos computacionales que permitan predecir con precisión la forma de propagación del virus; sino también, en la detección de posibles personas con síntomas compatibles con este patógeno, por medio de la utilización de técnicas de vigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.).

El presente trabajo se dividirá en cuatro etapas o apartados a fin de realizar un abordaje sistemático y metodológico del tema a abordar.

La primera etapa está dedicada al análisis de “La inteligencia artificial” en general, y se define qué se entiende por ella, y cuáles son los principales ámbitos de conocimiento humano en los cuales ha impactado.

El segundo apartado está abocado a “La inteligencia artificial y el servicio de administración de justicia”. En él se exhibirán los principales sistemas de inteligencia artificial que se han incorporado al sistema de administración de justicia a lo largo del mundo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Entre los más significativos: 1. Cold Case, 2. Sweetie, 3. VALCRI, 4. CompStat 5. PredPol, 6. NDAS, 7. Veripol, 8. iBorderCtrl, 9. IBM’s Watson Debater, 10. Data

La anteúltima sección del artículo se enfoca en el estudio de “La inteligencia artificial y la vigilancia electrónica”, y se realiza un análisis introductorio al Sistema de reconocimiento facial, implementado por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.) desde el pasado año 2019.

Finalmente, el último apartado aborda estrictamente “La inteligencia artificial y la biovigilancia electrónica”, la cual no solo recolecta datos personales de los ciudadanos, sino ahora también datos biológicos de las personas bajo vigilancia.

## II. La inteligencia artificial

La inteligencia artificial abre en la historia de la humanidad un sendero inexplorado y radicalmente excepcional, que sin lugar a duda constituirá un punto de inflexión en nuestra evolución como especie.

A comienzos del siglo XXI, la evolución tecnológica, y la convergencia de seis factores ha ayudado a la inteligencia artificial “a pasar del medio *in vitro* (los laboratorios de investigación) al *in vivo* (la vida cotidiana)”<sup>3</sup>.

La evolución exponencial y su auge actual se deben esencialmente a la convergencia de estos seis (6) factores:

1. Macrodatos o *big data*<sup>4</sup>;
2. Poder de procesamiento<sup>5</sup>;

---

Mining; 11. QUESTMAP, 12. ROSS INTELLIGENCE, 13. PRECOBS (Alemania); 14. SKALA (Alemania); 15. COMPAS, 16. Prometea, y 17. Sense Time.

<sup>3</sup> Rao, Anand S., “Una nueva etapa de la globalización”, publicado en AA.VV., *Algoritmolandia. Inteligencia Artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, 1ª edición, Integración & Comercio # 44, julio, 2018, Editorial Planeta, Buenos Aires 2018, pp. 51/52.

<sup>4</sup> Las computadoras nos han brindado acceso a enormes cantidades de datos, tanto estructurados (en bases de datos y hojas de cálculo), como no estructurados (texto, audio, video e imágenes). Todos estos datos documentan nuestras vidas y mejoran nuestra comprensión del mundo. Ver *ibídem*.

<sup>5</sup> Las tecnologías en pleno avance, como la computación en la nube y las unidades de procesamiento gráfico (GPU), han hecho que el manejo de grandes volúmenes de datos se vuelva menos costoso y más rápido gracias al uso de sistemas potenciados por IA, a través del procesamiento en paralelo. Ver *ibídem*.

3. Un mundo interconectado<sup>6</sup>;
4. Software y datos de dominio público<sup>7</sup>;
5. Mejores algoritmos<sup>8</sup>;
6. Rendimientos acelerados<sup>9</sup>.

Por este motivo, la convergencia de estos seis factores a través del “establecimiento de marcos teóricos compartidos, combinado con la disponibilidad de datos y poder de procesamiento, ha producido éxitos notables en diversas tareas de componentes, tales como reconocimiento de voz, clasificación de imágenes, vehículos autónomos, traducción automática, locomoción articulada y sistemas de preguntas y respuestas”<sup>10</sup>.

En la actualidad más de veinte (20) países desarrollados dependen de la inteligencia artificial y empleo de robots para su desarrollo industrial. Por orden de mayor nivel de robotización son los siguientes:

1. Corea del Sur<sup>11</sup>,
2. Japón<sup>12</sup>,

<sup>6</sup> Las plataformas de redes sociales han cambiado de un modo fundamental la forma en que interactúan hoy en día los individuos.

<sup>7</sup> Estos están acelerando la democratización y el uso de la I.A.; que se ve reflejado en la popularidad de las plataformas y los estándares de AA de código abierto como TensorFlow, Caffe2, PyTorch y ParIAI. Ver *ibídem*.

<sup>8</sup> Los investigadores han logrado avances en diferentes aspectos de la I.A., particularmente en la AP, que involucra distintas capas de redes neuronales e investigación, cuyo diseño se inspira en el modo que opera el cerebro humano. Ver *ibídem*.

<sup>9</sup> Las presiones competitivas han motorizado el desarrollo de la I.A., ya que las empresas utilizan algoritmos y el software de código abierto para impulsar sus ventajas competitivas y aumentar su rendimiento. Ver *ibídem*.

<sup>10</sup> Hawking, Stephen, *Breves respuestas a las grandes preguntas*. (Título original *Brief Answers to the Big Questions*). Traducción de David Jou Mirabent, 1° edición, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2018, p. 229.

<sup>11</sup> Corea del Sur posee un promedio de 500 robots por cada 10.000 empleados. Cfr. Amat, Josep – Casals, Alicia, *Los robots del futuro. Un reto para la inteligencia artificial*, 1° edición, Editorial RBA, Navarra España 2017, p. 94.

<sup>12</sup> Japón posee un promedio de 350 robots por cada 10.000 empleados. Cfr. *ibídem*.

3. Alemania<sup>13</sup>,
4. Suecia<sup>14</sup>,
5. Dinamarca<sup>15</sup>,
6. Taiwán,
7. Bélgica,
8. EE. UU.,
9. Italia,
10. España,
11. Finlandia,
12. Francia,
13. Canadá,
14. Austria,
15. Holanda,
16. Eslovenia,
17. Eslovaquia,
18. Suiza,
19. República Checa,
20. Australia, y
21. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

A este listado de países se debe sumar la República Popular de China quien se encuentra a la vanguardia hoy del desarrollo de inteligencia artificial (I.A.).

Pese al desarrollo acelerado de inteligencia artificial aplicable a diversos campos del desarrollo humano, muchos autores han advertido sobre

<sup>13</sup> Alemania posee un promedio de 300 robots por cada 10.000 empleados. *Cfr.* ibídem.

<sup>14</sup> Suecia posee un promedio de 190 robots por cada 10.000 empleados. *Cfr.* ibídem.

<sup>15</sup> Dinamarca posee un promedio de 190 robots por cada 10.000 empleados. *Cfr.* ibídem.

los riesgos que ella entraña<sup>16</sup> y la dividen en seis factores de riesgos bien claros y definidos:

1. riesgos de rendimiento,
2. riesgo de seguridad,
3. riesgos del control,
4. riesgos económicos,
5. riesgos sociales,
6. riesgos éticos.

Sin embargo, la cuarta revolución industrial se encuentra definida y basada esencialmente en la implementación eficiente y exitosa de la inteligencia artificial en todas las áreas del desarrollo humano.

Tal es así, que la política criminal de los Estados y sus sistemas de administración de justicia no se encuentran ajenos al impacto de la inteligencia artificial (I.A.).

### **III. La inteligencia artificial y el servicio de administración de justicia**

Lo cierto es que el empleo de inteligencia artificial ha comenzado a dar sus primeros pasos en las áreas de administración de justicia en esta década.

La introducción de los primeros sistemas de inteligencia artificial en las fuerzas de seguridad y Poder Judicial se han dado en el extranjero, sin embargo, la administración de justicia nacional también ha incorporado desde el año 2017, algoritmos inteligentes en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>16</sup> “En ocasión de la Conferencia Internacional sobre inteligencia artificial del 28 de julio de 2015, miles de personalidades, entre las que se encontraban el astrofísico británico Stephen Hawking, el lingüista Noam Chomsky o empresarios como Elon Musk (SpaceX) y Steve Wozniak (Apple), lanzaron un llamado para prohibir los SAAL”, en Pflimlin, Édouard, “La urgencia por prohibir los robots asesinos. Tercera revolución de las técnicas de guerra”, artículo publicado en el periódico *Le Monde Diplomatique*, n° 213, año XVIII, marzo de 2017, pp. 34/35.

“Existen ya bastantes programas de inteligencia artificial que pueden ayudar al juez a valorar la prueba, o al menos a ordenar su razonamiento...”<sup>17</sup>.

Así es que podemos enunciar como algoritmos o software de inteligencia artificial destinados exclusivamente al sistema de administración de justicia a escala internacional y nacional, los siguientes:

1. *Cold Case*<sup>18</sup> (Holanda);
2. *Sweetie* (Holanda)<sup>19</sup>;
3. VALCRI – *Visual Analytics for Sense making in Criminal Intelligence analysis*– (Unión Europea)<sup>20</sup>;

<sup>17</sup> Nieva Fenoll, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial. Proceso y Derecho*, 1º edición, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 26.

<sup>18</sup> *Cold Case*. A mediados del año 2018 los Países Bajos introdujeron un algoritmo de inteligencia artificial, denominado *Cold Case*, destinado a rescatar de los archivos pistas de casos abiertos, pero en estado de archivo, los cuales nunca habían sido resueltos. Así, el algoritmo, una vez digitalizados los informes, entrecruza toda la información disponible, a fin de ver si puede encontrar nuevas pistas, o elaborar nuevas hipótesis de investigación. Se sugiere consultar IA-HUAWEI, “Precrime. ¿Cómo se utiliza la IA para la detección de crímenes futuros?”, 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://iahuawei.xataka.com/precrimen-como-se-utiliza-ia-para-deteccion-crimenes-futuros/>

<sup>19</sup> *Sweetie*. También de origen holandés, el algoritmo *Sweetie* es un software de inteligencia artificial destinado exclusivamente a la lucha contra la pornografía infantil y pedofilia la asociación Terre des Hommes diseño un agente encubierto electrónico, que consiste en la creación digital de una niña artificial, extremadamente realista, casi imperceptible de ser diferenciada de una niña real de carne y hueso, destinada para chatear en busca de personas destinadas a la pornografía infantil, ciberacoso sexual a un menor o *grooming*, o bien, pedofilia. En un lapso de diez (10) semanas, detectó 20.000 personas orientadas a la pornografía infantil, grooming y pedofilia, y logró identificar de esos 20.000 a 1000, sospechosos. Se recomienda ver *ibidem*.

<sup>20</sup> VALCRI es un algoritmo de inteligencia artificial introducido por la Unión Europea en el año 2017, destinado al reconocimiento de sospechosos, mediante el empleo de datos biométricos. El reconocimiento lo realiza a través de análisis visual y empleo de cámaras de circuito cerrado, confrontando las imágenes captas en tiempo real, con las imágenes almacenadas en la base de datos de toda persona que ingresa o egresa de la Unión Europea.

4. *CompStat* (Estados Unidos de América)<sup>21</sup>;
5. *PredPol* (Estados Unidos de América)<sup>22</sup>;
6. *NDAS –National Data Analytics Solution–* (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)<sup>23</sup>;
7. *Veripol* (España)<sup>24</sup>;
8. *iBorderCtrl* (Unión Europea)<sup>25</sup>;

<sup>21</sup> *CompStat*. El algoritmo de inteligencia artificial *CompStat*, de origen estadounidense, se encuentra destinado exclusivamente a la persecución de contravenciones o delitos menores. El software de inteligencia artificial consiste en reconocimiento fácil de potenciales sospechosos. Lo que hace el sistema de I.A. es identificar sujetos y rastrear sus movimientos a fin de establecer potenciales áreas de comisión de delitos para generar un potencial mapa predictivo de zonas de mayor comisión de delitos leves y contravenciones.

<sup>22</sup> *PredPol*. Otro sistema de inteligencia artificial también de origen estadounidense es *PredPol*, oriundo de Santa Cruz, California. Se trata de un software predictivo de potenciales delitos, que emplea los datos históricos almacenados en bases de datos, y mediante un procedimiento estadístico actuarial, establece en qué zona y a qué hora es más probable que se cometa una contravención o un delito menor.

<sup>23</sup> *NDAS*. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte también posee su propio algoritmo de inteligencia artificial, denominado *NDAS (National Data Analytics Solution)*. Este software de inteligencia artificial está pensado tanto víctimas como para potenciales victimarios. A las víctimas de delito les ofrece asesoramiento, custodia o protección policial y desplaza en forma casi inmediata patrullas. Mientras que, a los potenciales autores de delito, les envía mensajes vía SMS o mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, We Chat, Snap Chat), a fin de desalentar la puesta en marcha de cualquier plan delictual. Ver IA-HUAWEI, ob. cit.

<sup>24</sup> *Veripol*. España posee su propio software de inteligencia artificial, denominado *Veripol*, el cual está diseñado con la finalidad de distinguir denuncias falsas de verdaderas. El sistema escanea la denuncia tomada en la comisaría o seccional policial y compara esa denuncia con su base de datos. Allí distingue los rasgos que pueden hacer que una denuncia sea validada como verdadera o clasificada como falsa. Por ejemplo, toma en consideración para validarla como verdadera la existencia de testigos o pruebas *in situ* en el lugar del hecho. Para su desarrollo han trabajado junto a las fuerzas de seguridad de España, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad de Roma *La Sapienza* y el Ministerio del Interior del Gobierno de España.

<sup>25</sup> *IborderCtrl*. Desde el año 2016, la Unión Europea (U.E.) comenzó a trabajar en un sistema de inteligencia artificial (I.A.) destinado al control de fronteras, denominado



9. QUESTMAP (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)<sup>26</sup>;
10. Data Mining (Estados Unidos de América)<sup>27</sup>;
11. IBM's Watson Debater (Estados Unidos)<sup>28</sup>;

---

*iBorderCtrl*. El algoritmo de inteligencia artificial almacena datos biométricos de personas que ingresan y egresan de la Unión Europea. Para ello, el software *iBorderCtrl* realiza reconocimiento facial de la persona y escanea sus huellas digitales, como así también las venas y arterias de la mano del sujeto. Además, el sistema de reconocimiento facial posee un detector de mentiras, que se basa en la detección y análisis de treinta y ocho (38) microgestos faciales. Se comenzará a usar en las fronteras de Letonia, Hungría y Grecia, pero luego se extendería a otros países como España. Ver "La Unión Europea utilizarán un detector de mentiras con inteligencia artificial para el control de ingreso de extranjeros", *Infobae*, lunes 5 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.infobae.com/america/tecno/2018/11/05/en-la-union-europea-utilizaran-un-detector-de-mentiras>

<sup>26</sup> QUESTMAP. Es un software de inteligencia artificial de origen británico destinado exclusivamente a la argumentación jurídica. La herramienta basada en inteligencia artificial permite "estructurar argumentos jurídicos (...) elaborar mejores conclusiones o, (...) ir más allá de las mismas", al igual que otros softwares de IA como CATO o ARGUMED. Estos programas de argumentación jurídica también pueden complementarse con programas de búsquedas de evidencia mediante IA. Ya "... se han desarrollado algunas herramientas que ayudan a reconstruir los hechos basándose en los vestigios ya existentes que en casos anteriores fueron claves en la investigación: STEVIE –programa que construye historias coherentes partiendo de los datos existentes– o ECHO y PEIRCE-IGTT –aplicación que elabora hipótesis estrategias de acusación y defensa–...". Fenoll Jordi, Nieva, *Inteligencia artificial y proceso judicial. Proceso y Derecho*, 1° edición, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, pp. 29/30.

<sup>27</sup> DATA MINING. Es un *software* de inteligencia artificial desarrollado por Estados Unidos, como herramienta destinada a recuperar los posibles escenarios del crimen con base en un sistema de minería de datos que le permite partir de escenas de crímenes anteriores, a los fines de prever dónde podrán hallarse indicios o evidencia con mayor grado de probabilidad. La herramienta de IA tiene un grado de efectividad de 68 % sobre 100, lo cual es un estándar bastante superior al brindado por cualquier ser humano. Ver ídem, p. 26.

<sup>28</sup> IBM's Watson Debater. Es una herramienta de inteligencia artificial (I.A.) de origen estadounidense a la que se le plantea un tema jurídico de controversia o debate, y procede al análisis de los textos legales disponibles en *Internet* sobre la materia. En base a toda la información colectada en la búsqueda, selecciona los argumentos que se presentan como más sólidos para expresar una conclusión jurídica con un lenguaje accesible. Ver ídem, pp. 26/27.

12. ROSS INTELLIGENCE (Canadá)<sup>29</sup>;

13. PRECOBS (Alemania)<sup>30</sup>;

14. SKALA (Alemania)<sup>31</sup>;

15. COMPAS (Estados Unidos)<sup>32</sup>;

<sup>29</sup> ROSS INTELLIGENCE. Es otra herramienta de inteligencia artificial (I.A.) semejante a *IBM's Watson Debater*, desarrollada en Canadá. Opera seleccionando legislación, jurisprudencia y doctrina, sobre un tema jurídico específico formulado en forma de caso o hipótesis de hecho. Luego elabora una respuesta jurídica, con base en el material seleccionado, realiza una argumentación jurídica y calcula la tasa de probabilidad de éxito del planteo frente diversos estrados judiciales.

<sup>30</sup> PRECOBS. Es un software de inteligencia artificial desarrollado por el Estado de Baviera e implementado en el año 2014, de uso extensivo a la región de Baden Württemberg, Alemania. El software asistido por inteligencia artificial utiliza bases de datos que se interrelacionan en base a patrones de conducta criminal y mapas del delito. Con dicha información, el algoritmo les permite a las autoridades de la fuerzas de seguridad de Baviera predecir con cierto grado de precisión qué tipo de delitos se cometerán y en qué áreas, lo que les permite, en consecuencia, adoptar medidas de seguridad y prevención.

<sup>31</sup> SKALA. Es otro software de inteligencia artificial de origen teutón desarrollado con posterioridad a PRECOBS, por el Estado de Renania del Norte Westfalia. Este software asistido por inteligencia artificial permite procesar mayor cantidad de información que su predecesor PRECOBS, y es el sistema de IA más utilizado de Alemania. Se sugiere consultar Molinas, Juan, "Procesos penales predictivos. La influencia de la inteligencia artificial y sus posibles límites". Artículo inédito de próxima publicación en la colección *Sistema Penal e Informática*, n° 4, Riquert, Marcelo A. (dir.) – Sueiro, Carlos Christian (coord.), 1° edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, en prensa.

<sup>32</sup> COMPAS. La compañía de servicios y tecnología de la información, Northpointe Inc. desarrolló un programa de determinación probabilística de riesgos de otorgamiento de libertad para procesados y condenados, basado en la posibilidad de riesgos de reincidencia general o reincidencia con violencia. El algoritmo de origen estadounidense COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) fue diseñado exclusivamente para su empleo por parte de departamentos de libertad condicional de los diferentes Estados que conforman los Estados Unidos de América. El software COMPAS está compuesto por un algoritmo de inteligencia artificial, que evalúa riesgos potenciales de otorgamiento de libertad preventiva y reincidencia. La empresa Northpointe Inc., actualmente Equivalent, creó tres (3) escalas de riesgo: 1. Escala de riesgo de liberación preventiva, 2. Escala de riesgo de reincidencia general, 3. Escala de riesgo de reincidencia

16. Prometea (Argentina)<sup>33</sup>;

17. Sense Time (República Popular de China).

Por cuestiones de extensión nos centraremos en el análisis y desarrollo del sistema de inteligencia artificial más evolucionado en vigilancia electrónica de grupos masivos de personas como lo es el sistema *Sense Time* de la República Popular de China.

La República Popular China lidera junto con los Estados Unidos el desarrollo en inteligencia artificial. A tal punto que “el dominio del mercado mundial actual parte de las empresas estadounidenses Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft (GAFAM) y de las chinas Baidú, Alibaba, Tencent y Xiaomi (BATX)”<sup>34</sup>.

Las principales empresas de desarrollo de tecnologías de la información y la comunicación (T.I.C.) de China (BATX) convergen desde el

violenta. Cfr. Sueiro, Carlos Christian, *Vigilancia electrónica y otros modernos medios de prueba*, Prólogos de Marcelo A. Riquert y Marcos G. Salt, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 223/226.

<sup>33</sup> PROMETEA. Es una IA creada en Argentina, en el ámbito del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El sistema fue ideado e implementado pensando en la optimización del servicio de justicia, con el fin de agilizar exponencialmente los procesos judiciales en beneficio del ciudadano. Desde comienzos del año 2017, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, comenzó a explorar las nuevas tecnologías aplicadas al Derecho y al sistema de administración de Justicia, en cumplimiento con los lineamientos de la Planificación Estratégica 2017-2019. En virtud de ello, más precisamente a inicios del mes agosto de 2017, se comenzó con el desarrollo del sistema de inteligencia artificial Prometea. Finalmente, este fue presentado en sociedad el miércoles 22 de noviembre de 2017, en el marco del Congreso Internacional de Gobernanza Inteligente e Innovación Inclusiva, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Cfr. ídem, pp. 226/229. También se sugiere consultar AA. VV., *PROMETEA. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas*, 1ª edición, Universidad de Rosario, DPI Cuántico, IMODEV Improving Public Policies in a Digital World, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019.

<sup>34</sup> Mielhe, Nicolas - Lannquist, Yolanda, “Un desafío de la gobernanza mundial”, AA. VV., *Algoritmolandia. Inteligencia Artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, 1ª edición, Integración & Comercio # 44, julio 2018, Editorial Planeta, Buenos Aires 2018, p. 224.

año 2014 en la principal plataforma nacional de innovación abierta de China destinada a la Inteligencia Artificial denominada *Sense Time*.

*Sense Time* fusiona el poder de *Baidu*, el principal motor de búsqueda chino y desarrollador de conducción autónoma; con *Alibaba*, como plataforma de comercio electrónico orientada a ciudades inteligentes; el poder de diagnóstico médico electrónico de *Tencent*; la comunicación digital vía telefonía inteligente de *Xiaomi* y el reconocimiento de voz de *iFlytek*.

La convergencia de información brindada por BATA X y la hiper capacidad de procesamiento de datos en tiempo real hacen de *Sense Time* un sistema de inteligencia artificial o plataforma de reconocimiento e identificación de personas y objetos altamente eficiente.

Sobre la hiperplataforma de inteligencia artificial *Sense Time*, se posa el sistema de vigilancia mediante inteligencia artificial de China conocido como “sistema de crédito social ciudadano”.

El sistema de crédito social ciudadano realiza la vigilancia electrónica mediante inteligencia artificial, de los 1.400 millones de ciudadanos chinos en tiempo real gracias a:

1. Una red de cámaras equipadas con reconocimiento facial.
2. Sistemas Bio-ID de escaneo de huellas digitales y palmas de manos.
3. Agentes policiales equipados con lentes o gafas de reconocimiento biométrico<sup>35</sup>.

Las imágenes faciales, las huellas dactilares, las palmas de las manos, el iris de los ojos, son procesados en tiempo real por la plataforma de inteligencia artificial de convergencia de datos de *Sense Time*, la cual obtiene de la plataforma *Tencent* el historial médico electrónico por

<sup>35</sup> En febrero de 2018, la policía china confirmó que le entregaría a sus agentes de seguridad gafas equipadas con cámaras y un sistema de reconocimiento de rostros. Dos meses después, las autoridades aseguraron que el despliegue fue un éxito y que expandirán el uso de este dispositivo a todo el país. “La Policía china se equipa con gafas con reconocimiento de rostro”, artículo publicado en EX CLE Soluciones Biométricas, el 30 de mayo de 2018. Recuperado el 5 de diciembre de 2018: <http://www.ex-cle.com/la-policia-china-se-equipa-con-gafas-con-reconocimiento-de-rostro/>

imagen de cada persona, al identificar mediante el iris, la huella, el rostro o la palma al sujeto.

Luego la nube de *Alibaba*, en convergencia con el motor de búsqueda *Baidu* y los GPS de los celulares *Xiaomi* brindan su geolocalización precisa, situación crediticia, financiera, profesional vigentes en ese momento.

#### **IV. La inteligencia artificial y la vigilancia electrónica**

La plataforma de convergencia de inteligencia artificial china *Sense Time*, resulta ser el mejor ejemplo de cómo la inteligencia artificial es empleada a escala nacional para llevar a cabo un modelo de vigilancia electrónica de los ciudadanos.

En la República Argentina comenzó desde el mes de abril de 2019, con el empleo de un sistema de reconocimiento facial mediante un software de inteligencia artificial de origen ruso.

El sistema de vigilancia electrónica a través de reconocimiento facial asistido por inteligencia artificial, no es un plataforma de convergencia de información tan completa y omnipresente como la utilizada por China con *Sense Time*, en primer lugar, no opera a escala nacional, sino solo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.); y en segundo orden, no posee la convergencia aún de otros datos biométricos (reconocimiento de voz, huellas dactilares, iris ocular), o incluso mayor información biométrica proveniente de historias clínicas electrónicas.

El actual sistema de reconocimiento facial mediante inteligencia artificial forma parte del Sistema Público Integral de Videovigilancia y permite identificar los rostros de los acusados y condenados rebeldes o prófugos en menos de medio segundo.

“Esto es posible gracias a una base de datos otorgada por el Co.Na.R.C. (Consulta Nacional de Rebeldías y Captura) que dispone de imágenes de los delincuentes y depende del Registro Nacional de Reincidencia, bajo la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación”<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Gallo, Daniel, “Ya detuvieron a siete prófugos con el sistema de reconocimiento facial porteño”, *La Nación*, 25 de abril de 2019.

El sistema de vigilancia electrónica por medio de reconocimiento asistido por inteligencia artificial procesa las imágenes en línea (*on line*) en tiempo real captadas por 300 de las 6963 cámaras instaladas por el gobierno porteño en las calles y estaciones de subterráneo<sup>37</sup>.

Las 6963 cámaras tienen el potencial de reconocimiento facial, sin embargo, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.), solo ha adquirido 300 licencias de uso del software ruso de reconocimiento facial.

Por este motivo, las cámaras habilitadas con este software son rotadas según las necesidades y estrategias de investigación del Ministerio de Seguridad.

Las pruebas realizadas sobre el sistema de reconocimiento facial por medio de inteligencia artificial arrojaron un rango de acierto superior al 93 %.

Incluso el software puede mantener su elevado nivel de precisión, aunque la persona intente modificar su apariencia visual por medio del uso de barba, bigote, cambios de corte de pelo, empleo de accesorios como anteojos, sombreros, gorras, capuchas, etcétera<sup>38</sup>.

El sistema de vigilancia electrónica mediante reconocimiento facial asistido por inteligencia artificial, se complementa con:

1. el Sistema de reconocimiento electrónico de patentes;
2. el Sistema Público Integral de Videovigilancia; y
3. la aplicación Mi Argentina App<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Ver Gallo, Daniel, "Usarán por primera vez un sistema de reconocimiento facial para atrapar prófugos", *La Nación*, 24 de abril de 2019.

<sup>38</sup> Ver Gallo, Daniel, "Ya detuvieron a siete prófugos con el sistema de reconocimiento facial porteño", *ob. cit.*

<sup>39</sup> La aplicación Mi Argentina viene a renovar la portabilidad digital de documentación esencial para los ciudadanos, como los son: 1. el DNI, 2. el pasaporte, 3. la constancia de CUIL, 4. el Certificado Único de Discapacidad, 5. la credencial de transplantado, y 6. licencias de conducir. Por medio de la aplicación podrán ser visualizados en los controles policiales todos estos documentos, incluso sin la

Sin embargo, a raíz de la Pandemia Covid-19 este sistema de vigilancia electrónico asistido por inteligencia artificial daría un salto cualitativo dirigido a la biovigilancia electrónica de personas.

## V. Inteligencia artificial y biovigilancia electrónica

Las T.I.C. prueban su valor superlativo en este confinamiento al permitirnos mantener semiactivo el desarrollo de nuestras sociedades por medio de:

1. Teletrabajo<sup>40</sup>;
2. capacitación a distancia y enseñanza por medio de teleconferencias, campus virtuales, foros académicos;
3. mantenimiento de nuestros dispositivos electrónicos (celulares *Smartphones*, tabletas) y equipos informáticos (PC, *Notebook*, *Netbook*, *Ultrabooks*), a través de asistencia remota;
4. notificaciones electrónicas en domicilios electrónicos constituidos;
5. presentaciones judiciales electrónicas;
6. telediagnósticos médicos, recetas electrónicas e historias clínicas electrónicas<sup>41</sup>;

---

necesidad de poseer conectividad. Se sugiere ver el sitio oficial del Estado Nacional [www.argentina.gob.ar/aplicaciones-moviles](http://www.argentina.gob.ar/aplicaciones-moviles). Como así también recurrir a la nota periodística del diario *La Nación*, "Mi Argentina App: Todo lo que tenés que saber", nota del 12 de febrero de 2019, recuperado el lunes 29 de abril de 2019.

<sup>40</sup> Ver Díaz, Viviana Laura, *Teletrabajo y Neurotecnología. Una guía imprescindible para gestionar el Trabajo 4.0*. Prólogo de Julio Armando Grisolia, 1° edición, Editorial Granica, Buenos Aires, 2018.

<sup>41</sup> Ver Faliero, Johanna C., *Historia clínica electrónica: El futuro de la gestión documental sanitaria en la era de la e-salud*, 1° edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018. También consultar Kraft, Daniel, "Conectados y de alta tecnología: así es el futuro médico". Artículo publicado en la *Revista National Geographic*. "El futuro de la medicina. Las nuevas tecnologías y los remedios ancestrales transforman la salud", Edición Especial, n° 1, enero de 2019, Editorial National Geographic - Editorial Televisa, México, 2019, pp. 16/24.

7. pago electrónico;
8. adquisición de criptomonedas;
9. generadores de documentos electrónicos oficiales<sup>42</sup>;
10. economía colaborativa;
11. democracia digital, etcétera.

A ello se suma el empleo de la inteligencia artificial como una herramienta esencial en el combate de esta pandemia.

Como bien refiere el filósofo coreano del sur radicado en Alemania, Byung Chul Han, los países asiáticos hasta la fecha han gestionado mejor la pandemia gracias al empleo de inteligencia artificial por medio de mecanismos de vigilancia electrónica<sup>43</sup>.

La primera en hacer uso de la vigilancia electrónica mediante el empleo de inteligencia artificial (I.A.) fue la República Popular de China, con el software *Sense Time*, el programa de crédito social del buen ciudadano, que emplea una plataforma de convergencia BATX (*Baidu*, *Alibaba*, *Tencent* y *Xiaomi*), puede llevar a una vigilancia omnipresente de toda la ciudadanía, gracias al control algorítmico y fusión de su principal motor de búsqueda (*Baidu*), su sistema de comercio electrónico en línea (*Alibaba*), la principal plataforma de diagnóstico médico por imágenes (*Tencent*) y geolocalización en tiempo real mediante telefonía celular (*Xiamoni*).

Por ello, “para enfrentarse al virus los asiáticos apuestan fuertemente por la vigilancia digital”. Tal es así que “toda la infraestructura para la vigilancia digital ha resultado ser ahora sumamente eficaz para contener

<sup>42</sup> Ver decreto PEN n° 33872020 - Generador Electrónico de Documentos Oficiales (GEDO).

<sup>43</sup> Ver Han, Byung Chul, “La emergencia viral y el mundo del mañana. Byung Chul Han, el filósofo sur coreano que piensa desde Berlín”, traducción Alberto Ciria. Nota publicada en el diario *El País*, el sábado 21 de marzo de 2020. Recuperado el martes, 32 de marzo de 2020 (<https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>).



la epidemia. Cuando alguien sale de la estación de Pekín es captado automáticamente por una cámara que mide su temperatura corporal”<sup>44</sup>.

Asimismo, si la temperatura detectada de un pasajero por una de las 200 millones de cámaras con I.A. instaladas en aeropuertos, puertos, estaciones de trenes, y terminales de autobuses, el sistema *Sense Time* envía un mensaje de texto (SMS o MMS) a los pasajeros que iban sentados en el mismo vagón que la persona que se cree que pueda tener sintomatología compatible con el virus Covid-19. El sistema se complementa además con patrullaje de drones para detectar a los infractores de la cuarentena o aislamiento social.

Incluso en la ciudad de Wuhan se formaron numerosos equipos de investigadores digitales que buscan posibles infectados solo mediante el empleo de datos biométricos gestionados por esta multiplataforma de convergencia T.I.C. y vigilancia electrónica mediante inteligencia artificial (I.A.).

Este modelo de vigilancia electrónica asistido por inteligencia artificial no solo es empleado por China, también Corea del Sur, Japón, Hong Kong, Singapur y Taiwán recurren a él.

En Corea del Sur, se suministra a la población mascarillas respiratorias especiales con filtros electrónicos capaces de filtrar el aire con virus. A ello se suma el empleo de la aplicación *Corona App*, la cual envía una alarma casi inmediata, si una persona infectada ha ingresado a un edificio público. Esta aplicación recibe a su vez información en tiempo real de las cámaras de reconocimiento facial instaladas en todos los edificios públicos.

La aplicación *Corona App* mediante los datos recolectados por los teléfonos móviles, más las imágenes de reconocimiento biométrico tomadas por las cámaras de reconocimiento facial permite generar un trazado digital sumamente preciso de por donde circuló cada ciudadano.

<sup>44</sup> Han, Byung Chul, “La emergencia viral y el mundo del mañana. Byung Chul Han, el filósofo sur coreano que piensa desde Berlín”, ob. cit. También publicado en la compilación: AA. VV., *Sopa de Wuhan*, 1° edición, Editorial ASPO, Buenos Aires, 2020, p. 101.

Esta tarea en parte es automatizada por I.A., pero posee el control de un agente humano denominado *Tracker* que chequea personalmente el trazado digital de los casos sospechosos de infección con Covid-19.

Singapur ha sido otro Estado asiático que ha empleado grupos de expertos informáticos destinados a detectar a las personas infectadas y cortar rápida y efectivamente la cadena de contagios. Además, las personas infectadas son informadas por mensajes de texto (SMS o MMS) y a través de una aplicación se les explica sintética y claramente qué hacer hasta ser aislados.

Por último, debemos referir a Japón un país altamente tecnificado y de vanguardia junto con China en la revolución 4.0.

Japón gestionó excelentemente la pandemia por medio del empleo vigilancia electrónica mediante implementación de inteligencia artificial (I.A.), sin tener que recurrir a un aislamiento general obligatorio.

En primer lugar, es indispensable recordar que Japón tiene una amplia experiencia en el tratamiento y abordaje de atentados con armas químicas y biológicas. Durante la década del 90 del pasado siglo XX, Japón recibió una oleada de ataques con armas químicas en varias ciudades del país, a manos del grupo extremista Aum Shinrikyo.

“El primer atentado terrorista con un agente químico de guerra tuvo lugar en la ciudad japonesa de Matsumoto el 27 de junio de 1994. Ese día una organización religiosa legal, Aum Shinrikyo, dispersó el agente neurotóxico sarín causando 7 víctimas mortales y unos 600 intoxicados”<sup>45</sup>.

La organización religiosa Aum Shinrikyo no perpetró este único atentado, sino que, al año siguiente, más precisamente el 20 de marzo de 1995, realizó un segundo ataque, y dispersó Gas Sarín<sup>46</sup> en el metro de la capital de Japón, en pleno Tokio.

<sup>45</sup> Pita, R., Ishimatsu, S. y Robles, R., “Actuación sanitaria en atentados terroristas con agentes químicos de guerra: más de 10 años después de los atentados con sarín en Japón”, artículo publicado en *Emergencias*, 2007, n° 19, pp. 323-336.

<sup>46</sup> El Gas Sarín 2 (*Fluoro-metilfosforil*) oxipropano es un arma química de guerra creada por el hombre y clasificada como un agente nervioso. El Sarín fue desarrollado

Este segundo atentado costó la vida de 12 personas y la intoxicación de otras 5000 personas. Posteriormente, Aum Shinrikyo llevó a cabo otros cuatro atentados, pero con un nuevo agente neurotóxico, conocido como VX<sup>47</sup>.

Entre los principales recaudos que Japón ha tomado desde esos atroces antecedentes del siglo pasado fue dotar a su sistema de sanidad de equipos idóneos en la detección, diagnóstico y tratamiento ante un nuevo ataque con armas químicas y biológicas.

Además, ha hecho un fuerte programa de concientización de Equipos de Protección Individual (E.P.I.) contra agentes biológicos y químicos.

Japón no ha escatimado recursos en adquirir “los principales sistemas comercializados para la detección e identificación de agentes químicos se basan en reacciones enzimáticas, reacciones colorimétricas, espectrometría de movilidad iónica (I.M.S.), fotoionización (P.I.), fotometría de llama (F.P.), cromatografía de gases acoplada a espectrometría de masas (G.C./M.S.), espectroscopia infrarroja (I.R.) y ondas acústicas superficiales (S.A.W.)”<sup>48</sup>.

En este caso de la pandemia Covid-19, Japón logró contener al coronavirus en la puerta de acceso a su país, tal fue la detección temprana del primer pasajero infectado a bordo del crucero *Diamond Princess*, el 11 de febrero de 2020, en la ciudad de Yokohama e impidió el desembarco de ningún pasajero<sup>49</sup>.

---

originalmente como pesticida en 1939 en Alemania. El gas Sarín fue empleado como arma química en la guerra entre Irak-Irán (1980-1988).

<sup>47</sup> El VX es un arma química, más puntualmente un agente neurotóxico. El VX fue desarrollado originalmente en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) a principios de 1950. El VX no tiene olor ni sabor, es un líquido oleoso, incoloro, que demora muy poco en evaporarse. Es sumamente mortal en estado líquido. El nombre VX no es un nombre químico, es un nombre militar empleado por la OTAN. Actualmente las reservas mundiales de este agente neurotóxico han sido marcadas químicamente para ser detectadas (evitar el tráfico terrorista). El color azul es el asignado para las reservas de la OTAN y el color verde para los países del Pacto de Varsovia.

<sup>48</sup> Pita, R., Ishimatsu, S. y Robles, R., ob. cit., pp. 331.

<sup>49</sup> *La Vanguardia*, “Un pasajero del crucero en cuarentena por coronavirus de Japón quiere que sepas lo que comen a bordo”, 11 de febrero de 2020. Recuperado el

Solo accedió al desembarco de las personas infectadas con coronavirus a fin de tratarlas correctamente, al trasladarlos para tratamiento a un hospital militar altamente especializado en infectología ubicado en su capital Tokio.

“Se podría decir que en Asia las epidemias no las combaten solo los virólogos y epidemiólogos, sino sobre todo también los informáticos y los especialistas en macrodatos”<sup>50</sup>.

Además, a diferencia de occidente, los ciudadanos asiáticos no son reticentes de suministrar en todo momento sus datos, incluso biométricos al Estado; según Byung Chul Han, esa obediencia de la ciudadanía se deba a que “Estados asiáticos como Japón, Corea, China, Hong Kong, Taiwán o Singapur tienen una mentalidad autoritaria, que les viene de su tradición cultural (confucianismo)”<sup>51</sup>.

Lo que demuestra que el empleo de vigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.) resulta una herramienta por demás valiosa e idónea que, complementada con la medida de aislamiento social o cuarentena obligatoria, permite contener la infección masiva. Ello permite que el sistema de salud del Estado no se vea desbordado por una oleada simultánea de contagiados, lo que permite administrar los recursos limitados, tales como respiradores artificiales, camas de terapia intensiva e insumos vitales como barbijos N 95, guantes quirúrgicos, alcohol o alcohol en gel.

Sin embargo, este tipo de vigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.) ha comenzado a recolectar, almacenar, clasificar y analizar no solo datos personales, sino datos biológicos y biométricos de los ciudadanos.

---

martes 31 de marzo de 2020 (<https://www.lavanguardia.com/cribeo/estilo-de-vida/20200211/473446367651/pasajero-crucero-cuarentena-japon-quiere-se-pas-comen-bordo-coronavirus-diamond-princess-yokohama.html>)

<sup>50</sup> Han, Byung Chul, “La emergencia viral y el mundo del mañana. Byung Chul Han, el filósofo sur coreano que piensa desde Berlín”, ob. cit., p. 101.

<sup>51</sup> Ídem, p. 99.

Ello implica un salto cualitativo en la forma de vigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.), al pasar a convertirse en una biovigilancia electrónica mucho más intrusiva en la intimidad de la persona, ya que ahora recoge datos biológicos de los ciudadanos inmiscuyéndose en el propio cuerpo de cada persona.

La República Argentina en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio (A.S.P.O.) dictado como primera medida para hacer frente a la pandemia de coronavirus Covid-19, también ha comenzado a recurrir a sistemas de biovigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.).

Una prueba clara de ello ha sido la instalación en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza y en las estaciones de trenes de Retiro, Constitución y Once, de cámaras térmicas con I.A., que permiten detectar en tiempo real la temperatura de los pasajeros<sup>52</sup>.

Las cámaras térmicas dotadas de un software con Inteligencia Artificial (I.A.) permiten medir la fiebre a 20 personas a la vez, sin contacto físico y con un margen de error menor a 0,3° grados Celsius.

Las cámaras térmicas con I.A. son producidas por la empresa china Huawei. Para medir la temperatura de una persona sin contacto físico, las cámaras cuentan con un lente óptico, que identifica figuras humanas, y otro lente térmico que detecta la temperatura y la hace visible para el ojo humano<sup>53</sup>.

Esta es la prueba que ha comenzado la recolección, almacenamiento y procesamiento de datos biológicos y biométricos de los ciudadanos, lo que inaugura la biovigilancia electrónica asistida por inteligencia

<sup>52</sup> “Colocan cámaras infrarrojas de control de temperatura en Ezeiza”, *Telam*, jueves 12 de marzo de 2020. Recuperado el martes 31 de marzo de 2020 (<https://www.telam.com.ar/notas/202003/440307-coronavirus-ezeiza-camaras-infrarrojas-control-temperatura.html>).

<sup>53</sup> “Coronavirus: Cómo funcionan las cámaras con inteligencia artificial que se instalaron en Ezeiza.”, *Radio Mitre*, viernes 13 de marzo de 2020. Recuperado el 31 de marzo de 2020 (<https://radiomitre.cienradios.com/coronavirus-como-funcionan-las-camaras-con-inteligencia-artificial-que-instalaron-en-ezeiza/>).

artificial (I.A.), a lo cual debe sumarse el desarrollo de técnicas de ciberpatrullaje o búsquedas en fuentes abiertas de información (OSINT/SOCMINT)<sup>54</sup>.

El empleo masivo de la vigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.) si bien constituye una gran herramienta para el control de la pandemia Covid-19, también configura una seria amenaza para la supervivencia de sistemas de representación política democrática y respetuosa de los derechos humanos de la ciudadanía.

Yuval Noah Harari también considera que la vigilancia electrónica masiva asistida por I.A. durante la Pandemia puede dar lugar al surgimiento de sistemas autoritarios sin precedentes en la historia de la humanidad, por su grado de omnipresencia en el control de las todas y cada una de las conductas desplegadas por los ciudadanos.

“.. el historiador israelí asegura que se enfrentan dos opciones sobre cómo combatir la pandemia: vigilancia totalitaria vs empoderamiento de la ciudadanía, y aislamiento nacionalista vs solidaridad global”<sup>55</sup>.

Pensemos seriamente por un instante que “ahora gobiernos y corporaciones tienen a su disposición herramientas antes impensadas. Si no somos cuidadosos, la epidemia puede marcar un hito en la historia de la vigilancia (...) no tanto porque podría normalizar el despliegue de herramientas de vigilancia masiva en países que hasta ahora las han rechazado, sino más bien porque representa una dramática transición de vigilancia ‘sobre la piel’ a vigilancia ‘bajo la piel’”.

“Hasta ahora, cuando el dedo de una persona tocaba la pantalla de un *smartphone* o clickeaba un *link* en una *tablet* o computadora, el gobierno

<sup>54</sup> Ver Argibay, Molina Juan - Candiotto, Marcos, *Ciberpatrullaje. Nuevos desafíos en investigaciones de fuentes abiertas de información (OSINT/SOCMINT) luego de la sanción del protocolo regulatorio. Distinción entre la prevención y la inteligencia*. Prólogo de Carlos Christian Sueiro, 1° edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

<sup>55</sup> “Yuval Harari y el coronavirus: el gurú futurista alerta sobre los riesgos de un mundo que será completamente después de la Pandemia”, *Infobae*, 20 de marzo de 2020. Recuperado el martes 31 de marzo de 2020 (<https://www.infobae.com/economia/2020/03/20/yubal-harari-y-el-coronavirus-el-guru-futurista-alerta-sobre-los-riesgos-de-un-mundo-que-sera-completamente-distinto-despues-de-la-pandemia/>).

podía saber qué estaba tocando. Con el coronavirus, ahora también quiere saber la temperatura del dedo y la presión sanguínea debajo de su piel”<sup>56</sup>.

Así es como se inaugura una nueva era en torno a la vigilancia electrónica, como lo es el advenimiento de la biovigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial.

Por ello, a los fines de evitar el desarrollo de una biovigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.) totalitaria e irrestricta, resulta sumamente indispensable el desarrollo de la denominada algorética.

Es decir, es crucial comenzar a hablar e implementar límites éticos al desarrollo de inteligencia artificial general.

“Sin normas éticas y estándares de seguridad equilibrados la I.A. supone grandes riesgos sociales (...) Los problemas relacionados con la ciberseguridad, la integridad de los datos y el armamento autónomo letal amenazan nuestra seguridad básica”<sup>57</sup>.

Por este motivo, la década venidera debería estar centrada desde el punto de vista jurídico en la elaboración y desarrollo de un derecho duro y blando direccionados a la creación de un sistema de control de la inteligencia artificial mediante una gobernanza digital.

“El proceso de elaboración de pautas y normas de gobernanza digital debería ser profundamente interdisciplinario, más allá de ciencia, la ingeniería y los negocios, involucrando activamente a filósofos, artistas, sociólogos, politólogos, escritores y productores cinematográficos”<sup>58</sup>.

La gobernanza digital de estos sistemas de inteligencia artificial que gradualmente modelaran nuestras vidas en general, modificando nuestras relaciones sociales, trabajos, entretenimientos, actividades profesionales, académicas, requieren prontamente el dictado de reglas y pautas a fin de poner bajo control esta tecnología.

La gobernanza digital puede basarse en un futuro próximo en una combinación de derecho blando y duro.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Míeilhe, Nicolas - Lannquist, Yolanda, *ob. cit.*, p. 223.

<sup>58</sup> *Ídem*, p. 229.

La gobernanza digital basada en un derecho blando, estaría constituida por el dictado de las normas para la industria y los códigos de ética, ofrece un enfoque muy prometedor para manejar la innovación en el campo de la I.A. Las normas éticas pueden ir orientando el desarrollo de la I.A. desde dentro de la industria en lugar de descansar en regulaciones externas. El I.E.E.E. constituye un ejemplo sumamente relevante de normas para la industria destinada a gobernar sistemas inteligentes y autónomos para que sean éticos y seguros.

Se basa en códigos de conducta y normas éticas para guiar el desarrollo de la tecnología<sup>59</sup>.

Por su parte, la gobernanza digital de inteligencia artificial mediante derecho duro incluida la sanción de legislación vinculante, desempeña un papel crucial al nivelar el cambio de juego y darle anclaje al cambio tecnológico dentro de un sistema de valores dado. Un ejemplo relevante es el del R.G.P.D., que crea un régimen legal riguroso aplicable a todas las organizaciones que recopilan, almacenan, procesan y distribuyen datos personales en Europa<sup>60</sup>.

Por estas razones, frente al avance exponencial de la inteligencia artificial aplicada en el campo del derecho penal y del derecho procesal penal, resulta indispensable comenzar a regular a escala procesal penal la evidencia digital, los dispositivos de vigilancia electrónica y la determinación concreta en esta era digital de los alcances de las garantías constitucionales y convencionales frente a la implementación de inteligencia artificial.

## VI. Conclusión

La era digital ha alcanzado todas las áreas del conocimiento humano, el derecho claramente no ha sido la excepción.

Por el contrario, un ámbito tan conservador como la administración de justicia no ha podido resistirse a cambios de tal calibre y envergadura.

<sup>59</sup> Ver Mieille, Nicolas - Lannquist, Yolanda, ob. cit., p. 230.

<sup>60</sup> Cfr. ídem, p. 231.



La inteligencia artificial (I.A.) ha irrumpido en casi todos los sistemas de administración de justicia de los países más desarrollados del planeta, incluso a través de programas tales como *Prometea* ha ingresado en la administración de justicia por medio del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A su vez, como ha podido apreciarse la inteligencia artificial (I.A.) está desarrollando un rol prioritario en los sistemas de vigilancia electrónica y da lugar a una nueva técnica de vigilancia digital más invasiva e intromisiva de la privacidad de las personas, como lo es la biovigilancia electrónica asistida por inteligencia artificial (I.A.).

Resulta más que claro que los próximos años están marcados por la implementación de cada vez más sistemas de software basados en inteligencia artificial y a la vez mucho más potentes y sofisticados. El trabajo jurídico implicará de ahora en más, también efectuar un claro control de auditoría y revisión de los estándares constitucionales de los algoritmos destinados a brindar asistencias jurídicas, en la práctica forense, como así también encargados de la biovigilancia electrónica asistida por I.A.



---

PARTE IV

**DOGMÁTICA DE LAS PARTES  
GENERAL Y ESPECIAL**

---



# DERECHO PENAL Y PUEBLOS ORIGINARIOS

## PROBLEMAS DE POLÍTICA CRIMINAL

*Por Javier Augusto De Luca<sup>1</sup>*

### **I. Introducción**

Cuando comencé a interiorizarme de este tema, recordé que no hace mucho tiempo los colonizadores se preguntaban si los indígenas eran personas<sup>2</sup>.

Por supuesto que ya existía y subsistió por cinco siglos la esclavitud, no solo de hecho, sino jurídica, bajo un título similar al de propiedad reconocido por los ordenamientos jurídicos de gran cantidad de naciones. Para evitar dudas, todavía existentes sobre la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, en 1948 la Organización de Naciones Unidas tuvo que expresarlo en su famosa Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>3</sup>.

Entonces, es desde esa perspectiva que analizaré algunos aspectos que deben tenerse en cuenta cuando confluyen los dos universos, el del derecho penal y el de las expresiones de la cultura de los pueblos originarios y también de otras minorías.

<sup>1</sup> Profesor Regular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA. Doctor en Derecho, UBA. Ex presidente y socio fundador de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.

<sup>2</sup> La "Junta de Valladolid" fue un debate que se llevó a cabo entre los años 1550-1551, en la ciudad de Valladolid, España. A consecuencia de la llegada de los españoles a tierras americanas, se discutía acerca de qué trato se le debía dar a los indios que estaban sometidos al dominio hispánico. Los principales contendientes en aquella controversia fueron Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda.

<sup>3</sup> Art. 4: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas".

La consagración de derechos a distintos sectores es un producto de la evolución o desarrollo del orden jurídico, sin que esta observación signifique un valor positivo o un progreso. Se les han asignado derechos a personas físicas, nacidas, por nacer, personas jurídicas, hombres, mujeres, libres o esclavos, animales (sujetos no humanos), la naturaleza y, ahora, se piensa en los mecanismos guiados por la llamada inteligencia artificial.

Cuando hablamos de costumbres, derecho o cultura de los pueblos originarios o de un determinado grupo minoritario, surgen distintos interrogantes: ¿a qué estadio de su cultura nos referimos, al original o al actual?, ¿acaso esos pueblos no sufrieron cambios en cientos o miles de años?, ¿son culturas pétreas?, ¿quién decide con autoridad suficiente que una costumbre o práctica es ancestral y actual?, ¿es un asunto de los antropólogos decidir quién ha realizado una conducta que responde a una práctica ancestral?, ¿no hay discusiones sobre ello?, ¿todos los miembros dentro de un mismo grupo están de acuerdo o existen divergencias entre sus miembros que hasta pueden crear, a la vez, subculturas?

Si desde una cultura se juzgan los hechos de otra, porque entran en colisión con la primera que es dominante, ¿por qué tenemos que probar que lo hecho por las personas juzgadas responde a una cultura y no aceptar los argumentos de los involucrados sin más?, ¿desde qué lugar una cultura dominante o mayoritaria impone una carga probatoria a la otra?, ¿la exigencia de prueba no implica ya una toma de posición de “superioridad” o predominio?, es decir, ¿qué se hace desde un mundo impregnado de valores que tiene en miras y como objeto una manifestación de una cultura minoritaria?, ¿desde qué lugar se justifica, disculpa, comprende, tolera y acepta o rechaza la manifestación de una cultura de esas características?

Nos decimos democráticos y que, por ello, reconocemos constitucionalmente otra cultura preexistente y/o coexistente, ¿pero eso no implica una toma de posición de superioridad ética, de concesión, de quien tiene el poder de reconocer/prohibir algunos comportamientos a los grupos minoritarios?

Se suele decir que el límite de ese reconocimiento son los derechos humanos (DD. HH.), pero no deberíamos olvidar que son “nuestros DD. HH.”. Los DD. HH. son producto de nuestra cultura, no de la distinta

que decimos aceptar o reconocer. Además, es también discutible hablar de superioridad ética, porque desde nuestro lugar se han producido las más grandes masacres de la historia, no menores que las que hemos podido conocer de aquellos pueblos que muchas veces fueron considerados inferiores o bárbaros.

Nos reputamos democráticos y respetuosos de los DD. HH. porque aceptamos la diversidad. Pero y ellos, ¿qué piensan?, ¿les importa nuestra visión más allá de la importancia de no ser vulnerables al poder punitivo de la cultura dominante? Porque en realidad, ellos preferirían conservar únicamente su esencia y cosmovisión sin injerencias de terceros que dicen protegerlos.

Esto ocurre cuando coexisten varias culturas en el mismo territorio. La discusión es la misma de siempre, aunque ahora un poco más refinada o más sofisticada. Una cultura domina sobre la otra. La dominante impone no solo sus valores y costumbres, sino también sus propias reglas de reconocimiento, para la aceptación o rechazo de los valores y costumbres de la otra. Por ejemplo, preguntarse acerca de si una conducta es delito o no lo es, si se trata de un problema procesal o de derecho sustantivo, si existe un problema de tipicidad o de antijuridicidad, tal vez sería absurdo para un indígena del Amazonas o de los cientos de culturas distintas de África, porque ellos tienen sus propios modelos de juzgamiento en base a sus creencias, normas y costumbres que, a su vez, los operadores jurídicos generalmente desconocen. Miren, ¿saben que en la que hoy es la provincia de Chubut los inmigrantes galeses tenían legislación propia con juicio por jurados?<sup>4</sup>. Es decir, en un mismo territorio convivieron dos derechos, como ya había ocurrido en la época del Fuero Juzgo y el derecho romano.

La cuestión se complica aún más si a estos interrogantes les agregamos los conflictos que puedan surgir a partir de la interacción entre miembros de

<sup>4</sup> Pintos, Daniel Luis María, "El juicio por jurados en la colonia galesa de la provincia de Chubut: ¿parte de la historia o avanzada de las más modernas tendencias procesales del siglo XXI?", *Revista Derecho Penal*, año I, n° 3, Ediciones Infojus, Buenos Aires, p. 197. Id SAIJ: DACF130011, disponible en: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130011-pintos-juicio\\_por\\_jurados\\_en.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130011-pintos-juicio_por_jurados_en.htm)

una cultura y de la otra. Por ejemplo, una mujer de cultura occidental que quiere ser parte de una comunidad indígena y acepta sus reglas, pero algunas de ellas son delitos para los occidentales. Un anglosajón víctima o victimario de un delito cometido por o contra un miembro de un pueblo originario, pero que no es delito para esa comunidad o que tiene consecuencias distintas con juzgamientos distintos, ¿quién entenderá en el caso?, ¿rige la prohibición de doble juzgamiento?

## II. Multiculturalismo, derechos humanos y diversidad cultural

Las sociedades siempre fueron multiétnicas o multiculturales. Se entiende por diversidad cultural la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también, a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados<sup>5</sup>.

La organización del Estado-Nación, se basa en la idea de un modelo idealizado de polis, en el que los ciudadanos comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes. No puedo aseverar que esto haya existido en algún tiempo y lugar en forma pura. Pero sí que para alcanzar esa homogeneidad los grupos minoritarios que no se sincretizaban fueron desplazados o eliminados o se los forzó a asimilarse a la cultura de la mayoría<sup>6</sup>. En el plano jurídico, quedaron reguladas bajo el axioma que Tarello definió como “la unidad del sujeto de derecho” en el cual todos los sujetos del ordenamiento tienen los mismos derechos, las mismas

<sup>5</sup> Art. 4.1 de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, UNESCO, 20/10/2005. Aprobada por ley 26.305.

<sup>6</sup> Kymlicka Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.



obligaciones, las mismas libertades, las mismas prerrogativas y son iguales ante la ley penal<sup>7</sup>.

El multiculturalismo también puede referir al hecho social en sí mismo de coexistencia de distintas culturas en un mismo territorio o sociedad; o a una ideología que predica la convivencia o coexistencia de la sociedad pluralista que promueve el sueño de una convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo<sup>8</sup>. Los multiculturalistas plantean el reconocimiento de la identidad de estas minorías y que ellas tengan representación política. Porque en las sociedades actuales, bajo el concepto de Estado Nación, se promueve una homogenización cultural que diluye las diferencias y anula las distintas culturas.

Después de la Segunda Guerra Mundial cobró fuerza la teoría del universalismo de los derechos humanos y los derechos de las minorías quedaron protegidos indirectamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos (D.U.D.H.). Sin embargo, los partidarios del multiculturalismo observan que los derechos humanos no dan ninguna respuesta concreta a los asuntos de interés de las minorías (por ejemplo, asuntos de migración, educación, comunicaciones, etcétera). Entonces, desde esta óptica, se plantea una contradicción entre derechos individuales y derechos colectivos. Es la diferencia entre sostener que todos tenemos derechos individuales por sí mismos, o que los derechos dependen de la pertenencia de su titular a un determinado grupo<sup>9</sup>.

Es evidente que el reconocimiento de algunas culturas puede terminar en una forma de imposición de sus costumbres a las demás, porque en un mismo espacio no pueden convivir dos culturas antagónicas sin que se produzcan conflictos.

<sup>7</sup> De Maglie, Cristina, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 47 y sus citas.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> De Luca, Javier, "La sociedad multicultural. Democracia y Derechos", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y sociales*, vol. 41, n° 167, 1997, pp. 51-84. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5073003>, consultado el 12/08/2020

La globalización también trajo un cambio de paradigma en lo económico, lo cultural y lo político. La transnacionalidad genera migraciones de gran envergadura y pronuncia aún más la homogenización, aún por la fuerza, ante lo cual, como antítesis, surge la valoración de la autonomía y singularidad de las minorías.

El problema es cómo lograr la representación en los actuales Estados-nación de comunidades que antes de una conquista y su colonización gozaban de autogobierno, porque existe el derecho a la libre determinación, el establecimiento de su condición política, el desarrollo económico, social y cultural<sup>10</sup>. Se pretende la construcción de una ciudadanía multicultural, pero es muy difícil contentar a todos.

El camino de la universalización de los derechos humanos no proporciona una solución definitiva. Hay algunos de esos derechos que chocan con otros como, por ejemplo, algunas prácticas religiosas con la vida e integridad corporal<sup>11</sup> o sexual, y su prevalencia debe decidirse en cada caso en concreto. Piénsese, por ejemplo, en la prohibición de portar el velo que rige en las escuelas públicas de Francia. Ello equivale a la imposición de una cultura (por medio del derecho), al igual que lo sería la obligación de llevarlo, que es contraria a la libertad y al derecho de cada persona de vestirse como decida. En el caso francés, la prohibición es el establecimiento de una concepción, una ética y una cultura laica, impuesta por medio del derecho.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante sucesivos informes especiales y participaciones en sistemas de casos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del desarrollo de prolífera jurisprudencia, sostuvieron que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

<sup>10</sup> Artículo 1.1 P.I.D.E.S.C.

<sup>11</sup> A modo de ejemplo, en el interior de la selva Amazonas, la tribu Sateré-Mawé practica un ritual de iniciación milenario que conlleva la picadura de decenas de hormigas bala. Es la prueba final que deben pasar todos los varones para “convertirse en hombres”, en línea: <https://culturacolectiva.com/historia/ritual-de-las-hormigas-bala-mas-cruel-y-doloroso-del-mundo>, consultado el 12/08/2020

Hombre (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), así como también la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) son los principales instrumentos de reconocimiento de derechos humanos de los pueblos indígenas y, a su vez, de obligaciones por parte de los Estados miembros de promover, proteger y garantizar tales derechos<sup>12</sup>. El derecho de profesar libremente sus ideas, creencias religiosas, de manifestarlas y practicarlas pública y privadamente; el derecho a la preservación de la salud y el bienestar; a los beneficios de la cultura; al reconocimiento de su personalidad jurídica y de los derechos civiles; a participar y ser electo para cargos gubernamentales y públicos; el derecho a la honra y la dignidad; el derecho de asociación para promover, ejercer y proteger sus derechos de cualquier naturaleza y a las garantías judiciales y debido proceso<sup>13</sup>.

Sin embargo, los organismos internacionales de derechos humanos advierten de manera constante un patrón de criminalización por parte de los Estados hacia los pueblos originarios y otras minorías frente al reclamo de sus derechos. Por ejemplo, los derechos de manifestación y protesta social de los pueblos indígenas y tribales. Los casos de tomas u ocupación de tierras calificadas como usurpación<sup>14</sup>, cuando no, diversos tipos penales de desacato a la autoridad, instigación, delitos relacionados al terrorismo, rebelión, delitos contra la seguridad del Estado, asociación ilícita para delinquir, etcétera<sup>15</sup>.

### III. Implicancias en la teoría del delito

El marco en el que tradicionalmente se han tratado los delitos cometidos por miembros de los pueblos originarios en el ejercicio de alguna práctica

<sup>12</sup> Corte I.D.H., *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, 20/10/2000.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> O.N.U., *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/29/25, 28/04/2015.

<sup>15</sup> Corte I.D.H., *Audiencia sobre la Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina*, 144°. Período de Sesiones, 23/03/2012.

ancestral es el de los delitos culturalmente motivados o condicionados. Es una idea bienintencionada. En esa categoría entran los comportamientos de sujetos que pertenecen a grupos étnicos minoritarios, que en el grupo al que pertenece el autor son perdonados, aceptados como normales, aprobados, impuestos o sujetos a composición, reparación, conciliación, acuerdos, etcétera.

El concepto de cultura a la que refiere esa categoría es un elemento extrajurídico que debe estar bien definido. No solo la cultura del autor, sino también la del grupo del que forma parte. La diversidad cultural ha sido reconocida en casi todos los países de la región y, solo en algunos de ellos, sus legislaciones establecieron diferencias en el tratamiento por la justicia penal conforme al origen de las personas involucradas en el marco del respeto a la igualdad ante la ley y la no discriminación<sup>16</sup>.

Así surgió el paradigma de *la diversidad cultural*, cuyo principio es que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una superior a otra. Es decir, se debe respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus sistemas normativos; así como el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad)<sup>17</sup>. Ello quedó cristalizado en la Declaración Americana de los Pueblos Indígenas<sup>18</sup>.

La Constitución Nacional Argentina reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas de nuestro territorio; garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconoce la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; establece que ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegura su participación en la gestión referida

<sup>16</sup> AA.VV., "La justicia penal en las comunidades originarias", en De Luca, Javier y Da Rocha, Joaquín (coords.), Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 11-12.

<sup>17</sup> M.P.F., "Derechos de los pueblos indígenas, Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)", Cuadernillo n° 8, p. 14.

<sup>18</sup> O.E.A., 15/06/2016.

a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (artículo 75 incisos 17 y 22). Además, nuestro país por medio del dictado de la ley 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades, reconoció personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país; y la ley 26.160 declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por aquellas comunidades.

Pero nuestra legislación penal no estableció diferencias en el tratamiento por el origen de las personas involucradas en un conflicto y la naturaleza de esos actos. Las soluciones posibles son variadas: la atipicidad de determinadas prácticas, su justificación, la inculpabilidad, la reducción de penas, la solución del conflicto penal por vías alternativas a las penas tradicionales, supuestos del principio de oportunidad, intervención de jurados de la misma cultura, necesidad de peritajes estudios antropológicos e interdisciplinarios antes de la toma de decisiones judiciales, etcétera.

En el sistema argentino, frente a cualquier conflicto entre individuos de cualquier grupo cultural se aplicará el derecho penal del Estado-Nación, pese a que nos hemos obligado a tener en cuenta las costumbres y la cultura de los pertenecientes a pueblos indígenas u originarios. En tal sentido, el artículo 10 del Convenio 169 de la O.I.T. dice: "1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos<sup>19</sup> deberán tenerse en cuenta sus características

<sup>19</sup> El art. 1 del Convenio de la OIT establece que será aplicable: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. 3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Desde los penalistas se acepta que no es exigible otra conducta conforme a nuestro derecho vigente a un miembro de una comunidad indígena que realiza un hecho típico y antijurídico, si su relación con el sistema político, social y cultural nacional es escaso o nulo. Pero no es lo mismo si se trata de alguien que pertenece a una comunidad que, aunque con ciertas tradiciones ancestrales, adaptaron sus formas de vida al desarrollo cultural actual.

Zaffaroni se refiere a la problemática del error de comprensión sobre el que se fundamenta la inexigibilidad de la comprensión de la criminalidad, cuando el error es invencible. Ello, importa que exista el error de comprensión cuando el sujeto que realiza una conducta típica conoce la norma prohibitiva, pero por encontrarse inmerso en un grupo de diversidad cultural, no se le puede exigir que comprenda la norma, no se le puede enrostrar la introyección de los valores y su internalización<sup>20</sup>.

Cabe aclarar que no se trata de desconocimiento de la antijuridicidad de la prohibición, sino de falta de introyección de los valores sociales que ella informa. Y tampoco se trata de inimputables. Es otra cosa.

Más difícil sería tratarlo como un error de tipo, puesto que cualquier clase de desconocimiento de la norma prohibitiva no lo es. Sea o no culturalmente condicionado.

Desde mi punto de vista, lo ideal sería tratarlo como una causal de atipicidad, siempre que la conducta responda a un orden jurídico donde el comportamiento no esté prohibido y ese orden jurídico esté reconocido por el Estado en pie de igualdad.

Desde temprano aparecen estas dos posiciones: la idea de la inimputabilidad y el error de prohibición culturalmente condicionado *versus* la idea de declarar la atipicidad de las conductas, de desincriminarlas. Existen errores por condicionamiento cultural que originan errores de

<sup>20</sup> Zaffaroni, E., Alagia, A. Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 237.

tipo (ej. errores sobre la causalidad) y justificaciones putativas (error de prohibición indirecto). Una posible solución sería incorporar peritos y jueces culturales para valorar los casos problemáticos de error.

García Vitor defendía la tesis de que estos casos deben tratarse como una causa de justificación, específicamente el legítimo ejercicio de un derecho, porque no hay un orden jurídico prevalente al otro.

Las Constituciones, por el contrario, han receptado la cuestión y reconocido derechos, entre los que se encuentran el de resolver sus conflictos.

Si esto es así, la cuestión debería ser más sencilla: ¿no es acaso la normativa infraconstitucional, como lo es el derecho penal y procesal penal, la que debe respetar la de jerarquía constitucional?

Y así es como llegamos al principio. Moisés Moreno Hernández propone que no se haga una aplicación absoluta de la justicia indígena, de sus procedimientos del sistema de usos y costumbres, sino una aplicación limitada, acotada por criterios democráticos, respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales.

El reconocimiento de la justicia comunitaria e indígena es una forma de reparación. El doble sistema de juzgamiento en un mismo territorio no es algo novedoso. Recuérdese que el Fuero Juzgo regía para los visigodos, mientras que los romanos se regían por el derecho romano, y los dos supieron convivir y resolver sus conflictos.

#### **IV. Conclusión**

Tal como indica De Maglie<sup>21</sup>, el modelo de la *cultural evidence* adoptado por los tribunales estadounidenses, tan solo aparenta ser tolerante con las diferencias culturales. Pero en realidad, no soluciona el choque ideológico en cuestión. Esto es así ya que, como hemos visto en los casos mencionados, las motivaciones culturales suelen ser tratadas como patologías y elementos estigmatizantes.

<sup>21</sup> De Maglie, ob. cit., p. 133.

Para el establecimiento de un sistema penal que sea verdaderamente sensible a las diferencias culturales, es imprescindible regular la *cultural defense*. El sistema penal no puede permanecer inalterado. Por el contrario, debe diseñar e incorporar formas de reconocimiento específicas de los elementos culturales. De esta manera, se lograría un sistema judicial más justo en el cual los eximientes culturales en vez de estar sujetos a la discrecionalidad de los jueces, estén disponibles para todas aquellas personas que actuaron en sintonía con lo que establece su cultura.

Esta regulación debe incluir algunos lineamientos que limiten su aplicación estrictamente a los casos en los que el imputado no haya podido comprender la criminalidad que su conducta representa en el ordenamiento dominante. Como mencioné previamente, algunos de estos son que el acusado sea miembro de un grupo étnico que posea costumbres propias y diferentes, que ese grupo comparta los elementos culturales esgrimidos en el caso y que este haya actuado bajo la influencia de su cultura. De esta manera, el sistema penal estará verdaderamente adecuado a las necesidades de una sociedad multicultural, en la que se exige el reconocimiento de la diversidad cultural y justicia en el caso concreto.



# LA LEGÍTIMA DEFENSA DE ANIMALES NO HUMANOS

## UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE JURISPRUDENCIA ALEMANA<sup>1</sup>

*Por Nadia Espina<sup>2</sup>*

### I. Introducción

Más allá de otros lejanos antecedentes, el planteo moderno sobre la consideración moral de los animales no humanos, surge hace dos siglos atrás en el campo de la filosofía cuando el utilitarismo clásico introduce la idea sobre la capacidad de los animales no humanos para sentir dolor y placer. Esas premisas dieron lugar a que otros autores contemporáneos desarrollaran argumentos éticos, jurídicos e incluso sociológicos y políticos, en favor de la consideración de los animales no humanos, así como también del reconocimiento de ciertos derechos en su carácter de tales<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> LG Madgeburg, StV 2018, 335; OLG Naumburg, NWJ 2018, 2064. Artículo publicado en la *Revista Nueva Crítica Penal*, vol. 2, n° 4, 2020.

<sup>2</sup> Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral. Profesora adjunta de Derecho Penal y doctoranda de la Universidad de Buenos Aires. Vicepresidenta Primera de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (A.A.P.D.P.). Delegada de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (A.F.A.D.A.).

<sup>3</sup> Cfr. Singer, Peter, *Liberación Animal. El clásico definitivo del movimiento animalista*, segunda edición ampliada, editorial Taurus, Barcelona, 2018; El mismo, *Ética práctica*, 2° ed., Cambridge University Press, Cambridge, U.K, 1995; Salt, Henry S., *Los derechos de los animales. Considerados en relación al progreso social*, Carlos Martín y Carlos González (trads.), editorial Los Libros de la Catarata, Madrid, 1999; Regan, Tom, *En defensa de los derechos de los animales*, Ana Tamarit (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 2016; Nussbaum, Martha C., *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Ramon Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera (trads.), Paidós, Barcelona, 2007; Pocar, Valerio, *Los animales no humanos. Por una*

Cuando el debate generado en el campo de la filosofía durante el siglo XIX se traslada al campo jurídico, surgen las primeras leyes de protección penal a los animales no humanos, y con ellas, cobra fuerza la discusión por sus derechos, a través del interrogante relativo a la titularidad del bien jurídico en los delitos de maltrato animal. Mientras que un sector mayoritario considera que la tipificación de las conductas de maltrato y crueldad animal constituye un delito contra el humano, un grupo minoritario postula que los animales no humanos son los verdaderos titulares del bien jurídico.

En nuestro país, existe una tendencia actual a considerar que en los tipos penales de maltrato animal de la ley 14.346, el animal no humano es el titular del bien jurídico lesionado, lo que implica reconocerle su calidad de sujeto de derechos<sup>4</sup>. Incluso, la jurisprudencia de los últimos años consolida este nuevo estatus jurídico de los animales no humanos mediante esa interpretación y además reconoce como mecanismos constitucionalmente válidos, las acciones de *habeas corpus* y de amparo, para otorgar libertades a los animales no humanos en cautiverio.

Ahora, un nuevo debate surge en la dogmática jurídico penal<sup>5</sup> a propósito de una reciente jurisprudencia alemana del Tribunal Regional de Magdeburgo, en donde se admite como posible la legítima defensa de animales no humanos. Si se considera que los animales no humanos son sujeto de derechos, titulares de ciertos derechos: ¿Es posible que una o varias personas defiendan legítimamente sus derechos subjetivos ante

---

*sociología de los derechos*, Laura N. Lora (trad.), editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2013; Donaldson, Sue y Kymlicka, Will, *Zoopolis. Una teoría política para los Derechos de los Animales*, Silvina Pezzetta (trad.), editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2018; Francione, Gary; Charlton, Anna, *Derechos Animales. El Enfoque Abolicionista*, Exempla Press, 2015.

<sup>4</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La Pachamama y el Humano*, Colihue, Buenos Aires, 2012; Espina, Nadia, *Derecho Animal. El bien jurídico en los delitos de maltrato*, Ediar, Buenos Aires, 2020.

<sup>5</sup> Greco, Luis, "Legítima defensa de animales", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 15, n° 92, enero-junio, 2019; Reinbacher, Tobías, "Nothilfe bei Tierquälerei?", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, octubre de 2019, pp. 509-516.

agresiones ilegítimas? ¿Pueden ser considerados como “otros” en los términos del inciso 7° del artículo 34 del Código Penal argentino? ¿Existe un límite a la legítima defensa de los animales no humanos?

## II. Hechos

En la noche del 29 al 30 de junio y el 11 de julio del año 2013, miembros de la organización protectora de animales Animal Rights Watch ingresaron, sin el consentimiento de sus dueños, a la granja industrial Van G Tierzuchtanlagen GmbH & Co. Handels - Kommanditgesellschaft.

En efecto, F. había tomado conocimiento que la compañía cometía distintas infracciones a la Ley de Bienestar Animal (*TierSchNutzV*) y a la Ordenanza sobre Cría de Animales de Granja, en particular, con los corrales de cerdos dado el insuficiente espacio para alojar a los más de 62.000 animales no humanos.

En ese sentido, y con la finalidad de obtener pruebas que respaldasen la denuncia penal ante las autoridades competentes, F. decidió junto a F. y M., irrumpir en la granja industrial a efectos de filmar las condiciones en las que vivían y eran explotados los animales no humanos.

Los activistas descubrieron que, contrariamente a las leyes de protección de los animales no humanos, los corrales eran demasiado pequeños para los cerdos, los que se mantenían en corrales sin tener contacto visual.

Las grabaciones recolectadas fueron presentadas el 7 de noviembre de 2013 ante el Ministerio de Agricultura y Medio Ambiente de Sajonia-Anhalt y la Oficina de Administración del Estado, junto a una denuncia penal ante la fiscalía de Magdeburgo contra la empresa y demás personas responsables<sup>6</sup>.

Ello motivó el 6 de diciembre de 2013 una inspección a la granja por las autoridades competentes, en donde se constataron distintas violaciones a las disposiciones sobre la cría de animales no humanos: el ancho de

<sup>6</sup> Parte de las filmaciones pueden verse en el canal de Youtube de Animal Rights Watch: <https://www.youtube.com/watch?v=IxG6IJyDpK>

los corrales era demasiado pequeño; en el área de engorde, inseminación y cerdas jóvenes, el ancho de los huecos del suelo era demasiado grande; la intensidad de la luz no cumplía con las exigencias previstas; los grupos de engorde estaban parcialmente superpoblados y, en algunos casos, tenían un bebedero para más de 12 animales, entre otras.

El 27 de enero de 2014, el departamento de control veterinario del distrito de Börde informó que, la estancia de los animales no humanos en lugares demasiado pequeños durante largos períodos constituía un sufrimiento considerable, en el sentido del tipo penal del §17 2 b) *TierSchG*<sup>7</sup>.

Sin embargo, los activistas fueron denunciados penalmente por el delito de violación de morada ajena (§ 123 1. StGB).

El 26 de septiembre de 2016, el Tribunal de Distrito de Haldensleben absolvió a los imputados. Contra esa decisión, la fiscalía interpuso un recurso de apelación.

### III. Sentencia del Tribunal Regional de Madgeburgo<sup>8</sup>

El 11 de octubre de 2017, el Tribunal Regional de Madgeburgo consideró que las conductas de los imputados eran típicas del delito de violación de la morada ajena, pero justificadas por tratarse de un supuesto de defensa necesaria del § 32 StGB<sup>9</sup>. Para así resolver, el tribunal entendió que los animales no humanos debían considerarse como “otros” en el sentido de la defensa de terceros.

<sup>7</sup> El artículo 17 de la ley de protección a los animales no humanos (*Tierschutzgesetz*), dispone: “Se impondrá una pena privativa de libertad de hasta tres años o una multa a cualquier persona que: 1. mate a un animal vertebrado sin razón, o 2. un vertebrado (a) por un dolor o sufrimiento significativo, o (b) dolor o sufrimiento significativo prolongado o repetitivo”.

<sup>8</sup> LG Madgeburg, StV 2018, 335. Disponible en: <https://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de/bsst/document/KORE253762017>

<sup>9</sup> El artículo 32 del Código Penal alemán dispone: “(1) Quien cometa un hecho admitido por la legítima defensa, no actúa antijurídicamente (2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro”.

Entre sus argumentos, los magistrados recordaron que el § 20a GG<sup>10</sup> otorga jerarquía constitucional a la protección de los animales no humanos, y el §17 *TierSchG*, tipifica como delitos las conductas de crueldad animal. También ponderaron el sentimiento humano de compasión hacia los animales no humanos que, a su entender expresaría el § 1 *TierSchG*<sup>11</sup> y las disposiciones sobre protección de animales no humanos de granja que establecen ciertas condiciones para su cría.

Luego concluyeron que los activistas actuaron en los términos del § 32 StGB ante la agresión ilegítima de los propietarios de la empresa, en defensa de los derechos de los animales no humanos entendidos como “otros”, aunque también plantearon la posibilidad de defensa a propósito de los sentimientos humanos de compasión hacia los animales no humanos. Tampoco descartaron que las acciones de los activistas constituyesen un estado de necesidad justificante del §34 StGB<sup>12</sup>.

De acuerdo con sus consideraciones, existió un peligro actual para los animales no humanos, entre el 29 de junio y el 11 de julio de 2013, cuando los defensores de los animales ingresaron en la granja industrial, siendo el medio utilizado el menos ofensivo de todos los disponibles.

Así, entendieron que la violación de la morada ajena con la finalidad de obtener documentación fílmica y fotográfica de las infracciones contra

<sup>10</sup> La Constitución alemana dispone en su artículo 20 a) que “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”.

<sup>11</sup> El artículo 1 de la Ley de Bienestar Animal dispone: “El propósito de esta ley es proteger la vida y el bienestar del animal como una criatura compañera, fuera de la responsabilidad del hombre por el animal. Nadie puede infligir dolor, sufrimiento o daño a un animal sin una causa razonable”.

<sup>12</sup> § 34. “Quien, en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro”.

la *TierSchNutzV*, era un medio idóneo para iniciar el procedimiento ante las autoridades competentes, puesto que la experiencia demostraba que las denuncias sin documentar eran rápidamente desestimadas. Más aún, si se reparaba que, en el momento previo a los hechos, las autoridades competentes tenían conocimiento de las infracciones contra el párrafo 2 del § 24 de la *TierSchNutzV*.

#### **IV. Revisión del Tribunal Regional Superior de Naumburgo<sup>13</sup>**

El 22 de febrero de 2018, la decisión del Tribunal Regional de Magdeburgo fue revisada por su superior de Naumburgo, el que no descartó que los derechos subjetivos de los animales no humanos puedan ser defendidos en los términos del § 32 StGB. Sin embargo, resolvió el caso como un supuesto de estado de necesidad justificante, dada la ausencia del requisito de actualidad de la agresión.

En el caso concreto, los jueces estimaron que no se daba el requisito de la actualidad de la agresión, pues si bien existieron las conductas típicas del § 17 2) *TierSchG*, los activistas tardaron meses en presentar las filmaciones a las autoridades competentes, cuando los animales no humanos filmados en aquel momento ya no se encontrarían vivos.

#### **V. El bien jurídico en los delitos de maltrato animal**

El debate sobre la procedencia de la legítima defensa de animales no humanos se relaciona, a modo general, con el reconocimiento de ciertos derechos a los animales no humanos y, en particular, con la respuesta al interrogante acerca del titular del bien jurídico en los delitos de maltrato o crueldad animal.

<sup>13</sup> OLG Naumburg, NWJ 2018, 2064. Disponible en: <https://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de/bsst/document/KORE508972018>

### V.1. Visiones antropocéntricas

Cuando las consideraciones éticas se trasladan al campo jurídico, el debate por los derechos de los animales no humanos cobra fuerza con las primeras leyes de protección penal a los animales<sup>14</sup>, a través de la pregunta acerca de la titularidad del bien jurídico en los delitos de maltrato animal. Mientras que, el sector mayoritario de la doctrina justifica la tipificación de las conductas de maltrato o crueldad animal como un delito contra el humano, un grupo minoritario sostiene que la verdadera víctima en esos delitos es el animal no humano.

En su libro *La Pachamama y el humano*, E. Raúl Zaffaroni señala que, para entender al maltrato animal como un delito contra los humanos, se ha dicho que el bien jurídico es 1) la moral pública o las buenas costumbres; 2) el interés moral de la comunidad; y 3) la lesión al medio ambiente<sup>15</sup>.

No obstante, se observa que, en la búsqueda por justificar el delito desde una posición antropocéntrica, la doctrina acude con frecuencia a encontrar distintos y nuevos bienes jurídicos, lo que da lugar a diferentes clasificaciones entre los autores.

#### V.1.a. La moral y las buenas costumbres

La doctrina que se remonta al siglo XIX sostiene que el bien jurídico en el maltrato animal es la moral y las buenas costumbres, basado en:

<sup>14</sup> El primer antecedente se encuentra en Gran Bretaña cuando en 1822 se sancionó la ley conocida como *Martin Acts*. En nuestro caso argentino, los antecedentes se relacionan con la tarea desarrollada por la Sociedad Argentina Protectora de Animales (SAPA) que en 1891 logró sancionar la primera ley conocida como *Sarmiento*, y en 1954, la ley 14.346 conocida como *Benítez*, y actualmente vigente.

<sup>15</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *La Pachamama y el humano*, Colihue, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Ciudad de Buenos Aires, 2012, pp. 51 y ss.; también Guzmán Dalbora, José L., "El delito de maltrato de animales", en *Estudios y defensas penales*, segunda edición aumentada, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, pp. 199 y siguientes.

1) el sentimiento de piedad, amor o compasión del humano hacia los animales; y 2) la promoción de la educación civil, para evitar ejemplos de crueldad que acostumbren al hombre a la insensibilidad frente al dolor ajeno<sup>16</sup>.

Esa posición antropocéntrica encuentra raíces filosóficas en Immanuel Kant para quien el animal no era sujeto de relaciones jurídicas, sino objeto. Por eso, el humano solo tenía deberes hacia sí mismo y los otros humanos, sobre la base de la dignidad humana, derivada de la razón, pero no existían deberes hacia los animales no humanos en su calidad de tales<sup>17</sup>. Según ese autor, en el maltrato animal lo que se encontraba en juego era el deber del humano hacia sí mismo porque su sufrimiento le generaba compasión, lo que debilitaba paulatinamente una predisposición natural muy útil a la moralidad en relación con los demás humanos<sup>18</sup>.

Desde esa perspectiva, la “sociedad” emerge como titular del bien jurídico porque no tolera ver que se haga sufrir de forma innecesaria a los animales no humanos, o porque la crueldad y el maltrato hacia los animales no humanos predisponen a la sociedad o a alguno de sus miembros, a asumir moralmente el maltrato contra otras personas<sup>19</sup>.

En Argentina, el proyecto originariamente presentado por el diputado Benítez –luego sancionado como ley 14.346 en el año 1954–, entendía al maltrato animal como un delito contra el sentimiento social del pueblo civilizado para evitar que se despierten o fomenten en el humano

<sup>16</sup> Sobre la doble exigencia de esta protección, ver Guzmán Dalbora, ob. cit., p. 211; también ver Pocar, Valerio, *Los animales no humanos. Por una sociología de los derechos*, Laura N. Lora (trad.), editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 128. Ambos autores, con cita a Antolisei, refieren que la *ratio* de la incriminación es la doble exigencia de tutelar el sentimiento común de piedad hacia los animales y de promover la educación civil, al evitar ejemplos de crueldad que acostumbren al hombre a la dureza y a la insensibilidad hacia el dolor ajeno.

<sup>17</sup> Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4° ed., Cortina Orts y Conill Sancho (trads.), Tecnos, Madrid, 2005, p. 308.

<sup>18</sup> Ídem, p. 310.

<sup>19</sup> Brage Cendam, Santiago, *Los delitos de maltrato y abandono de animales*, Editorial Tirant lo Blanch, 1° ed., Valencia, 2017, p. 52.



instintos de crueldad hacia sus semejantes. No obstante, cuando finalmente se sancionó la ley 14.346, el artículo primero refirió expresamente que los animales no humanos son las verdaderas víctimas del delito, y los colocaba como titulares del bien jurídico lesionado<sup>20</sup>.

### V.1.b. *Interés general de la comunidad o “bienestar animal”*

La posición que cobra auge en el siglo XX y que en la actualidad tiene la mayor cantidad de adeptos en la dogmática penal, parte por considerar a los animales no humanos como objeto de protección, pero en cuanto ese aspecto represente un interés moral de la comunidad, al despertarles compasión<sup>21</sup>.

Se señala incluso contradictoriamente que el bienestar animal, entendido como ausencia de sufrimientos innecesarios, se corresponde mejor con el reconocimiento de derechos de los animales no humanos, ya que ofende a los humanos que se los maltrate porque experimentan dolor y sufrimiento. De ese modo, los autores entienden que la obligación de no someter a los animales no humanos a malos tratos se deriva de que se le reconoce al animal no humano el bienestar animal, entendido como ausencia de sufrimientos innecesarios<sup>22</sup>.

Esa posición queda a mitad de camino porque esta reconoce que los animales no humanos son seres sintientes, pero asimismo no dejan de ser un mero objeto de protección pues la mayoría de los autores se

<sup>20</sup> El artículo primero de la ley 14.346 dice “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere *víctima* de actos de crueldad a los animales”.

<sup>21</sup> Guzmán Dalbora, José L., “El delito de maltrato de animales”, *ob. cit.*, p. 215. Ese autor, parte por diferenciar entre el sector de la doctrina que considera a la salud y el bienestar de los animales no humanos como objeto de protección frente al que sostiene que aquellos como seres sintientes tienen derechos.

<sup>22</sup> Durán Seco, Isabel, “El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo)”, en *Libro homenaje a Claus Roxin*, Diego M. Luzón Peña (Dir.), Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Talleres Gráficos Iustitia, Perú, 2018, p. 599.

muestra reticente en asignarles derechos subjetivos. En definitiva, el bienestar animal se fundamenta –si bien bajo otro ropaje– a partir de los sentimientos de compasión hacia los animales no humanos, en base a una raíz marcadamente antropocéntrica<sup>23</sup>.

De toda forma, algunos autores sostienen que esos sentimientos humanos de compasión y amor hacia los animales no humanos fueron los que impulsaron la tipificación del delito. A partir de entonces, consideran que la interpretación de los tipos penales de maltrato animal debe seguir su propio camino en donde no parece que existan obstáculos para entender que el bien jurídico es el bienestar animal, lo que no implica afirmar ni negar la existencia de ciertos derechos a favor de los animales no humanos<sup>24</sup>. En efecto, la mayoría de los seguidores de esta corriente entienden que los animales no humanos no pueden ser titulares de derechos<sup>25</sup>, pero no descartan que sean objetos materiales del delito.

La “sociedad” aparece como titular del bien jurídico y el animal no humano, pese a ser considerado un ser vivo capaz de sufrir y sentir, constituye el objeto material del delito. Se genera así, entre algunos partidarios del bienestar animal, una falsa creencia acerca de que la vida, la salud o la integridad física o psíquica de los animales no humanos se encuentran en ponderación en la presente corriente. Sin embargo, al no reconocerles derechos subjetivos, terminan por reconocer que los animales no humanos resultan valiosos para las personas y por ese motivo la “sociedad” tiene derecho a exigir a todos y cada uno de sus miembros que respeten a los animales no humanos<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Espina, Nadia, ob. cit., p. 100.

<sup>24</sup> Hava García, Esther, “La protección del bienestar animal a través del derecho penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 31, 2011, pp. 289-290.

<sup>25</sup> Requejo Conde, Carmen, *La protección penal de la fauna. Especial consideración del delito de maltrato de animales*, Comares, Sevilla, 2010, Cap. I. Ella misma sostiene que “no resulta posible igualar los derechos de los animales a los de las personas en la medida en que sus necesidades y nuestras relaciones con ellos son diferentes a nuestras relaciones con otros grupos humanos”.

<sup>26</sup> Hava García, ob. cit., pp. 288-292.

En esa línea bienestarista se inscribe la normativa internacional de la Unión Europea, entre ellas, la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las diferentes leyes nacionales de bienestar animal como la ley alemana ya citada (*Tierschutzgesetz*), y las reformas al Código Penal español de 2015, entre otras. No obstante, ello no quiere decir que no exista doctrina y jurisprudencia que en la interpretación de esas normas reconozca la existencia de derechos en favor de los animales no humanos.

### *V.1.c. Medioambiente*

Minoritario es el sector de la doctrina que se inclina por considerar que el medioambiente es el bien jurídico lesionado en los delitos de maltrato animal. La asociación de estos delitos con el medioambiente vendría dada en la medida que se considere que los animales no humanos forman parte del entorno. Sin embargo, cabe precisar que, en los casos de maltrato animal, lo que verdaderamente importa son las conductas individualmente consideradas. Por lo tanto, no parece lógico admitir que en estos supuestos se encuentre en juego el equilibrio ecológico, ni mucho menos, las generaciones humanas actuales y futuras<sup>27</sup>.

## **V.2. El animal no humano como titular del bien jurídico**

El reconocimiento de los animales como sujeto de derechos representa en la actualidad un amplio debate ético jurídico e incluso sociológico y político, cuyo punto en común es el rechazo a la división cartesiana entre los animales concebidos como máquinas y los humanos como únicos seres dotados de alma y racionalidad.

En el campo jurídico, el primer antecedente en la consideración del propio animal a no ser objeto de crueldad humana se encuentra en Berner<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Espina, Nadia, ob. cit., pp. 103-106.

<sup>28</sup> Cfr. Zaffaroni, *La Pachamama...* ob. cit., p. 50, con cita a von Hippel, Robert, *Die Tierquälerei in die Strafgesetzgebung des In-und Auslandes, historisch, dogmatisch*

Esta posición es la que asume Zaffaroni en su obra *La Pachamama y el humano* cuando refiere al animal no humano como la verdadera víctima del delito en el artículo primero de la ley 14.346<sup>29</sup>. Así, también lo expresa junto a sus coautores Alagia y Slokar en *Derecho Penal, Parte General*, quienes parten por definir al bien jurídico como una *relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*, toda vez que algunas veces los sujetos no son personas<sup>30</sup>. De ese modo, concluyen en la conveniencia de rechazar la tesis personalista del bien jurídico para reconocer que hay bienes jurídicos de sujetos no humanos<sup>31</sup>.

Lo cierto es que desde que se reconoce que el animal no humano es un ser sintiente, capaz de experimentar dolor y placer, surge la necesidad de precisar que el bien jurídico en el delito de maltrato o crueldad animal es el derecho del propio animal a no ser objeto de crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos.

No obstante, los cuestionamientos de la doctrina a esa propuesta guardan relación con la visión antropocéntrica del bien jurídico que tiene origen en el Estado moderno. En ese sentido, Roxin expresa que en el delito de maltrato animal no se tiene que renunciar al principio de protección de bienes jurídicos, sino que hay que ampliarlo, mediante la extensión del contrato social a otras criaturas de la creación<sup>32</sup>. Ese autor sostiene que en el maltrato animal, la ley alemana tiende a la protección de la vida y del bienestar animal, pero que aquello no significa que se proteja una simple concepción moral, sino que hay que partir por considerar

---

*und kritisch dargestellt, nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichrechts*, Berlín, Otto Liebmann, 1891, p. 121.

<sup>29</sup> Ídem, p. 50.

<sup>30</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro, y Slokar Alejandro, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 489.

<sup>31</sup> Ídem, p. 493.

<sup>32</sup> Roxin, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en Hefendehl, Hirsch y Wholers (eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo, 2016, p. 446.

que “el legislador en una especie de solidaridad con las criaturas, también considera a las especies superiores de animales como criaturas de la creación (...) a los que, como tales, protege”, ya que “su sensación de dolor se equipara hasta cierto grado, a la del ser humano”<sup>33</sup>. Así, el profesor de Múnich parece concluir en que el fundamento del bien jurídico reside en los derechos a la vida y a la integridad de los animales no humanos de manera autónoma.

En este camino, es la jurisprudencia de los tribunales argentinos de los últimos años la que aporta significativamente en la construcción del nuevo estatus jurídico del animal no humano. Son conocidos los casos en donde se reconoce a los animales no humanos como sujeto de derechos y, en consecuencia, como titulares del bien jurídico en los delitos de maltrato animal, así como también, los casos paradigmáticos que han llevado a otorgar acciones de *habeas corpus* o de amparo para conceder la libertad a animales en cautiverio<sup>34</sup>.

## VI. Legítima defensa de animales no humanos

Las consideraciones expuestas cobran relevancia cuando el Tribunal Regional de Madgeburgo realiza la interpretación del § 1 *TierSchG* en relación con el § 32 *StGB*, pues evoca la discusión de los sentimientos de compasión de los humanos, fundamento de las primeras leyes de protección penal a los animales y del bienestar animal, para justificar las conductas de maltrato animal como un delito contra el humano.

<sup>33</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil Band I, 4<sup>o</sup> ed., Verlag C.H Beck, München, 2006, §2, nm. 55 y 56.

<sup>34</sup> En el orden doméstico, pueden verse entre otros: CFCEP, Sala II, “Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ *habeas corpus*”, sentencia del 18 de diciembre de 2014; Juzgado de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 4, “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) y otros c/ GCBA y el jardín Zoológico de la CABA s/ Amparo”, sentencia del 21 de octubre del año 2015; Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza, “Presentación efectuada por AFADA respecto del Chimpancé Cecilia- sujeto no humano”, sentencia del 3 de noviembre de 2016, entre otros.

La importancia se manifiesta al tiempo que el Tribunal de Madgeburgo sostiene la posibilidad de legítima defensa de los animales no humanos en su calidad de tales, al apartarse del narcisismo antropocéntrico característico de los sentimientos de compasión de los humanos que solo justificarían la defensa propia.

Ahora bien, ese criterio del Tribunal de Madgeburgo para considerar a los animales no humanos como “otros” en los términos del § 32 StGB, se diferencia de los autores que postulan al bienestar animal como bien jurídico en los delitos de maltrato pero, al mismo tiempo, niegan que los animales no humanos sean titulares de derechos subjetivos.

Esa no surge sea precisamente la intención del Tribunal Superior de Madgeburgo que refiere a los animales no humanos como a “otros” y no como a “objetos”. Sus conclusiones se acercan al sector minoritario de la doctrina que precisa al bien jurídico como el derecho del propio animal no humano a no ser objeto de crueldad humana, lo cual implica reconocerle el carácter de sujeto de derechos.

En ese sentido, la doble justificación efectuada por el Tribunal de Madgeburgo, defensa necesaria y estado de necesidad justificante, depende en gran medida de la respuesta al interrogante sobre la titularidad de derechos de los animales no humanos. Si el humano es considerado como centro del ordenamiento jurídico, solo podrá actuar en defensa propia. Por el contrario, si se sostiene que los animales no humanos tienen derecho a una vida sin sufrimientos, la solución pasible será la defensa de terceros.

### ***VI.1. La legítima defensa y el estado de necesidad justificante***

La discusión entre la procedencia de la legítima defensa o del estado de necesidad se refleja también en la dogmática jurídico penal. Cabe precisar que no se pretende problematizar aquí sobre las agresiones provenientes de animales no humanos, sino de las agresiones ilegítimas humanas cometidas contra estos últimos. Tener en cuenta esa advertencia resulta esencial para comprender que nos encontramos ante diferentes situaciones y soluciones desde el saber penal.

La legítima defensa es inadmisibles contra las agresiones de animales no humanos, pues la agresión ilegítima debe ser ante todo una conducta humana, agresiva y antijurídica. Si bien en un sentido amplio es posible hablar de agresiones de los animales no humanos, para que haya una agresión es preciso que exista una acción guiada por la voluntad, lo que no es plausible en estos casos. De los animales no humanos, se podrá decir que ponen en peligro bienes jurídicos, pero nunca que realizan una agresión. En todo caso, aunque se pudiera poner en duda que los animales no humanos no pueden agredir, no cabrá de ningún modo legítima defensa contra ellos porque no pueden realizar una agresión antijurídica<sup>35</sup>.

Por el contrario, los casos de agresiones de animales no humanos encuentran solución en el estado de necesidad justificante, pues si bien son titulares de derechos básicos, no tienen capacidad de acción, como tantos otros sujetos humanos incapaces de conducta –involuntables, quienes se encuentran bajo los efectos de una fuerza física irresistible o de un acto reflejo o automático–<sup>36</sup>. Eso mismo ocurre cuando los animales son utilizados como medios o instrumentos por quien realiza el ataque<sup>37</sup>.

De cualquier modo, existe un sector doctrinal que admite la legítima defensa contra los animales no humanos. Algunos bajo el argumento de que los animales no humanos cometen agresiones, y otros según la opinión de que cometen agresiones antijurídicas. Sin embargo, para admitir la legítima defensa contra animales no humanos habría que suponer que

<sup>35</sup> Luzón Peña, Diego M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 314-315. En ese sentido, véase también Zaffaroni, Eugenio R., *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 471; Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit. p. 618; Nino, Carlos S., *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 183; Roxin, Claus, ob. cit., p. 611; Jescheck, Hans - Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. 1, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 461; Stratenwerth, Günter, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible*, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti (trads.), 4º ed. reelaborada, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 229, Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 128, entre otros.

<sup>36</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit., p. 429.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 619.

estos pueden violar el orden jurídico, que es la razón por la que se excluye la ponderación de males de la legítima defensa<sup>38</sup>.

## **VI.2. La legítima defensa en el Código Penal argentino**

Dentro del catálogo de eximentes de responsabilidad penal en nuestro Código Penal, se encuentran la legítima defensa<sup>39</sup>, el estado de necesidad justificante<sup>40</sup> y el ejercicio de un derecho<sup>41</sup>, como causas de justificación.

Tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad justificante, la necesidad cumple un rol central. En ambos supuestos, el concepto no varía, se entiende que media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión, pero los efectos son diferentes: en la legítima defensa la necesidad justifica salvo que la lesión que se cause sea aberrante en relación con la que se evita, y en el estado de necesidad se justifica el mal menor al que se evita.

Sin embargo, mientras que en el estado de necesidad existe la ponderación de males, con la limitación que el mal causado sea menos lesivo que el que se repele, en la legítima defensa no rige este principio, como consecuencia de que se justifica la lesión del bien jurídico del autor de

<sup>38</sup> Luzón Peña, Diego M., ob. cit., pp. 317-327.

<sup>39</sup> Artículo 34 C.P. "No son punibles: (...) 6) el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

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. 7) el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor".

<sup>40</sup> Artículo 34 C.P. "No son punibles: 3) el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño".

<sup>41</sup> Artículo 34 C.P. "No son punibles: 4) el que obrare...en el ejercicio legítimo de su derecho".



una agresión antijurídica<sup>42</sup>. Pero como todo derecho, el ejercicio de la legítima defensa tiene límites, cual es, la racionalidad entendida como ausencia de disparidad escandalosa<sup>43</sup>.

#### VI.2.a. *La racionalidad como límite a la defensa necesaria*

A diferencia de la tradición legislativa germana –que se refiere a la defensa necesaria en el § 32, StGB–, 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.

En efecto, mientras que la “racionalidad” limita la defensa necesaria de modo republicano, la sola “necesidad” amplía los alcances de la legítima defensa, con la finalidad de intimidar a cualquier persona que pretenda cometer ilícitos. Si se repara en la función de prevención general de la pena, tanto en la formulación negativa de Feuerbach, como en la positiva de Jakobs, la falta de límites racionales a la defensa necesaria, encuentran fundamentos en la finalidad de evitar que se cometan nuevos delitos. Y si la función del derecho penal es, según la visión de algunos autores, la de proteger bienes jurídicos o la de mantener la vigencia de la norma<sup>44</sup>, la defensa necesaria cumplirá una función de reafirmación del derecho<sup>45</sup>, donde no interesarán los intereses jurídicamente afectados del agresor.

Por ese motivo, en la doctrina alemana se considera que ante el ataque de bienes materiales, si la agresión no se puede repeler de otro

<sup>42</sup> Righi, Esteban, *Antijuricidad y justificación*, Lumiere, Buenos Aires, 2002, p. 88; Donna, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 138.

<sup>43</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit., pp. 612-613.

<sup>44</sup> Frister, Helmut, *Derecho Penal, Parte general*, 4° ed. alemana, Marcelo A. Sancinetti (trad.), Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 320 y siguientes.

<sup>45</sup> Righi, Esteban, ob. cit., p. 86; Jescheck, Hans-Heinrich, ob. cit., pp. 470 y siguientes.

modo se encuentra justificada hasta la muerte del agresor<sup>46</sup>, como ser el caso de quien quiere robar una cartera o que también puede llegar a ser necesario disparar al ladrón que huye, si ese es el único medio para preservar la propiedad<sup>47</sup>. Opinan que, de lo contrario, estaría totalmente excluido como regla la legítima defensa frente al ladrón en cuanto tuviera que llevarse a cabo mediante ataques a la vida o a la integridad. Y agregan que semejante consideración a la proporcionalidad entre los bienes es imposible que esté justificada allí donde debe protegerse el derecho en la lucha contra el injusto. Por tanto, concluyen que el principio del preavalecimiento del derecho legitima la renuncia a la “proporcionalidad” entre el daño causado y el impedido<sup>48</sup>.

Esa preponderancia del ordenamiento jurídico encuentra en verdad origen en la justificación del derecho de legítima defensa, en las teorías que por oposición a las individualistas, postulan una supraindividualista o bien una tesis dualista<sup>49</sup>

Pero la idea de “in/tolerancia” o la desviación hacia la ponderación de males del estado de necesidad justificante resultan equívocas. En situaciones concretas en las que debe resolverse si la antijuricidad de la agresión justifica la desproporción conforme a la lesión inferida la racionalidad resulta el principio correctivo que debe generar la respuesta. La defensa deja de ser legítima cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto, que por su inusitada y escandalosa desproporción respecto de la agresión, provoca más inseguridad jurídica que la agresión misma<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. Corregida, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 472.

<sup>47</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente De Remesal (trads.), Civitas, Madrid, 1997, p. 632.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Palermo, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, 2007, pp. 158 y siguientes.

<sup>50</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *ob. cit.*, pp. 612-613.

Así, mientras que en la doctrina y la jurisprudencia alemana uno de los límites se encuentra en el principio de menor lesividad, según el cual, en la acción defensiva se deben elegir entre todos los medios posibles, el que provoque la pérdida mínima para el agresor<sup>51</sup>; en la legislación argentina el requisito expresamente consagrado de racionalidad significa que se excluyen de la legítima defensa los casos de lesiones inusitadas o aberrantemente desproporcionadas, este es nuestro límite.

En esa inteligencia, el caso de manual del paralítico que utiliza una escopeta que es el único elemento que tiene al alcance de su mano para defender una manzana que le es sustraída por un niño, no disponiendo de otro recurso, será antijurídico, pero no porque el bien jurídico vida sea de superior jerarquía que el 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. La acción de disparar es necesaria, porque no existe otra menos lesiva para evitar el resultado, pero no cumple con el requisito de racionalidad. Los casos de necesidad irracional son excepciones en que se impone el deber de soportar lo injusto<sup>52</sup>.

Lo mismo debe aplicarse para los casos de acciones defensivas contra las agresiones ilegítimas cometidas contra los animales no humanos. Si frente a una conducta humana de maltrato o crueldad animal, una persona emprende una acción defensiva en favor de la vida o a la integridad física o psíquica del animal no humano, se encontrará justificada en virtud de una legítima defensa de terceros, siempre y cuando no exista una desproporción aberrante entre las conductas agresiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades.

Así, no será irracional la defensa de los animales no humanos mediante la violación del domicilio de una granja industrial con la finalidad de obtener filmaciones como instrumento de denuncia ante los sufrimientos injustificados causados a los animales porque no existe una aberrante

<sup>51</sup> Jakobs, Günther, ob. cit., p. 472.

<sup>52</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit., p. 613.

desproporción entre ambas conductas. Tampoco lo será si se causaren daños en la propiedad de la granja.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es la tradición de que la legítima defensa solo rige para bienes jurídicos individuales, mientras que los colectivos solo se defienden en el marco del estado de necesidad justificante. En ese sentido, cabe precisar que únicamente desde una visión antropocéntrica podría afirmarse que nos encontramos ante la presencia de un bien jurídico colectivo, si se piensa al maltrato animal como un delito contra el medioambiente, y toda vez que, se lo justifique en última instancia en la preservación de las generaciones humanas actuales y futuras; o como un delito contra el interés general de la comunidad.

Algunos autores sostienen incluso que, frente a la existencia de agresiones ilegítimas contra el medioambiente, en tanto derecho personal social, resulta procedente la legítima defensa cuando se ocasionen daños o se viole el domicilio de una empresa contaminante<sup>53</sup>. De toda forma, entendemos que, en los supuestos de maltrato animal, nos hallamos ante la presencia de bienes jurídicos individuales, lo que como ya se ha precisado, recibirá cuestionamientos de quienes sostienen la tesis personalista del bien jurídico.

#### *VI.2.b. Bienes defendibles ¿puede considerarse defendible el derecho del animal a no ser objeto de crueldad humana?*

En la actualidad es casi unánime la opinión de que todo bien jurídico individual es legítimamente defendible<sup>54</sup>. La legislación penal argentina no trae ningún tipo de limitación en cuanto a los bienes jurídicos que

<sup>53</sup> Sandoval Fernández, Jaime, *Legítima defensa*, Bogotá, Temis, 1994, pp. 285-287.

<sup>54</sup> Rivacoba y Rivacoba, Manuel, ob. cit., pp. 124 y 164; Zaffaroni, Eugenio R; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit., p. 617; Righi, Esteban, ob. cit., p. 87; Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 7° ed., Jorge Bolfill Genzch y Enrique Aimone Gibson (trads.), Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 437 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 463; Roxin, Claus, ob. cit., p. 623; Stratenwerth, Günter, ob. cit., p. 229; Zaffaroni, Eugenio R., *Lineamientos*, Ediar, Buenos Aires, 2020, p. 404, entre otros.

pueden ser defendidos, sino que el único límite está dado por la idea de que solo se pueden defender los bienes individuales, y esto depende de la relación entre el ataque y la defensa, que debe ser necesaria y sobre todo racional<sup>55</sup>.

Así, debe interpretarse con sentido amplio el texto legal argentino cuando se refiere a bien jurídico propio o ajeno, según los alcances de la legítima defensa propia o de terceros. En ese sentido y conforme a la letra del artículo 1° de la ley 14.346, los animales no humanos como titulares del bien jurídico en los delitos de maltrato animal son legítimamente defendibles de las agresiones ilegítimas. Además, el mismo inciso 7° del artículo 34 del C.P., no resultaría tan antropocéntrico o humano, puesto que el texto enuncia *la defensa de la persona o de los derechos de otro*. De modo que, no pareciera existir limitación alguna, incluso desde la legislación penal, para sostener que su derecho a no ser objeto de crueldad humana sea defendible por terceras personas.

La legítima defensa de animales no humanos resulta admisible a poco que se repara en los avances jurídicos y éticos en favor del reconocimiento de los animales como personas no humanas y titulares de ciertos derechos subjetivos. Tanto más si se piensa que la ley argentina no ha establecido siquiera límites respecto a la defensa de los bienes patrimoniales. Ahora bien, ¿Es posible quitar la vida de una persona para proteger la propiedad? ¿Y para defender el derecho del animal a no ser objeto de crueldad humana? Este es quizá uno de los principales interrogantes del tema que se plantea.

En nuestro derecho vigente es expresa la prohibición de privación arbitraria de la vida<sup>56</sup>, ello 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. Así, no cabe afirmar la exclusión total del derecho de defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor.

<sup>55</sup> Cfr. Righi, Esteban, ob. cit., p. 87.

<sup>56</sup> Véase el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, pareciera que nunca es racional la muerte del agresor para defender solo la propiedad, pero cobraría 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—<sup>57</sup>.

En el caso de los animales no humanos, la defensa necesaria será legítima cuando del mismo modo que en los restantes supuestos se respete el límite de la racionalidad esencial de todo ejercicio de derechos. Si en el supuesto de la granja industrial, los activistas disparasen contra sus propietarios con una ametralladora, las conductas de lesiones u homicidios no serán justificadas porque la defensa no es necesaria para neutralizar la agresión en tanto existen otras acciones menos lesivas. Lo mismo ocurre frente a la defensa con motivo de la falta de alimentación de animales en la calidad o cantidad suficiente. Si una persona defiende al animal no humano con un palo macizo que ocasiona lesiones graves a su propietario, no se cumplirá con el requisito de la necesidad de la acción defensiva, pues ante el ataque utilizado, subyacen otras posibilidades de defensa. El principio es que quien se defiende debe escoger el medio que produzca menos daños, en tanto y en cuanto le sea posible. En este último caso, la amenaza inminente para el bien jurídico se puede impedir a través de medios diferentes, como por ejemplo traspasar una medianera con la finalidad de llevarse a la mascota para su alimentación y cuidado.

Distinta sería la situación si ante los gemidos de profundo dolor provenientes de un animal no humano, advertimos que un vecino despelleja viva a una mascota con una cuchilla ¿Qué sucede si acudimos en su defensa con el mismo palo macizo ante la imposibilidad de comunicarnos para realizar la respectiva denuncia? Si se parte de la premisa de que los animales no humanos son sujeto de derechos, titulares del bien jurídico en los delitos de maltrato o crueldad animal, al igual que en los casos en donde peligra la vida de los humanos, las eventuales conductas de lesiones para

<sup>57</sup> Zaffaroni, Eugenio R; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit., p. 613.

repeler las agresiones del propietario se encontrarían justificadas ¿Y si a consecuencia de los golpes propinados al vecino se produce su muerte? La respuesta a este interrogante variará según si la ponderación de males entendidos como bienes jurídicos en abstracto (vida del humano vs. la vida del animal) se considera un requisito de la legítima defensa o una exigencia propia del estado de necesidad justificante. Si se sostiene que conforme a nuestro inciso 7° del artículo 34 del Código Penal, el límite de la legítima defensa viene dado por la racionalidad del medio necesario para evitar el resultado lesivo, la defensa solo dejará de ser legítima ante la escandalosa desproporción entre las conductas agresivas y defensivas. Lo que no parece cumplirse en el caso en donde exista un peligro inminente para la vida de los sujetos de una vida distinta siempre y cuando en el caso concreto no existan otros medios menos lesivos.

De toda forma, vale recordar que en los casos en los que se pretenda esgrimir la legítima defensa de animales no humanos deberán exigirse los mismos requisitos de la legítima defensa de terceros, cuales son, la agresión ilegítima, la racionalidad del medio empleado y la falta de provocación suficiente por parte de quien defiende al animal no humano. Estas exigencias tradicionales para la procedencia de la legítima defensa no parecen sufrir modificaciones ni plantear inconvenientes en este nuevo planteo y desafío para la dogmática jurídico penal.

## VII. Conclusiones

Las discusiones suscitadas en la dogmática jurídico penal en relación con los animales no humanos se encuentra relacionada con su consideración como sujeto de derechos. Históricamente, los animales fueron considerados como objetos de propiedad, susceptibles de toda explotación humana y aún de maltrato. Sin embargo, se encuentran antecedentes en los orígenes de la humanidad, así como en el mundo egipcio, en donde se adora a los animales no humanos como expresión de la divinidad.

En los sistemas filosóficos indios, el budismo y el jainismo se oponían a toda crueldad contra los animales no humanos. Las exigencias éticas acerca de no matar a otros seres vivos ni causarles sufrimientos iniciaron

cuando en el jainismo se incorpora el aspecto religioso mediante el concepto de *Ahimsā*, entendido como amor universal hacia todos los seres vivos capaces de sentir.

En el mundo griego, los pitagóricos y algunos presocráticos asignaron un alma a los animales, pero ese reconocimiento encontró límites en la distinción aristotélica entre el alma sensitiva, de la cual eran poseedores los animales no humanos y el alma intelectiva, propia y exclusivamente del alma humana.

Hasta el Renacimiento, los animales no humanos fueron utilizados como chivos expiatorios frente a la responsabilidad penal de los humanos, lo que tuvo como resultado la condena y posterior ejecución de cerdas, gallos y hasta la excomunión de plagas. Se les reconocía cierta capacidad y responsabilidad como sujetos activos de delitos, algo similar a lo que ocurre hoy con la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal.

Con la llegada del racionalismo, cualquier consideración moral era reservada a los humanos porque los animales no humanos eran calificados como máquinas privadas de todo raciocinio. Más allá de otros lejanos antecedentes, la inclusión moderna de los animales no humanos comienza a partir del utilitarista clásico sobre la idea de la capacidad que se les reconoce a los animales no humanos para sufrir y gozar. Hasta entonces no existía posibilidad de concebir intereses, deberes o derechos del cual el animal fuera poseedor en su calidad de tal.

Es cuando la discusión filosófica pasa al campo jurídico que estas ideas recobran fuerza a partir de las primeras leyes de protección animal, y en particular en el derecho penal, a través del interrogante acerca de la titularidad del bien jurídico en los delitos de maltrato animal.

Desde el punto de vista de nuestra ley 14.346, se entiende que el legislador al tipificar las conductas de maltrato o crueldad concluyó que los animales no humanos son las verdaderas "víctimas" de esos delitos. De cualquier modo, esta postura es criticada por quienes justifican aún en nuestros días que los delitos de maltrato o crueldad animal constituyen delitos contra los humanos.



Es la jurisprudencia de los últimos años la que a nivel comparado y nacional marca la senda del camino hacia la consolidación del nuevo estatus jurídico del animal no humano, lo que no solo implica interpretar y sostener que el titular del bien jurídico es el animal no humano en los delitos de maltrato animal, sino la posibilidad de sostener la procedencia de la legítima defensa de los animales no humanos en su calidad de tales.

La ruptura del narcisismo antropocéntrico se pone en evidencia cuando desde ciertos sectores de la doctrina e incluso en algunas constituciones se propone la extensión del contrato en favor de los sujetos de una vida distinta. En términos filosóficos, esa posición implica el abandono del mal llamado especismo mediante el reconocimiento de derechos en favor de los animales no humanos y de la naturaleza.

Una vez John Stuart Mill, dijo que “Todo movimiento se ve en la obligación de pasar por tres fases: ridículo, polémica y aceptación”. Alguna vez fue ridículo pensar que las mujeres, las personas de color, los disidentes sexuales e incluso todos y todas tuviéramos idénticos derechos inviolables. Hoy la discusión por los derechos de los animales no humanos es ampliamente descalificada, pero de seguro en las próximas décadas esta negación de derechos quedará reducida solo a la memoria del pensamiento.



# BASES PARA UNA DOGMÁTICA PENAL ESPECÍFICA PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

*Por Alejandro Javier Osio<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

En primer lugar diremos que la necesidad de una dogmática penal juvenil específica surge sustancialmente de dos fuentes principales –aunque no únicas–, por un lado una fuente material consistente en el respeto por la ontología del ser humano, y por otro lado en una fuente formal como es el ordenamiento jurídico que se ha desarrollado a lo largo de casi 100 años en los ámbitos internacional y nacionales, y refiero esto último en plural porque los sistemas de control social y el derecho penal juvenil trasciende las fronteras territoriales y comprende a todas las infancias del mundo, hayan signado o no la C.I.D.N. (de los 196 miembros de la O.N.U. solo resta ser firmada por Estados Unidos, luego de que en 2015 la rubricaran Somalia y Sudán) y otros instrumentos internacionales, pues todos tienen en alguna medida –más o menos– conformadas conceptual, normativa e institucionalmente un derecho penal específico –en más o en menos– aplicables a niñas, niños y adolescentes (NNyA).

Aunque no profundizaremos en ello, sepamos que hablar de derechos del niño es algo nuevo en términos de historicidad. Quien utilizó por primera vez la voz “derechos del niño” fue Thomas Spence en 1796, y también sepamos que, si bien la historia moderna de las infancias es

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Nacional de La Pampa. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Cuyo. Magister en Ciencias Penales y especialista en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de la Pampa.

la historia de la educación –como decía P. Ariés<sup>2</sup>, en América Latina puede estudiarse además desde el ámbito del control socio-penal<sup>3</sup>, pero su implantación jurídica es reciente en términos históricos de la humanidad, pues comenzó en el siglo XX con los Convenios de la O.I.T. sobre edad mínima para trabajos industriales, trabajo nocturno y de mujeres antes y después del 13/6/1921, y tienen como referencia la Declaración de Ginebra de 1924 sobre la base de la redacción de Eglantyne Jebb quien había fundado la *Save The Children Fund* en 1919.

## II. Desarrollo

Ahora bien, al ingresar a la cuestión penal, la genealogía e historicidad del derecho penal es más antigua que el derecho de la niñez, y ha sido desde sus inicios adultocéntrica. Toda la teoría penal está cimentada histórica y conceptualmente sobre, para y desde el ser humano adulto (a esto lo denominaremos adultocentrismo penal) y si fuéramos más allá, también podríamos decir que ha sido patriarcal (a esto lo denominaremos patriarcalismo penal), pues se ha pensado en-por-para-desde el hombre y no en-por-para-desde las mujeres y mucho menos en-por-para-desde diversidades no binarias. Y podríamos seguir definiendo con más precisiones la historia penal en relación con subjetividades no centrales, pero dejaremos allí para no desvirtuar el enfoque.

Lo cierto es que en la delimitación histórica de las estructuras, conceptos, principios y límites establecidas/os en el derecho penal, nunca niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) fueron sujetas/os centrales de consideración.

Ahora bien, el sujeto “persona NNyA” no solo que ha recibido invisibilidad, primero, y periferia, luego, en la historia penal, sino que lo relevante es destacar que el derecho penal no ha relevado que se trata

<sup>2</sup> Stearns, Peter, *Historia de la Infancia*, disponible en: <https://iacapap.org/content/uploads/J.9-Historia-Infancia-Spanish-2018.pdf>, consultado el 01/08/2020

<sup>3</sup> García Méndez, Emilio, *Infancia ¿para dónde van sus derechos?*, 1° ed., Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, pp. 51 y siguientes.

de un ser ontológicamente distinto al sujeto “persona adulta” que ocupó siempre la centralidad. Por supuesto que no estoy afirmando que NNyA no sean personas humanas, lo que digo es que dentro del género persona humana, NNyA se trata de un sujeto ontológicamente (en el sentido Cossiano de onticidad<sup>4</sup>, distinto que la persona humana adulta, pues esta se regula subjetivamente por su autonomía determinada, mientras que la/el NNyA se regula por una autonomía progresiva (de acuerdo con la psicología evolutiva –Ariés– (citado por Stearns<sup>5</sup>) o del desarrollo –Berger y Feldman–<sup>6</sup>. Esa progresividad avanza desde estadios de dependencia absoluta al nacer, cada vez menor en la primera infancia, hacia espacios temporales de menor autonomía, pasando por estadios de autonomía relativa hasta acercarse a la autonomía plena y finalmente conseguirla; y es precisamente en las etapas de infancia y adolescencia en que las personas nos encontramos en los momentos de conformación de nuestra personalidad, incluso la adolescencia por algunos es considerada como de transición entre la infancia y la adultez, por lo cual la sensibilidad a los estímulos es de mayor impacto que en las otras etapas y las dinámicas conductuales son muy específicas es cada una de las etapas, y todas distintas a la personalidad adulta (aunque claro, hablamos en términos generales, pues las individualidades pueden guardar singularidades que se aparten de los cánones generales).

Sin profundizar demasiado en ello, solo con relevar ese conocimiento no jurídico que implica una referencia ontológica ineludible, se torna útil la recuperación de un viejo concepto de Hans Welzel cuando hablaba de lo óntico-ontológico, de las estructuras lógico-reales o lógico-objetivas que el derecho como estructura formal no podía modificar al incorporar el concepto sustantivo de acción (o conducta), pues esos datos de la realidad

<sup>4</sup> Ver Cossio, Carlos, *La racionalidad del ente: lo óntico y lo ontológico*, disponible en: [http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1980\\_ontico\\_ontologico.pdf](http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1980_ontico_ontologico.pdf), consultado el 10/07/20.

<sup>5</sup> Stearns, Peter, ob. cit.

<sup>6</sup> Citadas por Delgado Losada, María Luisa, *Psicología del Desarrollo*, disponible en: <http://www.herrerobooks.com/pdf/pan/9788498352535.pdf>, consultado el 25/07/20

le preceden al derecho y son impuestos por la realidad, por lo que no puede ni desconocerlos ni modificarlos<sup>7</sup>. En suma, ello implica el respeto por la realidad tal cual es, límite primero a la habilitación de poder punitivo.

Ahora bien, en función de esa ontología diferente del sujeto NNyA en tanto objeto de conocimiento e intervención del derecho penal, entendemos que una primera implicancia debe ser contar con el relevamiento de algunos aspectos específicos que irradian su análisis:

– Una historicidad humana y jurídica propia (que en muchos aspectos ha sido construida).

– Un complejo normativo históricamente diferenciado (que ha tenido avances en algunos supuestos como la ultraactividad de la ley penal, por ejemplo).

– Un complejo conceptual propio (que presenta avances significativos en las últimas décadas).

– Un complejo institucional propio (que históricamente aparece diferenciado desde fines del siglo XIX y que siempre se verá en desarrollo conforme al principio de progresividad).

### ***Autonomía***

Por tales razones y otras de mayor complejidad en las que por cuestión de extensión no podemos profundizar, es necesario revisar toda la dogmática penal (sistema penal, teoría del derecho penal, teoría del delito, teoría de la responsabilidad punitiva, y en su interdisciplinariedad con otros saberes, fundamentalmente las estructuras del derecho procesal penal específico y de la política criminal juvenil) y usar las bases para redefinir y/o sistematizar la existente y/o construir una nueva que implique al menos seis pilares:

♦ La construcción conceptual de una dogmática sistematizada que se adecúe al sujeto con autonomía progresiva especialmente en la etapa de conformación de su personalidad (autonomía objetiva).

<sup>7</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2° ed., 2° reimpr., Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 333.

♦ La incorporación de los principios del derecho penal humano especializado en el *corpus iuris* de NNyA para el diseño de normativa específica general y especial (autonomía formal o normativa).

♦ La construcción de categorías conceptuales propias que la independice del derecho penal adultocéntrico (autonomía epistemológica o conceptual).

♦ La construcción de institucionalidad propia que la independice (autonomía material u orgánica).

♦ La formación especializada para la doctrina, jurisprudencia y efectoras/es de todo el sistema que permita construir, sistematizar y aplicar el derecho específico (autonomía subjetiva).

♦ La interdisciplinariedad con otros saberes y su resignificación, especialmente de aquellos especializados, principalmente el derecho procesal penal y sus principios y garantías (autonomía consecuente o derivada).

Esta última servirá asimismo de base para el derecho procesal penal Específico para NNyA.

### *¿Qué significa que sea específico?*

Para avanzar en lo que consideramos específico, podemos decir que para que todo el derecho penal aplicable a NNyA sea específico implicará por lo menos tres cuestiones:

– En primer lugar, redefinir sus cimientos y romper con el paradigma adultocéntrico. Es decir, poner en sospecha y revisión a todo el derecho penal heredado, incluso el especial.

– En segundo lugar, centrar la estructura sobre los principios de interés superior del niño y derecho al mejor derecho.

– En tercer lugar, reconfigurar sus caracteres estructurales y que pueda ser autónomo epistemológica, formal, material, objetiva y subjetivamente, además de normativo.

Y una vez en ese pedestal sistematizar lo existente y sentar las bases para la construcción de conocimiento, normativa y andamiaje exclusivo, sistemático, especializado y situado. Veamos.

### ***Deconstruir el paradigma adultocéntrico (y construir uno más igualitario y menos dicotómico)***

El adultocentrismo ha significado e implica aún una relación asimétrica de poder entre personas adultas y NNyA, que ha generado y genera relaciones de dominio que es necesario deconstruir para que estos últimos se posicionen con una mayor centralidad. Este concepto lo tomamos de Duarte Quapper y a su tesis doctoral remitimos para su profundización<sup>8</sup>. Jurídicamente, la deconstrucción del adultocentrismo como paradigma implica la revisión de todas las disciplinas y sus construcciones a fin de verificar patrones, estereotipos y conceptos adultocentristas para su remoción y construcción de bases más igualitarias, que en definitiva coadyuven al posicionamiento de NNyA como verdaderos sujetos de derecho (como manda la C.D.N. y su comité desde siempre).

En el ámbito penal, ese proceso constructivo de la infancia ha generado en diferentes períodos distinta asimilación teórica, desde la inicial invisibilización, pasando por la asociación con la incapacidad de delito, incapacidad psíquica para la comprensión de la criminalidad, asociación con inculpabilidad por falta de autodeterminación, y hasta las más modernas construcciones sobre la culpabilidad disminuida<sup>9</sup>.

En fin nunca el sujeto NNyA ha sido eje como sujeto político-penal con carácter central junto a las personas adultas, sino que la construcción simbólica de NNyA debió siempre encajar en algunas de las categorías adultocéntricas disponibles<sup>10</sup> y eso es necesario que sea superado<sup>11</sup> y en el

<sup>8</sup> Duarte Quapper, Claudio, *El adultocentrismo como paradigma y sistema de dominio...*, disponible en: [https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2016/hdl\\_10803\\_377434/cdq1de1.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2016/hdl_10803_377434/cdq1de1.pdf), pp. 309 y ss, consultado el 24/06/20.

<sup>9</sup> Ver fallo “Maldonado” de la CSJN y “Mendoza y otros vs. Argentina”, de la Corte I.D.H., por ejemplo.

<sup>10</sup> Ver Duarte Quapper, Claudio, *idem*, pp. 88, 160, 288, 309, 399, 417.

<sup>11</sup> Ver UNICEF, *Superando el adultocentrismo*, en línea <https://www.yumpu.com/es/document/read/36645660/superando-el-adultocentrismo-4>, consultado el 17/07/20, donde se destacan las tensiones entre el control de adultos –control social– frente a la autonomía progresiva de NNyA.



campo jurídico también por supuesto es necesario incluir la concepción de NNyA como presente –realidad diferente– y no como mera transición o proyecto de adulto<sup>12</sup>.

### *Efectivizar el interés superior del niño*

Como sabemos, el interés superior del niño no es solo un concepto mediante el cual se exige la efectividad de la mayor cantidad de derechos posibles de manera simultánea en cada situación en que se encuentren NNyA y deba ser intervenida mediante alguna agencia estatal u otro organismo, sino que su naturaleza jurídica implica considerarlo de acuerdo con –y en el marco de– la C.D.N. (artículo 3) como un derecho sustantivo, un principio estructurante y una garantía que asegure su efectividad (O.G. 14, Comité C.D.N.).

En ese marco el interés superior del niño (artículo 3.1, Convención de los Derechos del Niño) debe ser el eje rector para toda persona que construya conocimiento derivado del derecho internacional de los derechos humanos, con especial asiento en la C.D.N. y que debiera guiar la valoración ante cualquier efecto del campo jurídico sobre infancias y adolescencias. Como enseña Cillero Bruñol<sup>13</sup> en su artículo paradigmático en la materia, en el sentido de principio general que ordena la priorización de cualquier derecho humano de NNyA frente a cualquier otro derecho o interés personal o estatal.

El autor citado en el artículo referido realiza algunas aseveraciones que desarrollan el pensamiento de la línea teórica en que planteamos esta parte del trabajo, de la siguiente manera:

“5. *El interés superior del niño como ‘principio garantista’*. La Convención contiene ‘principios’ –que a falta de otro nombre, denominaré

<sup>12</sup> Tomando la idea de Morales, Santiago y Magistris, Gabriela, *Niñez en movimiento, Del adultocentrismo a la emancipación*, 1° ed., Chirimbote, Buenos Aires, 2018.

<sup>13</sup> Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en línea [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf), consultado el 20/05/20.

‘estructurantes’ – entre los que destacan: el de no discriminación (artículo 2), de efectividad (artículo 4), de autonomía y participación (artículos 5 y 12), y de protección (artículo 3). Estos principios –como señala Dworkin– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etcétera, cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un ‘principio’ que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el ‘interés superior del niño’ como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos ‘principio’, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como ‘garantía’, entendida esta última ‘como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos.’ Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista”<sup>14</sup>.

Es central y transversal a todo el campo jurídico entonces que al interés superior del niño se lo considere como principio estructurante y garantía que obliga al análisis que describe el autor particularizando en el derecho o conjunto de derechos humanos específicos que lo conforman y le dan contenido a ese interés, para ponerlo en juego en cada caso en concreto cuando de NNyA se trate. Es decir, que el interés superior del

<sup>14</sup> Ídem, pp. 7-8.

niño no debe aparecer en las consideraciones como una vara de medición vacía de contenido, sino como un principio estructurante que en cada caso concreto debe ser llenado por el derecho o los derechos en juego.

Pero, además, es necesario ingresar en el análisis también la concreta satisfacción integral y simultánea de los derechos en ciernes. Veamos que Cillero Bruñol lo explica con claridad en el mismo artículo citado:

*“6. ¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos. Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”. Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de “interés superior” pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de “derecho”. Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al “interés superior del niño” podía orientar positivamente, aunque solo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño... Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención”<sup>15</sup>.*

<sup>15</sup> Ídem, pp. 8-9.

Véase que, arribar a consideraciones que prescindan de considerar al interés superior del niño en los sentidos indicados y para la satisfacción integral y simultánea de los derechos de NNyA conduciría a generar conocimientos, normativas y prácticas incompatibles con los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos específicamente aplicable a las infancias y adolescencias, lo cual implicaría incompatibilidad legal vertical y llevaría a interpretaciones, normativas, jurisprudencia o prácticas anticonvencionales, y de allí la necesidad de verificar si el contenido de lo que denominamos derecho penal general es compatible con el interés superior del niño para tomarlo desde el derecho penal que denominamos específico para NNyA o crear nuevas bases si no lo es, o redefinirlo si la incompatibilidad no es de base, sino de aristas modificables.

### ***Garantizar el derecho al mejor derecho***

Diremos como primera medida que el derecho al mejor derecho más allá de las normas estipuladas para todas las personas humanas en distintos tratados e interpretaciones de organismos internacionales, cuya profundización excedería el marco del presente, en materia de niñez tiene un reconocimiento expreso como principio general en el artículo 41 de la C.D.N. del siguiente modo:

“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

Deriva entonces tanto de la aplicación directa de la C.D.N. como de una interpretación integrada del derecho interno de un Estado parte (en nuestro caso Argentina) y el derecho internacional de los derechos humanos (tratados, convenciones, pactos, reglas, directrices, observaciones, opiniones, informes, jurisprudencia, etcétera de todos los organismos dispuestos por los sistemas universal e interamericano).

Como sostiene Juliano: “El concepto del derecho al mejor derecho parte de una concepción igualitarista que considera que las legislaciones locales

no pueden restringir derechos y garantías consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos y que, por ende, los ciudadanos amparados por los tratados que los receptan tienen el derecho de reclamar la aplicación de legislación extraña a su propia jurisdicción territorial, que contemple de un modo más amplio y generoso la efectivización de sus derechos y garantías (...) La tesis del derecho al mejor derecho se refuerza con el contenido del artículo 2 de la Convención Americana, que obliga a los Estados a adoptar disposiciones de derecho interno tendientes a efectivizar los derechos y libertades garantizados por la Convención. Una arquitectura jurídica de esta índole implica que la efectivización de los derechos y las libertades debe ser tamizada con los principios de progresividad y *pro homine*, que necesariamente informan a derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, los derechos y las libertades no son conceptos pétreos, sino que, muy por el contrario, se encuentran sometidos a permanentes avances y transformaciones (...) La globalización que caracteriza a la modernidad tardía, o posmodernidad, que vivimos, también atraviesa al mundo jurídico. El viejo modelo del Estado nacional ha tenido que bajar sus fronteras, para admitir formas asociativas (Mercosur, Unión Europea), que se encuentran en pleno desarrollo y que, se supone, deberían permitir afrontar los desafíos de un mundo nuevo y complejo. La resignificación de los Estados necesariamente traerá aparejado el cuestionamiento de los desequilibrios en materia de derechos y garantías, que resultan inexplicables para ciudadanos que se encuentran amparados por los mismos tratados internacionales de derechos humanos. Una concepción de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos de esta naturaleza (la universalización de los derechos y las garantías) abre un abanico impresionante e impensado de consecuencias jurídicas que, por lo menos, merece ser reflexionado con detenimiento, en la búsqueda de la expansión de los derechos y las garantías, tan necesarias para la realización de los individuos, fundamentalmente de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad o que tienen menos posibilidades de ser oídos”<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Juliano, Mario A., *El derecho al mejor derecho llegó a la Corte Suprema de Justicia*, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/07/doc-trina36600.pdf>, consultado el 09/05/2020.

En resumidas cuentas, y sin profundizar demasiado, podemos afirmar que, de acuerdo con lo citado, sumado a los principios de la especialidad del derecho de la niñez, y en particular el interés superior con el alcance que le hemos dado, podemos afirmar que en cada caso en particular sea que se trate de un/a NNyA o un grupo o colectivo, resultarán de aplicación las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos de NNyA y a su efectividad de manera integral y simultánea.

Como puede notarse con esas solas referencias, estos dos últimos aspectos del derecho penal específico para NNyA, la centralidad del interés superior del niño y garantizar el acceso al derecho al mejor derecho implican romper con las lógicas dicotómicas y pétreas del derecho penal adultocéntrico.

### **III. Caracteres estructurales del derecho penal específico para niños, niñas y adolescentes**

Para avanzar en el análisis que nos hemos propuesto, indicaremos brevemente los aspectos centrales de la estructura del derecho penal específico para NNyA, al tratar de fortalecer la función central de la dogmática penal como construcción dirigida a limitar el poder punitivo<sup>17</sup>.

#### ***Autónomo***

La autonomía a la que se aspira indica que al tomar las bases epistemológicas y conceptuales del derecho penal, se puedan redefinir las que sea necesario tomar y crear las bases para las que deban introducirse como nuevas; o crearse lisa y llanamente las que sean necesarias; y de esa manera quede perfilado un ámbito de conocimientos que ya no requiera al derecho penal general para su evolución, sino que pueda cimentar, construir, evolucionar, crear, etcétera conocimientos-normativa-institucionalidad-subjetividad de manera autónoma, sin seguir siendo un apéndice de

<sup>17</sup> Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, 1° ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 61.

aquella rama a modo de “penalito” o hermanito menor del derecho penal, como suele decir Martiniano Terragni en relación con este aspecto.

Es decir que el derecho penal específico para NNyA pueda ser autónomo normativamente (como en gran parte ya lo es), epistemológica o conceptualmente (eso está en construcción) y materialmente (como sostiene Peter-Alexis Albrecht desde hace tiempo en Alemania<sup>18</sup>), pero también pueda serlo objetiva y subjetivamente.

### ***Autonomía no es independencia***

Ahora bien, claro está, que el derecho penal que denominamos específico para NNyA pueda ser autónomo no quiere decir que sea independiente, puesto que no por específico deja de ser derecho penal, pero además los cientos de años de estudio y progreso (aunque a veces han sido regresiones<sup>19</sup>) con más los que se van produciendo en las distintas latitudes y momentos históricos del derecho penal, mucho tienen para poder aportar al derecho aplicable a las infancias y adolescencias, y no olvidemos tampoco que estamos pensando en una disciplina cuyo campo de intervención es el sistema penal, con todo su conjunto de agencias y dinámicas que, a su vez, implica normativa penal de fondo y otros muchos aspectos en común.

De modo didáctico, podríamos graficar lo que pretendemos decir en forma de árbol genealógico:

El derecho internacional de los derechos humanos ha de ser la raíz que contiene en su interior al *corpus iuris* específico aplicable a las infancias y adolescencias y al derecho penal humano; de tal entrecruzamiento se generarán los troncos derecho público y derecho privado; de los cuales surgirán ramas como el derecho penal –tanto el general como el especial– y el civil, administrativo, etcétera. En esta ubicación es necesario

<sup>18</sup> Ver *El derecho penal de menores*, traducción de Juan José Bustos Ramírez, PPV, Barcelona, 1990.

<sup>19</sup> Ver Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., pp. 225-250.

agregar una nueva rama: el derecho penal específico para NNyA como una de las ramas que si bien autónoma nunca independiente ni de sus troncos ni mucho menos de su raíz, de los cuales deberá nutrirse permanentemente, al compartir por supuesto contenidos con las otras ramas, pero sin perder especificidad.

Y si bien no es materia de este trabajo, entiendo que otras ramas podrían conformarse en el entrecruzamiento del derecho específico aplicable a las infancias y adolescencias y el derecho civil, o el derecho administrativo, o el derecho del trabajo y la seguridad social, etcétera por la transversalidad ontológica de las infancias y su recepción en el campo jurídico, que por imposición del derecho internacional de los derechos humanos ya no puede ser fragmentado en compartimentos estancos, por lo cual todas las ramas deberán utilizar conceptos comunes derivados de otras ramas, de los troncos y por supuesto de la raíz (efecto desfragmentador del D.I.D.H. sobre el derecho penal<sup>20</sup>).

### ***Interdependencia***

Ahora bien, es importante entender que debido a que todas las ramas comparten la raíz común del derecho específico aplicable a las infancias y adolescencias por pertenecer al derecho internacional de los derechos humanos y constitucional, pero no todas las ramas comparten los mismos troncos, que son autónomos entre sí como también resultan autónomas entre sí las ramas, pero a la vez tanto troncos y ramas resultan interdependientes (pues comparten raíz), por ello deben guardar coherencia y compatibilidad tanto conceptual como normativa. Más allá de que cada rama pueda tener distintos valladares o estándares respecto de las diferentes conformaciones conceptuales en torno a cada especialidad conforme al sistema y fundamentos de responsabilidad con que cada rama cuenta. Por ejemplo, no son iguales –ni deben serlo– los

<sup>20</sup> Arballo, Gustavo, “Los tratados de derechos humanos como fundamento del derecho privado. Su vinculación con el dispositivo penal: nueve efectos concretos”, en Zaffaroni, Eugenio R. y Herrera, Marisa (dir.), *El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 59-60.



fundamentos de responsabilidad de las ramas civil y penal, ni tampoco comparten tronco, una es del derecho privado y otra del derecho público, pero ambas comparten la raíz mencionada; y por ejemplo no son –ni deben serlo los sistemas ni fundamentos de responsabilidad de las ramas administrativa y penal y, sin embargo, comparten tanto tronco –derecho público– como raíz –D.I.D.H. y C.N.–.

Para ejemplificar de una manera más concreta, que en Argentina una persona de 13 años pueda decidir algunas cuestiones en función del cuidado al propio cuerpo no significa necesariamente que deba ser criminalizada por algún acto ilícito, pero el concepto de persona con autonomía progresiva debe ser el mismo. En esos ámbitos, es necesario también profundizar estudios para lograr compatibilidad, aunque no ingresaremos en ello para no desvirtuar el objeto del presente trabajo.

### ***Completo***

La completitud del derecho penal específico para NNyA exige que tanto las bases epistemológicas como la conceptualización y demás caracteres de la producción disciplinar en este ámbito puedan cubrir todo el campo de actuación. Es decir, que se dote de bases y conceptualización de tal amplitud y adecuación a la especificidad que pueda cubrir todos los aspectos relativos a las infancias y adolescencias seleccionadas por la criminalización o susceptibles de ser abordadas por alguna de las agencias del sistema penal<sup>21</sup>.

### ***Exclusivo***

En este aspecto diremos que lo necesario para lograr en torno a la exclusividad es que la construcción epistemológica si bien pueda ser común a la raíz y troncos antes señalados, la construcción conceptual, normativa, institucional, etcétera, aplicable de manera específica a las infancias y adolescencias implicadas en conflictos sociales penalizados

<sup>21</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., pp. 9 y siguientes.

(para usar la terminología de Marcón<sup>22</sup>) u objeto de criminalización, sean exclusivamente aplicables a esta rama en particular. Es decir, que pueda construirse una masa de conocimiento que resulte adecuado con exclusividad a esa clase de conflictos, y con adecuado quiero significar que releve en su conformación todos los datos especiales que tanto las infancias y adolescencias aportan como los conflictos en los que participan las personas en estas etapas y las particulares respuestas que el ordenamiento jurídico les depara en la arista penal.

En este marco la especialidad impone salir de la lógica del castigo hacia la responsabilidad y en lo procesal hacia métodos participativos de abordaje y resolución de conflictos que a su vez implique a la corresponsabilidad Estado-comunidad-familia-NNyA, lo que además surge de los mandatos convencionales<sup>23</sup>.

### **Sistemático**

En este punto tomamos las bases epistémicas del derecho penal general y conforme a ello, las exigencias en torno a un derecho penal específico para NNyA con los caracteres que queremos delinear en el presente. Debe exigirse que siga una sistemática que torne metodológicamente adecuado tanto su estudio, como su explicitación, su comprensión y su aplicación, pero que también permita su evolución y efectividad.

Para ello será necesario sentar sus principios y sistematizarlos, sentar sus conceptualizaciones centrales y sistematizarlas, y por último definir las garantías específicas y sistematizarlas, para que todo guarde coherencia, compatibilidad y armonía, las tres reglas del método dogmático penal<sup>24</sup>.

En ese marco se presentarán efectos específicos que repercutirán en la redefinición de la teoría del delito, en particular sobre los conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

<sup>22</sup> Marcón, Osvaldo A., *Justicia juvenil: de las cicatrices de la Conquista a la imaginación no punitiva (en perspectivas postcoloniales)*, Espacio, Buenos Aires, 2017.

<sup>23</sup> OG 24, Comité CDN.

<sup>24</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., pp. 70.

Actualmente, algunos efectos cuentan con más desarrollo que otros, como por ejemplo la culpabilidad disminuida, pero algunos otros son incipientes y muchos quizá necesitan de mayor atención para su revisión. Sobre ello volveremos en un instante.

### *Especializado*

En torno a la especialidad que es necesaria para el derecho penal específico para NNyA nos referimos a que la masa de conocimiento disciplinar en este ámbito debe ser especialmente construida en relación con las infancias y adolescencias, y a la especial protección de sus derechos que imponen los ordenamientos jurídicos con raíz en el derecho internacional de los derechos humanos y constitucional.

En torno a ello tenemos precisiones que provienen precisamente de esa raíz, pero sobre tales no podemos profundizar debido al marco propuesto para el presente aporte, pero es sin dudas uno de los pilares de todo el *corpus iuris* internacional y nacional aplicable a la niñez la exigencia de especialidad en las intervenciones, en la normativa, en la institucionalidad en las personas intervinientes y en todo aspecto que haga a las políticas públicas y medidas de cualquier índole colectiva y/o individual cuando de NNyA se trata.

Para profundizar sobre ello puede acudir al aporte de Jaime Couso que en su introducción ya se manifiesta en la misma línea que lo que aquí pretendemos: “A la luz de los conocimientos empíricos aportados por la psicología del desarrollo y la criminología, y de los principios de derecho internacional que exigen dar un tratamiento jurídico especial a los adolescentes en materia penal, distinto del que reciben los mayores de edad, el artículo identifica una serie de estándares de juzgamiento diferenciado que deberían ser tenidos en cuenta en la aplicación del derecho penal sustantivo por parte de los tribunales”<sup>25</sup>, como así también

<sup>25</sup> Couso, Jaime, *La especialidad del derecho penal para adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo*. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/815/757>, consultado el 01/06/20.

podríamos remitir a muchos otros aportes sobre especialidad pero no vamos a introducirnos en ellos para valorar la brevedad.

### **Situado**

En torno a este último aspecto rescataremos el valor de la singularidad, esto es que las bases epistémicas, las conceptualizaciones, la normativa y todo lo atinente a las herramientas que en el campo jurídico se utilizan para el abordaje de la conflictiva social, debe ser necesariamente situada, y esto significa que deba tener en cuenta y consideración para la construcción y aplicación, los aspectos culturales, geográficos, etnográficos, sociológicos, etcétera, que definen a las infancias y adolescencias en los distintos momentos históricos y en los distintos espacios territoriales, para respetar sus diversidades sin pretensión universal de las especificaciones.

Claramente hay infancias y adolescencias diversas en tanto diversos son las personas y los lugares en que transcurren, no son iguales en Europa y América Latina, por ejemplo, tampoco más concretamente en Finlandia y Argentina. En el mismo continente latinoamericano las infancias y adolescencias tampoco son iguales en el cono sur y en el meridional, e incluso al interior de los países, como Argentina, por ejemplo, no son iguales las infancias y adolescencias de pueblos originarios del Chaco Salteño que las de Puerto Madero en Buenos Aires... en fin.

Ahora bien, sin caer en una extrema relatividad que impida construir conceptos generales, esos datos no pueden pasar desapercibidos, pues de lo contrario se crearán conceptos hegemónicos no universalizables. Esos datos de la realidad, por el contrario, permitirán definir conceptos generales, pero continentales de la flexibilidad suficiente como para adecuarlos con mayor precisión y delinearlos más específicamente de modos más pertinentes a las infancias y adolescencias en sus ubicuidades al asegurar sus singularidades. Ello implicará que las políticas públicas de NNyA, entre ellas la política criminal, respeten las diversidades y eviten la imposición hegemónica de un conjunto de bases, principios, conceptos, normas y garantías rígidas con pretensión universal –como las que

históricamente hemos heredado en el derecho penal sustantivo de Alemania fundamentalmente y que han sido eurocentristas y europeizantes—.

Tal ubicuidad y situación de las construcciones disciplinares y, sobre todo, al tener en cuenta que pueden resultar de proyectiva normativa, jurisprudencial, práctica, etcétera, resulta necesario e imperioso en nuestra región latinoamericana frente a la histórica construcción europeizante, máxime en lo que al derecho penal se refiere.

Para que se entienda, con lo dicho en este último aspecto pretendemos una redefinición desde-por-para nuestra América, y con ello nos referimos a una primera revisión profunda que implique construcciones desde lo regional y local, como han hecho Alejandro Alagia y Rodrigo Codino recientemente con la criminología, por ejemplo<sup>26</sup>. Hay muchos estudios etnográficos e investigaciones en este sentido en toda América Latina sobre NNyA en relación con el sistema penal, y por supuesto también en Argentina que demuestran que esto se trata de una tarea ya iniciada, pero que aún requiere de sistematización en el campo del derecho penal sustantivo.

#### **IV. Efectos en materia de teoría del delito**

Para introducir lo que es materia de mi tesis doctoral, en este acápite incluiré más preguntas que respuestas y las estructuras que utilizaremos pueden profundizarse en Zaffaroni-Alagia-Slokar<sup>27</sup>.

##### ***Acción***

El denominado sustantivo del delito suele definirse como hecho humano voluntario y final, concepto este que cumple una doble función: política (de límite a la habilitación de poder punitivo) y vinculante (de los adjetivos que sobre él se predicarán).

<sup>26</sup> Alagia, Alejandro y Codino, Rodrigo, *La descolonización de la Criminología en América*, 1° ed., Ediar, Buenos Aires, 2019.

<sup>27</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit.

Adherimos conforme a ello a una concepción pretípica de acción que limite desde la realidad a las posibilidades de penalizar conductas, y consideramos que su base normativa es constitucional-convencional<sup>28</sup>. Entendemos que siempre es preferible que el concepto básico respete la realidad porque proporciona una base más segura para la comunidad frente al poder penal del Estado y para el propio Estado como límite a su irracionalidad.

En suma, entonces, el concepto de acción es jurídico, limitado por la realidad, su base es constitucional y del derecho internacional, debe elaborarse para contener el poder punitivo y debe servir de base y vínculo a todas las estructuras típicas –activas, omisivas, dolosas y culposas–.

La finalidad funciona como elemento reductor en este concepto de acción, pero la voluntad ¿tiene el mismo contenido en la adultez que en la niñez y adolescencia? Claramente no, por lo cual habrá que formular distinciones en este aspecto, al menos en el sector de la niñez y adolescencia que se encuentre por encima de la edad mínima de responsabilidad penal y por debajo de la mayoría de edad legalmente dispuestas, que si bien en Argentina es un margen acotado de dos años (entre 16 y 18), en otros países es de mucha mayor amplitud.

En torno a los supuestos de ausencia de acción por involuntabilidad y las fórmulas legales de insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas y estado de inconsciencia ¿no necesitarán también ajustes?

No comprender la criminalidad del acto e imposibilidad de dirigir las acciones por fuerza física irresistible interna o externa ¿podrán analizarse de igual manera en personas adultas que en NNyA?

¿Sabemos cómo es todo esto en un sujeto en formación dentro de los límites de la capacidad penal de acción? Pensemos que hay países que penalizan desde edades muy tempranas (como Granada o Trinidad y Tobago a los 7 años).

¿Qué pueden aportar otras disciplinas como la psicología y las neurociencias a estas cuestiones por ejemplo?

<sup>28</sup> Arts. 18 y 19 CN, 11,2 DUDH, 9 CADH, 15 PIDCP y 40.2 CIDN.

### *Tipicidad*

Conforme a la estructura que tomamos como base para el análisis problemático de este aspecto de la teoría del delito, podemos afirmar que la tipicidad implica la confirmación de un pragma conflictivo y lesivo los tipos penales pueden dividirse en activos y omisivos, dolosos y culposos, con estructura preterintencional, y en ellos es necesario analizar siempre aspectos objetivos y subjetivos, nada de lo cual desarrollaremos aquí por el enfoque que nos hemos planteado.

Ahora bien, dentro de la tipicidad objetiva sistemática están:

El sujeto activo con toda su fenomenalidad, y si partimos precisamente de una fenomenalidad distinta por la autonomía progresiva ¿ello no ha de tener ningún impacto aquí? Por ejemplo, personas en etapa de formación progresiva de sus autonomías que conforme a las capacidades individuales adquiridas en su breve edad desarrollan acciones que implican aumento de riesgos permitidos ¿tales acciones no forman parte de la personalidad adolescente? Aquí la psicología evolutiva o del desarrollo tiene mucho más para especificar que el derecho penal adultocéntrico, me parece.

La dominabilidad que en su segunda regla exige analizar el entrenamiento y las capacidades especiales del sujeto ¿son las mismas en personas adultas que en personas en formación y con capacidad progresiva?

La participación criminal ¿es igual entre personas adultas que entre NNyA, o entre personas adultas con NNyA? Por ejemplo, si se recorre un poco la especialidad práctica, se verá muy claramente que la tipicidad de banda y las dinámicas de grupalidad en la adolescencia no se llevan muy bien entre sí, pues la dogmática penal de los delitos de participación necesaria o los que incluyen bandas o grupos, no han tenido en cuenta a las personas en su formación progresiva y las dinámicas propias de estas etapas etarias.

En el aspecto subjetivo, y al tener en cuenta sus elementos básicos como el conocimiento y la voluntad en los tipos dolosos, toda la teoría de los errores, los llamados elementos subjetivos distintos del dolo, y la previsibilidad de resultados arrojan también algunas preguntas.

¿Cómo gravita la inexperiencia propia de la edad en la observancia y/o el cumplimiento del deber de cuidado?

¿Cómo gravita la ontología de personas adultas y de NNyA en actividades complejas, de grupos o de masas, o en actividades empresariales o de corrupción orgánica, o en actividades que implican aumento de riesgos permitidos?

En materia de atenuantes, la emoción violenta de un adolescente y las circunstancias extraordinarias de atenuación en niñas/os ¿se manifiestan de igual manera que en personas adultas?

### ***Antijuridicidad***

Es quizá donde menos desarrollo reconstructivo podemos vislumbrar *ab initio*, aunque ello no quita que pueda implicarse un desarrollo en profundidad más adelante, pues como decía antes, lo aquí esbozado es materia de estudio en el marco de mi tesis doctoral.

Aunque podemos esbozar algunas preguntas en torno a algunas causas de justificación específicas:

La agresión en la legítima defensa ¿merece alguna especificidad cuando se trata de dinámicas adolescentes?

¿Cómo se delimitan los requisitos de esa causa de justificación en contextos de maltrato infantil?

La legítima defensa en torno a la racionalidad en el medio empleado, el exceso en casos de intensidad y recupero; la falta de provocación suficiente en sus formulaciones dogmáticas adultocéntricas ¿han tenido en cuenta las conductas y patrones conductuales durante la adolescencia?, quizá el análisis psicosocial sobre todo en la incorporación y pertenencia a grupos de pares puede modificar el análisis de algunos de esos elementos ¿o no?

### ***Culpabilidad***

En materia de culpabilidad, se ha diferenciado desde antaño entre el derecho penal de acto y el de autor, al propender las posturas modernas



hacia el primero, incluso en nuestro país y la región se reconoce asiento constitucional-convencional. En Argentina, por ejemplo, artículos 18, 19 y 75.22 de la C.N., 9 de la C.A.D.H. y 14 del P.I.D.C.P. por solo enumerar los centrales.

Pero en niñez se afirma desde hace mucho tiempo que el derecho penal juvenil es un derecho penal de autor, porque centra su especificidad precisamente en la especialidad del sujeto sobre el que se interviene, de hecho hay una innumerable cantidad de normas jurídicas y mandatos de organismos internacionales que requieren especialidad en todos los ámbitos de intervención (por solo ejemplificar con algunos, artículos 5.5 y 19 de la C.A.D.H., 40,2,b,ii y 40,3 de la C.D.N., Regla 81 de La Habana, O.G. 12 del Comité de la C.D.N.).

Ahora bien, ¿qué efectos tiene todo eso en torno a la responsabilidad por el hecho propio? ¿O no tiene ninguno?

La denominada co-culpabilidad en relación con la personalidad en formación ¿tiene el mismo impacto que respecto de personas adultas?

Al considerar la culpabilidad por la vulnerabilidad como síntesis, el reproche del esfuerzo realizado para alcanzar la situación concreta de criminalización desde su estado de vulnerabilidad; y al tener en cuenta las diferentes interseccionalidades en relación con la vulnerabilidad de NNyA ¿no debería tener algún impacto aquí?

En torno a la comprensión de la criminalidad y su inexigibilidad por incapacidad psíquica, error o situación reductora existe una empresa a enfrentar: es necesario deconstruir la asignación de incapacidad de delito históricamente construida en torno a la niñez (Germán Martín lo ha dicho claramente en su reciente intervención virtual<sup>29</sup>), incluso como fundamento para la edad mínima de responsabilidad penal (o edad de punibilidad como la llaman algunas/os) que aún es sostenida hasta nuestros días.

El mayor desarrollo en la especialidad se presenta sin dudas en relación con el concepto de culpabilidad disminuida (con anclaje en los

<sup>29</sup> Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=fgxzvxjbo4Y>

artículos 16, 18 y 19 de la C.N., 40,3 y 40,3a. de la C.D.N., O.G. 10/07 y O.C. 17/02. 40,3) y los mecanismos específicos para NNyA

En este aspecto, la progresividad en la autonomía de NNyA claramente impacta en el principio de culpabilidad por las posibilidades de comprensión del mandato normativo, la posible motivación en la norma y las posibilidades de adecuar la conducta al derecho (y sus dificultades por condicionamientos internos y externos).

### ***Punibilidad***

En torno al análisis de las causas que excluyen la punibilidad, se pueden formular algunos interrogantes también:

En primer lugar, en torno a las previsiones en relación con el artículo 40.3.a de la C.D.N. y el mandato de que el Estado establezca una edad mínima por debajo de la cual no puede haber responsabilidad penal y sus implicancias. Esta cuestión de derechos humanos regulada en el máximo nivel que ontológicamente es una barrera de política criminal y no una causal de falta de comprensión o incapacidad psíquica de delito.

En el análisis de las causas excluyentes de la punibilidad, lo concerniente al principio de oportunidad ¿debe asimilarse al derecho penal para personas adultas o debe ser ampliado en consideración a las circunstancias personales propias de NNyA?

La remisión como instituto procesal específico, que configura una causal de no punibilidad no prevista en el derecho penal adultocéntrico ¿qué implicancias debe tener, ¿cómo debe regularse, con cuáles alcances, etcétera?

En torno a los regímenes de la acción penal y de la pena, si tomamos en cuenta (solo por el momento para no complejizar demasiado) el distinto impacto del paso del tiempo y de los condicionantes contextuales en personas adultas y en NNyA ¿podemos afirmar que deben ser iguales en el derecho penal para personas adultas que en el que denominamos específico para NNyA? ¿Qué incidencia tienen los principios de la especialidad concernientes la brevedad y revisión periódica? ¿Cómo

deberían impactar sobre las causales de suspensión, interrupción y extinción de acción penal o de penas por prescripción? ¿O deberían analizarse causales nuevas aplicables solo a NNyA?

Como corolario, podemos afirmar también que tampoco hay un gran desarrollo dogmático específico respecto de excusas absolutorias ¿será necesario o no?

## **V. Efectos en la teoría de la responsabilidad punitiva o de las sanciones penales**

La necesidad de reflexionar y profundizar sobre diferentes aspectos que permitan ahondar en la necesidad ¿o no? de crear una categoría propia de responsabilidad penal que incluya aspectos que son centrales en la especialidad como el fundamento de la necesidad de sanción penal, la construcción y determinación colectiva e interdisciplinaria de la sanción a imponer, y de la cantidad y calidad, como así también de mecanismos específicos e institucionalidad, propia para su ejecución, etcétera.

Pueden plantearse enormes discusiones en torno a las penas y sus fines en el ámbito del derecho penal específico para NNyA, incluso en torno a las escalas penales de la legislación de fondo que claramente no han sido ni previstas ni calculadas teniendo en cuenta a NNyA

Toda la discusión en torno al concepto de necesidad de que la pena sea privativa de la libertad, y a regímenes diferenciados de ejecución penal, sobre lo cual no hay siquiera un marco regulatorio nacional de fondo en Argentina y tampoco en muchos otros países.

¿Cómo influye en el proceso de ejecución de las sanciones penales el principio de brevedad?, pues pueden realizarse consideraciones, por ejemplo, en relación con la perforación de los mínimos penales; a la necesaria revisión periódica que permita modificaciones sustanciales (cuali y cuantitativas) e incluso considerar algún instituto cancelatorio de la continuación de las sanciones penales impuestas si se logra el fin determinado en el artículo 40 de la C.D.N.

Como así también lo atinente a las medidas ¿de seguridad? para personas por debajo de la E.M.R.P. , y todo lo concerniente a sistemas

reales de justicia restaurativa con mecanismos reales de composición participativa de conflictos.

## VI. Interdisciplinariedad

Por último, en materia de interdisciplinariedad, sin dudas en general el sistema de garantías<sup>30</sup> será el que implique mayor desarrollo, y en particular la justicia juvenil como se denomina en el ámbito internacional, o en términos coherentes con lo aquí expuesto el derecho procesal penal específico para NNyA, cuyos principios aparecerán delineados como síntesis sinérgica entre los derechos y garantías para las personas adultas y sus principios específicos para NNyA como plus. Ahora bien, ¿cómo debería conformarse ese plus? Pues desde el *corpus iuris* integrado surgen algunos principios como especialidad, excepcionalidad, desjudicialización, brevedad, diversidad, flexibilidad, educativo o de responsabilidad, derecho a ser oído, reinserción social amplificado, revisión periódica, comprensibilidad, corresponsabilidad, y participación activa; e incluso profundizar sobre algunas cuestiones complejas como juicio por jurados y juicio abreviado.

Por supuesto, su desarrollo excedería el marco del presente y, por ello, culminamos con su enunciación, pues todo lo demás está por realizarse en la tesis que aquí someramente se ha presentado.

<sup>30</sup> Binder, Alberto, ob. cit., pp. 61.

---

PARTE V

**DELITOS CONTRA LA SALUD  
PÚBLICA Y PROPAGACIÓN**

---



# EL DELITO DE PROPAGACIÓN DE ENFERMEDAD CONTAGIOSA EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE: EL COVIDELITO

Por Lorena Varela<sup>1</sup>

## I. Reflexión inicial

Nunca antes nos había interesado tanto la salud pública, ni mucho menos el sistema de salud, como ahora. Ni con el V.I.H.<sup>2</sup>, la influenza A<sup>3</sup> o el ébola<sup>4</sup>, por citar algunos ejemplos. La diferencia con el

<sup>1</sup> Investigadora en Universitat des Saarlandes.

<sup>2</sup> La propagaci3n del virus (VIH) que conduce al síndrome (SIDA) –coloquialmente llamado *cáncer lila* o *peste rosa*– caus3 una pandemia global durante la d3cada de 1980 y aún produce graves consecuencias lamentables para la salud de la poblaci3n mundial. Sobre la estadística actual, v3ase el informe de ONUSIDA. Disponible en: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/UNAIDS\\_FactSheet\\_es.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_es.pdf) (consulta: 31/08/2020).

<sup>3</sup> El virus de la influenza A (H1N1) caus3 una pandemia mundial en el año 2009, que afect3 muy rapidamente a la poblaci3n durante mas de un año, y que hoy sigue circulando, aunque de forma mas controlada. Sobre las recomendaciones pospand3mica del virus H1N1, v3ase la informaci3n de la O.M.S., disponible en: [https://www.who.int/csr/disease/swineflu/notes/briefing\\_20100810/es/](https://www.who.int/csr/disease/swineflu/notes/briefing_20100810/es/) (consulta: 31/08/2020).

<sup>4</sup> La epidemia del 3bola se present3 durante los años 2014-2016 en el continente africano. Desde entonces los rebrotes en diferentes regiones viene siendo un dato constante. Por colocar un ejemplo reciente, el 14 de abril de 2020, el Comit3 de Emergencias para el 3bola en la República Democrática del Congo de la O.M.S. ha comunicado que el brote del virus continúa constituyendo una emergencia de salud pública de importancia internacional. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/14-04-2020-who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-ebola-virus-disease-in-the-democratic-republic-of-the-congo> (consulta: 29/08/2020); <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ebola-virus-disease> (consulta: 31/08/2020).

SARS-Cov2 pasa por el hecho de que quizá, actualmente, el mundo entero se encuentra en un estado de pandemia virósica que parece mucho más grave que otras pandemias anteriores dada la rápida transmisibilidad, fuerte contagiosidad, alta morbilidad, bastante letalidad y todavía nula inmunidad social ante el virus<sup>5</sup>. También, la ausencia de medicamentos y vacunas antivirales, sumada al efecto globalizante de la vida internacional de la población y el de la comunicación de la información, ha hecho que el coronavirus sea hoy una especie de enemigo mundial frente a diversos valores comunitarios: salud pública y sistema de salud, economía y sistema financiero, democracia y derechos humanos.

En casi todos los países del mundo se están adoptando medidas sanitarias<sup>6</sup> y de otra índole en virtud de la pandemia, que conllevan

<sup>5</sup> En fecha 15 de febrero, el Director General de la O.M.S. indicó que el Covid-19 era un “patógeno con potencial pandémico, que se propaga rápidamente y que precisa de respuestas inmediatas y a gran escala de los países”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/munich-security-conference> (consulta: 01/09/2020). En fecha 19 de febrero, indicó que el virus además posee otros potenciales lesivos: “potencial para causar graves trastornos políticos, sociales y económicos”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19> (consulta: 01/09/2020). En fecha 12 de marzo, habló sobre la velocidad y la escala de la transmisión del virus en algunos países. El 26 de marzo, alarmó sobre la aceleración de la pandemia a un ritmo exponencial. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-g20-extraordinary-leaders-summit-on-covid-19---26-march-2020> (consulta: 01/09/2020). En todo caso, aunque algunos estudios revelan que los casos más graves son minoritarios, el volumen de personas que necesitan de tratamiento ambulatorio es bastante alto, porque el Covid-19 infecta muy rápido y es transmisible de forma muy fácil. Es esto último lo que hace preocupante la situación, porque el virus puede en un plazo muy corto de tiempo hacer colapsar el sistema de salud de un país (como pasó en España e Italia al inicio de la pandemia y también en varios países de América Latina).

<sup>6</sup> El art. 1 del Reglamento Sanitario Internacional de la O.M.S. define *medida sanitaria* como el procedimiento aplicado para prevenir la propagación de enfermedades o contaminación; una medida sanitaria no comprende medidas de policía ni de seguridad del Estado. Disponible en: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418\\_spa.pdf?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418_spa.pdf?sequence=1) (consulta: 12/09/2020). El RSI fue adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005 y entró en vigor el 15 de junio de 2007.



fuertes recortes a derechos básicos de los ciudadanos. La propagación incontenible del virus lleva a que estas restricciones, en principio, resulten necesarias para salvar vidas y para evitar un colapso irremontable del sistema de sanidad pública. Órdenes graduales entre la cuarentena, el aislamiento<sup>7</sup> y el distanciamiento social, pasando por la prohibición de reuniones grupales y viajes al exterior, así como mandatos de empleo de mascarilla<sup>8</sup> en lugares públicos y mantenimiento de la higiene personal; todas ellas son parte de algunas de las medidas más conocidas. Pero, más allá de estas restricciones comunes, lamentablemente, en algunos países, por medio del rumoreo de informaciones falsas<sup>9</sup> y las constantes advertencias sobre números de contagios y fallecidos, se alimenta la histeria y el pánico social que no pueden estar lejos, así como tampoco el descontento y la rebeldía de algunos sectores de la sociedad. A diferencia de una catástrofe de ciencia ficción, da la sensación que estos países no vienen luchando contra el miedo a las consecuencias devastadoras de una

<sup>7</sup> La diferencia entre cuarentena y aislamiento la encontramos en las definiciones del art. 1 del RSI de la O.M.S. (cit. *ut supra*). Por *cuarentena* se entiende la restricción de las actividades y/o la separación de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas, de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección, mientras que por *aislamiento* se entiende la separación de personas enfermas con objeto de prevenir la propagación de una infección.

<sup>8</sup> El diccionario virtual de la Real Academia Española define mascarilla en su segunda acepción como “máscara que cubre la boca y la nariz para proteger al que respira, o a quien está en su proximidad, de posibles agentes patógenos o tóxicos”.

<sup>9</sup> “La desinformación sobre el coronavirus podría ser su aspecto más contagioso”, según el epidemiólogo Kucharski, Adam, “Misinformation on the coronavirus might be the most contagious thing about it”, *The Guardian*, 08/02/2020, quien se pregunta (retóricamente) si, acaso, la desinformación es realmente más contagiosa que el virus mismo, al señalar que su viralización es más alta que la transmisión del virus y sus efectos dañinos perjudican la prevención eficaz de este. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/08/misinformation-coronavirus-contagious-infections> (consulta: 01/09/2020). También, en fecha 15 de febrero de 2020, el Director General de la O.M.S. indicó que “no estamos luchando únicamente contra una epidemia; estamos luchando contra una infodemia. Las noticias falsas se propagan con más rapidez y facilidad que el propio virus, y son igual de peligrosas”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/munich-security-conference> (consulta: 01/09/2020).

enfermedad contagiosa, sino contra el pánico por las posibles consecuencias de un pánico generalizado<sup>10</sup>: acopio desmesurado de mercancías comestibles, paranoia del aislamiento, insolidaridad premeditada frente a un eventual contagio, etcétera<sup>11</sup>. Frenar a tiempo el desborde en masa de emociones perniciosas para la salud mental comunitaria también debería formar parte de la política de contención del problema, en todo caso, de una política integral, más racional, serena, a la vez que seria, que podría resultar por ello mucho más eficaz y obtener mejores respuestas desde el punto de vista del compromiso ciudadano.

Esta situación nos lleva a plantearnos la pregunta si, acaso, desde el derecho penal puede hacerse algo y si corresponde hacerlo, no solo para reprimir los daños ocasionados, sino también para prevenirlos, al tener en cuenta que las políticas públicas sanitarias vienen intentando dar cobertura a esta cuestión, pero, parece ser, que existen pocas soluciones sencillas a un problema tan complejo. El objeto de este artículo es analizar el delito de propagación de enfermedades peligrosas desde la situación de emergencia en la cual nos encontramos que, como tal, precisa de una política criminal de emergencia por parte del Estado, una asunción de responsabilidades de emergencia por parte del ciudadano y una interpretación y aplicación de emergencia de la norma jurídico-penal.

<sup>10</sup> Lo que llama los “planes de emergencia en caso de pánico” (*Notfallpläne für den Fall der Panik*), Fischer, Thomas, “Virus strafbar!”, *Spiegel*, 09/03/2020. Disponible en: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-und-das-strafrecht-virus-strafbar-kolumne-a-9347f5da-d295-4a67-90b4-3e0362f77089#> (consulta: 18/08/2020).

<sup>11</sup> En este sentido, muchas veces la preocupación de la sociedad o de nuestros dirigentes gubernamentales no reside tanto en los riesgos presentes o en la inseguridad actual a los que nos encontramos sometidos, sino en la eventualidad de no tener con qué gestionar los riesgos futuros o en los potenciales escenarios de riesgos inciertos y desconocidos que no sepamos cómo afrontarlos (pecando por ello de exceso en la prevención y asumiendo una política de precaución). Que esto esté bien o esté mal no será objeto de consideración en esta oportunidad. Una visión filosófica de este proceder social bajo la teoría de la “paradoja de la seguridad” (*Sicherheitsparadoxon*) en Kaufmann, Franz-Xaver, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1970, pp. 10 y ss., 16 y siguientes.

## II. El rol del Estado: política criminal de emergencia

El 30 de enero de 2020 el Director General de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) declaró que “el brote mundial por el nuevo coronavirus constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional<sup>12</sup>”, dado el avance de los contagios en China y su exportación a Europa (en los inicios, Alemania)<sup>13</sup>; posteriormente, el 24 de febrero anunció que era hora de centrarnos en la contención del virus al tiempo que hacemos todo lo que está a nuestro alcance para prepararnos ante una posible pandemia<sup>14</sup> y el 9 de marzo señaló que el virus se había afianzado ya en todos los países de forma muy rápida y que “la amenaza de una pandemia se ha[bía] vuelto muy real”<sup>15</sup>. El día 11 de marzo, finalmente, la O.M.S. declaró que la propagación de la enfermedad del Covid-19<sup>16</sup> constituía una pandemia<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> El art. 1 del RSI de la O.M.S. (cit. *ut supra*) define *emergencia de salud pública de importancia internacional* como un evento extraordinario que, i) constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y ii) podría exigir una respuesta internacional coordinada. El mismo precepto define, a su vez, *enfermedad* como toda dolencia o afección médica, cualquiera sea su origen o procedencia, que entrañe o pueda entrañar un daño importante para el ser humano y *evento* como la manifestación de una enfermedad o un suceso potencialmente patógeno.

<sup>13</sup> Disponible en: [https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (consulta: 18/08/2020).

<sup>14</sup> Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---24-february-2020> (consulta: 18/08/2020).

<sup>15</sup> Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---9-march-2020> (consulta: 18/08/2020).

<sup>16</sup> El nombre de la enfermedad se oficializó por el Director General de la O.M.S. en su alocución del 11 de febrero de 2020 (un mes antes de declararse la pandemia). Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020> (consulta: 01/09/2020).

<sup>17</sup> Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (consulta: 18/08/2020).

El nuevo coronavirus representa enormes desafíos para la continuidad de la humanidad y para el sistema de asistencia sanitaria de todos los países a escala mundial. Dado que en la actualidad no existe tratamiento específico disponible deben tomarse todas las medidas necesarias para ralentizar la propagación del virus, alisar la curva de contagios, enfermos y muertes, evitar el colapso del sistema sanitario y ganar tiempo para que la comunidad científica desarrolle tratamientos, medicamentos y vacunas. En este contexto, los Estados vienen asumiendo una serie de medidas extremas que recortan, en principio legítimamente, libertades ciudadanas para salvar vidas y mitigar la propagación de la situación epidemiológica y su impacto sanitario<sup>18</sup>.

La serie de restricciones, prohibiciones y mandatos que los Estados han asumido para combatir la propagación del virus interfieren directamente con el concepto que las sociedades modernas tienen sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales y humanos<sup>19</sup>, pero, por esta visión unilateral y dramática de las cosas se olvida que nuestros Estados nunca antes habían precisado de este tipo de medidas. Si bien nuestros derechos y nuestra libertad han sido conquistados

<sup>18</sup> La Oficina de Prensa e Información del Gobierno Federal alemán ha comunicado el discurso de la canciller Angela Merkel sobre la situación en Alemania. Las siguientes ideas reflejan algunas de las preocupaciones en materia de derechos de los ciudadanos: "... Sé lo dramáticas que son las restricciones. Sé lo invasivos que son en nuestras vidas los cierres que la Federación y los Estados Federados han acordado, y también en términos de cómo nos vemos a nosotros mismos como democracia. Estas son restricciones, como nunca antes había visto la República Federal. Permítanme asegurarles que, para alguien como yo, para quien la libertad de viajar y la libertad de movimiento fueron un derecho muy luchado, tales restricciones solo pueden justificarse si son absolutamente imperativas. Estos nunca deben implementarse a la ligera en una democracia y solo deben ser temporales. Pero son vitales en este momento para salvar vidas...". Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/statement-chancellor-1732296> (consulta: 31/08/2020).

<sup>19</sup> El debate está planteado en Alemania, en cuanto al alcance de los poderes extraordinarios que viene asumiendo el Ejecutivo en relación con la norma constitucional. Véase, Knieps, Franz, "Die Corona-Pandemie und das Grundgesetz - Anmerkungen nicht nur zu Rechtsfragen", *G+S*, n° 3, 2020, pp. 6-10.

con mucho esfuerzo, ello no significa que no puedan limitarse en casos extraordinarios para evitar un mal mayor; y de allí que la justificación tendría que venir dada por una ponderación de todos los intereses en juego<sup>20</sup>. No obstante, frente a la gravedad, dinamismo e incertidumbre de la pandemia, la normativa de prevención en general también se ha vuelto grave, dinámica e incierta en varios puntos, donde lo penal no es la excepción. Por tal razón, para evitar caer en un estado de inseguridad e injusticia jurídicas hemos de debatir los alcances razonables de la política criminal del Estado y la normativa penal en este campo.

Como al derecho penal se termina recurriendo, casi siempre, cuando existen problemas de difícil solución, determinar si ha de existir una determinada política criminal más allá de la política sanitaria para afrontar los problemas que plantea la propagación y contagio del Covid-19 depende de lo que entendamos por política criminal, del alcance que le pretendamos dar y en qué aspecto pongamos el énfasis. Si entendemos por política criminal al conjunto de estrategias encaminadas a la prevención eficaz contra el delito *por medio del castigo*, entonces, habríamos de poder responder si la intervención del derecho penal en materia del virus actual resulta efectivamente eficaz en la prevención de la propagación y contagio del Covid-19 a través del castigo de determinadas conductas de riesgo. Por el contrario, si entendemos que la política criminal es antes un conjunto de estrategias encaminadas a la prevención eficaz contra el delito *por medio del fomento de una tutela conjunta de valores sociales como la salud pública*, entonces, habríamos de poder responder si la intervención del derecho penal en materia del virus actual resulta efectivamente funcional en la prevención de la propagación y contagio del Covid-19 a través de la prohibición de determinadas conductas de riesgo. En ambos supuestos, evidentemente, debería presentarse una política criminal

<sup>20</sup> En la declaración de la pandemia del día 11 de marzo, el Director General de la O.M.S. señaló que: “Todos los países deben encontrar un delicado equilibrio entre la protección de la salud, la minimización de los trastornos sociales y económicos, y el respeto de los derechos humanos”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (consulta: 18/08/2020).

respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y con los principios rectores del derecho penal<sup>21</sup>.

Por ello, cualquiera sea el modelo de política criminal escogido, al final de cuentas, deberíamos poder responder si la intervención del derecho penal es más funcional que su ausencia y si es más funcional que la política sanitaria, en donde cualquier modelo de política criminal en una situación de emergencia tendría un doble cometido. No solo hacer frente al nuevo escenario delictivo que se le presenta, donde el juicio de ponderación entre prevención, prohibición y protección podría mutar de sentido y lógica dada la emergencia, sino también el de neutralizar el inevitable incremento de abusos al que se verá sometida por la misma razón.

Desde esta perspectiva hay que determinar, en primer lugar, cuáles son algunos de los presupuestos normativos que el Estado debe asegurar al ciudadano como para que *ex post delicto* pueda dirigirle legítimamente un juicio de reproche ante la realización de algún hecho delictivo. Es decir, cuáles son los presupuestos de cumplimiento de la norma, si acaso el cumplimiento de la norma está al alcance y al acceso de todos, y cuáles son las condiciones mínimas que tiene que brindar un Estado al ciudadano para poder luego imputar y reprochar legítimamente responsabilidad penal.

En todo juicio de imputación existen requisitos ineludibles de observar. Para dirigir un juicio de reproche merecido a un individuo, en primer lugar, hay que constatar la concurrencia de la libertad moral del agente<sup>22</sup> y, en segundo lugar, también hay que constatar la existencia de

<sup>21</sup> Sobre los modelos empírico y valorativo de la política criminal en relación con la prevención del SIDA por medio del derecho penal, Silva Sánchez, Jesús-María, "Política criminal i SIDA", *Studia Iuridica*, n° 4. Ejemplar dedicado a: *El Dret penal davant les noves formes de delinqüència*, 1993, pp. 163-178.

<sup>22</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, "Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal", en Fernández Teruelo, Javier (dir.), González Tascón, María Marta y Villa Sieiro, Sonia Victoria (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 715-725, 715. Sobre los presupuestos subjetivos y los presupuestos deónticos de la imputación (donde se ubicaría el deber de obediencia del ciudadano y

un sistema jurídico que garantice a todos los ciudadanos las condiciones de igualdad material en el ejercicio de las libertades en su ámbito de protección. Solo en relación con este último presupuesto se desprendería la legitimidad del Estado para dirigirle al sujeto libre y protegido (en igualdad de condiciones) un juicio de reproche por la realización de un hecho delictivo<sup>23</sup>. Esto significaría que en aquellos casos de posibles situaciones de desigualdad social entre ciudadanos, el vínculo de protección del Estado hacia el ciudadano se vería debilitado y, por consiguiente, también se vería debilitado el vínculo de obediencia y los efectos de la responsabilidad del ciudadano hacia el Estado<sup>24</sup>. En otras palabras, el ciudadano que se encontrara en condiciones de desprotección material por parte del Estado (aunque lo esté formalmente por el ordenamiento jurídico) poseería un deber debilitado de obedecer porque tendría menos posibilidades de hacerlo y, por ende, llegado el caso, el Estado solo podría legítimamente dirigirle un juicio de reproche disminuido, atenuado e incluso de exclusión de su responsabilidad. En este sentido, la cuestión no sería tanto si las personas materialmente menos protegidas por el Estado son o no culpables (esto podría generar un aumento de la anomia y efectos negativos para la función preventiva del derecho penal), sino que el problema radicaría en el déficit de legitimación que un Estado tendría para reprochar comportamientos antijurídicos a personas que son víctimas de una injusticia distributiva generada por él mismo<sup>25</sup>.

Para algunos autores, el fundamento de la ausencia de una completa legitimación del Estado para reprochar en estas situaciones, vendría dado por alguno de los dos siguientes argumentos: el de la hipocresía y el de la complicidad<sup>26</sup>. El argumento de la hipocresía sostiene que “quien causa

---

cuyo núcleo viene dado por los presupuestos que debe cumplir el Estado), Varela, Lorena, *Dolo y error. Hacia una auténtica imputación subjetiva*, JM Bosch, Barcelona, 2016, pp. 118, *passim*.

<sup>23</sup> Silva Sánchez, ob. cit., 2013, p. 715.

<sup>24</sup> Ídem, p. 721.

<sup>25</sup> Ídem, p. 722.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 722 (citando a Tadros).

una determinada clase de mal carece de legitimidad para reprochárselo a otros que causan ese mismo mal”; mientras que el argumento de la complicidad dice que “el que contribuye al mal causado por otro, carece de legitimidad para reprochárselo a este último”<sup>27</sup>. Así, cada vez que el Estado creara una situación de esta naturaleza estaría generando una plataforma criminógena, que hace mucho más probable la perpetración de delitos<sup>28</sup>. Para estos supuestos, al Estado le faltaría la legitimidad para exigir la responsabilidad penal a determinados sujetos desprotegidos que no tuvieron la oportunidad de cumplir la norma<sup>29</sup>: piénsese en relación con la pandemia que esto sucedería en todos aquellos supuestos en que la política sanitaria del Estado no pudiera garantizar a todos en igualdad de condiciones la no propagación del virus (dentro de lo que al Estado le corresponde)<sup>30</sup> o en aquellos casos en que las políticas de infraestructura urbana no pudieran garantizar el acceso a los elementos básicos de higiene y profilaxis e incluso a la información de las medidas de prevención. Evidentemente, esto exige un juicio de ponderación entre los deberes del Estado y los deberes del ciudadano en función del delito que se cometa<sup>31</sup>. De allí que un Estado, que no proporcionara los mínimos sanitarios que le correspondería proporcionar<sup>32</sup>, no podría legítimamente

<sup>27</sup> Ídem, p. 722.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 722.

<sup>29</sup> Varela, *ob. cit.*, 2016, pp. 59-60, nota al pie 115.

<sup>30</sup> En la alocución del Director General de la O.M.S. del 30 de enero de 2020 se manifestó: “Desconocemos el tipo de daños que el virus podría ocasionar si se propagase en un país con un sistema de salud menos robusto y poco preparado para enfrentarse a esta amenaza”. Disponible en: [https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (consulta: 18/08/ 2020), a lo que podría añadirse la siguiente idea: imagínense los daños que podría ocasionar el derecho penal en tiempos de pandemia en un sistema penitenciario precario. Los responsables de formular y aplicar políticas públicas de emergencia podrían intentar explorar otras alternativas previas al derecho penal para prevenir la propagación del virus.

<sup>31</sup> Silva Sánchez, *ob. cit.*, 2013, p. 723.

<sup>32</sup> En la alocución del Director General de la O.M.S. del 14 de febrero de 2020 se indicó algo que se viene destacando desde el año 2005 cuando se aprobó el Reglamento



apelar como primera instancia de prevención a medidas tan severas, de sacrificio extremo de la libertad ciudadana, y mucho menos de huida hacia el derecho penal, porque en su situación no se trataría tanto de que el virus fuera un enemigo de la salud pública<sup>33</sup>, que debemos tutelar

---

Sanitario Internacional dirigido a la prevención de enfermedades transmisibles: “es de vital importancia destinar recursos y esfuerzos al fortalecimiento del sistema de salud del país y a la mejora de su preparación... la forma más inteligente de asegurar una rápida detección y control de los brotes es invertir en preparación”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-2019-outbreak-on-14-february-2020> (consulta: 18/08/2020).

<sup>33</sup> El virus, después de todo, está demostrando que no es tan grave como se lo presenta. Según los últimos resultados y varias alocuciones del Director General de la O.M.S. (17/02 y 19/02) parece que el “Covid-19 no es tan mortal como otros coronavirus, incluidos el SARS y el MERS. Más del 80 % de los pacientes presentan síntomas leves y se recuperarán. En aproximadamente un 14 % de los casos, el virus provoca síntomas graves, como neumonía y disnea. Y aproximadamente un 5 % de los pacientes presentan síntomas muy graves, como insuficiencia respiratoria, choque séptico e insuficiencia multiorgánica. En un 2 % de los casos notificados, el virus es mortal y el riesgo se incrementa con la edad”. Disponibles en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-2019-outbreak-on-17-february-2020>; <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19> (consulta: 18/08/2020). Más contundente es el mensaje de aliento en la alocución del día 02 de marzo: “Nunca antes habíamos visto un patógeno respiratorio con capacidad de transmisión comunitaria, pero que también se pueda contener aplicando las medidas adecuadas. Si se tratara de una epidemia de gripe, cabría esperar que a estas alturas ya se hubiera producido una transmisión comunitaria generalizada en todo el mundo, y no habría ninguna forma viable de frenarla o contenerla. Pero contener la Covid-19 es factible y debe seguir siendo la máxima prioridad para todos los países. Si los países adoptan medidas agresivas con prontitud, pueden detener la transmisión y salvar vidas”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---2-march-2020> (consulta: 18/08/2020). Y, en el discurso del 04 de marzo se dijo: “Las características propias de este virus nos dan la oportunidad de cortar las cadenas de transmisión y contener su propagación”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---4-march-2020> (consulta: 18/08/2020). Por su parte, el 05 de marzo se informó: “se trata de una enfermedad grave. No es mortal para la mayoría de las personas, pero puede matar”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/>

entre todos, sino de que como no se cuenta con los recursos sanitarios exigibles para prevenirlo y combatirlo, el virus sería más un enemigo del sistema de salud, cuyo desarrollo es de competencia casi exclusiva del Estado<sup>34</sup>. Y si esta es la situación, el Estado no podría (no debería) *cargar las tintas* sobre la sociedad de forma tan desmedida sin provocar una escandalosa deslegitimación de su proceder. Como mucho, al ponderar que no quedaría otra alternativa para paliar la situación de emergencia, se podría justificar las medidas de prevención severas (como el aislamiento continuo y la paralización de actividades comerciales), pero lo que sería evidentemente improcedente justificar, sería recurrir en primer término al derecho penal para hacerlas cumplir. Incluso, el Estado tendría un margen muy estrecho de legitimación para criminalizar el derecho de revelarse ante una medida jurídicamente abusiva, aunque fácticamente necesaria, en aquellos supuestos de una justificada infracción individual. Por ello, dada la corresponsabilidad del Estado en la producción del

---

who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---5-march-2020 (consulta: 18/08/2020). En definitiva: Que el Corona ataca más al sistema de salud que a la salud puede leerse en la Sesión Informativa para las Misiones Diplomáticas de los Estados Miembro de la O.M.S. del 02 de abril de 2020: "Las carencias de los servicios de salud esenciales pueden provocar muchas más muertes que el propio coronavirus". Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---2-april-2020> (consulta: 18/08/2020); y en la alocución del 06 de abril: "Una de las enseñanzas que espero que el mundo extraiga de la Covid-19 es la necesidad de invertir en los trabajadores de la salud, no solo para proteger vidas, sino también para proteger medios de vida". Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-april-2020> (consulta: 18/08/2020).

<sup>34</sup> Esta carencia, imputable a muchos Estados, y no necesariamente a todos los Gobiernos, se refleja en la construcción de hospitales de campaña u hospitales modulares de emergencia, que aspiran a fortalecer el sistema de salud endeble. De hecho, la labor del Gobierno argentino revela la *política de emergencia dentro de la emergencia estructural de larga data* por medio de la aprobación de las "Recomendaciones y Medidas Específicas para Evitar la Propagación del Covid-19 en Barrios Populares y Cuidado de Adultos Mayores", contenidas en la Resolución Ministerial Conjunta n° 2/2020, del 17 de abril, entre el Ministerio de Salud y el Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/suplementos/2020041801NS.pdf> (consulta: 07/09/2020).

delito, esto podría comportar desde la impunidad del sujeto por razones de inexigibilidad, pasando por la atenuación de la responsabilidad penal hasta alcanzar la plena sanción en los casos en que el sujeto, a pesar de la situación de injusticia distributiva, pudo haberse comportado obedeciendo el derecho<sup>35</sup>.

En conclusión: el Estado solo podría calificar como sujetos de responsabilidad a todos aquellos a quienes simultáneamente quepa calificar como sujetos de protección, en estos casos de la política sanitaria y de las infraestructuras ciudadanas. Es decir, si el Estado no puede proveer las condiciones materiales necesarias por los cuales los sujetos se puedan encontrar protegidos por el avance de una pandemia, entonces, se habría de contemplar junto a la política criminal de prevención del delito, una política criminal de excepción de imputación del delito, con criterios flexibles de atribución, esto es, una imputación blanda fundada en una corresponsabilidad del Estado en la generación del peligro o en la causación del daño que se quiere evitar.

### **III. El rol del ciudadano: responsabilidades de emergencia**

Evidentemente, la amenaza del virus ha afectado nuestros conceptos de planificación y administración de nuestra libertad y de nuestra responsabilidad, así como la disponibilidad de los niveles de riesgo y observancias de nuevas normas de cuidado. Nuestro rol profesional o técnico, nuestra competencia como ciudadanos y nuestro papel como individuos se encuentran hoy por hoy orientados a un objetivo común, cual es la preservación de la especie humana y, por ello, completamente sometidos a continuas modificaciones, en donde la ausencia de interés por conocer la normativa de prevención, por ejemplo, podría conducirnos al ámbito de la responsabilidad penal. En el presente, el papel del ciudadano exige un mayor esfuerzo y compromiso que en situaciones de normalidad, incluido el sacrificio, pero no renuncia, de algunos derechos fundamentales. El principio de no dañar a otros (*neminem laedere*)

<sup>35</sup> Silva Sánchez, ob. cit., 2013, pp. 722-723.

se encuentra hoy en el contexto de la pandemia algo superado por el principio de salvar a otros (*alterum salvare*)<sup>36</sup>: comportamientos que en tiempos sin pandemia resultaban permitidos, hoy por hoy no solo han dejado de ser adecuados socialmente, sino que también pueden conducirnos a responsabilidad penal en caso de practicarlos. Ya no se trata solo de gestionar la propia esfera para evitar lesionar a otros, en caso de estar infectados (= afectados<sup>37</sup>), sino que se trata de gestionar una esfera común para salvarnos entre todos, aun sin estarlo<sup>38</sup>. El no procurarse una mascarilla, el no permanecer activos en el acceso a la información de medidas de prevención y, en definitiva, el no procurar mantenernos saludables, puede conllevar directa o indirectamente a alguna clase de responsabilidad penal. El rol del ciudadano en el contexto de la pandemia es un rol excepcional, un rol de emergencia, donde la negativa en adaptar nuestra esfera a los nuevos riesgos o la negativa en amoldar nuestra imputatividad (es decir, nuestras condiciones por las cuales podemos hacernos responsables), aunque nos quedemos en casa, puede enfrentarnos ante el derecho penal. La situación de emergencia sanitaria global nos exige desde nuestras capacidades y conocimientos asumir un papel proactivo a nivel social, al hacer todo lo que está a nuestro alcance para evitar la infección<sup>39</sup>, la propagación de la enfermedad o para evitar contagiar, lesionar o matar a otros y esto no solo se alcanza desde un

<sup>36</sup> Para profundizar en esta categorización del *neminem laedere* y el *alterum salvare* como incumbencias-fin o categóricas (y no como deberes negativos de la competencia por organización y deberes positivos de la competencia institucional o por solidaridad del modelo de Jakobs), véase Varela, ob. cit., 2016, pp. 154, 156.

<sup>37</sup> Según el art. 1 del RSI de la O.M.S. (cit. *ut supra*), *afectado* significa una persona que está infectada o que es portadora de fuentes de infección, de modo tal que constituye un riesgo para la salud pública.

<sup>38</sup> En la alocución del Director General de la O.M.S. del 05 de marzo de 2020 se sostuvo: "Todos somos responsables de reducir nuestro propio riesgo de infección y, si estamos infectados, de reducir el riesgo de infectar a otros". Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--5-march-2020> (consulta: 18/08/2020).

<sup>39</sup> Según el art. 1 del RSI de la O.M.S. (cit. *ut supra*), *infección* significa la entrada y desarrollo o multiplicación de un agente infeccioso en el cuerpo de una persona que puede constituir un riesgo para la salud pública.

comportamiento ajustado a nuestra esfera individual (nuestro ámbito de competencia personal), con lo cual se evita afectar esferas ajenas (*neminem laedere*), sino también, y necesariamente, desde un comportamiento ajustado a esferas comunes generando buena salud (*alterum salvare*). No infectar por medio de mantenerse saludable no es lo mismo que no infectar evitando el contacto con otros. La prevención pasa antes por el mantenimiento de la salud individual como instrumento de protección de la salud de todos<sup>40</sup>. Con ello, en cualquier caso, no se quiere decir que el ciudadano habría de convertirse en un súper ciudadano, sino que habría de tomar consciencia que la prevención a la cual está llamado no se agota en el cumplimiento de las medidas asumidas por el Estado o en una simple omisión de interferencias en esferas ajenas, sino que incluye emplear todo tipo de cuidados activos, esfuerzos propios y conocimientos especiales y técnicos adquiridos por él mismo<sup>41</sup>. En relación con esto último, el desconocimiento del ciudadano de la situación legal rápidamente cambiante sería, en principio, irrelevante para la aplicación de la normativa sobre el coronavirus en tiempos de excepción. Esto es así, porque parecería ser que la información sensible se encuentra ya al alcance de todas las personas. El ciudadano lee las normas a través de los periódicos y dado que no se puede hacer una comprobación fáctica de quiénes se han procurado la información y quiénes no, se asume

<sup>40</sup> Como sostiene Bardavío Antón, Carlos, "Imputación de resultados lesivos y muerte por contagio de Covid-19: ¿modificación de la tolerancia del riesgo?", *La Ley Penal*, n° 144, 2020, pp. 1-30, 4: "a diferencia de antes con otros tipos de contagio como el SIDA, no solo es riesgoso el comportamiento del contagiado sino también del no-contagiado que se salta sistemáticamente el confinamiento acudiendo a lugares de riesgo (cognoscibilidad del riesgo)... A diferencia del VIH, la alta contagiosidad por contactos cotidianos del Covid-19 lleva a considerar que se puede vulnerar la voluntad de una persona de no querer saber si está contagiada o es inmune. Y tampoco puede operar el *derecho a la intimidad* de un sospechoso de contagio por este virus, (...), en virtud del interés de los demás de conocer ese peligro. Por eso sobre aquel de quien se sospeche (...) que pueda estar contagiado, se puede vulnerar su integridad física al objeto de comprobarlo, y máxime en caso de contagio comprobado aislarle tomando las medidas terapéuticas aun en contra de su voluntad, pues su conducta ya no es una *autopuesta en peligro*, sino que él mismo es el peligro para los demás".

<sup>41</sup> Varela, ob. cit., 2016, p. 157.

una presunción *iuris tantum* que la mayor parte de la ciudadanía lo ha hecho y que se encuentra en condiciones de cumplir. En sí, el hecho de que las autoridades competentes emitan nuevas órdenes de rápida sucesión en el tiempo y vayan derogando las anteriores, esto no vulneraría el principio de legalidad en relación con el requisito de certeza (*lex certa*); la exigencia de certeza, si bien persigue el propósito de que el ciudadano pueda reconocer la conducta delictiva con anterioridad a sus actos como tal, no obstante, al menos en el contexto alemán, el mandato de certeza de la ley penal contemplado en el artículo 103 (2) de la Ley Fundamental (*Grundgesetz* = GG) solo exige que la ley tenga certeza en relación con la responsabilidad penal y no exige, en cambio, ningún conocimiento concreto del ciudadano<sup>42</sup>. Así, la GG no exige al legislador que el ciudadano sea consciente de la responsabilidad penal de determinados tipos de comportamientos en todo momento, sino que solo debe haber podido obtener el conocimiento adecuado consultando las leyes pertinentes<sup>43</sup>. Una violación de la Ley Fundamental en este sentido, por parte del legislador, solo sería posible si las medidas válidas fueran contradictorias entre sí o si el número de órdenes simultáneamente válidas hicieran referencia a un nivel inmanejable de información por parte del ciudadano<sup>44</sup>. Pero, para los restantes casos, en los que el ciudadano ha perdido la visión general (*Übersicht*) de las medidas actuales de la autoridad competente, se mantienen aplicables las disposiciones de los §§ 16 y 17 del Código Penal (= *StGB*) en materia de delitos y del § 11 de la Ley de Infracciones Administrativas (*OWiG*) en materia de contravenciones; parágrafos que hacen referencia al error de tipo y al

<sup>42</sup> Weißenberger, Björn, "Die Corona-Pandemie und das Strafrecht, insbesondere in Verbindung mit dem (neuen) IfSG", *HRRS*, 2020, pp. 166-181, 171. Además, este autor explica (p. 170) que los requisitos de la responsabilidad penal, así como la naturaleza y alcance de la sanción deben ser reconocible en la ley formal. Las regulaciones contempladas en las ordenanzas o actos administrativos solo pueden completar estos requisitos con detalles (por ejemplo, técnicos). Asimismo, estas ordenanzas o actos administrativos también deben encontrarse formulados con suficiente precisión en el sentido del art. 103 (2) de la Ley Fundamental.

<sup>43</sup> Ídem, p. 171.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

error de prohibición<sup>45</sup>. Sin duda, estos preceptos sobre el error adquirirán gran relevancia en la práctica por cuanto no pueden descartarse los casos de ciudadanos que no se informan a diario o que no se han informado durante un buen tiempo y que por tal motivo no han advertido los cambios en la normativa pertinente, así como tampoco los casos en donde el ciudadano pueda suponer erróneamente que se le aplica una determinada regulación legal (por ejemplo, la federal) cuando se le aplica otra distinta que, incluso, puede ser más restrictiva que la primera (por ejemplo, la regional)<sup>46</sup>. En todo caso, la decisión, sobre la evaluación de la concurrencia o no del error, de las motivaciones personales del autor y de la eventual corresponsabilidad del Estado en el hecho penal quedan sometidas a la decisión del juez natural en el caso individual.

#### **IV. El delito de propagación de enfermedades: interpretación y aplicación de emergencia de la norma jurídico penal**

Visto el panorama de que una situación excepcional como la que estamos viviendo requeriría de una política criminal excepcional del Estado y de una responsabilidad excepcional del ciudadano, en consecuencia, en relación con el tipo penal de propagación de enfermedad también debería proponerse que su interpretación y aplicación sean excepcionales. Esto significaría reconocer que el ámbito de actuación del riesgo permitido, en relación con la enfermedad del coronavirus, es un ámbito que ha quedado densamente demarcado por reglas y normas de conducta nuevas, cuestión problemática no solo para el ejercicio de la libertad individual (que ha quedado ampliamente reducida), sino también en cuanto a las consecuencias de la infracción a estas normas, que indican un juego de tensión entre la libertad individual y la seguridad de todos<sup>47</sup>; máxime cuando se tratare

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> La normativa del Estado Federado (*Bundesland*), que concreta los detalles y alcance de la Ley formal central como lo es la Ley de Protección contra las Infecciones, viene autorizada por el § 54 de la misma Ley. Véase, *Weißberger*, ob. cit., 2020, p. 171.

<sup>47</sup> Esto es, "el riesgo permitido en el área conflictiva entre libertad y seguridad" (= *Das erlaubte Risiko im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit*), según *Cerny*,

de personas enfermas o sospechosas de estar infectadas<sup>48</sup>; así como un juego de tensión entre la solidaridad intensificada y la distancia social<sup>49</sup>. A continuación, referenciaré muy brevemente la normativa argentina para contrastarla con la normativa alemana y poder de allí extraer algunas conclusiones útiles. En cualquier caso, el tipo penal de la propagación de enfermedades peligrosas, infecciosas o contagiosas para los seres humanos viene recogido en ambos ordenamientos<sup>50</sup> como un delito de peligro contra la salud pública<sup>51</sup> que, a pesar de permitir el concurso con el delito de

---

Lukas - Makepeace, Johannes, "Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung", *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n° 3, 2020, pp. 148-151, 149.

<sup>48</sup> El art. 1 del RSI de la O.M.S. (cit. *ut supra*) define *persona enferma* como la que sufre o está afectada por una dolencia física que puede suponer un riesgo para la salud pública, y *sospechosa* hace referencia a toda persona, que un Estado parte considere que haya estado o podría haber estado expuesta a un riesgo para la salud pública y sea una posible fuente de propagación adicional de enfermedad.

<sup>49</sup> Donde "cada prójimo comporta una sensación de peligro" (= Jeder Mitmensch ist ein Gefühl Gefahr), según Kingreen, Thorsten, "Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie", *Juristische Ausbildung*, n° 10, 2020, pp. 1019-1035, 1019, autor que analiza desde un enfoque constitucional cómo afectan las medidas tomadas por el Gobierno alemán a los derechos fundamentales de las personas.

<sup>50</sup> En España, desde que se declaró el estado de alarma por el Real-Decreto 463/2020, del 14 de marzo, la pandemia del Corona enfrenta a los ciudadanos a severas sanciones recogidas en el régimen sancionador de la ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (con la reforma del 28 de marzo de 2014) y la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, así como las sanciones recogidas en el régimen penal. El abanico criminal es algo amplio, desde delitos contra la integridad física (arts. 147 y 152 C.P.) y la vida de las personas (arts. 138 y 142 C.P.), dejando a salvo la posible aplicación del consentimiento del ofendido (art. 155 C.P.), hasta delitos de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad (arts. 550 y ss. C.P.). En España no existe un delito de propagación de enfermedad peligrosa, como tipo de peligro, que pudiera ser empleado actualmente para frenar la pandemia (en lo que le toca al derecho penal), aunque sí existió desde 1958 hasta 1996 como delito de propagación maliciosa en el art. 348 bis C.P. Un panorama sobre este delito en Arroyo Zapatero, Luis, "La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión de SIDA", *Derecho y Salud*, v. 4, n° 1, 1996, pp. 1-7.

<sup>51</sup> El art. 1 del RSI de la O.M.S. (cit. *ut supra*) define *riesgo para la salud pública* como toda probabilidad de que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la



resultado de lesiones a la salud individual, no admite el desplazamiento de la responsabilidad penal del autor por el consentimiento o autopuesta en peligro de la víctima respecto del delito de propagación (y según se entienda el autopeligro en tiempos de pandemia tampoco lo permitiría respecto del delito de lesiones<sup>52</sup>).

#### **IV.1. El régimen argentino**

En Argentina el combate de la pandemia viene gestionándose por medio del Gobierno federal en coordinación con los gobernadores de provincia y estos a su vez con los intendentes de los diferentes municipios. Dentro del marco de la legislación de emergencia pública en materia sanitaria, que ha sido ampliada a razón del estado de pandemia hasta el 31 de diciembre de 2020<sup>53</sup>, la normativa nacional contempla los lineamientos generales acerca de la política central de contención y gestión de la pandemia<sup>54</sup>

---

salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague internacionalmente o pueda suponer un peligro grave y directo.

<sup>52</sup> Véanse más adelante las consideraciones que se hacen en relación con la normativa alemana.

<sup>53</sup> El decreto n° 260/20 de 12 de marzo amplía el plazo por un (1) año el estado de emergencia sanitaria previsto en la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública n° 27.541. Esta Ley declara en su art. 1 el estado de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta el 31/12/2020 y delega en el Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la mencionada ley (en los términos de habilitación del art. 76 de la CN). Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/suplementos/2020031201NS.pdf> (consulta: 16/08/2020).

<sup>54</sup> Después del primer decreto, el n° 260/20, que declaró el estado de emergencia sanitaria nacional y el aislamiento obligatorio preventivo de los casos sospechosos, los siguientes decretos fueron disponiendo diferentes medidas: el decreto n° 297/20, de 19 de marzo, dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), lo que fue prorrogado por los sucesivos decretos, el n° 325/20, el n° 355/20, el n° 408/20, el n° 459/20 y el n° 493/20. Por su parte, el decreto n° 520/20, de 7 de junio, estableció el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (DISPO) para los territorios en donde no exista transmisión comunitaria del virus y limitó la circulación de las personas al departamento en donde residen; así también instituyó como reglas de conducta generales, como el distanciamiento de dos metros entre personas, empleo

(como el cierre de fronteras<sup>55</sup>), y son las provincias las que por medio de decretos y reglamentos de alcance local precisan las medidas de prevención según la evolución de la situación virósica<sup>56</sup>. Así, por ejemplo, las provincias o municipios más afectados (de una elevada transmisión comunitaria) se encuentran en fase de neutralización de la propagación del virus mucho más restrictiva para los derechos ciudadanos, que otras provincias con menos contenido del patógeno. Además de las medidas

---

de tapabocas en espacios compartidos, higienización asidua de manos, desinfección de superficies y ventilación de ambientes, además de toser en el pliegue del codo. Para las demás provincias con altos índices de contagio se prorrogó el ASPO y demás prohibiciones. Todos los restantes decretos fueron variando la obligación del DISPO y el ASPO en las diferentes provincias según cómo se presentaba la situación virósica en cada una de ellas: n° 576/20, de 29 de junio, n° 605/20, de 18 de julio, n° 641/20, de 2 de agosto y n° 677/20, del 16 de agosto. La última normativa nacional a la fecha de cierre de este artículo es el decreto n° 714/2020, de 30 de agosto, el cual vuelve a prorrogar para algunos sectores del país el llamado ASPO, mientras que en otras localidades rigen medidas más flexibles como el DISPO. Todos los decretos se encuentran virtualmente disponibles en la página oficial del BOE: <https://www.boletinoficial.gob.ar/>

<sup>55</sup> El decreto n° 274/20, de 16 de marzo, a efectos de reducir la transmisión del virus, declaró el cierre de fronteras a todos los extranjeros no residentes en el país, entre otras salvedades.

<sup>56</sup> El decreto n° 260/2020 facultó a la autoridad sanitaria del Ministerio de Salud nacional a que coordinara las medidas de prevención e información junto a las diferentes jurisdicciones del país; así como el decreto n° 297/2020 facultó al Ministerio de Seguridad nacional a que junto a las diferentes jurisdicciones del país realizara el control de carreteras y espacios públicos para garantizar el cumplimiento del aislamiento obligatorio. Por su parte, los decretos n° 355/2020, de 11 de abril y n° 408/2020, de 26 de abril, facultaron a los gobiernos provinciales a establecer excepciones al ASPO en coordinación con el Ministerio de Salud nacional. El decreto n° 459/2020, de 10 de mayo, diferenció las medidas que los gobiernos provinciales de localidades de hasta y superior a 500.000 habitantes podían prever como excepciones al ASPO; así como prohibiciones generales en todo el territorio del país (suspensión de eventos públicos, clases, actividades turísticas y otros). El decreto n° 520/20 facultó a los gobiernos provinciales a reglamentar los protocolos debidos en actividades económicas, deportivas y artísticas. En sí, todos los decretos nacionales fueron otorgando facultades a las provincias para reglamentar las medidas sanitarias de prevención, siempre en coordinación con el Ministerio de Salud nacional.

de prevención asumidas, el Estado viene subrayando la necesaria colaboración de las personas en el cumplimiento activo de las mismas, al apelar no solo a la autorresponsabilidad, sino también a una especie de función de policía ciudadana al fomentar las denuncias por incumplimiento de la cuarentena obligatoria. La forma en cómo se concreta esta estrategia lo es por medio de la facilitación de una línea telefónica (134), la que receptiona y canaliza las denuncias por infracción a las medidas pandémicas, que puedan comportar infracciones y delitos<sup>57</sup>. La institución que se está haciendo cargo de esta tarea lo es el Comando Unificado de Seguridad para enfrentar el coronavirus, creado por resolución ministerial<sup>58</sup>.

El escenario que presenta la pandemia del coronavirus permite distinguir una amplia diversidad de conductas con eventual relevancia contravencional y jurídico-penal. Para realizar una mención ordenada de estas, según su grado de gravedad ascendente (entendida en términos de lesividad o dañosidad social), estas se clasificarían en tres grandes bloques. En primer lugar, las conductas menos lesivas serían las de infracción a la normativa contravencional y la normativa penal de delitos de peligro contra la salud pública y la Administración pública, esto es, las modalidades dolosas de los artículos 205 y 239 del Código Penal. En segundo lugar, se encontrarían las conductas de propagación dolosa e imprudente del virus de los artículos 202 y 203 del Código Penal, respectivamente, incluida la modalidad culposa agravada por el resultado de enfermedad o muerte del artículo 203.2. Finalmente, en tercer término, se hallarían las conductas de contagio (transmisión + infección) en su versión de lesiones a la integridad física o salud de las personas de los artículos 89 y ss. del Código Penal, y en su vertiente de homicidio de los artículos 79 y siguientes.

<sup>57</sup> Información disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-de-seguridad-constituye-un-comando-unificado-para-enfrentar-al-coronavirus> (consulta: 05/09/2020).

<sup>58</sup> Resolución del Ministerio de Seguridad de la Nación n° 40/2020, del 16 de marzo. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/226855/20200317> (consulta: 05/09/2020).

Para comenzar con el primer grupo de conductas, la ley 15.465, de Notificación Obligatoria de Enfermedades Infecciosas de alcance nacional<sup>59</sup>, contempla como infracción administrativa la elusión de la obligación de comunicación o denuncia de la existencia de una enfermedad infecciosa (entre las que figura el coronavirus) por parte de determinados funcionarios de la salud (médico que haya asistido al enfermo o reconocido el cadáver, laboratorista y anatómo patólogo que hayan examinado la enfermedad) con una sanción de multa de 500 a 10.000 pesos argentinos (artículo 16<sup>60</sup> en relación con el artículo 4<sup>61</sup> de la ley). También se prevé la misma infracción para otros facultativos (odontólogo, obstetra, kinesiólogo y todos los que ejerzan alguna de las ramas auxiliares de las ciencias médicas) con una sanción de multa menor de 200 a 5.000 pesos argentinos (artículo 17 en relación con el artículo 5 de la ley). Las sanciones serán impuestas por el Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública, o por las autoridades sanitarias provinciales, según corresponda (artículo 18 de la ley). Por su parte, en el derecho laboral existe un régimen contravencional al que se encuentran sometidos los empleadores en relación con el cumplimiento de obligaciones en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo. Asimismo, varias provincias han estatuido multas, por decreto, oscilantes entre los 3.000, 10.000, 80.000, 500.000 y hasta 1.000.000

<sup>59</sup> Ley de 24 de octubre de 1960, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7031880/19601028?busqueda=1> (consulta: 05/09/2020); con su última modificación por la Resolución del Ministerio de Salud n° 680/2020, del 31 de marzo, por la cual se incorpora a la lista de enfermedades de denuncia obligatoria, la enfermedad Covid-19, en todas sus etapas, desde la sospecha hasta el seguimiento de su evolución. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227324/20200331> (consulta: 05/09/2020). Además, téngase en cuenta el decreto reglamentario de la ley mencionada, el n° 3.640/64, del 19 de mayo, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/11079584/19640523?busqueda=1> (consulta: 05/09/2020).

<sup>60</sup> Según el 2° apartado del art. 16, accesoriamente se podrán imponer amonestaciones y, en caso de reiterado incumplimiento, se podrá suspender temporalmente del ejercicio profesional al infractor, de 1 a 3 meses.

<sup>61</sup> La Resolución n° 680/2020, que añade el Covid-19, amplía el campo de sujetos obligados a la notificación (art. 3 en relación con arts. 4 y 12 de la ley 15.465), lo que no significa su ampliación al régimen contravencional.

de pesos argentinos a todas las personas que violaren las normas de aislamiento obligatorio y otras medidas de cuidado de la salud; decretos que han de interpretarse en consonancia con los decretos del Presidente de la nación y con los Códigos Contravencionales de las provincias, así como con el Código Penal, llegado el caso<sup>62</sup>.

Dentro de este primer grupo quedan abarcados también los delitos de los artículos 205 y 239 del Código Penal. El artículo 205 reprime con prisión de seis meses a dos años al que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia, y el artículo 239 castiga con prisión de 15 días a un año a la persona que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones<sup>63</sup>. Ambos tipos penales podrían precisar en algunos supuestos de la normativa de referencia para completar el mandato típico (esto es, el complemento normativo). A continuación, mencionaré una serie de ejemplos que podrían encajar en los delitos mencionados, con independencia de si la normativa de referencia ya no se encuentra vigente (dada la temporalidad de la emergencia).

(1) Infracción al aislamiento obligatorio como medida preventiva durante 14 días por parte de la persona que revista la condición de caso sospechoso (= fiebre, tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que tenga historial de viaje a zonas afectadas o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de Covid-19; o de quienes posean confirmación médica de haber contraído la enfermedad del coronavirus; o los contactos estrechos de los casos sospechosos y de los infectados confirmados; así como quienes arriben al país habiendo estado en zonas afectadas por el virus. Estas últimas también pueden cometer la infracción si se niegan a someterse a un examen médico para determinar el potencial riesgo de contagio (artículo 7 del decreto n° 260/2020).

<sup>62</sup> Es el ejemplo de Buenos Aires, Córdoba, La Rioja, San Luis, entre otras.

<sup>63</sup> Sobre este delito en tiempos de pandemia, véase Meana, Diego Sebastián, "El delito de resistencia y desobediencia a la autoridad (exégesis del art. 239 del Código penal)", en López Mesa, Marcelo (dir.), *La reconstrucción del Derecho argentino pos crisis*, IJ Editores, Buenos Aires, 2020, pp. 347-356.

(2) Infracción de la obligación de reportar síntomas compatibles con Covid-19 por parte de los prestadores de salud (artículo 8 del decreto n° 260/2020)<sup>64</sup>.

(3) Infracción a la obligación de portar el Certificado Único Habilitante para Circulación-Emergencia Covid-19<sup>65</sup>, por parte de las personas autorizadas a circular con dicho documento durante la vigencia del aislamiento social obligatorio, prevista en la Decisión Administrativa 446/2020, del 1 de abril<sup>66</sup>.

(4) Infracción al requerimiento de la descarga de la aplicación Covid-Ministerio de Salud. La Decisión Administrativa 432/2020, del 23 de marzo, faculta a la Dirección Nacional de Migraciones a requerir a toda persona que hubiere ingresado al país a utilizar como mínimo durante 14 días, desde su ingreso, la aplicación en su dispositivo móvil<sup>67</sup>, con la finalidad de rastrear su paradero en caso de encontrarse infectado.

(5) Infracción al requerimiento de la autoridad competente en la vía pública de la acreditación del Certificado para el Regreso al Domicilio Habitual (y de la veracidad de los datos en él recogidos), en aquellos casos autorizados; medida dispuesta por resolución ministerial conjunta 2/2020<sup>68</sup>.

(6) Incumplimiento por parte de los conductores de alguna de las recomendaciones previstas en el Protocolo Sanitario Covid-19 del Transporte Automotor de Cargas de Cereales, Oleaginosas y Afines de la

<sup>64</sup> El mismo art. 22 del decreto establece que la infracción a las normas de emergencia sanitaria puede dar lugar a la comisión de los delitos de los arts. 205 y 239 del C.P.

<sup>65</sup> Aprobado por la Resolución n° 48/2020, del 28 de marzo, del Ministerio del Interior.

<sup>66</sup> Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227337/20200401?busqueda=1> (consulta: 07/09/2020).

<sup>67</sup> Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227116/20200324?busqueda=3> (consulta: 05/09/2020).

<sup>68</sup> Del Ministerio de Transporte y del Ministerio del Interior, del 17 de abril, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227985/20200418?busqueda=3>

Dirección Nacional de Transporte Automotor de Cargas del Ministerio de Transporte, del 27 de mayo de 2020<sup>69</sup>. Entre las recomendaciones figuran: no presentar ningún síntoma de la enfermedad antes de emprender el viaje; controlar la temperatura corporal por lo menos una vez al día; usar máscara protectora, al momento del ascenso y descenso de la unidad; evitar tocarse la cara, fundamentalmente ojos, nariz y boca; llevar dentro de la unidad durante cada viaje, soluciones de higiene en base a alcohol; lavarse las manos con agua y jabón; mantener el distanciamiento social obligatorio con otras personas, de por lo menos dos metros, en lugares de carga, descarga, oficinas y paradores; realizar en lo posible trámites vía web, vía mail o a través de telefonía móvil, para no concurrir a lugares públicos; estornudar o toser sobre el pliegue del codo o sobre un pañuelo descartable; ventilar 10 minutos la cabina del camión varias veces al día, y dejarlo al sol cuando sea posible; higienizar el vehículo; no compartir mate; entre muchas otras más medidas (punto 4.3 del Protocolo).

(7) Infracción de la cumplimentación de la Declaración Jurada Electrónica, como nuevo requisito de ingreso y egreso de las personas del territorio nacional, la cual tiene como finalidad monitorear el estado de salud de las personas transitantes, según se prevé en la Disposición n° 3025/2020 de la Dirección Nacional de Migraciones, del 1 de septiembre (artículos 1 y 2)<sup>70</sup>. Por su parte, también se contempla (artículo 3) que el incumplimiento de las disposiciones mencionadas será sancionado por la Dirección Nacional de Migraciones con las multas previstas para las infracciones recogidas en la ley 25.871 de Migraciones del 17 de diciembre de 2003.

<sup>69</sup> Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/229834/20200527?busqueda=1> (consulta: 07/09/2020). El punto 6 del Protocolo indica que la Comisión Nacional de Regulación del Transporte es la autoridad competente para ejercer el cumplimiento de las pautas que se encuentren bajo su órbita exclusiva de competencia, en cuyo caso se aplicarán las sanciones previstas en el decreto n° 1035/2002, del 14 de junio, que reglamenta la ley 24.653, de Transporte de Cargas, del 5 de junio de 1996.

<sup>70</sup> Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/234495/20200903?busqueda=1> (consulta: 07/09/2020).

(8) La infracción por parte de las empresas y pequeños comerciantes a la intimación del Ministerio de Salud y del Ministerio de Desarrollo Productivo de incrementar la producción, distribución y comercialización de insumos críticos sanitarios necesarios para mitigar la propagación del coronavirus; así como la infracción de dar prioridad en la adquisición de insumos a las entidades sanitarias determinadas por el Ministerio de Salud (artículos 1 a 4 de la resolución ministerial conjunta 1/2020<sup>71</sup>). Según el artículo 5 de esta resolución, las disposiciones de la misma se encuentran sometidas a las contravenciones y sanciones previstas en la Ley de Abastecimiento 20.680<sup>72</sup>, antes que al régimen penal, que solo podría aplicarse en el supuesto de que el comportamiento fuere realizado no por una empresa sino por un agente económico individual contra las medidas que pudieran entenderse como preventivas de la introducción o propagación de una epidemia (artículo 205 del Código Penal).

En el segundo grupo de conductas encontramos el delito de propagación del artículo 202 del Código Penal que tipifica el comportamiento de propagación dolosa de enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas con penas de 3 a 15 años de prisión; mientras que el artículo 203 prevé la propagación de la enfermedad por imprudencia con penas de multa de 5 mil a 100 mil pesos. Asimismo, la modalidad culposa prevé una pena agravada ante la concreción de un resultado de enfermedad o muerte con penas de prisión de 6 meses a 5 años.

Finalmente, en el tercer grupo de comportamientos, encontramos los casos más graves de lesiones y homicidio por medio del contagio de la enfermedad. El artículo 89 C.P. castiga con pena de prisión de 1 mes a 1 año los daños al cuerpo o a la salud de una persona y el artículo 91 castiga con pena de prisión de 3 a 10 años si la lesión produjere una enfermedad corporal, cierta o probablemente incurable. La modalidad culposa del artículo 94

<sup>71</sup> Del Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Productivo, del 20 de marzo. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227101/20200321?busqueda=3> (consulta: 07/09/2020).

<sup>72</sup> De 24 de junio de 1974, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7062349/19740625?busqueda=1> (consulta: 07/09/2020).



prevé penas de 1 mes a 3 años y de 6 meses a 3 años en caso de agravación o que existiera más de una víctima. Por su parte, los delitos contra la vida del artículo 79 reprimen con pena de prisión de 8 a 25 años al que matare a otra persona y según el artículo 80 prisión perpetua para casos de agravación. La modalidad culposa del artículo 84 castiga con pena de prisión de 1 a 5 años y para casos de más de una víctima con pena de 2 a 5 años de prisión.

#### **IV.2. El régimen alemán**

En Alemania la lucha contra la pandemia del coronavirus viene realizándose a través de determinadas medidas asumidas por el Estado central en coordinación directa con los dieciséis Estados federados. El Parlamento alemán declaró la situación epidémica del coronavirus por medio de la Ley para la Protección de la Población en Situación de Epidemia de Alcance Nacional (del 27 de marzo)<sup>73</sup> e incluyó nuevas medidas con la Segunda Ley para la Protección de la Población en Situación de Epidemia de Alcance Nacional (del 19 de mayo)<sup>74</sup>. Ambas leyes tienen una vigencia temporal hasta que finalice la crisis epidemiológica por coronavirus. Estos dos cuerpos legales vienen a modificar una serie de otras leyes para adaptarlas a las demandas de la situación pandémica; en donde algunos cambios son de alcance limitado en el tiempo (hasta que cese la epidemia) y otros tendrán alcance ilimitado. En lo que aquí puede interesar, las principales modificaciones que producen estas leyes lo son en el ámbito del derecho de policía sanitaria comprendido en la llamada, en su versión abreviada, Ley de Protección contra las Infecciones

<sup>73</sup> = Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite [BGBl. I S. 587]. Disponible en: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl120s0587.pdf#\\_bgbl\\_%20F%20F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl120s0587.pdf%27%5D\\_\\_1599315226514](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl120s0587.pdf#_bgbl_%20F%20F%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s0587.pdf%27%5D__1599315226514) (consulta: 19/08/2020).

<sup>74</sup> = Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite [BGBl. I S. 1018]. Disponible en: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl120s1018.pdf#\\_bgbl\\_%20F%20F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl120s1018.pdf%27%5D\\_\\_1599319179828](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl120s1018.pdf#_bgbl_%20F%20F%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s1018.pdf%27%5D__1599319179828) (consulta: 19/08/2020).

(= *IfSG*), que data del año 2000<sup>75</sup> y en la Ley de Implementación del Reglamento Sanitario Internacional (R.S.I. de 2005), del 21 de marzo de 2013<sup>76</sup>. Como es sabido, el R.S.I. de la O.M.S. de 2005 fue acordado en pos de la seguridad sanitaria mundial entre 196 Estados, para lo cual cuenta con una serie de medidas concretas exigibles en los puertos, aeropuertos y zonas fronterizas entre Estados con la finalidad de neutralizar la propagación de riesgos sanitarios hacia países vecinos, intentando a la vez no alterar el tráfico de personas y las actividades comerciales<sup>77</sup>. Asimismo, cuenta con todo un protocolo en los casos de emergencia de salud pública de importancia internacional y los plazos en los cuales los Estados firmantes han de implementar el mismo en sus respectivas jurisdicciones.

#### *IV.2.i. Ley de Protección contra las Infecciones (= IfSG): objeto, medidas de prevención y coordinación internacional*

Esta ley contempla un régimen de medidas de prevención de enfermedades transmisibles y también contempla un sistema de contravenciones

<sup>75</sup> Su nombre completo es Ley para la Prevención y Combate de Enfermedades Infecciosas en Humanos (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen = Infektionsschutzgesetz*), de 20 de julio de 2000 [BGBl. I S. 1045]. El texto original de la Ley está disponible en: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&start=//\\*\[@attr\\_id=%27bgbl100s1045.pdf%27\]#\\_\\_bgbl\\_\\_%2°F%2°F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl100s1045.pdf%27%5D\\_\\_1599319514375](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*[@attr_id=%27bgbl100s1045.pdf%27]#__bgbl__%2°F%2°F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl100s1045.pdf%27%5D__1599319514375) (consulta: 19/08/2020). La última modificación a la *IfSG* en 2020 se encuentra disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/ifsg.pdf> (consulta: 19/08/2020), y que fue realizada por la Ley para Implementar Medidas de Ayuda Fiscal para hacer frente a la Crisis del Corona (= *Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise (Corona-Steuerhilfegesetz)*), de 19 de junio [BGBl. I 2020 S. 1385], disponible en: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&start=//\\*\[@attr\\_id=%27bgbl120s1385.pdf%27\]#\\_\\_bgbl\\_\\_%2°F%2°F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl120s1385.pdf%27%5D\\_\\_1599319804567](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*[@attr_id=%27bgbl120s1385.pdf%27]#__bgbl__%2°F%2°F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s1385.pdf%27%5D__1599319804567) (consulta: 19/08/2020).

<sup>76</sup> = *IGV-Durchführungsgesetz (IGV-DG)*, disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/igv-dg/BJNR056610013.html> (consulta: 19/08/2020). El RSI fue aprobado por el Parlamento alemán el 20 de julio de 2007 y reglamentado por la *IGV-DG* en 2013.

<sup>77</sup> Cit. *ut supra*.

y algunas disposiciones penales. La *IfSG* es la base legal exigida por la Ley Fundamental alemana para el despliegue de la política sanitaria por medio de los decretos de los Estados federados<sup>78</sup>, que afecta los derechos fundamentales de las personas. Su propósito legal es prevenir enfermedades transmisibles para los seres humanos, detectar infecciones en una etapa temprana y prevenir su propagación (§ 1.1). Para cumplir con el propósito de la ley, el mismo cuerpo legal asume como tarea pública, que las políticas sanitarias de las autoridades federales, estatales y locales, los médicos, los veterinarios, los hospitales, las instituciones científicas y otras partes involucradas, deben diseñarse de acuerdo con el estado actual de la ciencia y la tecnología médica y epidemiológica. Asimismo, debe fomentarse la responsabilidad personal de los propietarios y administradores de las instalaciones comunitarias, las empresas de alimentos, las instalaciones de salud y las personas en la prevención de enfermedades transmisibles (§ 1.2). En el mismo sentido se indica, que la prevención comienza por la educación de la sociedad sobre los peligros de las enfermedades transmisibles y cómo prevenirlas (§ 3), y el ente coordinador nacional de toda la policía sanitaria es el Instituto Robert Koch, el cual para cumplir con el propósito de la ley deberá trabajar con las autoridades federales y estatales correspondientes y con los centros científicos de referencia (§§ 4.1 y 4.2), así como desde la cooperación con organismos supranacionales, como la Organización Mundial de la Salud (§ 4.3). Por otro lado, el § 13 establece otras formas de vigilancia epidemiológica y la autorización para emitir ordenanzas y reglamentaciones por parte del Gobierno central, los Estados federados, el Ministerio Federal de Salud y el Instituto Robert Koch, así como la obligación de seudonimizar los datos de pacientes y estudios según los casos. De igual

<sup>78</sup> El art. 80 de la GG prevé la obligación de mencionar la base legal en los decretos de los Estados federados. El apartado 1° establece que el Gobierno federal, un ministro federal o los gobiernos de los Estados podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos. En esta ley se deberá determinar el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales decretos se mencionará su base legal. Cuando la ley prevea que una habilitación puede ser delegada, la delegación debe efectuarse por decreto. La Ley Fundamental alemana se encuentra disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (consulta: 19/08/2020).

manera, en los supuestos de restricción de circulación y aislamiento de personas infectadas, observación obligatoria y monitoreo de la infección y prohibición de trabajar (§§ 28 a 31), se faculta a los gobiernos estatales a dictar ordenanzas para combatir las enfermedades transmisibles (§ 32)<sup>79</sup>. Asimismo, diferentes preceptos sobre medidas preventivas de la ley autorizan a las autoridades competentes a restringir los derechos fundamentales de las personas, como la libertad de circulación y reunión<sup>80</sup>, así como la integridad física y el secreto postal<sup>81</sup> y la inviolabilidad del domicilio<sup>82</sup>, además de otros<sup>83</sup>.

Entre las principales modificaciones, que ha sufrido la *IfSG*, se encuentran la declaración del Parlamento alemán del estado de epidemia

<sup>79</sup> En el marco de las facultades otorgadas a los Estados Federados, estos pueden determinar cuáles serán las autoridades competentes para realizar los propósitos de la ley (§ 54).

<sup>80</sup> En particular, el § 28, sobre medidas de protección para evitar la propagación de enfermedades transmisibles, contempla la restricción de los derechos fundamentales de la libertad de la persona, la libertad de reunión y la libertad de circulación en relación con la medida de segregación de la persona presuntamente infectada o enferma durante un tiempo necesario en una determinada institución. También, contempla la posibilidad de obligar a la persona presuntamente infectada a no salir del lugar donde se encuentra o solo bajo ciertas condiciones o a no ingresar en lugares públicos específicos o solo bajo ciertas condiciones. Así también, la autoridad competente puede restringir o prohibir eventos u otras reuniones de personas y cerrar establecimientos comunitarios.

<sup>81</sup> El § 30, apartado 3°, sobre la medida de aislamiento (*Absonderung*), contempla la restricción de los derechos fundamentales de la integridad física de la persona y el secreto postal en los supuestos de una persona infectada segregada en un hospital, quien debe tolerar las medidas que sirvan para mantener el funcionamiento adecuado de la instalación o para asegurar el propósito del alojamiento o si fueran necesarias para la descontaminación.

<sup>82</sup> Como en el apartado 4° del § 16 sobre medidas generales para prevenir enfermedades transmisibles, que autoriza a la autoridad competente a ingresar a propiedades, habitaciones e instalaciones, así como medios de transporte e inspeccionar documentos (...), así como examinar objetos o tomar muestras para su examen.

<sup>83</sup> Como el § 17 sobre medidas especiales para prevenir enfermedades transmisibles, que en su apartado 7mo determina la restricción de los derechos fundamentales de la libertad de la persona, la libertad de circulación, la libertad de reunión y la inviolabilidad del domicilio.

a escala nacional, así como la implementación de algunas medidas de prevención de la enfermedad y el otorgamiento de facultades a las autoridades competentes para paliar la epidemia (§ 5); asimismo, la política sanitaria preventiva alemana, más robusta de lo que uno se imagina, va más allá de la situación actual. Va hacia el futuro inmediato con efectos en lo mediato. Según el § 4.1a de la *IfSG*, el Ministerio Federal de Salud deberá presentar un informe al Parlamento (*Bundestag*), a más tardar el 31 de marzo de 2021, sobre los hallazgos de la epidemia causada por el nuevo coronavirus. El informe tiene como finalidad abordar propuestas para el fortalecimiento legal, de infraestructura y de personal del Instituto Robert Koch de cara a mejorar el sistema sanitario alemán para futuras epidemias. Por otro lado, el § 6.1.1, que contiene la obligación de informar acerca de la sospecha o existencia de determinadas enfermedades, incorpora en su letra (t) la enfermedad del coronavirus (Covid-19) y el § 7, que contiene la obligación de informar sobre la evidencia notable de determinados patógenos, incorpora en su punto (44a) el Síndrome Respiratorio Agudo Severo del coronavirus (SARS-CoV y SARS-CoV-2).

Además, al tener en cuenta que Alemania forma parte de la Unión Europea y se encuentra sometida al derecho comunitario, la *IfSG* faculta en su § 55 la alineación de las ordenanzas de los Estados federados con los Estados miembro, en la medida en que ello se relacione con la implementación de directivas o decisiones del Consejo o la Comisión de la Unión Europea que afecten a la salud pública. Asimismo, en cumplimiento del compromiso vinculante asumido con la O.M.S., el § 12, apartado 1º, le ordena a la autoridad competente notificar a los Estados federados toda clase de enfermedad transmisible, declarada de emergencia sanitaria de alcance internacional<sup>84</sup> (como el coronavirus); mientras que, en virtud de la Decisión nº 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre amenazas transfronterizas graves para la salud derivadas de peligros de origen biológico o desconocido, el § 12, apartado 2º le ordena a la autoridad competente notificar a los Estados federados toda la información necesaria al respecto.

<sup>84</sup> En los términos del art. 1, párrafo 1 del RSI de la O.M.S. del 23 de mayo de 2005.

#### IV.2 i.a. Ley de Protección contra las Infecciones (= *IfSG*): régimen contravencional

El sistema de contravenciones de la *IfSG* se rige por la Ley de Contravenciones Administrativas (= *OWiG*) y se complementa con la normativa de los diferentes Estados federados, que son los que establecen los montos de las multas según las medidas de prevención localizadas. Es decir, cada Estado federado según su situación virósica posee sus normas de conducta y sus sanciones pecuniarias ante la infracción de las mismas. Se sabe, por ejemplo, que en los inicios de la pandemia las regulaciones de Baviera fueron por algún tiempo algo más severas que las de otros Estados, por cuanto la situación epidemiológica de los bávaros presentó muy velozmente índices rojos en comparación con otros Estados (el pico de los contagios y de las primeras muertes se dieron en la ciudad de München). Por tal razón, Baviera tuvo que extremar las medidas de prevención y su sistema sancionatorio.

El aumento exponencial de las infecciones en los primeros tiempos de la pandemia condujo a que la autoridad sanitaria en conjunto con las fuerzas de seguridad policial y del ejército, según corresponda, mantuvieran una política de monitoreo y patrullaje constante sobre la población, sumado a la campaña propagandística del Estado en relación con las medidas de prevención tanto a modo de mandatos y restricciones como de recomendaciones y apelación a la autorresponsabilidad ciudadana en el manejo de la situación a nivel social. En toda la primera fase de la pandemia existió un sector de la sociedad, los jóvenes entre los 18 y 25 años, que infringió sistemáticamente la normativa organizando las llamadas *coronaparties* (fiestas Corona) en todas las regiones de Alemania; la prohibición de permanencia en espacios públicos también se infringió de forma continua en muchos Estados. Todas estas primeras infracciones fueron encaminadas en primer término por la directa interpelación policial a los infractores, invitándolos a desintegrar los grupos de charla, a tomar la distancia reglamentaria o a abandonar la permanencia en el lugar. En la mayoría de supuestos, las invitaciones-órdenes fueron acatadas sin resistencia alguna, aunque en algunos Estados el desacato fue mayor. Para estos casos, se procedió a ejecuciones forzadas y ante

la negativa o reiteración del comportamiento indebido se procedió a la multa. Finalmente, en supuestos extremos como violaciones a aislamientos obligatorios de personas infectadas se procedió a denuncias penales<sup>85</sup>.

Solo por mencionar algunas infracciones a modo de ejemplo, el § 73 (1a) 1 *IfSG* considera infracción administrativa a quien de forma intencionada o imprudente contravenga una orden ejecutoria<sup>86</sup> de la autoridad competente, como la prevista en el § 5 (2) número 1: quien haya ingresado a la República Federal de Alemania habiendo estado expuesto a un riesgo de infección de alguna enfermedad transmisible y peligrosa en un país de riesgo y se negare a revelar su identidad, ruta de viaje y datos de contacto; o a presentar un certificado de vacunación o profilaxis; o a proporcionar información sobre su estado de salud; o a ser examinado por un médico. Asimismo, el § 73 (1a) 2 prevé la contravención de quien contra la obligación de denunciar alguna de las enfermedades contempladas en el § 6<sup>87</sup>, no hiciera el informe, lo hiciera mal, lo hiciera incompleto o no lo hiciera de manera oportuna sobre la sospecha de enfermedad, y la muerte en relación con la enfermedad de una persona. Según el § 6 (1) 1, el informe debe realizarse en los términos del § 8 (1) número 1, por parte del médico que realizó el diagnóstico y en el caso de hospitales, además, por el médico jefe (como responsable del cumplimiento del requisito de notificación); en los hospitales con varios departamentos independientes, el médico del departamento principal y en las instalaciones sin un médico jefe, por el médico tratante; según el § 8 (1) número 3, por los jefes de las instalaciones de diagnóstico anatómico-patológico; y, según el § 8 (1)

<sup>85</sup> Algunos ejemplos en Lorenz, Henning/Oğlakcioğlu, Mustafa, "Keine Panik im Nebenstrafrecht. Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG", *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n° 2, 2020, pp. 108-115, 112 y siguientes.

<sup>86</sup> Una orden es ejecutoria cuando se ha convertido en definitiva o cuando ha sido declarada ejecutable inmediatamente. Cuando una orden aún no es ejecutable, su infracción no constituye infracción administrativa en los términos de la ley. Véase, Neuhöfer, Daniel/Kindhäuser, Urs, "IfSG § 73 Bußgeldvorschriften", en Eckart, Christian/Winkelmüller, Michael, *Infektionsschutzrecht*, BeckOk, München, 2020, numeral 11.

<sup>87</sup> O de los patógenos contemplados en el § 7 *IfSG*.

número 8, por el naturópata (*Heilpraktiker*); entre otros pormenores. Por otro lado, el § 73 (1a) 6 considera infracción administrativa a quien de forma intencionada o imprudente contravenga una orden ejecutoria de la autoridad competente, como la prevista en el § 17 (1), que faculta a la autoridad competente a tomar las medidas necesarias, como la descontaminación sobre objetos afectados por patógenos de obligada notificación, que se teme que se propaguen; así como la prevista en el § 25 (3) puntos 1 y 2, que establece que si una persona está enferma, se sospecha de que lo está o que está infectada o que es excretor<sup>88</sup>, el Departamento de Salud podrá realizar las investigaciones que estime pertinentes para averiguar el tipo, la causa y la fuente de propagación de la enfermedad. Las personas en cuestión deben someterse a los exámenes y extracciones que la autoridad considere, y debe tolerar todo tipo de intervención al efecto y debiendo proveer el material de prueba que se le solicite. También el § 73 (1a) 6 sanciona como infracción administrativa el comportamiento doloso o culposo en contravención de una orden ejecutoria prevista para evitar la propagación de una enfermedad, por parte de personas que padezcan una enfermedad, se sospeche que la padecen o que están infectadas o que son excretores. Estas contravenciones pueden ser la prohibición de salir, de asistir a determinados lugares o de reunirse (§ 28.1), así como la orden de aislamiento obligatorio en un hospital u otro lugar (§ 30.1, 2da parte<sup>89</sup>) o, la prohibición de ejercer total o parcialmente la actividad profesional (§ 31<sup>90</sup>). Para todos estos casos, el mismo § 73 (2) prevé multas de hasta 25.000 euros.

<sup>88</sup> Para comprender el significado de excretor (*Ausscheider*) en los términos de la ley, hay que recurrir al § 2, punto 6 de esta, que lo define como toda persona que excreta (elimina) patógenos y, por tal razón, puede ser una fuente de infección para el público en general sin estar enferma o sin sospecharse que lo está.

<sup>89</sup> El mismo § 30.1, 2ª parte prevé que, para el caso de los excretores, la orden de aislamiento obligatorio solo procederá si estas personas no siguen, no seguirían o no pueden observar otras medidas de protección y, por tal motivo, colocaren en peligro su medio ambiente.

<sup>90</sup> La prohibición es aplicable también a las personas que portan patógenos dentro o sobre sí mismas de tal manera que exista el riesgo en el caso individual de propagarlos.



IV.2.i.b. Ley de Protección contra las Infecciones (= *IfSG*): régimen penal

La política sanitaria preventiva alemana revela la genuina fragmentariedad del derecho penal, cuando apela a disposiciones penales como último recurso de prevención (y represión). Las disposiciones penales de la ley se encuentran recogidas en los últimos dos párrafos: los §§ 74 y 75<sup>91</sup>. Al tener en cuenta el objeto de la ley, el bien jurídico tutelado por esta no se limita a la salud de las personas, sino que también incluye el sistema sanitario, como bien institucional, que es el medio indispensable para asegurar la prevención de enfermedades y evitar su propagación<sup>92</sup>. De hecho, desde los primeros mensajes a la población, la entidad del virus se relacionaba más como un enemigo contra el sistema de salud, que contra la vida misma de las personas. En este sentido, se manifestaba que dado que aún no existe vacuna ni tratamientos específicos disponibles, debían tomarse todas las medidas necesarias para retrasar la propagación del virus y evitar el colapso del sistema sanitario. En otras palabras, el objetivo es, a través de la ralentización de la aparición de infecciones, reducir la presión general sobre el sistema sanitario, evitando que se produzcan picos de carga para garantizar la prestación eficiente de la asistencia sanitaria. Al Estado no solo le interesa proteger la salud individual de las personas y con ello la salud de todos, sino también los medios que le sirven de instrumento de protección, a la vez de resguardarse del abuso y mal uso del sistema sanitario a cuya óptima gestión él está obligado<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Las disposiciones penales refuerzan el cumplimiento de la normativa administrativa.

<sup>92</sup> Algunos pronunciamientos judiciales han señalado la razón tuitiva del sistema sanitario. Así, la decisión del Tribunal Administrativo de Kassel del 02/06/2020 (VGH Kassel, Beschluss vom 02/06/2020, 8B 1399/20.N, Rn. 21.): "La intervención se lleva a cabo con un fin legítimo, a saber, proteger la salud de la población y, en particular, evitar que el sistema de salud se sobrecargue" (= Der Eingriff erfolgt zu einem legitimen Zweck, nämlich dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere einer Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems).

<sup>93</sup> Una sociedad puede y debe hacer frente a las personas que mueren, pero cuando las personas mueren porque la infraestructura de salud es insuficiente para asistirlas, esto destruye la confianza general en el sistema político (...) es importante

A continuación, me referiré a algunos ejemplos de delitos, no a todos.

El § 74 castiga con pena de prisión de hasta 5 años o multa a quien cometa dolosamente alguno de los ilícitos administrativos del § 73, como los anteriormente mencionados del punto (1a) 1, 2 y 6, y de esta manera *propagare*<sup>94</sup> una de las enfermedades contempladas en el § 6 o uno de los patógenos mencionados en el § 7 de la *IfSG*<sup>95/96</sup>.

---

que el Estado posea un margen considerable para cumplir con su deber de proteger, el cual se infringe cuando no se han tomado precauciones de protección, si las regulaciones y medidas tomadas son evidentemente inadecuadas para lograr el objetivo de protección requerido o cuando no alcanzan el objetivo de protección, Kingreen, ob. cit., 2020, p. 1027.

<sup>94</sup> Propagación significa la transmisión de una enfermedad o un patógeno a otras personas, en circunstancias en las que se puede esperar la infección incontrolada de un número indefinido de personas; la forma en cómo se propaga no es decisiva, en cuanto a que existen múltiples modos y medios. Véase Deutscher, Axel, “Die „Corona-Krise“ und das materielle Strafrecht”, *StRR - Straf Rechts Report*, n° 4, 2020, p. 15. En sí, la propagación se trata de actos de extensión de la enfermedad, directa o indirectamente (por medio de la persona, de un tercero, de un objeto, etc.), y basta con que el riesgo de propagación aumente la extensión de la enfermedad exponencialmente, aunque no se produzca en proporciones epidémicas. Para algún sector, el delito de propagación del 74 *IfSG* como un delito de resultado (no de peligro) parece requerir la infección de al menos una persona o la transmisión del patógeno, por ejemplo, por medio de gotitas en el picaporte de una puerta. Así, Neuhöfer, Daniel/Kindhäuser, Urs, “IfSG § 74 Strafvorschriften”, en Eckart, Christian/Winkelmüller, Michael, *Infektionsschutzrecht*, BeckOk, München, 2020, numerales 26 y 27.

<sup>95</sup> Tanto la infracción a la normativa administrativa como el acto de propagación deben ser cometidos de forma dolosa (bastando el dolo eventual); donde la imprudencia no es punible. Así, Neuhöfer/Kindhäuser, § 74, ob. cit., 2020, numerales 29-31.

<sup>96</sup> Al tratarse, la salud pública, de un bien jurídico colectivo, este resulta individualmente indisponible. Así, Neuhöfer/Kindhäuser, ob. cit., 2020, numerales 32-33, indican que ni el consentimiento, ni la autopuesta en peligro de la víctima desplazan la responsabilidad penal del delito de propagación de la *IfSG*. Respecto del delito de propagación del código austríaco, Birklbauer, Alois, “Die Verhältnismäßigkeit der Covid-19-Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht”, en Kröll, Wolfgang, Platzer, Johann, Ruckebauer, Hans-Walter y Schaupp, Walter (eds.), *Die Corona-Pandemie Ethische, gesellschaftliche und theologische Reflexionen einer Krise*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020, pp. 137-152, 139, señala que solo el bien jurídico individual de la salud puede ser comprometido por su titular, mediante el cual el autor del daño gana en impunidad.

Algunas de estas infracciones como presupuestos de la propagación pueden ser las que se mencionaron anteriormente, que aquí se repiten:

(a) contravenir una orden ejecutoria de la autoridad competente, por parte de quien haya ingresado a la República Federal de Alemania habiendo estado expuesto a un riesgo de infección de alguna enfermedad transmisible en un país de riesgo y se negare a revelar su identidad, ruta de viaje y datos de contacto; o a presentar un certificado de vacunación o profilaxis; o a proporcionar información sobre su estado de salud; o a ser examinado por un médico [§ 74 en relación con el § 73 (1a) 1, en relación con el § 5 (2) número 1];

(b) incumplir, por parte de los médicos, la obligación de denunciar alguna de las enfermedades contempladas en la ley, no realizando el informe, realizándolo mal, haciéndolo incompleto o no realizándolo de manera oportuna sobre la sospecha de la enfermedad en relación con una persona [§ 74 en relación con el § 73 (1a) 2, en relación con el § 6 (1) 1, en relación con el § 8 (1) números 1, 3 y 8];

(c) contravención de una orden ejecutoria de la autoridad competente, por parte de personas que padezcan una enfermedad, se sospeche que la padecen o que están infectadas o que son excretores. Estas contravenciones pueden ser la prohibición de salir, de asistir a determinados lugares o de reunirse, así como la orden de aislamiento obligatorio en un hospital u otro lugar o, la prohibición de ejercer total o parcialmente la actividad profesional [§ 74 en relación con el § 73 (1a) 6 en relación con los §§ 17 (1); 25 (3) números 1 y 2; 28 (1); 30 (1), segunda parte; o 31].

Por su parte, el § 75 recoge otras infracciones penales<sup>97</sup>. En lo que aquí puede interesar, el § 75 (1) 3 castiga con pena de prisión de hasta dos años o multa a quien dolosamente exporte, almacene, entregue o trabaje con patógenos sin permiso de la autoridad competente en los términos del § 44; y el § 75 (1) 4 castiga con la misma pena a quien entregue los patógenos a una persona que no tuviera licencia para tratarlos, en los términos del § 52.

<sup>97</sup> El § 76 prevé la confiscación de los objetos del delito en relación con algunas de las conductas del § 75, párrafos 1 o 3, esto es, por ejemplo, la manipulación de patógenos sin licencia.

Por su parte, el § 75 (3) prevé penas agravadas, de 3 meses a 5 años de prisión, para cuando por medio de esos hechos se propagara una enfermedad de las previstas en el § 6 o un patógeno del § 7<sup>98</sup>, a menos que el acto esté amenazado con una pena más severa en otras regulaciones<sup>99</sup>. Finalmente, el § 75 (4) castiga la modalidad culposa de la exportación o almacenamiento, así como de la entrega de patógenos a personas no autorizadas con penas de hasta un año de prisión o multa, entre otras infracciones.

#### IV.2.ii. *Ley de Implementación del Reglamento Sanitario Internacional* (= IGV-DG)

En esta ley se regulan las medidas de prevención de enfermedades contagiosas en relación con el transporte y tráfico entre países. Además de una serie de infracciones administrativas, en lo que aquí puede interesar, el § 22 castiga como delito, con prisión de hasta cinco años o multa, a quien cometa dolosamente alguno de los actos mencionados en el § 21 (1) número 6 y con ello propagare una enfermedad amenazante o peligrosa; esto es, el piloto al mando, que no entregare la Declaración General de Aeronaves (o no hiciera una entrega correcta, completa o a tiempo) a la autoridad responsable del control policial del tráfico transfronterizo inmediatamente después del primer aterrizaje [en relación con el § 10 (2) frase 1]<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> La propagación del § 75 también es un delito de resultado como en el § 74 *IfSG*, según Neuhöfer, Daniel/Kindhäuser, Urs, "IfSG § 75 Weitere Strafvorschriften", en Eckart, Christian/Winkelmüller, Michael, *Infektionsschutzrecht*, BeckOk, München, 2020, numerales 10 y siguientes.

<sup>99</sup> El delito se retira del nivel del concurso debido a la subsidiaridad formal respecto de otro delito más grave. Si el autor comete al mismo tiempo una lesión corporal peligrosa de acuerdo con el § 224 *StGB*, que se castiga con prisión de 6 meses a 10 años, entonces, el § 75 (3) se desplaza. Véase, Neuhöfer/Kindhäuser, § 75, ob. cit., 2020, numeral 11.

<sup>100</sup> Como infracción administrativa, el hecho mencionado puede ser cometido también por imprudencia según el § 21 (1) 6. Las penas previstas, en general para las contravenciones de esta ley [§ 21 (2)], oscilan entre los 30.000 y 100.000 euros de multa. Para el caso comentado en el texto, rige la multa de hasta 30.000 euros.

*IV.2.iii. Código penal (= StGB)*

Ciertamente, una completa legislación sanitaria como alternativa a la penalización resulta mucho más eficaz (a la vez que respetuosa de la fragmentariedad) para proteger la salud pública y el sistema de salud, que el derecho penal. La segregación obligatoria que se puede mandar a ejecutar forzosamente (orden ejecutoria de la *ISfG*) antes y/o conjuntamente con el pago de multa por la infracción a la orden de aislamiento (contravención administrativa de la *ISfG*) son ya dos escalones antes del derecho penal complementario (delito de la *ISfG*) y tres en relación con el derecho penal nuclear (delitos de lesiones a la salud y homicidio *StGB*). En Alemania la situación se estaría canalizando de esta manera, al existir una regulación sanitaria robustamente completa, que contempla la normativa de prevención de enfermedades contagiosas y peligrosas para los seres humanos, a la vez que un régimen contravencional y disposiciones penales. El régimen contravencional o de infracciones administrativas estaría operando en este momento crítico como una auténtica barrera de contención de la intervención penal y en donde, en principio, la aplicación del derecho penal no se estaría empleando para las infracciones a la normativa de la pandemia sino que se lo estaría empleando para los casos más graves, esto es, para los casos de contagios e infecciones concretas, dolosas o imprudentes, que pudieran terminar produciendo delitos de lesiones (o daños a la salud) o de homicidio (con o sin concurso del delito de propagación<sup>101</sup>). La transmisión o contagio de la enfermedad del coronavirus cae dentro de las posibles conductas típicas de los delitos contra la integridad física (§§ 223-231 *StGB*) y la vida de las personas (§§ 211 y 222 *StGB*), esto es, una infección de una persona a otra persona del SARS-CoV-2 puede conllevar responsabilidad penal por daño corporal y, en caso extremo, por homicidio (un simple estornudo sin protección en frente de otras

<sup>101</sup> La doctrina ha señalado que, si un acto produce el delito del § 74 *ISfG*, a la vez que un delito de lesión o de muerte del *StGB*, concurre una unidad de acto (*Tateinheit*) según el § 52 del *StGB* y, al tener las normas diferentes ámbitos de protección, ningún acto queda en segundo plano frente al otro. Así, Neuhöfer/Kindhäuser, ob. cit., 2020, numeral 41.

personas por parte de una persona que sabe que porta el virus<sup>102</sup>). Sin embargo, mucho depende de las circunstancias particulares del caso porque, al respecto, no es menos importante el comportamiento de la víctima (que, como infracción a los deberes de autocuidado, autopuesta en peligro o consentimiento del § 228 StGB ya no tendrían el mismo alcance que antes<sup>103</sup>), los casos de error del autor del contagio (§§ 16 y 17 StGB) y el de los conocimientos especiales del sujeto activo en relación con la constitución anómala de la víctima<sup>104</sup> (= población de riesgo: mayores de 60 años y personas con dolencias previas), así como los serios problemas que presenta la determinación de la causalidad y del dolo del autor<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Fischer, cit. *ut supra*, 2020; Cerny/Makepeace, ob. cit., 2020, pp. 148 y ss.; Deutscher, ob. cit., 2020, pp. 6 y siguientes.

<sup>103</sup> En los términos del principio del *alterum salvare*, podría asumirse el planteamiento de Bardavío Antón, ob. cit., 2020, p. 13, no sin antes aclarar que este autor no lo hace desde el fundamento que aquí se invoca. Para Bardavío Antón, en los tiempos de Covid-19, “la responsabilidad penal de los ciudadanos en la organización se ha ampliado notablemente por *mor* de la variación del entorno propiciado por el Covid-19. Los ciudadanos han de manejar su libertad ahora con mayor cuidado, es decir, se ha restringido en parte el *derecho* de autopuesta en peligro y de autolesión a favor de los demás ciudadanos en no sufrir riesgos, y esto precisamente deviene de una menor tolerancia al riesgo”. En este sentido, aquí se aclara que, así como el bien jurídico salud pública se encuentra al servicio de la salud individual, también esta, como ha quedado demostrado, se halla a merced de la primera (lo que comporta una considerable restricción de la voluntad del sujeto pasivo de autocolocarse en peligro o de consentir la lesión o daño a su salud; manifestación de una renuncia –algo impuesta– de un aspecto de su esfera de organización personal a favor de terceros).

<sup>104</sup> Para Wolter, Jürgen, “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en Wolter, Jürgen/Freund, Georg (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Benlloch Petit (trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 31-89, 49, con nota al pie 44, los casos de conocimientos especiales del autor sobre riesgos especiales, elimina el carácter socialmente adecuado de la conducta y la convierte en típica (como el caso del conocimiento especial del autor acerca de la enfermedad cardíaca de la víctima, de la que puede derivarse un riesgo para la vida). Cita extraída de Varela, ob. cit., 2016, p. 512, nota al pie 1557.

<sup>105</sup> Weißberger, ob. cit., 2020, p. 180. También, menciona los problemas de causalidad e imputación, Fischer, cit. *ut supra*, 2020.

Es muy probable, que si se comienzan a imputar contagios de coronavirus como lesiones a la salud (incluso homicidios en caso de muerte), comiencen a desempolvarse muchas de las teorías que se desarrollaron en la doctrina y jurisprudencia alemana (y española) durante la epidemia del H.I.V. en la década de los ochenta y noventa del siglo pasado<sup>106</sup>. Teorías relativas al curso causal, al deber de informar de la persona infectada, la autopuesta en peligro consentida del sujeto pasivo, los supuestos de creencia errónea sobre la entidad del riesgo (minimización, indiferencia o desprecio), entre otros, conforman el rico inventario de problemáticas que se presentaron en los delitos contra la salud pública y los delitos contra bienes jurídicos individuales, como las lesiones y el homicidio. En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán ha señalado en materia de infecciones típicas, que las infecciones cotidianas y comunes forman parte del riesgo permitido (adecuación social de la conducta), tales como los resfriados, que por encontrarse en el aire y no comportar un riesgo significativo para la salud de la población no tienen suficiente relevancia jurídico-penal. Además, para protegerse de estos virus que circulan en el aire y se transmiten fácilmente por medio de gotitas, la única alternativa sería cerrar completamente la vida social, es decir, que para proteger a la población de un contagio masivo habría que renunciar a nuestra libertad<sup>107</sup>. Y es, curiosamente, lo que está

<sup>106</sup> Similar, Weißenberger, ob. cit., 2020, p. 180; Fischer, cit. *ut supra*, 2020. La literatura que se ha generado en torno al tratamiento jurídico-penal del SIDA es extensa. Solo por mencionar alguna obra de referencia en Alemania, consúltese, *AIDS und Strafrecht*, editado por Szwarc, Andrzej (Duncker & Humblot, Berlin, 1996), con contribuciones de Schünemann, Bernd, Herzberg, Rolf Dietrich, Höpfel, Frank, Meurer, Dieter, Buchala, Kazimierz, Koch, Hans-Georg, Nestler, Cornelius, Geppert, Klaus, Bortke, Wilfried. En España, se puede consultar el libro *Problemas jurídico penales del SIDA*, editado por Mir Puig, Santiago (JM Bosch, Barcelona, 1993), con contribuciones de Luzón Peña, Diego-Manuel, Schünemann, Bernd, Silva Sánchez, Jesús-María, Herzberg, Rolf Dietrich y Burgstaller, Manfred. Sobre la crisis del ébola en el año 2014, véase Rodríguez Ferrández, Samuel, "Responsabilidad penal y contagio de ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 16, 2014, pp. 1-32.

<sup>107</sup> Sin embargo, en el supuesto de infecciones de enfermedades como el HIV no puede decirse lo mismo. El contacto sexual sin protección de una persona infectada

sucedido con el coronavirus: por ahora, la sociedad solo puede protegerse si se paraliza en gran medida la vida social. Pero, está claro, que con el tiempo se advertirá que las consecuencias lesivas de las enfermedades virales para la salud individual no pueden justificar restricciones tan amplias a la libertad individual por mucho más tiempo, al menos en un modelo de Estado, como el que tenemos, que entre otros cometidos está orientado a salvaguardar la libertad y posibilitar la coexistencia social pacífica; máxime cuando según el conocimiento actual, el cuadro clínico del coronavirus no difiere esencialmente de otros virus circulantes<sup>108/109</sup>. Por lo tanto, es razonable suponer que en un futuro no muy lejano se tolerarán los riesgos individuales para la salud y la vida derivados del Covid-19, como lo es en relación con muchas otras enfermedades víricas pululantes<sup>110</sup>.

Finalmente, también en tiempos de pandemia puede recurrirse, de darse los presupuestos objetivos, al delito de resistencia a los agentes del orden del § 113 *StGB*, que prevé una pena de prisión de hasta tres años o multa.

---

representa un alto riesgo para la salud y la vida de la pareja del acto. La jurisprudencia mencionada es la del conocido caso del SIDA o *HIV-Fall* del *BGHSt* 36, 1, 1988. En todo caso, como lo sostiene Deutscher, ob. cit., 2020, pp. 7-8, el grado de peligro del Covid-19 se encuentra entre el virus del HIV y los simples resfriados, de forma tal que para que la conducta de la persona infectada quede dentro del umbral de lo permitido, la misma debe blindarse adecuadamente para reducir significativamente el riesgo de contagio, comportándose de acuerdo con las normas previstas. Si, a pesar de ello, la infección se produce, la persona infectada no responde penalmente por cuanto se trataría de un riesgo general de la vida.

<sup>108</sup> De esta idea, Cerny/Makepeace, ob. cit., 2020, pp. 149-150.

<sup>109</sup> En la alocución del 21 de agosto de 2020, el Director General de la O.M.S. señaló que si bien es cierto, que muchos países apelaron a los confinamientos para neutralizar la transmisión del virus y aliviar así la presión sobre el sistema de salud, no obstante, esta medida tan extrema no es una solución a largo plazo para ningún país; “todos debemos aprender a controlar y manejar este virus con los medios de los que disponemos ahora y hacer los ajustes necesarios en nuestra vida diaria para protegernos a nosotros mismos y a los demás”. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---21-august-2020> (consulta: 09/09/2020).

<sup>110</sup> De esta idea, Cerny/Makepeace, ob. cit., 2020, pp. 149-150.



## V. Algunas semejanzas y diferencias entre la regulación argentina y la alemana sobre el delito de propagación

Los bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física y la salud se encuentran tutelados contra cualquier virus o amenaza; no importa qué infección los afecte. También, la salud pública se encuentra protegida contra enfermedades peligrosas y contagiosas, solo que el alcance de la protección por el derecho penal presenta algunas diferencias.

En Argentina como en Alemania, cualquier persona, que sabe que se encuentra enferma de Covid-19 o que tiene indicios objetivos suficientes como para sospechar de que está infectada con el virus<sup>111</sup> tiene el deber del comportamiento genérico de abstenerse de entrar en contacto o mantener contacto estrecho con terceras personas y con ello evitar la propagación de la enfermedad. La forma dolosa de propagación contempla un amplio abanico subjetivo, que puede ir desde el dolo directo de primer grado, pasando por el dolo directo de consecuencias necesarias

<sup>111</sup> Para el caso de los llamados eliminadores, portadores sanos, transmisores silenciosos o asintomáticos, el riesgo permitido varía. Estas personas, que pueden tener el virus, pero no haber desarrollado la enfermedad en su sistema, carecen del conocimiento del riesgo de propagación respecto de una enfermedad en ellas *subjetivamente* inexistente. En estos casos, se dice que el virus está o pasó por el cuerpo de la persona, pero no hay ni hubo signos clínicos evidentes de su presencia (esto es, síntomas) así, como mucho menos, daños o lesiones a su salud. Más difícil se plantea la representación del riesgo, en aquellas personas que tienen síntomas muy leves (o levísimos), prácticamente imperceptibles, o que son fácilmente confundibles con un simple resfriado, teniendo en cuenta que dada la excesiva información de advertencia de dar aviso a la autoridad sanitaria ante el mínimo síntoma, es poco probable que la misma no haya sospechado de portar el virus. En cualquier caso, al tener en cuenta la intensificación del principio del *alterum salvere* en situaciones de emergencia y dada la elevada cognoscibilidad de la entidad del Covid-19 (dañosidad y fácil transmisibilidad), la situación sanitaria actual nos exige un acentuamiento de los deberes de atención y vigilancia, advertencia y precaución, donde la cognoscibilidad o conocimiento potencial (aquello capaz de ser adquirido), opera como el fundamento de estos deberes. Sobre el conocimiento potencial como insuficiente para la imputación ordinaria del dolo, pero suficiente para la imprudencia y para los supuestos de imputación extraordinaria del dolo (infracción a deberes cualificados de conocer), véase Varela, ob. cit., 2016, pp. 309 y ss. (con notas al pie), pp. 654 y ss., *passim*.

hasta alcanzar el dolo eventual. Esto significa que (1) el sujeto conocía en grado de certeza o incerteza acerca de su estado de salud en relación con la enfermedad contagiosa, en los términos de los conocimientos sociales objetivos. Los indicadores que pueden conformar el dolo del autor son los propios síntomas, el contacto estrecho con alguna persona infectada, el haber estado en algún país o lugar de riesgo elevado, la indicación del médico acerca de encontrarse infectado<sup>112</sup>, entre otros posibles indicios; o, (2) solo para Alemania, que conocía el patógeno que manipulaba en los términos de los conocimientos científicos estandarizados para las personas con roles especiales.

Para la observancia de abstención de relacionarse directamente con otras personas, la persona enferma debe orientarse por las medidas de prevención que la autoridad competente de forma general o particular (como el médico) haya indicado. Por ejemplo: observar la cuarentena en el hospital o institución de salud al que haya sido derivada, o en la residencia domiciliaria para los casos menos graves, incluidos los supuestos de autoaislamiento cuando la persona advierte seriamente que podría encontrarse infectada, y debe dar aviso de inmediato a la autoridad sanitaria, así como evitar estornudar sin tomar los recaudos pertinentes (hacerlo en el pliego del codo, manteniendo la distancia mínima, etcétera). Otros supuestos de propagación, pero indirecta, podrían presentarse en las personas que cumplen un rol de garante en relación con la persona infectada. Tal es el caso de los progenitores o tutores de los menores de edad a su cargo, evitando exponer a los mismos al contacto con otras personas, así como el médico que no aísla al enfermo diagnosticado del virus o el empleador que no observa las medidas de prevención laboral respecto de empleados infectados.

<sup>112</sup> Las medidas de cuidado habrían también de extremarse en aquellos supuestos de los superpropagadores (que lo supieran), que son las personas infectadas que pueden transmitir el virus a muchas más personas que lo que habitualmente puede hacer un propagador estándar. Algunos estudios revelan que los niños y los adultos jóvenes tienen más probabilidades de ser superpropagadores, que los adultos ancianos, lo que plantea un problema en relación con la imputabilidad y las posiciones de garante de los progenitores y tutores.

Al margen de esta plataforma común entre la regulación argentina y alemana, existe una diferencia sustancial que hay que destacar. La propagación en la regulación argentina es un tipo penal abierto, movable, que queda pendiente de la normativa sanitaria vigente al momento de los hechos. Esto es, el delito precisa para su determinación completarse, en el caso de que existieren, con la reglamentación relativa a la prevención de la enfermedad que se trate. Para saber si el autor de la propagación ha realizado el comportamiento de forma dolosa (o imprudente) hay que apelar al contexto típico de la enfermedad. Así, no será lo mismo propagar cualquier otra enfermedad que el coronavirus, teniendo en cuenta que para este último existen una serie de medidas de prevención de carácter obligatorio dictadas por la autoridad competente para su prevención: aislamiento, distanciamiento, lavado de manos, empleo de mascarilla, etcétera. Dado que el umbral mínimo del riesgo penalmente relevante en el coronavirus se encuentra bastante bien delimitado, en comparación con otras enfermedades, el tipo penal de la propagación, el covidelito, asume una taxatividad indirecta que redundará en beneficio de la libertad real del ciudadano. Paradójicamente, aunque parezca riguroso, el covidelito posee mayor certeza de lo que está prohibido y de lo que no, que otras enfermedades virósicas. Por su parte, en Alemania, el tipo penal de la propagación es taxativo y cerrado. Podría decirse que es fijo y estático, al contemplar las infracciones administrativas que hay que cometer para dar lugar a la propagación típica; infracciones, que como hemos visto, son las previstas en la *IfSG*. En todo caso, el contenido de estas infracciones: violación de la cuarentena o de la prohibición de reunirse, de salir o de concurrir a determinados lugares o de trabajar por parte de quien se encuentre enfermo, coinciden con el campo de alcance de la normativa argentina.

Otra diferencia entre las regulaciones estudiadas es que la propagación imprudente no se castiga penalmente en Alemania (es atípica), pero sí en Argentina. Ello no es tema menor, al tener en cuenta la eterna deliberación sobre el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente y su posible repercusión en el momento de la individualización de la pena. De hecho, el tipo penal doloso de la propagación en Argentina

contempla un marco penal extenso que va de los 3 años a los 15 años de prisión, y deja la pena de 6 meses a 5 años de prisión para los supuestos de imprudencia agravada (por el resultado de enfermedad o muerte), lo que revela que entre el tipo doloso y el imprudente se produce una zona de intersección punitiva entre los 3 y 5 años, que habría de resolver a favor de la imprudencia y, comenzar, para evitar problemas de proporcionalidad, la aplicación del dolo (eventual) del tipo doloso desde los 5 años hasta los 15 años de prisión. Para cerrar, una curiosidad más. La propagación dolosa en Alemania se castiga con una pena casi idéntica a la propagación imprudente agravada del régimen argentino: se castiga con un marco que va hasta los 5 años de prisión.

## VI. Reflexión final

En cierta medida, estamos mal acostumbrados al hecho de que en cuanto surge algún rumor de que algo anda mal, nos comenzamos a preguntar quién es el culpable o a quién vamos a culpar por ello. Esa necesidad imperiosa de asignar culpas y responsabilidades solo tiene como aliado perfecto la falsa creencia de que el derecho penal lo podría resolver todo. Esa excesiva confianza no conoce límites, incluso si la lógica de la vida cotidiana dice todo lo contrario. La experiencia lo ha demostrado una y otra vez, que los mecanismos normativos no funcionan y no son eficientes sin mecanismos cognitivos, pero, en todo caso, la facción más primitiva de la sociedad buscaría la culpa y la responsabilidad, así como la salvación, a través del castigo<sup>113</sup>.

Aun en situaciones de emergencia, como la pandemia actual, los Estados no tendrían por qué depender necesariamente del derecho penal; no tendrían por qué minimizar el impacto del virus por medio del derecho penal. Si esto sucediera, sospechosamente, sería porque carecen de un sistema sanitario con el cual atajar y paliar la emergencia, lo que habla de una cierta (ir) responsabilidad en la causa. En la medida en que esto sea

<sup>113</sup> Una idea similar en el jurista y ex magistrado del Tribunal Federal de Justicia alemán en su columna del periódico *Spiegel*, Fischer, cit. *ut supra*, 2020.

así, estos Estados serían los que menos legitimación tendrían para apelar tan velozmente al derecho penal; y, de hacerlo, deberían contemplar políticas de imputación y de sanción más flexibles por equilibradas.

Por ello, aunque las posibilidades de contribución del derecho penal a la prevención de la propagación del coronavirus son bastantes limitadas, como con cualquier hecho delictivo, no obstante, con esta breve exposición ha quedado demostrado lo fácil que es que el derecho penal pueda alcanzarnos, incluso, por medio de la infracción a las medidas administrativas de prevención.

Asimismo, lo que también ha quedado en claro es que el bien jurídico en juego, la salud pública, está en manos de todos. Como siempre, la referencia a las consecuencias penales debería ser el último recurso, incluso en tiempos de pandemia, pero, más allá de la política sanitaria y de la política criminal del Estado, la *última ratio* del derecho penal depende también, y en gran parte, de la responsabilidad individual de cada uno de nosotros: la contención empieza por uno mismo, de forma tal que, si el virus se mata con agua y jabón ¿por qué recurrir al derecho penal?<sup>114</sup>

<sup>114</sup> Compréndase que esta frase final está dirigida exclusivamente a la aplicación extraordinaria del derecho penal, como *ultima ratio*, y para nada direccionada a quienes por infortunio puedan o pudieron, directa o indirectamente, verse afectados por el virus.



# DELITOS RELACIONADOS CON LA PANDEMIA

Por Gustavo L. Vitale<sup>1</sup>

## I. Introducción

Siempre desde la óptica del principio de *mínima intervención penal*, es importante destacar, desde un comienzo, que nuestro Estado de Derecho tiene el deber de cumplir *con sus políticas públicas* de salud, al adoptar las medidas necesarias para evitar que se propague una epidemia que ya ingresó al país (o para procurar que se introduzcan más casos).

Al abordar los problemas propios de la pandemia, hay que distinguir dos ámbitos bien diferenciados:

1) *el de las políticas públicas de prevención en materia de salud y, concretamente, de salud pública*, que requiere una intervención *importante* del Estado para prevenir la expansión de una epidemia y evitar enfermedades y muertes de seres humanos; y

2) *el de la política criminal*, en cuyo ámbito, al contrario, se podrá castigar, solo *como último recurso*, a los que propagan la epidemia, de acuerdo con las leyes penales emanadas del órgano legislativo del Estado nacional, que es quien cumple con la función de crear delitos y penas. Esta intervención *punitiva* del Estado, lejos de prevenir el fenómeno, tiene lugar luego de producidas las afectaciones a la salud de la población y, en muchos casos, reproduce el fenómeno lesivo (fundamentalmente a través del uso del encierro carcelario).

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

## II. Delitos directamente vinculados con la pandemia

Los delitos directamente relacionados con la pandemia a los que me voy a referir son, básicamente: 1) la propagación *dolosa* de una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas (artículo 202, C.P.); 2) la creación *culposa* de un peligro de propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas (artículo 203, C.P.) y la violación *dolosa* de las medidas impuestas por las autoridades para impedir la introducción o propagación de una epidemia (artículo 205, C.P.).

### 1. Delito de propagación dolosa de una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas: el artículo 202 del Código Penal

Artículo 202, C.P.: “Será reprimido con *reclusión o prisión de tres a quince años*, el que *propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas*”.

De los delitos que aquí comentamos, este es el más grave y ello se manifiesta ya desde el momento en que tiene prevista la pena más severa de 3 a 15 años de encarcelamiento.

Acerca de la interpretación de este delito, existen tres posiciones (una más restrictiva de la punibilidad, una intermedia y una más extensiva de la punibilidad).

#### 1.1 Tesis más restrictiva de la punibilidad: delito de lesión que produce múltiples enfermedades

La primera posición parte de una interpretación restrictiva de la letra de la ley, además, de una interpretación sistemática.

Para esta postura, la *propagación* dolosa o intencional de una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas es la *transmisión de ellas a una pluralidad de personas*.

Para el Diccionario de la Lengua Española, “propagar” significa “multiplicar por generación u otra vía de reproducción”, “hacer que algo se



extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce” o bien “extender, dilatar o aumentar algo”<sup>2</sup>.

La conducta típica es la de *transmitir, extender, dispersar* o *multiplicar* determinada enfermedad. *Multiplicar* no es lo mismo que *sumar* una sola enfermedad. En otros términos, se prohíbe la acción de *reproducir* esa enfermedad en la población (no en una sola persona, sino en un grupo de ellas).

Como ha dicho Rodolfo Moreno, el artículo 202 “exige: 1° Que se propague una enfermedad; y 2° Que esta sea peligrosa y contagiosa. El individuo que tiene una enfermedad... la transmite...”<sup>3</sup>.

La conducta típica, entonces, ya desde el punto de vista de una interpretación literal, necesita la *transmisión* de una enfermedad del autor a otros seres humanos. El delito es más grave que un solo contagio.

Al decir de Carlos Creus, “se trata de un delito de daño que reclama la aparición de la enfermedad en una pluralidad de personas”<sup>4</sup>; “... parece válido sostener que lo que el tipo prohíbe es la propagación de la enfermedad (es decir, la multiplicidad de afectados con posibilidad de que otras personas lo sean) y no la creación del peligro de propagación. Propaga, por tanto, el que logra que una pluralidad de personas se vea afectada por la enfermedad que puede seguir difundiéndose a otras, cualquiera que sea el procedimiento adoptado para conseguirlo, y que puede ser el contagio (transmisión directa o indirecta de la enfermedad que padece el propio agente u otra persona a terceros) o la difusión artificial de los gérmenes (p. ej., cometiendo alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores)”<sup>5</sup>.

En el mismo sentido se expresó Carlos Fontán Balestra, al sostener que “propagar significa multiplicar, extender. De modo que el simple contagio individual no configura este delito, sino la producción de hechos

<sup>2</sup> Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, 2019.

<sup>3</sup> Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, t. V, H. A., Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 401.

<sup>4</sup> Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 77.

<sup>5</sup> Ídem nota anterior, pp. 74 a 75.

múltiples (Gómez). Tal como la figura ha sido trazada, el hecho se consuma al producirse el daño. En efecto, la ley no se refiere al que cree el peligro de propagación de una enfermedad, sino al que la propague. En cambio, la circunstancia de tratarse de una infracción contra la seguridad pública permite excluir el simple contagio sin propagación”<sup>6</sup>.

Si le añadimos una interpretación sistemática, que tome en cuenta el resto del derecho, podemos distinguir este caso de aumento *generalizado* de la enfermedad con el caso del *único* contagio previsto en la ley 12.331 de profilaxis de enfermedades venéreas (publicada en el B.O. el 11 de enero de 1937). En esa ley se penaliza a “quien, sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona”. Aquí, a diferencia de la propagación del artículo 202, se reprime el contagio doloso de una enfermedad venérea a una única persona y así lo consigna expresamente el texto legal (que dice: “a otra persona”). En otros términos, el artículo 202 del C.P., en lugar del contagio a una persona, contempla la conducta de “propagar” la enfermedad, lo que indica una extensión mayor a un solo contagio (si fuera de otro modo, el artículo 202 hubiera descripto la conducta de “transmitir o extender la enfermedad a otra persona”, como sucedió con la citada ley 12.331. Y, sin embargo, no lo hizo).

Para esta tesis más restrictiva de la punibilidad, es este un *delito de lesión* y no de mero peligro, pues requiere, como elemento del tipo, la efectiva producción de varias enfermedades, como producto de la conducta típica.

Por ser un delito de lesión, es posible la tentativa de propagación (artículos 202 y 42, C.P.).

Los elementos *objetivos* del tipo son 1) la conducta de propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa; 2) el resultado enfermedad de un grupo de personas; y 3) la relación de causalidad entre esa conducta y ese resultado (eventualmente complementada con criterios de dominabilidad o de imputación objetiva).

<sup>6</sup> Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Actualizado por Guillermo A. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 729 a 730.

Como elemento *subjetivo*, este tipo penal requiere un obrar con *dolo*, por lo cual el autor debe *conocer* que, con su acción de propagar, *extiende* una enfermedad peligrosa y contagiosa a una pluralidad de personas (no basta con conocer la posibilidad de extenderla) y debe actuar con la voluntad *deliberada* de producir ese resultado.

### 1.2. Tesis intermedia: delito de lesión que produce una sola enfermedad

A pesar de ello, hay quienes sostienen que, *para la tipicidad, basta que*, como consecuencia de la conducta del autor, *se contagie a una sola persona* (como es el caso de Sebastián Soler).

La obra de Soler expresa que este delito es “una de esas figuras de peligro construidas sobre la base de un daño. No se comprende, en efecto, cómo ha de considerarse consumado *este* delito mientras no se haya enfermado alguien”<sup>7</sup>. Es decir, para Soler este delito requiere la creación de un *peligro* a la salud de terceras personas (un peligro de contagio general) y, además, un *daño* consistente en el contagio efectivo de, al menos, una persona.

Para la tesis de Soler, la conducta sería típica del artículo 202 en el *caso* de un enfermo de coronavirus, que, sin tomar precauciones, concurre a una fiesta y toma contacto físico con otras personas, sabiendo que podría contagiar a muchos con los que conversa a poca distancia, comparte copas, se abraza o baila juntos (con lo que genera peligro de contagio) y, además de ello, logra besar a alguien en los labios con el propósito de contagiarle la enfermedad y efectivamente la contagia (lo que produce una lesión a la salud ajena).

Aunque no la suscriba, la de Soler constituye una tesis razonable, pues reconoce que se trata de un delito de *lesión* y no de mero peligro, que, como tal, requiere la afectación real y efectiva de la salud de otra persona (representada por el efectivo contagio de la enfermedad por parte de *un* tercero).

<sup>7</sup> Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1992, p. 660.

Al mismo tiempo, a pesar de que el verbo propagar importa una *multiplicación* y que esta última me parece incompatible con la *suma de un solo caso*, no me parece arbitrario sostener que la producción de una sola enfermedad es, al menos, una forma de *transmitir* la enfermedad y, por ello, una manera de *extender* o *aumentar* el fenómeno lesivo (y estas últimas son también acepciones del verbo “propagar”).

La tesis de Soler enfrenta a las tesis punitivistas que propugnan la aplicación de una grave pena carcelaria, de hasta 15 años de prisión, por la sola creación de un *peligro* de expansión de la enfermedad. Por ello, se emparenta más con la primera que con la posición que pasaremos a tratar.

### 1.3. Tesis más extensiva de la punibilidad: delito de peligro

No obstante la claridad del texto legal y de la citada interpretación sistemática, hay quienes entienden que *ni siquiera hace falta que otro contraiga la enfermedad, bastando con la simple creación de un peligro de contagio*.

Es el caso de Ricardo C. Núñez, para quien este delito “crea el peligro de que la enfermedad se disemine. No es necesario que una o varias personas se enfermen (...) Es un delito (...) de peligro abstracto”<sup>8</sup>. Como se dijo, si fuera un mero delito de peligro (que no lo es) debe interpretársele siempre como de peligro concreto, pues en caso contrario sería directamente inconstitucional, pues no hay delito sin que se pruebe, en el juicio previo, un daño o un peligro a un bien jurídico ajeno al autor.

Edgardo A. Donna también sostiene que se trata de un delito de peligro y no de lesión, aunque, al menos, de peligro concreto. Expresa que “se trata de un delito de conducta peligrosa concreta, en el sentido de que, si bien no es necesario que alguna persona se contagie, sí lo es que se propague la enfermedad como tal, con riesgo para la generalidad de las personas”<sup>9</sup>. Se trataría, para este autor, de un delito de peligro, que se perfecciona

<sup>8</sup> Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, F M, Centro de Estudios de Derecho, Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 316.

<sup>9</sup> Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo II-C, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 226.

con la creación de una situación de riesgo de contagio de la enfermedad a terceras personas, sin necesidad de que efectivamente se propague la enfermedad.

Para esta tesis, entonces, basta con *propagar el peligro*, sin que haga falta *propagar la enfermedad*. Claro que esta explicación deja de lado el texto legal, que, al contrario de lo que postulan, penaliza al que “propagare una enfermedad”).

Germán C. Garavano y Luis Arnaudo han pretendido fundar esta tesis en “las agravantes del artículo 201 bis (texto según ley 26.524)”, que, en verdad, se refiere a circunstancias agravantes del delito de envenenamiento del artículo 200 del Código Penal y no tienen nada que ver con el alcance del artículo 202 (que es el que aquí tratamos)<sup>10</sup>. En todo caso, si algo tuviera que ver el artículo 201 bis, sería solo para mostrarnos la similitud de las penas de dos delitos de lesión que producen lesiones gravísimas (el 201 bis) y enfermedades (el 202), a diferencia de lo que ocurriría si se interpreta el artículo 202, como ellos, como un mero delito de peligro. Repárese que, tanto el artículo 201 bis agravado por lesiones gravísimas como el artículo 202 que produce enfermedades, se sancionan con pena carcelaria de 3 a 15 años. Los autores citados también han invocado “una interpretación teleológica de la norma, atendiendo al bien jurídico...”<sup>11</sup>, sin explicar la razón por la cual el bien jurídico en juego conduciría a la caracterización del delito de propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas como un delito de peligro y no de lesión. Por ser un delito de lesión podría pensarse que tiene prevista en la ley una pena mayor a la establecida para los delitos de peligro que también se describen (como es el caso de los artículos 200 y 201). Por otra parte, no puede pedírsele demasiada coherencia a nuestro Código Penal, demasiado maltrecho luego de tantas reformas parciales (y, en su gran mayoría, oportunistas y demagógicas).

<sup>10</sup> Garavano, Germán C. y Arnaudo, Luis, “Artículo 202. Propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa”, en Baigún, David y E. Raúl Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 9, Artículos 200/236, Parte Especial, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 149.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Otro argumento que lleva a los mismos autores a interpretar el delito del artículo 202 como un delito de peligro (y no de lesión) es, según ellos, que la caracterización como delito de daño considera que el delito consiste en “propagar enfermos” y no, como dice el texto legal, propagar la enfermedad. Entienden que los enfermos “no se propagan” (en el sentido de extenderse o ampliarse), sino que, “en todo caso, pueden multiplicarse (una de las formas en las que una propagación puede producirse)”<sup>12</sup>. Si propagación significa *multiplicación*, no se entiende por qué se sostiene que los enfermos no se propagan, pero sí se multiplican. Igualmente, no advierto la consecuencia de tal manifestación, pues la ley describe el delito como la propagación de enfermedades y, como tal, consiste en la multiplicación o reproducción de ellas (es decir, en el contagio a otras personas –o en la transmisión de un virus a otras personas que les hace contraer la enfermedad–). Pero si otros seres humanos no contraen la enfermedad no puede decirse que ella se haya propagado.

Por último, Germán C. Garavano y Luis Arnaudo consideran que el delito del artículo 202 es de peligro (y no de lesión) porque su forma culposa (sancionada con multa en el artículo 203) agrava su pena si se produce como resultado la enfermedad o muerte de alguna persona, “de modo que queda claro que se puede propagar culposamente sin enfermar a nadie”. El argumento no es correcto, aunque pretende sostener la igualdad entre los elementos objetivos del hecho típico doloso del artículo 202 y del hecho típico culposo del artículo 203, a fin de respetar una parte del texto del artículo 203 en cuanto se refiere a “los hechos previstos en los artículos anteriores”. Es decir, los citados autores pretenden defender la idea de que el hecho previsto en el artículo 202 es el mismo que el previsto en el 203 porque la ley dice en el artículo 203 que penaliza la realización culposa *del hecho previsto en el artículo 202*. En verdad, esa *identidad fáctica* entre el presupuesto del artículo 202 y del 203 nunca van a poder fundarla adecuadamente, porque no se lo permiten los mismos textos de los artículos 202 y 203. Me remito, al respecto, a lo tratado, acerca del artículo 202, en el apartado “1.a. Tesis más restrictiva

<sup>12</sup> Ídem, p. 150.

de la punibilidad” y, en relación con el artículo 203, en el apartado a.2. De todas maneras, al abreviar las razones de mi posición, entiendo que a) la conducta prohibida en el artículo 202 es la de propagar, dolosamente, enfermedades peligrosas y contagiosas, lo cual exige la real y efectiva transmisión de enfermedades a terceras personas; b) propagar enfermedades no es lo mismo que propagar el peligro de enfermar, por lo cual el artículo 202 describe un delito *de lesión* y no meramente de peligro; c) al prohibir el artículo 202 la *transmisión efectiva* de enfermedades a terceros, y no el mero peligro de traspasarlas, el hecho allí previsto nunca puede ser el mismo que el contenido en el tipo culposo del artículo 203, porque este último, en su primera parte, constituye un delito *de peligro* y no de lesión, que se consume con la culposa creación de un *peligro* de transmisión de enfermedades peligrosas y contagiosas a terceros. Esto último surge de la segunda parte del mismo artículo 203, que agrava la pena cuando la conducta culposa (de peligro) ocasiona a su vez la enfermedad o muerte de un tercero; d) entonces, el texto del artículo 203 debe ser interpretado tomando en cuenta conjuntamente sus dos partes: la primera en la que describe un delito de peligro y la segunda en la que describe un delito de lesión; e) pero lo último surge del texto del artículo 203, que, por ello, aunque diga lo contrario (aunque diga que se trata del hecho previsto en el artículo anterior), *nunca puede tratarse del mismo hecho* porque uno (202) requiere lesión y el otro (primera parte del 203) peligro. Esto último porque el mismo texto del 203 se agrava por el resultado enfermedad y esa circunstancia *agravante* no está prevista en el artículo anterior (en el 202), que nunca podría *agravarse* por el resultado enfermedad porque la producción de enfermedades es un elemento del tipo del 202; f) no puede interpretarse el artículo 202 como una consecuencia de la interpretación de otro tipo (del 203), sin explicar el alcance del verbo típico del 202.

Estas últimas posiciones no las comparto, aunque la última la entiendo demasiado contraria a derecho, además de habilitante de una pena desproporcionada (de hasta 15 años de prisión) en relación con un hecho peligroso para la salud pública, que no causa daño a nadie.

Una de ellas (la que se contenta con un solo contagio) desconoce la interpretación literal y sistemática, al violentar el principio de legalidad.

Pero, reitero, no deja de ser razonable, porque exige la lesión a la salud pública, representada por la producción de una enfermedad, como producto del peligro propio de la conducta típica.

La otra (que ni siquiera exige un contagio) aparece como manifiestamente arbitraria, al desconocer palmariamente el principio de legalidad penal, según el cual el delito debe estar descrito con precisión en la ley penal anterior (artículo 18, C.N.). Es que tal posición no respeta el verbo típico y ni siquiera su interpretación literal, la cual nunca puede ser ampliado por método alguno de interpretación (y menos aún por invocadas razones de justicia contrarias a las que se desprenden del tenor literal de la ley). Esa otra tesis, entonces, desconoce la expresa exigencia legal de la conducta de “propagar una enfermedad”, que no se contenta con la mera “propagación del peligro” (o sea, con la simple creación del peligro de expandirla). Como se dijo, no es posible propagar una enfermedad sin multiplicarla y no es posible multiplicarla sin transmitirla efectivamente a otros. Además, la pena carcelaria de hasta 15 años de prisión (como se adelantó) no resulta adecuada ni proporcional a la gravedad del ilícito.

#### 1.4. Delito de lesión

En otro orden de cosas, no me resulta correcto sostener que se trata de un “delito de pura actividad” (como dice, por ejemplo, Jorge Buompadre)<sup>13</sup>. En verdad, no es admisible delito alguno de “pura actividad”, pues, además de la actividad o conducta descrita en la ley, la tipicidad exige siempre la comprobación de alguna forma de *lesividad*, de acuerdo con lo cual los delitos se clasifican en *delitos de peligro concreto* o *delitos de lesión* (no hay delito ni pena sin alguna forma de perjuicio para terceros (*cfr.* artículo 19, C.N.)). Por ende, no es legítimo ningún delito que consista en una actividad sin una comprobada lesividad.

En nuestro caso, la circunstancia de requerirse, como resultado, el *efectivo contagio* de otras personas (para que haya “propagación”), hace

<sup>13</sup> Buompadre, Jorge, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 581.



que estemos ante un *delito de lesión*, que no concurre si solo se debiera crear el *peligro* de traspasar una enfermedad peligrosa y contagiosa a otra persona (en cuya hipótesis estaríamos ante un delito de peligro). En el proceso penal hay que acreditarse, por ende, *que esa enfermedad se transmite efectivamente a otros (que se “propague”, como establece el artículo 202, C.P.)*.

Al ser un delito doloso de lesión, admite la reducción de la pena en caso de *tentativa* (artículos 202 y 42, C.P.).

### 1.5. Elementos del tipo

Como elementos del tipo penal, el delito de propagación dolosa de enfermedades peligrosas y contagiosas requiere elementos objetivos y subjetivos.

*Objetivamente*, hace falta comprobar la realización de una conducta (la de “propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa”), la producción de un resultado (que varias personas contraigan esa enfermedad) y una relación de causalidad entre la conducta y el resultado (complementada con criterios de dominabilidad o de imputación objetiva).

*Subjetivamente*, el tipo penal contenido en el artículo 202, C.P., es doloso, por lo cual el autor debe conocer que realmente tiene la enfermedad; que esa enfermedad es peligrosa y contagiosa; que la transmite a terceros (y no basta el mero conocimiento de la *posibilidad* de transmisión a otros)<sup>14</sup>; y, además, debe obrar con la *finalidad* o con la *intención* de traspasar la enfermedad a un grupo de personas.

<sup>14</sup> Si el autor solo conoce la *posibilidad* de contagiar y, pese a ello, actúa, su obrar será *culposo* (*culpa leve* si tiene razones para confiar en su no producción y *culpa grave* o *temeraria* si actúa con indiferencia acerca de la producción del resultado). Para estos casos de actuación *culposa* la pena de prisión de 3 a 15 años, incluso, resultaría desproporcionada. Adviértase que la creación culposa de un peligro de propagación tiene prevista pena de multa y, cuando produce enfermedad o muerte, pena de prisión de 6 meses a 5 años (*cfr.* art. 203, C.P.).

## **2. Delito de creación culposa de un peligro de propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas: el artículo 203 del Código Penal y sus agravantes**

Artículo 203: “Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de pesos cinco mil (\$ 5.000) a pesos cien mil (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de seis (6) meses a cinco (5) años” (artículo sustituido por artículo 4° de la ley 26.524, B.O. 5/11/2009).

Este delito penal culposo da lugar a varias interpretaciones. Me referiré primero a tipo penal contenido en la primera parte del artículo 203 y luego a los tipos agravados del segundo párrafo de la misma disposición legal.

### *2.1. Artículo 203, primera parte*

Pueden distinguirse aquí dos posiciones diferenciadas: los que entienden el tipo penal contenido en el artículo 203, primera parte, como un delito de *peligro* y los que lo consideran un delito de *lesión*.

#### *2.1.a. Tesis que lo considera un delito culposo de peligro*

Para una primera tesis, el tipo penal contenido en el artículo 203, primera parte, del Código Penal es un delito culposo *de peligro*, que, como tal, requiere la creación, por culpa, de una situación peligrosa para la salud pública, sin exigir que se produzca la enfermedad de ninguna persona a causa de dicha conducta peligrosa.

En cambio, los *tipos agravados* (de la *segunda* parte del artículo 203) demandan, además de la creación de ese peligro de propagación, algo más: o la producción efectiva de una *enfermedad* (en uno) o la *muerte* de alguna persona (en otro), como consecuencia de la situación realmente peligrosa creada por el autor.

Para esta manera de interpretar el texto del artículo 203, el *tipo básico* (de la primera parte del 203) es un tipo de *peligro para la salud* de terceros, mientras que los *tipos agravados* (de la segunda parte del 203) son tipos de *lesión para la salud o la vida* de otra persona.

Por supuesto que, como no son constitucionalmente admisibles los mal denominados “delitos de peligro abstracto”, es este un *delito de peligro concreto*, que reclama la creación de un *peligro real y efectivo* de propagación de una enfermedad. Ese real peligro, por ende, debe ser debidamente acreditado en cada proceso penal y no puede nunca ser presumido.

Concuera con esta interpretación la previsión legal de circunstancias agravantes contempladas en la segunda parte del artículo 203, que establece pena de prisión para el caso en que la conducta prevista en la primera parte “tuviera como resultado enfermedad o muerte”. Ello prueba que la conducta prohibida en la primera parte de ese artículo no requiere la producción de enfermedad ni muerte, de ningún tercero ajeno al autor (o, dicho de otra manera, la primera parte de esa disposición legal se aplica solo cuando no se produzca enfermedad o muerte, pues en caso contrario la conducta será típica de alguno de los dos tipos agravados previstos en la segunda parte de la norma). Es evidente que la creación de un riesgo *que produce una enfermedad* no puede agravarse por la *producción de esa misma enfermedad*. O la enfermedad integra el tipo básico o forma parte del tipo agravado, pero no pueden suceder ambas cosas a la vez. En nuestro caso, el resultado enfermedad solo es un elemento objetivo del tipo penal agravado.

Esta opción interpretativa, al mismo tiempo, es compatible con la previsión de *solo una pena de multa* para la creación culposa de ese mero peligro para la salud ajena (que no es lo mismo que el autor, por esa situación de peligro creada, además haya ocasionado una lesión o daño efectivo a terceros: la enfermedad o la muerte de alguna persona). En este último caso se justifica una pena más grave, tal como lo establece el artículo 203.

Si bien me resulta correcta esta conclusión, no concuerdo con los fundamentos esbozados por los autores que la han sostenido. Por lo tanto, voy a hacer mención, primero, a la posición de otros autores (con

cuyo fundamento no coincido) que consideran que los hechos previstos en el artículo 203, primera parte, son *los mismos* que los previstos en el 202, dejando a salvo el distinto elemento subjetivo, para luego explicar la vía argumental que entiendo corresponde defender, según la cual los hechos típicos del artículo 203, primera parte, son *diferentes* de los típicos del 202 (y no solo por ser uno culposo y otro doloso), por lo cual el tipo penal culposo del artículo 203 es independiente del doloso previsto en el artículo 202.

2.1.a.1. Tesis de otros autores: el hecho típico del artículo 203 es el mismo que el del artículo 202

Algunos han interpretado que el *tipo básico* de este delito (contenido en la primera parte del artículo 203) constituye un *delito culposo de peligro*, que, como tal, consiste en la creación, por culpa, de una situación de riesgo de propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa, *como consecuencia de describir la primera parte del artículo 203 el mismo hecho típico comprendido en el artículo 202*. Es decir, para ellos, el hecho descrito en el artículo 202 es un delito de peligro y, por ello, el contenido en la primera parte del artículo 203 también debe serlo.

Esta interpretación la apoyan en el propio texto del artículo 203, en la medida en que penaliza la comisión culposa de “los hechos previstos en los artículos anteriores”, de lo cual deducen que los hechos previstos en los artículos 202 y 203 (o al menos su aspecto objetivo) deben ser idénticos.

Ello es concordante con la previsión de dos circunstancias agravantes contempladas en la segunda parte del artículo 203, C.P., que tienen lugar si la acción peligrosa de la primera parte “*tuviere como resultado enfermedad o muerte*”. Si el tipo *básico* se *agrava* por enfermedad o muerte, ello significa que esos resultados (propios de las agravantes) no lo integran.

Me refiero a autores como Ricardo C. Núñez, Edgardo A. Donna o Germán G. Garavano y Luis Arnaudo, que sostuvieron que el delito de propagación dolosa de enfermedades peligrosas y contagiosas del artículo 202, C.P., es un delito de peligro a la salud pública (que no requiere que

otros contraigan enfermedad alguna). Al haber entendido de ese modo la conducta prohibida por el artículo 202, estos autores no encontraron mayor problema en sostener que la conducta culposa típica de la primera parte del artículo 203 consistía también en un delito de peligro (que no requiere tampoco que otros contraigan enfermedades). Si los hechos son los mismos (por remisión del artículo 203 a los hechos del artículo 202), entonces *tanto la conducta descrita en el artículo 202 como la contenida en el artículo 203 constituyen delitos de mero peligro* para la salud pública.

2.1.a.2. Mi posición: el delito del artículo 203 es distinto e independiente del contenido en el artículo 202

En verdad, creo que esta tesis es correcta en las consecuencias, aunque no en parte de los fundamentos.

Por lo tanto, es cierto que el delito previsto en el artículo 203, primera parte, es un delito culposo de *peligro* para la salud pública, que, como tal, no necesita producir enfermedades a otras personas. Pero, como se adelantó, ello por razones distintas a las antes señaladas.

Es que *los hechos típicos previstos en los artículos 202 y 203, primera parte, son bastante distintos entre sí*. La conducta típica del artículo 202 consiste en la propagación dolosa de enfermedades peligrosas y contagiosas (y ya explicamos, junto a otros autores, que ello necesita *multiplicar las enfermedades en muchas personas*, por lo cual se trata de un tipo penal de *lesión* a la salud ajena). En cambio, la conducta típica del artículo 203, primera parte, consiste en la creación culposa de una situación de *peligro* para la salud pública, que *no requiere que nadie termine enfermo*.

Entiendo, por ende, que, en relación con el tipo penal doloso de propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas (del artículo 202), no puede hablarse aquí *de su correlativo tipo culposo (del artículo 203, primera parte)*, porque los hechos típicos de uno y otro son muy diferentes.

En tal sentido, el tipo penal contenido en la primera parte del artículo 203 es independiente del comprendido en el artículo 202. No se construye la conducta típica del 202 en función del texto del 203 ni viceversa; es decir, tampoco se construye la conducta típica del artículo

203 en función de lo que expresa el artículo 202. Uno es un delito doloso *de lesión* reprimido con una pena gravísima (cárcel de 3 a 15 años) y otro es un delito culposo *de peligro* sancionado con pena de multa. Uno penaliza la propagación de enfermedades y otro la creación de un peligro de propagación de enfermedades.

Adviértase que si la conducta prevista en el artículo 203, primera parte, tuviera que ser la misma prevista en el artículo 202, que es el anterior (como dice el artículo 203: “los hechos previstos en los artículos anteriores”), debería tratarse de una *propagación culposa de enfermedades peligrosas y contagiosas*. Eso significa que la conducta prohibida sería la culposa *multiplicación* de esas enfermedades, de modo que requeriría siempre, además de la comprobación de la conducta peligrosa, la prueba de la producción, por culpa, de múltiples enfermedades. Sería un tipo de lesión a la salud de terceros y ello sería contradictorio con la agravación de la pena, prevista en la segunda parte de su texto, para el caso en que se ocasione la *enfermedad* de alguna persona (pues ello estaría contemplado ya en la primera parte del 203 y, entonces, no podría ser, al mismo tiempo, el fundamento de una circunstancia agravante del mismo tipo penal). Un elemento no puede integrar el tipo básico y, al mismo tiempo, fundar el agravado. Ello demuestra que la conducta prohibida en el artículo 203, primera parte, no es la propagación culposa de enfermedades. Para ser una *propagación culposa de una enfermedad peligrosa y contagiosa* debiera ser, primero una “*propagación*”. Y en este caso no estamos frente a una propagación, pues esta última exige una multiplicación o transmisión de la enfermedad a muchas personas (y el tipo culposo previsto en la primera parte del artículo 203, precisamente, no requiere que nadie termine enfermo, pues la producción de la enfermedad, dijimos, la requiere solo el tipo culposo *agravado* –de la segunda parte del mismo 203–).

Por lo que venimos diciendo, la conducta prohibida en la primera parte del artículo 203 es la creación, por culpa, de un *peligro* de transmisión de enfermedades peligrosas y contagiosas, pero lo que es importante destacar es que esto último (que la primera parte del artículo 203 contempla implícitamente un delito de peligro) *no es consecuencia del texto del artículo 202* (que no describe una conducta de mero peligro, sino

una de lesión). En cambio, sí es la consecuencia del texto de la segunda parte del artículo 203, que contiene las circunstancias agravantes del delito de peligro de la primera parte del 203. La segunda parte del artículo 203 aumenta la pena cuando, como consecuencia de la creación de un peligro de transmisión de enfermedades, se produce concretamente una enfermedad o una muerte, de lo que se deduce que el delito de la primera parte del artículo 203 es, sin duda, un delito de peligro. De allí surge indudablemente el delito culposo de peligro de la primera parte del artículo 203.

Si los hechos previstos en los artículos 202 y 203, primera parte, no son los mismos, el tipo penal contenido en la primera parte del artículo 203 es un tipo penal independiente del contenido del artículo 202 (que, por disposición legal, exige elementos típicos diferentes).

En verdad, la técnica legislativa empleada para redactar el artículo 203, C.P., resulta no solo errónea sino, a su vez, confusa, lo que genera discusiones claramente evitables, por no haberse descrito la materia de la prohibición de una manera exhaustiva.

El tipo penal contenido en la primera parte del artículo 203, así interpretado, comprendería, en general, muchas conductas que podrían entenderse abarcadas por el cuestionable (y para muchos de nosotros inconstitucional) artículo 205, C.P. (que penaliza las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo tendientes a evitar la introducción o propagación de una epidemia).

En otras palabras, el artículo 203, primera parte, entendido como un delito culposo de peligro, podría servir para penalizar, con multa, muchas conductas posiblemente sancionables con prisión por un delito penal reñido con la normativa suprema (como es el caso del previsto en el artículo 205).

### 2.1.b. Tesis que lo considera un delito culposo de lesión

Otra interpretación sostiene que el tipo de *propagación culposa* de enfermedades contenido en la primera parte del artículo 203 (igual que la *propagación dolosa* del 202) requiere la transmisión efectiva de la

enfermedad a terceros (porque ello lo exige el artículo 202 sobre propagación dolosa, al que se remite el propio texto del 203: “Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia...”). Entonces, si el hecho previsto en el artículo anterior (en el 202) requiere la transmisión efectiva de una enfermedad, ese es el hecho típico ahora previsto en su forma imprudente, por lo cual el tipo penal de propagación culposa de una enfermedad (de la primera parte del 203) necesita, también, la transmisión de la enfermedad a otras personas, como elemento del tipo. Ello es más claro para la interpretación defendida por Soler, para la cual el artículo 202 requiere la transmisión de la enfermedad al menos *a una sola persona*, que es, precisamente, lo que agrava la pena en el segundo párrafo del artículo 203. Es verdaderamente difícil defender esta tesis para los que interpretamos la conducta del artículo 202 como multiplicación de la enfermedad a una *pluralidad* de personas.

Esta última interpretación afirma, entonces, que, de los dos tipos penales agravados contemplados en la segunda parte del artículo 203, solo resulta aplicable el que requiere la producción de la *muerte* de una persona (porque la transmisión de la *enfermedad* es un elemento del tipo básico de propagación culposa de enfermedades y, si es un elemento el tipo básico, no puede al mismo tiempo fundar una circunstancia agravante. Entonces, como la transmisión de una enfermedad es un elemento común a los tipos penales de propagación dolosa del artículo 202 y de propagación culposa de la primera parte del artículo 203, C.P., la agravación de pena por la misma circunstancia resulta inaplicable o debe tenerse por no escrita. La única circunstancia agravante aplicable es la producción de la muerte de una persona.

Por lo tanto, la interpretación que algunos han sostenido del texto legal del 203 (acorde al *principio pro persona*) consiste en entender el tipo básico de propagación *culposa* de enfermedades peligrosas y contagiosas de la *primera* parte del artículo 203 (reprimido con pena de multa) como un tipo penal culposo *de lesión respecto de la transmisión de una enfermedad*. En cambio, el tipo penal agravado de la *segunda* parte del mismo artículo 203 (reprimido con prisión de 6 meses a 5 años) es un



*tipo culposo de lesión solo respecto de la muerte de alguna persona* (como consecuencia de la conducta peligrosa de la primera parte de la misma disposición legal).

Entonces, de acuerdo con esta otra postura, tendrían razón los que sostienen que la *segunda* parte del artículo 203 (el tipo penal culposo *agravado*) debe ser entendida como comprensiva de la extensión culposa de enfermedades peligrosas y contagiosas que (además de enfermar a un tercero –lo que sería común al tipo doloso y al culposo–) ocasionan la *muerte* de alguna persona. Sin muerte no habría agravante, aunque se transmita la enfermedad a alguien. Habría, sí, transmisión culposa de la enfermedad y ello sería suficiente para realizar el tipo básico (de la primera parte del 203).

Esta es la posición de Carlos Creus, para quien “ofrece dificultades la transmutación en culposo del tipo doloso del artículo 202, ya que vimos que se trata de un delito de daño que reclama la aparición de la enfermedad en una pluralidad de personas, con lo cual se hace evidente que *la enfermedad de alguna persona* es aquí un requisito del tipo básico doloso, por lo cual integrará también el tipo básico culposo, que, por consiguiente, no se agravará cuando se dé ese resultado, sino únicamente en el caso de que hubiese ocurrido alguna muerte”<sup>15</sup>.

Para concluir con esta problemática, considero que, a pesar de resultarme correcta la *primera tesis* (según la cual el tipo culposo contenido en la primera parte del artículo 203 es un *tipo penal de peligro concreto* de propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas), debe aplicarse la segunda, que lo caracteriza como un *delito de lesión* que solo se agrava por la producción de la *muerte* de alguna persona. Ello corresponde por imperio del *principio pro persona* (o *pro homine*), contenido en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que manda a aplicar el orden jurídico del modo que más derechos reconozca a la persona frente al poder estatal. Por supuesto que, para aplicar la más benigna, deberán tomarse en cuenta las interpretaciones legales que,

<sup>15</sup> Creus, Carlos, ob. cit., p. 77.

aunque no se compartan, se las reconozca como razonables y debidamente fundadas y no, en cambio, las que sean descartables de plano por ser arbitrarias o evidentemente antojadizas o infundadas. En este caso, hay buenas razones para sostener que ambas interpretaciones del artículo 203 son racionales y seriamente explicables a través de la razón, por lo cual los jueces deben aplicar la tesis que más favorece a la persona (en esta hipótesis, al imputado, que es el afectado por el poder punitivo estatal).

### **2 bis. Menor pena de los delitos culposos respecto de los dolosos**

Cualquiera sea la interpretación que se defienda, lo cierto es que la pena es muchísimo menor en las tipicidades *culposas* a las que nos venimos refiriendo que en las *dolosas*. Ello es compatible con el trato mucho más severo que la legislación penal argentina brinda al obrar doloso respecto del culposo. En el caso del envenenamiento *doloso* de aguas y demás sustancias (artículo 200) la pena es de 3 a 10 años de prisión, mientras en el supuesto de propagación *dolosa* de una enfermedad peligrosa y contagiosa (del artículo 202) la pena es de 3 a 15 años de prisión. A diferencia de ello, el envenenamiento *culposo* de aguas o sustancias o la propagación *culposa* de una enfermedad (artículo 203), en cambio, tiene prevista pena de *multa*, salvo el caso de la agravante consistente en la conducta culposa que produce como resultado la enfermedad o muerte de un tercero (o solo la muerte de un tercero –de acuerdo con cuál sea la interpretación que se defienda acerca de tales tipos culposos del artículo 203–), en cuyo caso la ley prevé la pena de prisión de 6 meses a 5 años (que de todos modos es menor que las modalidades dolosas).

### **2 ter. Artículo 203 y no 205**

Lo que me parece importante remarcar, aunque ya fue adelantado, es que el delito culposo previsto en la primera parte del artículo 203, C.P., puede servir para penalizar una buena cantidad de casos que podría sostenerse típicos del artículo 205 (y así evitar aplicar un delito inconstitucional como el mencionado en último término).

Vamos a ver, entonces, en qué consiste el delito previsto en el artículo 205 del Código Penal y por qué sostenemos que resulta inconstitucional.

### ***3. Violación de las medidas adoptadas por las autoridades para impedir la introducción o propagación de una epidemia: el artículo 205 del Código Penal***

Artículo 205. “Será reprimido con *prisión de seis meses a dos años*, el que *violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia*”.

El problema más relevante que plantea este delito y que necesita ser abordado desde una óptica constitucional, es que la conducta típica del artículo 205 debe violar “las medidas adoptadas por las autoridades competentes”, como establece en forma expresa el texto de la citada disposición legal.

Es decir, dicho artículo del Código Penal no describe cuáles son las conductas típicas, sino que deja esa tarea en manos del Poder Ejecutivo.

Si bien esta situación guarda cierta similitud con lo que sucede con la punición de las conductas vinculadas con estupefacientes, hay una diferencia esencial.

En efecto, para la punición de los delitos vinculados con estupefacientes contamos con una ley (la 23.737) que describe las conductas punibles (por ejemplo, describe conductas como sembrar, cultivar, producir, comerciar, distribuir, transportar, entregar estupefacientes, entre otras). A su vez, el artículo 77 del C.P. establece que “el término estupefacientes comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional”. De manera que no solo describe las conductas prohibidas, sino que, además, se ocupa de poner límites al Poder Ejecutivo nacional al momento de elaborar las listas de estupefacientes, cuya confección le encomienda, permitiendo un control judicial de constitucionalidad de la inclusión de cada una de las

sustancias allí incluidas. El Poder Ejecutivo nacional dirá cuáles son los estupefacientes respecto de los cuales el Poder Legislativo nacional definió las conductas prohibidas.

A diferencia de ello, el artículo 205 C.P. delega en el Poder Ejecutivo nacional nada más, ni nada menos, que la descripción del núcleo de cada prohibición o mandato. Es decir, el Poder Ejecutivo nacional será, directamente, quien determine qué conductas constituyen ese delito (activas, omisivas, de peligro, de lesión, dolosas, culposas, etcétera).

En otros términos, *el artículo 205 del Código Penal es una ley penal en blanco* y, por ello, no describe específicamente cada una de las conductas prohibidas, y deja esa descripción en blanco, de modo que ese blanco debe ser llenado por otro órgano de poder del Estado (el Poder Ejecutivo).

En virtud del artículo 205, se sanciona al que viole las medidas impuestas por el “Poder Ejecutivo”. Al hablarse de las “autoridades competentes”, no se aclara si se trata del “Poder Ejecutivo nacional” (como lo hace, por ejemplo, en el artículo 77 del Código Penal, al establecer el concepto de estupefacientes). En consecuencia, los autores admiten que las normas que integran los tipos penales incluidos en el artículo 205 del Código Penal pueden provenir del Poder Ejecutivo nacional, provincial o municipal. Es decir, podrían integrar esos tipos penales los decretos, reglamentos u ordenanzas emanados del Presidente de la nación, de los gobernadores de provincia o de los intendentes de las ciudades. En base al texto de esta norma, podría crear delitos incluso el intendente de una ciudad.

En ese aspecto, *el artículo 205 es inconstitucional* porque viola el *principio de legalidad penal*, que nos indica que los delitos y las penas deben ser creados por el Poder Legislativo nacional (por el Congreso de la Nación), y el Poder Ejecutivo no puede desempeñar funciones legislativas.

Ello lo ha sostenido hace muchos años Carlos C. Malagarriga, al afirmar que “las penas, según la Constitución, solo se imponen por infracciones legales y no son tales las que prevé el artículo, que no se refieren a ley alguna sino a medidas que pueden adoptar las autoridades

competentes, es decir, no solo el Poder Ejecutivo, sino las municipalidades...”<sup>16</sup>, entre otras.

El Poder Legislativo tiene prohibido delegar su función de crear leyes en otro poder u órgano de poder del Estado, de modo que los delitos siempre deben ser creados por ley y no por decreto del Ejecutivo.

Tal como lo han expresado Esteban Righi y Alberto A. Fernández, “la difusa incriminación de conductas pretendidamente disvaliosas, el otorgamiento de facultades legislativas (...) a quienes detentan el Poder Ejecutivo (...) son métodos repetidos y habituales, que equivalen al desconocimiento del principio” (de legalidad). El principio de legalidad no solo exige que el presupuesto y la sanción surjan de una norma jurídica expresa, sino además que los describan con certeza. Los preceptos penales no pueden ser indeterminados, pues no permiten conocer con exactitud los comportamientos que comprenden”<sup>17</sup>.

Tampoco los delitos podrían ser creados por decisión de los jueces. Por eso resulta inconstitucional toda ley que pretende acordar efecto vinculante a la doctrina sentada por los llamados “fallos plenarios”, que no pueden obligar a otros jueces a aplicar la ley de determinada manera, ya que estos últimos deben aplicar las normas generales emanadas del Congreso de la Nación (y no las decisiones de otros órganos judiciales) y además deben hacerlo con la autonomía que le proporciona la independencia judicial interna. Los jueces, de acuerdo con derecho, dictan solo normas de carácter particular, para decidir los casos que llegan para su juzgamiento.

Entonces, las conductas delictivas no pueden estar descriptas en decisiones de autoridades estatales distintas del Poder Legislativo. “La única fuente directa de creación de delitos y de penas es la ley”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Malagarriga, Carlos C., *El Código Penal Argentino*, tomo III, Cervantes, Buenos Aires, 1927, p. 61.

<sup>17</sup> Righi, Esteban y Fernández, Alberto A. (1996), *Derecho Penal: la ley, el delito, el proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 85.

<sup>18</sup> Righi, Esteban y Fernández, Alberto A., *Derecho Penal: la ley, el delito, el proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 88.

Adviértase que las conductas que impiden la introducción o propagación de la epidemia de coronavirus, en Argentina, están difusamente contenidas en decretos (de necesidad y urgencia) del Poder Ejecutivo<sup>19</sup>.

Es decir, para conocer cuáles son las conductas que deben ejecutarse o dejar de realizarse, para no reproducir esta epidemia, debemos recurrir a los decretos emanados del Poder Ejecutivo.

Recordemos que *esos decretos de necesidad y urgencia*, que restringen derechos individuales a fin de evitar males mayores a la comunidad, incluso *no son válidos para tratar cuestiones penales*.

La Constitución Nacional, en su artículo 99, inc. 3, dispone: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal (...), podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia”.

Por ello, la llamada *cláusula de remisión inversa* (por la cual el decreto del Poder Ejecutivo debe remitir, a su vez, a la norma penal concreta que remite a las medidas adoptadas por las autoridades competentes), en caso de insertarse en uno de los citados decretos de necesidad y urgencia, no podría válidamente integrar nunca una disposición de carácter penal.

Si esas conductas no están descriptas en tipos penales, creados por ley del Congreso de la Nación, no se cumple con el *principio constitucional de legalidad penal*, según el cual los delitos y las penas solo pueden ser creados por ley anterior al hecho del proceso (artículo 18, C.N.).

*Ni el Poder Ejecutivo ni los jueces pueden crear los delitos y las penas.*

Para decirlo con palabras de Ricardo C. Núñez, “la facultad legislativa, entendida como poder de formar y sancionar leyes, corresponde en el Estado argentino al Congreso de la Nación (...) Toda norma (...)

<sup>19</sup> Hasta el momento en que escribo este trabajo, esos decretos (de necesidad y urgencia) no han sido ratificados por el Congreso de la Nación (es decir, que no tienen naturaleza legislativa).

que no haya sido objeto de la debida sanción y promulgación por los órganos legislativos de país no puede ser reconocida como fuente válida de infracciones y de penas”<sup>20</sup>.

Así, por expresa disposición constitucional, *corresponde al Congreso el dictado del Código Penal* (cfr. artículo 75, inc. 12, C.N.).

Al mismo tiempo, esa potestad legislativa es indelegable. Tal como lo expresa el artículo 76 de la C.N., “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*”.

Es decir, la delegación en materia penal está expresamente prohibida. Adviértase que *el propio texto constitucional, entre las excepciones, no incluye la materia penal* (ni podría, en función del señalado principio de legalidad penal).

Sigue diciendo Núñez: “El Poder Legislativo nacional (...) no puede delegar sus propias facultades, pues siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer necesariamente la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno”<sup>21</sup>.

El problema es que, *en las leyes penales en blanco que encomiendan al Poder Ejecutivo la descripción de las conductas prohibidas (o del núcleo de la materia de la prohibición), se produce una delegación de la potestad legislativa, a consecuencia de la cual quien termina decidiendo qué conductas son delictivas es el Poder Ejecutivo. Y, en la medida en que ello sucede, esas leyes en blanco son inconstitucionales.*

<sup>20</sup> Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Tomo Primero, Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 96.

<sup>21</sup> Ídem, p. 97.

Al leer el texto del artículo 205, ni siquiera se sabe si se trata de un delito *de acción* o *de omisión*, *de lesión* o *de peligro*, *doloso* o *culposo*, porque sencillamente la ley no describe conducta alguna, dejando en manos del Poder Ejecutivo incluso la decisión de establecer cuáles son las características de cada conducta que quiera incluir en la base fáctica del artículo 205, C.P.

El mismo Ricardo C. Núñez nos decía, hace tantos años, que “se produce así una suerte de delegación que, como ha sucedido en nuestra práctica legislativa, es susceptible de violar el principio de legalidad penal, porque en un marco general que *no señala el hacer o el omitir concreto* que conduce a la pena, *deja su individualización al Poder Ejecutivo*. El principio de legalidad es incompatible con una ley penal que, de una u otra manera, deje la estructuración de las particulares infracciones al ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 86, inciso 2, de la Constitución. *Cuando las leyes (...) castigan genéricamente las infracciones a su reglamentación se debe entender, so pena de legitimar una delegación constitucionalmente inadmisibles, que se refieren a la potestad reglamentaria del Congreso* (artículo 67, inc. 28 de la C.N.) y *no a la del Poder Ejecutivo*, porque esta manera de legislar tiene el sentido de una delegación de los poderes legislativos necesarios para dictar la ley penal, estableciendo dentro de un determinado ámbito uno de los dos elementos de la ley penal (las infracciones punibles), facultad de la cual no puede ser titular, ni por delegación, el Poder Ejecutivo”<sup>22</sup>.

Como lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*tampoco al Poder Ejecutivo le es lícito*, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el artículo 86, inciso 2°, de la Constitución, *sustituirse al legislador y por supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley previa que requiere la garantía constitucional del artículo 18*”<sup>23</sup>.

También lo ha sostenido el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, al decir que “*la participación republicana en la sanción de las leyes exige que la ley penal sea efectivamente una ley ‘formal’, sancionada con*

<sup>22</sup> Ídem, p. 101.

<sup>23</sup> CSJN, fallo del 17 de mayo de 1957, en *La Ley*, tomo 88, fallo 41183.



la intervención del órgano legislativo con representación popular, *lo que no sucede cuando el legislador con esa representatividad cede a las autoridades ejecutivas esa función*. El principio de legalidad tiene un contenido político garantizador como proveedor de certeza de lo prohibido, pero también en el sentido material de que *la prohibición y la punición surgen de la voluntad popular, conforme a la Constitución*<sup>24</sup>. En este informe, incluso, se recomienda “que se excluya de la legislación toda posibilidad de que organismos administrativos puedan establecer normativamente conductas típicas, con cualquier pretexto que fuere”<sup>25</sup>.

Del mismo modo, para Zaffaroni, Alagia y Slokar, “no es sencillo demostrar que la ley penal en blanco no constituye una delegación legislativa constitucionalmente prohibida (...) a través de las leyes penales en blanco, el legislador penal está renunciando a su función programadora de criminalización primaria, que la transfiere a funcionarios y órganos del poder ejecutivo y, al mismo tiempo, está incurriendo en el abandono de la cláusula de *ultima ratio*, propia del Estado de Derecho”<sup>26</sup>. “La ley penal en blanco siempre fue sospechosa de lesividad al principio de legalidad formal y, además, abrió la puerta a la analogía y a la aplicación retroactiva, motivos con los que bastaría para considerarla inconstitucional. Si a ello se agrega que configura hoy una clara vía de delegación de la potestad punitiva por parte del Poder Legislativo y que quiebra la cláusula de *ultima ratio*, parece haber poco que discutir a su respecto. No neutraliza la *inconstitucionalidad* de las leyes penales en blanco el argumento de las materias inestables que las requieren, aduciendo que los rápidos cambios podrían ser seguidos por el legislador penal, pues *no hay materia que requiera cambios tan rápidos y que sea seriamente necesitada de previsión punitiva*; por otra parte, esa es precisamente la función irrenunciable del

<sup>24</sup> Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*, Documento Final del Programa de Investigación desarrollado por el Coordinador Doctor Eugenio R. Zaffaroni, Depalma, Buenos Aires, p. 14.

<sup>25</sup> Ídem, p. 15.

<sup>26</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 116.

legislador”<sup>27</sup>. Los mismos autores concluyen que “las únicas leyes penales en blanco cuya constitucionalidad es tolerable son las llamadas *impropias*, o sea, las que reenvían a otra norma emanada de la misma fuente”<sup>28</sup>; es decir, “las que remiten a leyes emergentes del mismo órgano político”<sup>29</sup>.

Como sostuvo Gonzalo D. Fernández, “toda vez que las llamadas ‘leyes penales en blanco’ (...) difieren a instancias extralegales (léase: decretos o resoluciones del Poder Ejecutivo, circulares del Banco Central, etcétera) la función de completar la tipicidad de una conducta, llenando el blanco (esto es, colmando el vacío o laguna) del precepto penal, se verifica una delegación de funciones indebida y prohibida por la regla de reserva legal”<sup>30</sup>.

En suma: quien debe crear los delitos y las penas es el Congreso de la Nación y nunca el Poder Ejecutivo.

Recordemos, entonces, que (a pesar de lo dicho) el Congreso de la Nación penaliza al que *violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia* (cfr. artículo 205, C.P.).

Para la ley, integrará cada tipo penal solo aquellas medidas establecidas con un fin determinado: “para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

¿Cuáles son esas medidas? Las que, en cada hipótesis concreta de epidemia, dicte el Poder Ejecutivo. Es decir, no las conocemos hasta el momento en que se declara una epidemia (o, en verdad, hasta después de ello).

Entonces, al seguir la lógica de esta disposición legal, hay algo claro: *no hay ley penal completa que prohíba conductas, bajo amenaza de pena,*

<sup>27</sup> Ídem, p. 116.

<sup>28</sup> Ibídem.

<sup>29</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 102 y 103.

<sup>30</sup> Fernández, Gonzalo D., *Derecho Penal y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay, Trilce, Montevideo, 1988, p. 116.

*hasta que el Poder Ejecutivo dicte las medidas particulares destinadas a evitar la introducción o expansión de una epidemia.*

Pero el problema siempre es el mismo: el Poder Ejecutivo no es el órgano competente para crear delitos, por lo cual *las medidas que dicte dicho poder solo podrán integrar la ley penal (en este caso el artículo 205) si, además de contener una cláusula de remisión inversa, son luego ratificadas por el Poder Legislativo Nacional, aclarando cuáles de ellas (o qué partes de ellas) integran ese delito, en cumplimiento del mandato constitucional de describir con claridad y precisión cada conducta constitutiva de delito.* Si la ley ratifica los decretos y los declara complementarios del texto del artículo 205, habrá que estudiar, todavía, cada regla de los decretos para verificar que respeten todos los límites constitucionales a la imposición de una pena (entre los cuales se destaca la necesaria precisión con la cual debe describirse cada conducta sancionada con pena). Y, como el problema siempre es el mismo, hay que recordar que los decretos de necesidad y urgencia no pueden regular la cuestión penal, por lo que no pueden ser ratificados o empleados por el Congreso para complementar el delito penal del artículo 205.

*Las normas que complementan el blanco del artículo 205 las debe elaborar el Congreso de la Nación y solo tendrán vigencia, como leyes penales, desde el momento en que las sanciona como tales y son luego promulgadas y publicadas.*

Entre las tantas críticas que se han formulado a las leyes penales en blanco, se ha dicho que

a) “con esta técnica legislativa se puede dejar en manos del Ejecutivo la selección de las conductas penalmente relevantes, al tiempo que se puede dar vida a un sector del derecho penal meramente accesorio respecto de la regulación administrativa, en el que se sancionarían infracciones de mera desobediencia”<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. Brandariz García, José Ángel, “La problemática de las normas penales en blanco”, en Faraldo Cabana, P. (dir.)/Puente Aba, L.M. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 106-119.

Dicho de otra manera, y al margen de lo que aclaramos antes, el delito no puede consistir en la mera desobediencia a las órdenes del Presidente de la República (ni de los gobernadores de provincias o los intendentes municipales). Ello importaría la pretensión de crear, como bien jurídico de necesaria afectación, *la autoridad de cualquier Poder Ejecutivo*, lo que no resultaría propio de un Estado de Derecho, regido, entre otros, por el *principio de lesividad penal*. En función de este principio, los delitos no son meras infracciones a las normas de deber ni actos de desobediencia a un soberano, sino conductas real y efectivamente peligrosas o dañinas para ámbitos de disponibilidad de derechos ajenos al autor del delito. Por lo tanto, esta objeción a las leyes en blanco es perfectamente aplicable al artículo 205 del Código Penal argentino.

b) “En segundo lugar, (...) las leyes penales en blanco plantean problemas desde la perspectiva del mandato de taxatividad impuesto a las normas penales, pues la remisión a otras instancias, propiciando disposiciones notablemente incompletas, dificulta el conocimiento de la materia de prohibición y pone en peligro la seguridad jurídica”<sup>32</sup>.

El recién citado José Ángel Brandariz García expresa que, para “El Tribunal Constitucional (se refiere al español), (...) la aceptación constitucional de la técnica de tipificación analizada depende también de que asegure la exigencia de certeza, de modo que “la conducta calificada de delito quede lo suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (STC 118/1992, de 16 de septiembre). Dicho de otro modo, el Alto Tribunal requiere para la admisión de las normas en blanco desde la perspectiva del postulado de legalidad penal que dicha técnica sea necesaria por razones de protección, que carezca de alternativas preferibles y *que se limite a una remisión de aspectos no esenciales del tipo*”.

Es claro que, de conformidad con esta crítica señalada a las leyes en blanco, las garantías de legalidad estricta, de exhaustividad o de necesidad

<sup>32</sup> *Ibidem*.

de que la ley penal describa clara y precisamente la conducta prohibida (para que ella pueda ser conocida y permita su acatamiento), resultan seriamente afectadas por medio de normas como la contenida en el artículo 205 del Código Penal argentino, que ni siquiera permite saber qué conductas se penalizarán en cada situación de epidemia. Además, tomando en cuenta los decretos dictados por el Poder Ejecutivo, resulta sumamente dificultoso determinar cuáles de todas las medidas impuestas en ellos son las encaminadas a evitar el ingreso o la extensión de una epidemia y mucho más cuáles podrían ser el antecedente de una pena carcelaria (que es la prevista en esa norma). Si examinamos la normativa vigente en la Argentina a partir del dictado de los decretos de necesidad y urgencia para enfrentar la pandemia de coronavirus, veremos que ellos pueden resultar sumamente eficaces para prevenir el crecimiento de la enfermedad y la muerte de muchos seres humanos. Sin embargo, ello no significa que sea claro y preciso su contenido para determinar cuáles son las conductas prohibidas u ordenadas para complementar el enorme blanco dejado por el artículo 205 del Código Penal.

Por otro lado, una ley penal en blanco (en parte –y no totalmente– en blanco), según el aludido criterio del Tribunal Constitucional español, sería constitucional y respetuosa del principio de legalidad penal si describiera *el núcleo central de la conducta prohibida de un modo preciso y entendible* y si, a su vez, solo delegara en el Poder Ejecutivo *la descripción de “aspectos no esenciales” de esa conducta*. O sea, la ley debe describir, *en forma precisa, lo esencial* de la conducta prohibida, dejando lo *no esencial* a cargo del Poder Ejecutivo (que deberá describir, en sus decretos, solo aspectos no importantes de la descripción típica).

Ello podría ser aplicable, por ejemplo, al caso de nuestra ley de estupefacientes, que solo delega en el Poder Ejecutivo nacional la confección de las listas de estupefacientes y no la descripción de las conductas prohibidas. Incluso, al definir la ley los estupefacientes (en el artículo 77, C.P.), los jueces pueden y deben desconocer la inclusión de una sustancia en esas listas si su inclusión no respeta la definición legal aludida (ejerciendo su derecho-deber de controlar la constitucionalidad de los actos de gobierno).

Desde mi punto de vista, el mencionado criterio del Tribunal Constitucional español podría ser tomado como válido, en la medida en que verdaderamente la ley penal describiera con claridad y precisión el núcleo central de la conducta prohibida, de modo que todos tuviéramos un conocimiento claro de las conductas delictivas sin recurrir a las medidas complementarias emanadas del Poder Ejecutivo (que serían solo cuestiones accesorias no relevantes para la descripción de las conductas que constituyen el núcleo de la prohibición). Como dijo María de las Mercedes Suárez: “La definición de la infracción y la determinación de la pertinente pena, no representan pormenores o detalles indispensables para la ejecución de la ley penal, sino la esencia de ella”<sup>33</sup>. En lo que no estoy de acuerdo es en que “la conducta calificada de delito quede lo suficientemente precisada *con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite*”, pues, como acaba de señalarse, la conducta prohibida debe estar descripta en forma clara y precisa *ya en la ley penal* (“entregar estupefacientes”, por ejemplo; luego, si se incluye en la lista de estupefacientes una sustancia que no cumple con las exigencias del artículo 77 del Código Penal, tal inclusión deberá ser declarada inconstitucional por el juez que entiende en el caso). La ley penal debe siempre describir el núcleo de lo prohibido, con suficiente claridad como para poder ser conocido y comprendido (sin recurrir a decreto alguno) y poder saberse si el delito es de acción o de omisión, si es de peligro concreto o de lesión, si es doloso o culposo, si es instantáneo o permanente, si requiere o no alguna característica personal del autor, entre otros aspectos esenciales del delito. Ello debe poder conocerse y comprenderse antes de la creación de la norma complementaria dictada por el Poder Ejecutivo (pues, como se dijo antes, el Poder Ejecutivo, después de la entrada en vigencia del artículo 205, C.P., decide algo fundamental: es decir, decide cómo describe y cuáles son las características y los elementos típicos de la conducta delictiva, que antes no puede predecirse). El Poder Ejecutivo define lo esencial de la materia de la prohibición, por lo cual el artículo 205 no encuentra justificación constitucional alguna.

<sup>33</sup> Cfr. *Teoría de la ley penal* (2007), Multi Graf, Córdoba.

Cabe añadir que la exigencia emanada del principio de legalidad nunca puede ser entendida como una mera traba a la persecución punitiva, pues constituye un límite supremo al poder penal cargado de fundamentos racionales. Por eso la ley penal debe ser anterior al hecho que se juzga, debe ser clara y precisa, para poder ser conocida e internalizada por los habitantes del país y, por ende, para poder ser cumplida por todos. Piénsese que los decretos y protocolos que dicta el Poder Ejecutivo sobre lucha contra el coronavirus, a diferencia de las leyes penales, se van dictando y conociendo en plena pandemia, se van modificando a cada rato y ello crea serias dificultades de conocimiento y comprensión de las prohibiciones y mandatos. Esos cambios permanentes de las medidas que se van adoptando crea, incluso, errores o equivocaciones acerca de lo que debe hacerse (o dejar de hacerse) para expandir la epidemia. Esa confusión se genera, muchas veces, por la transmisión de las medidas en los propios medios de difusión (por ejemplo: en algún momento quedó en duda, por las propias noticias y por las propias palabras de distintos funcionarios, si se podía, o no, salir a caminar o a hacer gimnasia por las cuadras del propio barrio, con las precauciones del caso). A su vez, ese desconcierto suele ser ocasionado por la información (y a veces la muy mala y contradictoria información) de los medios masivos de comunicación. Más allá del ejemplo puntual, esos cambios de medidas van generando razonables *errores de prohibición* en quienes, de buena fe, salen a caminar por su barrio para contrarrestar, de algún modo, el sedentarismo propio de esta suerte de “arresto domiciliario” (que es algo parecido a lo que constituye el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”).

### 3.1. *Imposibilidad de conocer las características y elementos del delito*

Como se adelantó, el texto del artículo 205 no nos permite determinar cuáles son los elementos del delito, pudiendo solo decir que se trata de una desobediencia a la autoridad, ya que reprime con prisión al que “violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes”. Solo se describe la conducta de violar las medidas emanadas del Poder Ejecutivo, sin precisar, entre otros caracteres, si se trata de una acción o una omisión, si el delito es de lesión o de peligro o si es doloso o culposos.

No alcanzo a entender las razones por las cuales los autores han sostenido que se trata de un delito de peligro o bien que el delito es doloso, porque, en realidad, el Poder Ejecutivo puede crear medidas de peligro o de lesión, dolosas o culposas, así como de acción o de omisión. Si no se conocen las medidas, no puede sostenerse cuáles son las características del delito, pues ellas lo integran (y de ahí su ilegitimidad constitucional, por lesionar el principio de legalidad penal).

En efecto, Rodolfo Moreno sostuvo que los autores de este delito “concurrerán a la difusión de un peligro”<sup>34</sup>. Ricardo C. Núñez, por ejemplo, sostuvo que “el delito es (...) de peligro abstracto y se consuma aunque en el caso concreto la infracción no haya causado la introducción o extensión de la epidemia”<sup>35</sup>. Es también la opinión, entre otros, de Jorge Buompadre, para quien el comprendido en el artículo 205 es un “delito de peligro abstracto, y se consuma cuando se ha violado la prohibición o se ha omitido realizar lo que el mandato ordenaba hacer, con prescindencia de que se haya efectivamente infestado a alguna persona o de que se haya corrido realmente el peligro de introducción o propagación de la epidemia”<sup>36</sup>. En el mismo sentido, Carlos Fontán Balestra manifestó que “se trata de un delito de peligro abstracto, que queda consumado con la violación de las medidas”<sup>37</sup>.

No se entiende cómo puede sostenerse esto cuando, en el texto del artículo 205, no se describe la conducta prohibida, ni su núcleo esencial, y ello deja a cargo del Poder Ejecutivo. ¿Es que puede predecirse que las medidas del Poder Ejecutivo, para impedir la introducción o propagación de una epidemia, serán medidas prohibitivas o de mandato, que prohíban conductas dolosas o culposas, de lesión o de peligro? Al menos, ello es imposible conocerlo, hasta que no se dicten las medidas y se

<sup>34</sup> Moreno, Rodolfo, ob. cit., p. 405.

<sup>35</sup> Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Especial*, ob. cit., p. 346.

<sup>36</sup> Buompadre, Jorge E., ob. cit., p. 586.

<sup>37</sup> Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 512.



publiquen y den a publicidad, de modo de permitir el conocimiento por parte de la población (o algún grado de conocimiento, pues nada asegura que podamos conocerlas bien y todas). Igualmente, aunque se dicten y publiquen, no es nada sencillo saber cuáles de esas medidas integran o integrarán una disposición de carácter penal (y mucho menos cuando las medidas se dicten por medio de decretos de necesidad y urgencia, que no pueden tratarse de materia penal). Además, el Poder Ejecutivo no puede crear delitos y penas, ni siquiera por delegación del Poder Legislativo nacional, en virtud de la prohibición constitucional de delegar la función legislativa.

### III. Reflexión final

No hay lucha más eficaz contra un fenómeno lesivo, como el caso de una pandemia, que la enérgica puesta en marcha de las políticas públicas de prevención en diversos aspectos (y básicamente en materia de salud pública).

Las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo nacional, en el marco de la pandemia de coronavirus, tienen el claro objetivo de disminuir la curva de contagios, para estar mejor preparados en momentos más difíciles, y para evitar la transmisión masiva de la enfermedad y, con ello, la enfermedad y muerte de muchas personas.

Las respuestas punitivas del Estado, que deben constituir la última medida a la que debe recurrirse cuando no existen alternativas menos violentas y reproductoras de la criminalidad, deben respetar los límites supremos que le imponen al poder penal las Constituciones, la normativa internacional (y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que resulta de obligatoria aplicación para los Estados).

En este marco, puede aplicarse básicamente, para los diversos casos que pudieran llegar a juzgamiento penal, el artículo 202 del C.P. (propagación *dolosa* de enfermedades peligrosas y contagiosas) o bien el artículo 203 del C.P. (creación *culposa* de un peligro de propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas).

Los delitos recién mencionados son, en principio, suficientes para el caso en que sea necesario juzgar a personas por conductas peligrosas o dañinas a la salud pública, en el marco de la lucha contra la expansión de la actual epidemia. No debe recurrirse, en cambio, al pretense delito contenido en el artículo 205 del C.P., por tratarse de una norma contraria a los límites que, al poder punitivo, le imponen la Constitución Nacional y las declaraciones y convenciones de derechos humanos.

# DELITOS DE PELIGRO EN PANDEMIA

*Por Maria Juliana Márquez<sup>1</sup>*

## I. Introducción

El núcleo del trabajo no es el análisis dogmático de los delitos aplicables a las conductas penalmente relevantes que detallan las normas dictadas en el marco de la pandemia del Covid-19, en estos meses muchos autores destacados de derecho penal han escrito sobre el tema trabajos muy interesantes, ellos expusieron las complejidades de determinar si los tipos penales que entran en juego en el contexto de la pandemia son tipos penales en blanco, delitos de peligro abstracto o concreto, delitos de lesión, su constitucionalidad, etcétera. En esta oportunidad, busco mostrar cómo la justicia argentina y específicamente la justicia penal federal ha aplicado estos tipos penales, al interpelar a los lectores a repensar si es razonable que el derecho penal se ocupe de estos supuestos de hecho, y en caso afirmativo si puede hacerlo razonablemente<sup>2</sup>.

## II. Marco jurídico

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia por el brote del virus Covid-19, a partir de ello, el Poder

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad de Buenos Aires, profesora Universidad de Buenos Aires, cátedra Daniel Pastor. Master en Derecho Penal y Ciencias Penales Universidad de Barcelona - Universidad Pompeu Fabra, secretaria de la Fiscalía Federal en lo Criminal y Correccional n° 1, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>2</sup> No puedo dejar de exponer que la inspiración para estas reflexiones nacieron no solo de la experiencia personal laboral en el fuero federal de la capital federal, al desempeñarme en el turno con las fuerzas policiales los primeros días de declarada la pandemia del Covid, sino también del trabajo que publicara el profesor Daniel Pastor, quien fuera uno de los discípulos del aquí homenajeado Julio Maier y de quien respeto profundamente su honestidad intelectual, titulado "La peste, la ley y la ciencia", publicado en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2020/08>

Ejecutivo nacional adoptó una serie de medidas para mitigar la situación epidemiológica y su impacto sanitario.

En nuestro país, a partir del 6 de marzo, el Ministerio de Salud de la Nación publicó recomendaciones para personas que ingresaban al país, provenientes de zonas con transmisión de coronavirus, y sugirió que no concurrieran a lugares públicos como ámbitos laborales, recreativos, deportivos o sociales durante 14 días.

Las primeras conductas con alguna relevancia penal comenzaron posteriormente cuando, ante la propagación del virus, mediante el decreto 260/20, el PEN decidió ampliar la emergencia pública en materia sanitaria y entre las medidas de prevención y control dispuso el aislamiento obligatorio y el cumplimiento de la cuarentena, para las personas comprendidas en los supuestos detallados por la norma:

a. Para quienes revestían la condición de “casos sospechosos” (presencia de fiebre y uno o más síntomas respiratorios, como tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además tengan historia de viaje a las zonas afectadas.

b. Para quienes tengan confirmación médica de haber contraído Covid-19.

c. Para quienes hayan tenido contactos estrechos con las personas comprendidas en los dos casos anteriores.

d. Para quienes arriben al país habiendo solo transitado por zonas afectadas, sin síntomas.

El mismo decreto, en su artículo 4°, consideró “zonas afectadas” por la pandemia de Covid-19, a los Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, República de Corea, Estado del Japón, República Popular China y República Islámica de Irán. Cabe destacar, que tal listado se fue ampliando a otros tantos países a medida que el virus se fue propagando en todo el mundo.

Por otra parte, en su artículo 2, inciso 5°, respecto a los ciudadanos con síntomas que se encontraban fuera del país, en zonas afectadas, solicitó

se abstengan de viajar hacia la República Argentina, hasta tanto cuenten con un diagnóstico médico que descarte la posibilidad de contagio.

Del mismo modo, exhortó a la población a reportar síntomas compatibles con Covid-19 a los prestadores de salud (artículo 8°), e implementó la *declaración jurada de estado de salud* como medida de control sanitario obligatorio para viajeros, al momento de la partida, antes o durante su arribo al país.

En materia penal, se advirtió que en caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y de las demás obligaciones allí establecidas se estaría infringiendo, cuanto menos los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal de la nación.

Concretamente el artículo 22 del decreto 260/20 determinó que las infracciones a la emergencia sanitaria previstas en ese decreto darían lugar a las “Sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal...”.

Al momento de analizar las conductas descriptas en este decreto, podemos afirmar que tres son las situaciones de hecho que podrían tornar aplicable algunas infracciones previstas en el Código Penal vigente:

- a. El incumplimiento del aislamiento obligatorio, en los casos establecidos en la propia normativa (artículo 7, decreto 260).
- b. La propagación de la enfermedad infecciosa Covid-19 (artículo 7).
- c. Falseamiento de la declaración jurada obligatoria para viajeros (artículo 2.13)<sup>3</sup>.

Ahora bien, para poder analizar cuál fue la respuesta penal para estas situaciones, se debe determinar primeramente cuál ha sido la conducta del sujeto para evaluar su subsunción en un tipo penal. Según lo que

<sup>3</sup> Buompadre, Jorge Eduardo, *Revista Pensamiento Penal*, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48653-reflexiones-derecho-penal-tiempo-coronavirusviolacion-cuarentena-y-otras-medidas>

disponen los decretos la “acción” que habrá de castigarse, consiste en el “incumplimiento del aislamiento (obligatorio)”, el que se tiene por tal – en los casos mencionados en el decreto 260– si se abandona o no se observa el mismo durante un lapso de 14 días, para todas aquellas personas que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 7:

- para aquellas personas que presentan un caso sospechoso,
- tengan confirmación médica de haber contraído el virus,
- hayan tenido contactos estrechos con las personas comprendidas en los dos casos anteriores,
- quienes arriben al país luego de haber transitado por zonas afectadas en los últimos 14 días (que deben contarse desde la publicación del decreto 260 en el Boletín Oficial para atrás, es decir, desde el 12 de marzo).

La segunda regulación de las situaciones fácticas de la pandemia que generaron consecuencias penales fueron las prevista por el D.N.U. 297/20<sup>4</sup> cuando el Poder Ejecutivo decidió tomar una decisión más drástica al disponer el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todas las personas que habiten en el país y se encuentren transitando en él, ello con el objetivo de proteger la salud pública. Al establecerse, en otros decretos que posteriormente fueron prorrogando el aislamiento, un listado de personas afectadas a servicios y actividades esenciales, que quedaban exceptuadas del cumplimiento del aislamiento obligatorio en al ámbito propio de tales actividades y servicios.

El artículo 4 de esta norma también determinó que cuando se constate la existencia de infracción al aislamiento obligatorio o a otras normas dispuestas por el Poder Ejecutivo nacional para la protección de la salud pública se procederá a hacer cesar la conducta infractora y se dará cuenta a la autoridad competente en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

<sup>4</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335423/textact.htm>; <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335741/norma.htm>; <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335974/norma.htm>

Como antes señalara el plazo original de vigencia del asilamiento obligatorio se fue extendiendo, y se estableció en el P. E.N. 355/20 la facultad del Jefe de Gabinete de Ministros a exceptuar del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, al personal afectado a determinadas actividades y servicios que, en un primer momento se consideraban esenciales, hasta la regulación que existe a la fecha que permite una serie de actividades que puede realizar toda la ciudadanía ya no afectadas por ese aislamiento obligatorio.

Fue así como diferentes decretos y resoluciones del Ministerio de Salud, del Ministerio de Trabajo, además de las decisiones administrativas de la Jefatura de Gabinete, flexibilizaron este aislamiento al prever excepciones y, a su vez, indicaciones de cómo se debía interactuar en caso de encontrarse realizando actividades permitidas, así se dispusieron medidas de distanciamiento social obligatorias en los espacios públicos, semipúblicos y privados con acceso libre o restringido.

En razón a que en este apartado nos estamos refiriendo al marco normativo penalmente relevante en la pandemia no puedo dejar de realizar una breve descripción y alguna observación de los tipos penales que se encuentran en análisis.

El artículo 202 del Código Penal dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

Nos encontramos frente a un delito que exige la materialización de un resultado, como lo es el contagio de, al menos, una persona, por lo tanto, podemos afirmar que es un delito de lesión. En cuanto a su faz subjetiva, entendemos que es un delito doloso, que admite la posibilidad de dolo eventual.

El artículo 203 del Código Penal dispone: “Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de pesos cinco mil (\$ 5.000) a pesos cien mil (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de seis (6) meses a cinco (5) años”.

Este regula la forma imprudente del delito antes descripto. Independientemente de la interpretación que se formule de la agravante contenida en la segunda parte del artículo, tanto este tipo como el que lo antecede requieren del acaecimiento de un resultado, sin que sea suficiente con la mera creación de un peligro.

El artículo 205 del Código Penal dispone: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

En este caso, nos encontramos frente a un delito de peligro, por lo tanto, se consuma con la violación de las medidas impuestas por la autoridad competente. Ahora bien, entiendo que para que haya una afectación del bien jurídico “Salud pública” esta violación de las medidas relacionadas con la salud tiene que traer consigo una afectación a dicho bien jurídico que solo podría resultar de determinar si esa persona en particular representaba objetivamente una elevada probabilidad de lesión, y se debe probar la concurrencia de un peligro objetivo idóneo, *ex ante* y *ex post*<sup>5</sup>.

Esta figura presenta otros problemas relativos a las leyes penales en blanco y a las normas extrapenales que la completan por su carácter transitorio.

Como veremos a continuación los tribunales han admitido la constitucionalidad de la norma y su vigencia ultraactiva cuando la pandemia haya finalizado.

En relación con el artículo 239 del Código Penal dispone: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal”.

Este tipo penal se puede analizar de dos maneras, por un lado, que se castigue únicamente la individualización de órdenes de carácter general,

<sup>5</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 224 y siguientes.



entonces la violación al artículo 239 C.P. podría concurrir de forma real con una al artículo 205 C.P.; o se puede admitir que la desobediencia pueda ser también a normas de alcance general, caso en el cual la infracción será desplazada por principio de especialidad cuando una misma conducta viole también el artículo 205, con los alcances antes aludidos.

Como veremos en la práctica, ambas figuras serán utilizadas de forma subsidiaria. Ello, en atención a las dificultades probatorias que existen para demostrar el vínculo de causalidad requerido entre la acción disvaliosa y el resultado exigido. Por lo tanto, la mayor parte de los casos serán subsumidos bajo el artículo 205 del Código Penal.

### **III. Conductas penalmente relevantes y criterios de actuación**

Ahora bien, al momento de analizar la respuesta penal ante las conductas de la pandemia, es importante destacar que, a diferencia de las acciones reguladas por el decreto 260, la conducta punible en el D.N.U. 297/20 no consistía simplemente en desplazarse o circular por lugares públicos, al menos en principio, sino en “violar la prohibición de aislamiento obligatorio” para todas las personas que habitan o se encuentran en el país y no se hallen en la nómina prevista en el listado del artículo 6 o en las situaciones descriptas en el artículo 2, es decir, aquellas que se encuentren realizando “desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”. En estos últimos casos, la conducta no es antijurídica.

Para orientar la investigación en los casos en que se dieran estas conductas, la Procuración General de la Nación, elaboró guías<sup>6</sup> con algunos criterios de adecuación típica, en los casos de detenciones a personas en violación a las normas de la pandemia. Concretamente, con fecha 22 de marzo se elaboró una guía orientativa para la aplicación de las figuras

<sup>6</sup> <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2020/03/SCI-COVID-19.pdf>

penales tipificadas en los artículos 202, 203, 205, 211 y 239 del C.P., en los procesos penales vinculados con la propagación del Covid-19.

Respecto a la aplicación del artículo 205, se entendió que el elemento objetivo de aquella figura penal lo constituyen las medidas adoptadas por la autoridad competente y que para las situaciones de violación al aislamiento obligatorio, las dos normas rectoras, según el momento de la comisión de los delitos, eran las comprendidas en el artículo 7 del D.N.U. 260/2020, y los artículos 1 y 2 del D.N.U. 297/2020.

Asimismo se analizaron los lineamientos del D.N.U. 297/2020 y se fijaron pautas mínimas de interpretación de los conceptos residencia habitual y desplazamientos mínimos permitidos, se establecieron los parámetros para analizar la necesidad de contar con una certificación habilitante para esos desplazamientos y se esbozaron las principales excepciones a la obligación de guardar aislamiento social.

Posteriormente en otras resoluciones, cuando ya había entrado en vigor el Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia Covid-19, se entendió que dichos documentos son los únicos instrumentos válidos para hacer operativa la excepción a la obligación del aislamiento preventivo obligatorio, por lo tanto, el falseamiento de datos en la tramitación de dicho certificado deberá considerarse una infracción al artículo 293 del C.P. El certificado reviste la calidad de instrumento público. Se entiende, además, que constituye un instrumento público nacional por el carácter de funcionarios y sistemas públicos que intervienen en su expedición a través de una firma digital.

El instrumento con datos falsos será materialmente genuino por respetar las formas, pero ideológicamente apócrifo, ya que la información falsa terminará certificando situaciones que no se compatibilizan con la realidad. El perjuicio sería el riesgo de contagio y de propagación del Covid, a partir de la circulación no permitida del sujeto en espacios públicos, lo que sortea los dispositivos de control de las fuerzas de seguridad por el certificado habilitante adulterado.

Estas resoluciones fijaron un horizonte de actuación para los miembros del Ministerio Público Fiscal, y se complementaron con una

serie documentos que otorgaron a los fiscales lineamientos generales e instructivos de actuación frente a la pandemia del Covid-19<sup>7</sup>.

#### **IV. Resultado de las causas penales en trámite ante la justicia federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

La justicia federal, desde el comienzo de la declaración de pandemia, es decir, del 6 de marzo de 2020 fue la que intervino por competencia material en los casos relacionados con el Covid-19, aunque posteriormente diferentes planteos hayan provocado la división de la jurisdicción con otros tribunales, en la actualidad la mayoría de los casos sigue tramitando en el fuero de excepción.

- <sup>7</sup> • Guía Covid-19: Deberes y excepciones del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular a partir del DNU 297/2020, 325/2020 y 355/2020.
- “Instructivo para Personal Policial y formulario de denuncia por violencia de género durante el aislamiento social preventivo y obligatorio por Covid-19”.
  - Resolución PGN n° 34/2020 en la que encomiendo a todos los fiscales el empleo de todos los medios técnicos disponibles para extremar los recaudos para garantizar los derechos de las víctimas y su debida intervención, tanto durante la tramitación del proceso, como en su etapa de ejecución, especialmente en aquellos supuestos que puedan verse entorpecidos por las condiciones extraordinarias de trabajo que se han originado a partir de la pandemia del virus Covid-19.
  - Resolución PGN n° 29/20 instruye a los fiscales con competencia criminal y correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que postulen la prórroga de todas las medidas preventivas para la protección de las víctimas y sus entornos, en investigaciones por violencia de género.
  - Resolución PGN 27/20 instruye a los fiscales federales con competencia penal para que soliciten medidas cautelares que aseguren el decomiso de vehículos utilizados en infracción a las normas destinadas a proteger la salud pública en relación con el virus Covid-19.
  - Guía Orientativa para la intervención funcional del MPF en hechos donde intervengan niñas, niños y adolescentes infractores a las leyes penales vinculadas a la pandemia del virus Covid-19.
  - Guía de medidas urgentes sugeridas a fiscales para casos de violencia de género durante el aislamiento preventivo y obligatorio dispuesto a raíz de la pandemia del virus Covid-19.

En la práctica, la pandemia ha aumentado exponencialmente la carga laboral debido a la cantidad de casos que ingresó e ingresa con intervención de las fuerzas de seguridad<sup>8</sup>.

Según un trabajo publicado por Santiago Schiopetto, Auxiliar Fiscal de la Fiscalía Federal en lo Criminal y Correccional n° 7, para mediados de mayo promediaba un ingreso de aproximadamente 1600 casos por semana; es decir, que ingresaban cerca de 10 consultas por hora, día y noche, todas por infracción a los decretos de la pandemia. También se verificó un gran número de casos con la intervención de las fiscalías de la ciudad por resistencia o desobediencia de la autoridad o por violación al artículo 205 del C.P. que no se encontraban abarcados por el sistema federal. Se estima que ingresaron a la justicia unos 28.733 casos desde el 20 de marzo al 9 de junio de 2020.

Entre las consultas habituales estaban las denuncias de los ciudadanos que advertían sobre infracciones de sus vecinos al aislamiento, aquellas personas que habían ingresado al país proveniente de los países considerados de riesgo que se encontraban con prohibición de circular en los términos del D.N.U. 260/20 y eran demorados por personal policial, o bien ciudadanos a quienes se les había conestado la enfermedad y rompían el aislamiento.

Posteriormente, la realidad fue mutando de la mano de las nuevas decisiones administrativas, que además de prever las conductas del decreto 297/2020, se establecieron una serie de actividades exceptuadas al A.S.P.O., de a poco se dictaron nuevas prórrogas que fueron indicando nuevos grupos de personas que podían reiniciar sus funciones, al autorizarse cada vez más actividades. Todo indica, incluso por las palabras expresadas por Presidente de la nación, que este será el método con el que se instrumentará la reapertura.

<sup>8</sup> Ver el trabajo publicado por Schiopetto, Santiago, "Cambio de paradigma procesal a raíz del Covid-19. ¿El sentido común y la dogmática penal respetan el aislamiento social preventivo obligatorio o van de la mano?", disponible en: [https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=e9a8984a47e0e90a3878b94d12643ef4&hash\\_t=898e92e91f1ef85c48ca798585acf249](https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=e9a8984a47e0e90a3878b94d12643ef4&hash_t=898e92e91f1ef85c48ca798585acf249)

Ahora bien, no es posible soslayar que esta metodología de “reapertura”, nos va pasando de un modelo en el que las personas son libres de conducirse como prefieran, siempre que no realicen una acción prohibida, a uno en el que se les indica qué es lo permitido, al incriminar la realización de toda actividad que no se encuentre enmarcada dentro de las “permisiones” taxativas establecidas en los decretos y resoluciones dictadas al efecto.

Esta situación de apertura reglada determinó que los supuestos fácticos que originaran la intervención penal dejaran de ser solo aquellos casos en que se violaba el aislamiento obligatorio, es decir, los de infracción al D.N.U. 297/20, sino también empezaron a surgir casos de establecimientos que incumplían los protocolos de funcionamiento dictados por la autoridad administrativa competente y eran denunciados por los vecinos o provocaban la intervención policial (especialmente en actividades relacionadas con el ocio, la salud y las residencias geriátricas); personas que transitaban con permisos de circulación adulterados, personas que se escapaban de hospitales u hoteles donde se encontraban reclusos en razón de portar Covid-19, entre otros.

Desde la medianoche del 12 de marzo de 2020, bajo las previsiones del D.N.U. 260/20, los tribunales entendieron aplicable a las denuncias, las previsiones del artículo 202 del C.P. que establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

Con fundamento en que desde esa fecha las disposiciones del Ministerio de Salud y Trabajo recomendaban a la población que llegaba al país, proveniente de lugares con el virus, que debían mantenerse en cuarentena por 14 días para evitar contagios.

Así se dieron supuestos de personas que, en pleno viaje de retorno, informaban a las autoridades que tenían la enfermedad y falseaban los datos que se les requería para poder subir a cualquier nave de repatriación (barcos o aviones) e insertaban que se encontraban sanos en la declaración jurada obligatoria para viajeros dispuesta por el artículo 2.13.

La aplicación de la figura del 202 fue entendida como un delito de lesión con la necesidad de que, como consecuencia de la acción desplegada por el

sujeto activo, una o varias personas contraigan la enfermedad peligrosa y contagiosa, y se imputa a quien propague la enfermedad, lo que, como se explicará a continuación irremediablemente llevó a que se dictaran autos de mérito, al subsumir la conducta investigada en el artículo 205 del C.P.

También los tribunales entendieron que entre el delito de violación de medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la propagación de una epidemia y el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad del artículo 293, existía un concurso aparente y que, en virtud del principio de especialidad –ley especial deroga a la ley general–, debía primar la aplicación del artículo 205, al desplazarse el tipo secundario de desobediencia a la autoridad.

No se advierten resoluciones en las que se haya aplicación el 202 del C.P., ello entiendo porque, en un primer momento, no era posible determinar fehacientemente que alguien se hubiera contagiado por el accionar ilícito de los sujetos activos, entonces los juzgados debían mantener diferentes líneas de investigación según el rastreo que se efectuara de las personas que tuvieron contacto estrecho con los imputados, para poder efectuar una trazabilidad y, a partir de allí, concluir que el contagio había sido producido por el autor del delito.

Es importante reiterar en este punto la cantidad de casos que ingresaron al sistema judicial, por lo tanto estos “rastreos”, los que requieren una avocación exhaustiva del recurso humano y la recolección de infinitos datos, se hacen a la fecha de manera muy lenta por las condiciones propias de la pandemia y porque requieren sí o sí el transcurso del tiempo para determinar el contagio, por ello, aún en los tribunales, al menos federales de la capital federal, hay una gran cantidad de sumarios todavía no resueltos.

Así en situaciones que el imputado violó las medidas dispuestas en la emergencia, al ocultar su contagio a sabiendas de ello, resultaron conductas subsumibles en el artículo 205<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Ver, Juzgado Federal n° 9, causa n° 1407/20 del 27/4/20 “S, L A s/violación de medidas-propagación epidemia (art.205) y resistencia o desobediencia a funcionario público querellante: C.M.”.

En conclusión, lo anterior lleva a que en la práctica, ambas figuras (artículos 205 y 202 del C.P.) sean utilizadas de forma subsidiaria. Ello, en atención a las dificultades probatorias que existen para demostrar el vínculo de causalidad requerido entre la acción disvaliosa y el resultado exigido. Por lo tanto, debido al alto nivel de propagación de esta enfermedad creemos que la mayor parte de los casos seguirán siendo subsumidos en el artículo 205 del Código Penal.

En el segundo tramo de acciones penalmente relevantes que surgieron en la pandemia, regida esta vez por las disposiciones del D.N.U. 297/20, se revelaron nuevas modalidades que resultaron delictivas.

Ejemplo de ello, fue un gran número de denuncias, que ingresaron al fuero federal de la ciudad, formuladas por el titular de la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos cometidos en el ámbito del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (P.A.M.I.), contra los responsables de residencias de adultos mayores, por la posible infracción al artículo 205 del C.P.

Los hechos llegaban a su conocimiento a través de otras denuncias recepcionadas en dicha dependencia fiscal realizadas por familiares de abuelos residentes en los establecimientos, que manifestaban que las autoridades y el personal de las residencias geriátricas violaban los protocolos de control establecidos en virtud de la pandemia Covid-19, lo cual habría provocado el deceso de su pariente allí residente.

Estos hechos en estos momentos se encuentran siendo analizados a la luz del tribunal competente que debería intervenir en la investigación y existen resoluciones contrarias en ambas salas del fuero<sup>10</sup>.

La cuestión por resolver es si los protocolos de atención y previsión médica dictados por el Gobierno de la Ciudad priman sobre los lineamientos y obligaciones dictados por la Obra Social Nacional del

<sup>10</sup> CCCF, Sala I, CFP 3004/20 caratulada "Incidente de competencia en autos Residencia XX s/violación de medias de propagación de pandemia" del 03/08/2020, en la que se decide por la competencia del fuero nacional de la capital federal y CCCF, Sala II CFP 4788/2020/1/CA1 "Geriátrico xx s/incompetencia" del 20/08/2020.

P. A.M.I. a las autoridades de los geriátricos, entrando en discusión que normativa se aplica, entrando en juego dos reglamentaciones, una local y otra nacional.

Lo cierto es que, en estas denuncias, donde a través del incumplimiento de los protocolos respectivos se facilitó el ingreso de un virus tan nocivo para esa porción de la población vulnerable, está comprometido el interés de la nación.

Sin dejar de destacar que los protocolos de atención especial, como en casos de los geriátricos, elaborados por la Ciudad de Buenos Aires, son una estricta adaptación a los lineamientos generales de atención que fija la nación y en el caso particular de los geriátricos con afiliados a I.N.S.S.J.P., el cumplimiento de dichos protocolos es controlado por el Gobierno nacional.

Otros casos interesantes de destacar fueron aquellas infracciones que se producían en los barrios de emergencia, por ciudadanos residentes en dichos lugares, quienes por ejemplo se juntaban en las calles, escuchando música violando no solo el aislamiento obligatorio, sino también las normas relativas al distanciamiento social.

En las causas judiciales que tienen a esta fecha alguna resolución de mérito, se puede observar que, además del incumplimiento de las medidas sanitarias, se imputan otros delitos más graves que provocan la efectiva intervención policial.

En la mayoría de estos casos se resuelve enmarcando la conducta en una infracción al artículo 205 del C.P., y en algunos de ellos los defensores, la mayoría integrantes de la Defensoría Pública, han alegado la necesidad de aplicar resolución conjunta del Ministerio de Salud y del Ministerio de Desarrollo Social n° 2/2020 que establece las pautas generales de actuación de lo que se denominó el “aislamiento comunitario”. La citada resolución reconoce la necesidad de desarrollar estrategias de abordaje territorial específicas para ser implementadas en barrios populares con altos niveles de hacinamiento y manifiestas dificultades para llevar adelante el aislamiento domiciliario, por ello las defensas entendieron que dicha resolución podía resultar una eximente de la aplicación del artículo 205.



Frente a ello se entendió que si bien se debe cumplir un riguroso aislamiento el que se debe desarrollar en los domicilios respectivos, cuando los ciudadanos residan en zonas de hacinamiento en las que resulte prácticamente imposible de cumplir es posible un aislamiento comunitario.

Sin perjuicio de ello, habrá que determinar en cada caso en particular si ese aislamiento comunitario no pone en riesgo al resto de los habitantes<sup>11</sup> y especialmente a los adultos mayores que es el grupo vulnerable que la resolución aludida tiende a proteger.

También me gustaría comentar, que entre los interesantes planteos que efectuara la defensoría pública en las causas de Covid-19 se encuentra la constitucionalidad del artículo 205 del C.P., así defensores oficiales plantearon que la ley penal en blanco en dicha norma, ha sido complementada por un D.N.U. que tienen un componente penal, lo que se encontraría, explícitamente, prohibido por la Constitución Nacional (artículo 99, C.N., 3 párrafo, inc. 3), al ser una facultad indelegable del Congreso de la Nación, vulnerándose en estos casos el principio de legalidad.

Frente a ello, los tribunales<sup>12</sup> entendieron que el Poder Ejecutivo nacional se encuentra facultado para determinar el contenido de las medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia. Se afirmó que dentro del decreto que complementa a la norma, en este caso en particular, se enuncian de manera precisa cuáles son las actividades prohibidas y exceptuadas para lograr evitar la transmisión del virus, facultad que puede ejercer el P. E.N., al citar fallos de la C.S.J.N. en la que se interpreta el arbitrio del órgano ejecutivo.

Otros tribunales con competencia nacional también resolvieron sobre esta cuestión al señalar que la regulación gozaba de legitimidad,

<sup>11</sup> Fallo de la Sala II CCF en la causa 2271/20.

<sup>12</sup> “No puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida” (fallos 304:1898, 300:1318, 282:97, 280:25, 270:42; 246:345, entre otros).

razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo con los medios escogidos y los estándares que fija nuestra Constitución Nacional<sup>13</sup>.

Es importante destacar en este punto que posteriormente el Poder Ejecutivo, conforme surgía de las normas, remitió los decretos a consideración del Congreso de la Nación.

Finalmente, la mayoría de las denuncias que ingresaron bajo la vigencia de los D.N.U. y de las resoluciones administrativas fueron casos en que intervenía el personal policial, respecto de ciudadanos que violaban el A.S.P.O., en otros contextos distintos a los barrios vulnerables.

Así, por ejemplo, fueron demoradas personas que circulaban por la calle sin permiso alguno.

En general, los tribunales, al momento de decidir sobre el encuadre ilícito de la conducta en estos casos, entendieron que estas no importaban lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la salud pública y en algunos casos que no había existido una afectación significativa de este<sup>14</sup>.

Para fundamentar dichas resoluciones se utilizaron criterios orientados a los principios limitadores del derecho penal consagrados en la Constitución Nacional, de cuyo marco se deriva el principio de insignificancia, también se analizaba en el caso la forma en que circulaba el infractor, si iba con acompañante o no, qué lejos de su domicilio se encontraba, hacia dónde se dirigía. Por ello, si bien podía considerarse típico el hecho, entendieron que se trataba de una conducta de baja entidad criminal, cuya persecución resultaba irrelevante al destacar la necesidad de orientar los recursos hacia casos más graves.

Otros tribunales, frente a este tipo de casos, entendieron que el ciudadano no había obrado con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal previsto en el artículo 205 del C.P<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> CCCF - Sala I, CFP 3363/20/36/CA12 "M, J. R. y otros s/ proc. con pp y embargo" Juzg. Fed. n° 7 - Sec. n° 14.

<sup>14</sup> Juzgado Federal de Córdoba 3, causa 5041-20, caratulada "Gorosito, Luccas Alcides s/violación de medidas de propagación epidemia (art. 205)", del 11 de agosto de 2020.

<sup>15</sup> Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 8, causa n° 3648/20, "V.R. s/violación de medidas de propagación de Epidemia (art. 205)", del 20 de agosto de 2020.

## V. Conclusiones

Luego de explicar las normas que regularon las conductas penalmente relevantes en el marco de la pandemia del Covid-19 y como los tribunales actuaron en un primer momento frente a estas infracciones, todavía resta un camino largo para recorrer en la interpretación de las situaciones que fueron ocurriendo y se sucederán durante esta pandemia con alguna relevancia penal.

Frente a ello, los operadores judiciales al momento de decidir darle curso a estas investigaciones deben efectuar un análisis de razonabilidad entre las medidas adoptadas y los objetivos presuntamente perseguidos.

Al momento de interpretar los tipos penales y concretamente el 205 del C.P., como adelantara su aplicación debe estar condicionada a establecer una conexión entre la conducta ordenada o prohibida y la evitación del contagio de la epidemia.

Para otros casos, como por ejemplo aquellos de las demoras de ciudadanos en la vía pública sin permiso de circulación. El Ministerio Público Fiscal cuenta con herramientas procesales suficientes para aplicar el criterio de la insignificancia procesal, recuérdese que el 13 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, mediante la resolución 2/2019, dispuso la implementación para todo el territorio nacional del artículo 31 –entre otros– del Código Procesal Penal Federal. Conforme lo dispone dicha resolución (B.O. del 19/11/2019).

La referida norma indica los casos en los cuales el fiscal podrá prescindir de promover la acción penal. Así, dispone: “Artículo 31- Criterios de oportunidad. Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes *a. si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afecta gravemente el interés público...*”.

Al momento de aplicar estas normas se deberá tener en cuenta el contexto o la realidad social imperante. La oportunidad en la que se decida empezar a analizar uno a uno los sumarios acumulados deberá estar

precedida de la obligación de no entorpecer el delicado equilibrio entre el cuidado de la salud pública y la tolerancia a las medidas restrictivas.

Somos conscientes que derechos y garantías constitucionales han sido restringidos para atender la crisis sanitaria, entre ellos, el derecho al trabajo, al libre desplazamiento y a la libre asociación, por lo que hay un delicado contexto para llevar a la práctica el encausamiento de investigaciones penales, para un Poder Judicial que se encuentra funcionando en forma remota y muchas veces con personal reducido.

Finalmente, entiendo prioritario dirigir los recursos del Poder Judicial para la persecución de las conductas que se pueden considerar graves y que provocan un profundo daño en la sociedad, como son los casos de muertes provocadas a partir del incumplimiento de las medidas sanitarias pertinentes en lugares vulnerables como son los geriátricos y las defraudaciones contra el Estado, provocadas por la adquisición de manera ilícita de elementos para combatir la pandemia, principalmente cuando dichos elementos no resultan aptos para su uso.

# EL ARTÍCULO 205 DEL CÓDIGO PENAL Y EL “PELIGRO ABSTRACTO”

Por Daniel Rafecas<sup>1</sup>

## I. Introducción

En el contexto de la pandemia desatada en 2020, cobró especial relevancia para nuestra jurisprudencia, la interpretación en torno del artículo 205, C.P., que castiga con penas de hasta dos años de prisión a “... el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”, un tipo penal que, hasta la llegada de este contexto tan especial, prácticamente nunca había sido objeto de selección por parte de las agencias del sistema penal.

Como está claro que figuras jurídico-penales como la del artículo 205, C.P., apuntan en su núcleo típico directamente a la *violación* de normas, reglas o medidas establecidas (sin importar posibles resultados ulteriores), como suele suceder entre los delitos contra la salud pública, se dice entonces que se trata de un delito de peligro, más precisamente, de un “delito de peligro abstracto”.

Me interesa especialmente aprovechar la ocasión para regresar sobre esta categoría, a la luz de la doctrina y jurisprudencia recientes.

## II. Acerca de la constitucionalidad del “peligro abstracto”

Permítaseme adelantar mi opinión sobre el concepto del *peligro abstracto*: se trata de un concepto de corte autoritario y claramente inconstitucional, que así y todo se las arregló para mantenerse vigente por

<sup>1</sup> Profesor adjunto regular de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Profesor estable de la carrera de Especialización en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Rosario.

décadas en nuestro país, tal vez el concepto que más distorsión, daño y sufrimiento ha traído en el marco del funcionamiento de nuestro sistema penal formal.

Concepto este que, a la vista de su empleo constante y masivo, termina convirtiendo un sistema reservado para responder frente a los conflictos más graves, en una mera herramienta más de control social de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

El punto de partida para esta verdadera desgracia del saber penal comienza con la errónea afirmación, según la cual existirían dos clases de *delitos de peligro*: los delitos de *peligro concreto*, y los de *peligro abstracto*.

En esa línea de pensamiento, los *delitos de peligro concreto* serían aquellos en donde el legislador le exige al juez que establezca en el caso específico que la conducta realizada puso ciertamente en peligro el bien jurídico de que se trata; mientras que, en cambio, en los delitos de *peligro abstracto*, el legislador *presupone de antemano*, sin admitir prueba en contrario (*iure et de iure*) que la sola realización de la conducta, por parte del autor, consagra sin más no solo el encuadre típico, sino *también la puesta en peligro del bien jurídico* de que se trata.

Como lo definen Wessels/Beulke/Satzger en una obra reciente, “[l]os delitos de peligro abstracto se basan, por el contrario, en la presunción legal de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto de protección. Aquí la peligrosidad de la acción no es un elemento del tipo, sino solo el motivo del legislador respecto a la existencia del precepto, de modo tal que, por regla, el juez no tiene que probar que en el caso concreto se haya producido o no un peligro”<sup>2</sup>.

O bien, según Bacigalupo, habrá un *delito de peligro abstracto* “... cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido (...) sin necesidad de que ese peligro se haya verificado”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> *Derecho Penal, Parte General*, 2006, p. 17.

<sup>3</sup> *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi, 1999, p. 231.

Entonces queda claro: frente a *delitos de peligro abstracto* –como lo serían todos los “delitos de tenencia”– el juez se vería liberado de realizar el *juicio de subsunción* del caso respecto de la posible puesta en peligro del bien jurídico correspondiente, pues se presumiría jurídicamente que ello, de antemano, ya habría sido así afirmado por el legislador, de modo previo y general, esto es, para todos los casos<sup>4</sup>.

Así, la mera realización de la conducta típica por parte del autor (activa u omisiva), pondría en peligro *per se* el bien jurídico, por lo que bastaría, para la agencia judicial, con la constatación de la conducta, para afirmar la tipicidad objetiva –incluido el aspecto del *disvalor de resultado*, presupuesto directamente por el legislador–.

Por ejemplo, la sola confección de un documento público que se deduce falso, la mera tenencia de elementos prohibidos, el mentir en una declaración juramentada, entre muchos otros casos, relevarían al juez de efectuar el análisis propio de la lesividad, porque se trataría de *delitos de peligro abstracto*.

El repudio a la existencia de esta clase de figuras en el marco de un derecho penal liberal no es nuevo. Hace un siglo, fue Karl Binding quien lideró una nutrida constelación de juristas que se opuso enfáticamente a su admisibilidad: “La puesta en peligro sería a menudo difícil de probar, por lo cual el legislador vería siempre la existencia de peligro como acciones normalmente peligrosas; el legislador en tales casos emplearía una presunción *juris et de jure* respecto de la peligrosidad del comportamiento: este no sería peligroso en concreto, sino abstractamente (...) mediante la presunción, un gran número de hechos no delictivos terminaría incluso en el ámbito de lo delictivo”<sup>5</sup>, presagio este

<sup>4</sup> En tal sentido, se sostiene que en los delitos de peligro abstracto “... los indicios de la peligrosidad se encuentran recogidos de forma vinculante en la misma ley, mientras que en los delitos de peligro concreto la concurrencia del peligro, como elemento del tipo, debe ser constatada por el juez”, *cf.* Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Comares, p. 238.

<sup>5</sup> La cita textual, publicada en 1922 (tras la muerte de Binding, en 1920), proviene de Bacigalupo, 1999, p. 233. Binding recogió a su vez la proclama del jurista alemán Alois von Brunz, quien ya en 1857 sostenía, en clave liberal, que “la infracción de

que, lamentablemente, se cumplió con creces a lo largo de las siguientes décadas y hasta nuestros días.

Eran los tiempos en donde los *fines ético-sociales* como fin del derecho penal aún no habían hecho su entrada en la historia de nuestro saber.

Pues bien, habremos de señalar, que el concepto según el cual existirían *delitos de peligro abstracto*, es inconstitucional, en tres aspectos:

– En primer lugar, *porque afecta gravemente el equilibrio republicano entre los poderes del Estado*, al atribuirle facultades judiciales al órgano legislativo, ya que el análisis de relacionamiento entre la conducta, el tipo penal y el bien jurídico en cuestión es tal vez la tarea primordial y central del juez penal, y debe ser efectuado en cada caso en concreto sin excepción, para asegurar la plena vigencia de las tres garantías constitucionales en juego encomendadas a la agencia judicial: legalidad, lesividad, culpabilidad.

– En segundo lugar, la lógica del *peligro abstracto* es abiertamente inconstitucional porque ignora la garantía de lesividad, que exige la verificación concreta y real, en todos los casos penales sin excepción alguna, por parte del órgano judicial, de que la conducta típica ha tenido algún tipo de trascendencia a terceros, en el sentido de que ha afectado o, al menos, puesto en peligro, de un modo mínimamente atendible, el bien jurídico de que se trate.

Este juicio, propio de la labor judicial, es ineludible, ya que es a través de este examen que someteremos cada caso penal al *test de lesividad*, por medio del cual comprobaremos si se supera o no la exigencia establecida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que exige básicamente que las conductas punibles sean solo aquellas que afectan o ponen en peligro los bienes jurídicos de alguien, caso contrario tal suceso quedará amparado en el *principio de reserva constitucional* y, como tal, *exento del alcance de la autoridad de los magistrados* y del poder punitivo estatal.

---

una ley es ya un mal en sí misma; pero la ley de cuya infracción no surgiera ningún otro mal que el de la propia infracción sería ella misma un mal”, así como también de Ernst Beling, quien en 1906 afirmaba que tales delitos “carecen de toda existencia justificada” (ibídem).



Además, desde la perspectiva de la filosofía del derecho y la teoría de las normas, “... no verificar en cada caso si la acción es realmente perjudicial o peligrosa...” –afirma Nino–, “... hace que el respeto de los individuos hacia la ley penal se reduzca, deteriorando, en última instancia, el efecto disuasor de la pena. Evidentemente, cuando la gente llega a advertir que se penalizan acciones que son inocuas (...) por el mero hecho de que violan ‘la letra de la ley’, se oscurece la percepción de las razones para apartarse de cierto curso de acción que inspiraron la sanción de la ley”.

Así, también desde esta otra perspectiva, el juicio de atribución penal “... debería aplicarse de una manera que implicara verificar que el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir se haya producido en el caso concreto”<sup>6</sup>.

En este mismo sentido, sostiene Muñoz Conde que el *peligro abstracto* es un concepto recusable, puesto que, en definitiva, a través de esta construcción teórica, se pretende sancionar “... la simple desobediencia a la norma, sin ofensa ni puesta en peligro alguna al bien jurídico correspondiente”. Justamente, agrega el jurista de Sevilla, que “... para evitar estos excesos debe tenerse en cuenta siempre el principio de intervención mínima y la idea (...) según la cual solo la lesión o la puesta en peligro efectivos de un bien jurídico puede ser sancionada con una pena”<sup>7</sup>.

En la misma línea, sostienen Zaffaroni/Alagia/Slokar, que existen dos vertientes discursivas que procuran legitimar el peligro abstracto: “... para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure*; para otros, se trata de tipos en los que basta 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 (...) no pasan de ser meras desobediencias a la administración”<sup>8</sup> y como tal, punibles en el ámbito infraccional administrativo, del cual nunca debieron salir.

<sup>6</sup> *Teoría Constitucional del Delito*, Depalma, 1980, p. 311.

<sup>7</sup> *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 87.

<sup>8</sup> *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 469.

También Rusconi se enrola en esta postura abiertamente crítica, cuando afirma que “.. al legislador le ha parecido sumamente atractivo adelantar tanto la criminalización que ni siquiera deba esperar ese peligro expresado en el caso (...) La tendencia (...) de acudir a la forma del peligro abstracto (o sea, inexistente) ha terminado por erosionar el límite conceptual entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Ya que, obviamente, en ambas estructuras, entonces, solo se castiga el incumplimiento de una norma de carácter administrativo”<sup>9</sup>.

Para estos autores, la lógica del peligro abstracto solo puede sostenerse “.. en violación al artículo 19 constitucional que consagra el principio de libertad negativa o reserva. Por esta razón quedan excluidos los cursos de acción que solo revelan una posibilidad de afectación abstracta, en los que no se hace más que usar un discurso pretendidamente tutelar de los bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva”<sup>10</sup>.

Respecto de este evidente déficit en cuanto al cumplimiento del principio constitucional de lesividad, los *delitos de peligro abstracto* tienen un punto en común con los *delitos de pura actividad*<sup>11</sup> y es que, como supuestamente el resultado se produce con la sola realización de la acción, *no hay espacio alguno para considerar situaciones de insignificancia* en la lesión/puesta en peligro (según sea el caso) del bien jurídico vinculado al suceso.

<sup>9</sup> Cfr. *Derecho Penal*, Ed. Ad Hoc, 2007, p. 20. Es más, ni siquiera podríamos satisfacer la primera regla para la afirmación de la imputación objetiva: “La exigencia del riesgo ya cuestiona u objeta la posibilidad de la tipicidad de los delitos llamados de peligro abstracto, definidos de tal modo que el peligro se encuentra presupuesto, legislativamente, *iure et de iure*, para esa clase de acciones”. Concluye este autor, con toda razón, en una frase tan clara como básica y elemental de la teoría del injusto: “sin un riesgo jurídicamente desaprobado mínimo o de base, no hay tipicidad” (cfr. 2007, p. 183).

<sup>10</sup> Ídem, p. 775. Similar es la postura de Silvestroni, para quien los delitos de peligro abstracto “.. no pueden ser admitidos en un derecho penal basado en el principio de lesividad. La mera presunción de que ciertas conductas pueden afectar a terceros no basta para legitimar la injerencia punitiva si esa afectación no se produce realmente en el caso concreto” (*Teoría Constitucional del Delito*, Del Puerto, 2004, p. 207).

<sup>11</sup> Cfr. Mir Puig, *Tratado de Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1995, p. 224, Bacigalupo, ob. cit., p. 314.

En este punto, las críticas dirigidas a la supuesta existencia de los *delitos de peligro abstracto* resultan similares a las que habremos de efectuar más adelante a la de los *delitos de pura actividad*, en especial, en cuanto a que ambas se caracterizan por ser un adelantamiento en el juicio de conexión entre la conducta, el tipo y el bien jurídico por parte del órgano legislativo del Estado, lo cual resulta violatorio del modelo republicano de gobierno.

*Peligro abstracto* y *pura actividad* se emparentan también en cuanto pretenden relevar al órgano judicial de tener que efectuar la necesaria vinculación entre la conducta del autor y la real afectación/puesta en peligro del bien jurídico, con los riesgos que ello conlleva en términos de ampliación del ejercicio del poder punitivo del Estado, debido a la cancelación en estos casos, del filtro constitucional de la exigencia de lesividad<sup>12</sup>.

Es más, los delitos de peligro abstracto generan rechazo no solo porque renuncian a la exigencia lesiva y, por ende, a su prueba de causalidad —lo que elimina de este modo filtros exigibles frente a la pretensión punitiva del Estado—; sino porque, mínimamente, como sostiene Cornelius Nestler, despiertan una cierta sospecha de engaño, al aparentar una utilidad mayor de la que en realidad puede prestar.

Como afirma Herzog, el reconocimiento de la existencia de esta clase de delitos responden, ante todo, a un intento de contrarrestar una creciente sensación de inseguridad en la población, que los deslegitima con carácter general.

Finalmente, los delitos de peligro abstracto *resultan incompatibles con la garantía de culpabilidad* ya que, como afirmara Arthur Kaufmann en 1966, la falta de relevancia del peligro para decidir sobre la tipicidad del comportamiento trae como consecuencia que no beneficiaría al autor suponer que su acción no representa peligro alguno: “De esta manera también la culpabilidad se presume sin prueba en contrario o, inclusive,

<sup>12</sup> En coherencia con lo aquí sostenido, haremos lo propio oportunamente, al tratar esta clase de delitos, considerados como *de pura actividad*, que se encuentran ciertamente en el ocaso en el panorama doctrinario actual.

es fingida”, cita que trae a colación Bacigalupo<sup>13</sup>, quien reconoce que “las críticas fundadas en el principio de culpabilidad no han encontrado hasta ahora una solución adecuadamente formulada”<sup>14</sup>.

Es decir, que la presunción *juris et de jure* de la cual se parte para forzar en todos los casos la imputación allí cuando se trate de un *delito de peligro abstracto*, no solo atañe al ámbito de la tipicidad (*principio de lesividad*), sino que también se extiende al ámbito donde se decide la formulación del reproche personal al autor por su supuesta falta de motivación en la norma prohibitiva (*principio de culpabilidad*), que pasa a ser una ficción en los casos antes señalados.

¿Por qué decimos que millones de personas sufrieron persecución penal merced a esta concepción del *peligro abstracto*?

Se arriba a esa conclusión con solo considerar que todo delito de *tenencia* es considerado *delito de peligro abstracto*. Y ya sabemos, a esta altura del siglo XXI, que la mera posesión de un objeto no presenta, en sí misma, peligro alguno. Dicha posesión solo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto.

Y sabemos que entre ellos, la figura de la *tenencia de estupefacientes para consumo personal* prevista en el artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737, ha sido –y sigue siendo– la figura penal esencial para que las agencias policiales ejerzan control social sobre los sectores sociales más postergados.

Ello, pese a que por imperio de lo que establece el artículo 19, C.N., “una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, excluyéndose, entre esos intereses, las meras preferencias de los demás

<sup>13</sup> Bacigalupo, ob. cit., p. 234

<sup>14</sup> Ídem, p. 237.

acerca del modo de vida que el agente debería adoptar. Esta caracterización es considerablemente vaga, pero, aun así hace posible encarar con cierta soltura el caso de la drogadicción”<sup>15</sup>.

En un proceso penal que llegó a la instancia de juicio oral en un tribunal federal de la provincia de Buenos Aires, al autor se le imputaba precisamente este delito (por llevar consigo un gramo de marihuana y otro gramo de cocaína). En esa ocasión, la jueza Larrandart, sostuvo: “Consideramos que el artículo 19 de la C.N. contiene las exigencias mínimas de lo injusto penal: la prohibición previa de una acción que exceda la esfera de la privacidad para ofender el orden público, la moral pública o perjudicar a terceros (...) Este requisito es base angular de nuestro sistema penal e importa entender la seguridad jurídica, a la que el derecho penal concurre a sostener, como algo distinto a la mera satisfacción de imperativos abstractos cuya violación está amenazada con pena por el solo hecho de vulnerar un presunto derecho subjetivo del Estado (...) Por ello, en nuestro derecho no existen conminaciones penales abstractas, en el sentido de que no es posible la punición con independencia de si la conducta incriminada ha sido o no atentatoria –por lesión o por peligro– del bien jurídico directa y específicamente protegido por la tipificación penal. Es necesaria la afectación de bienes de terceros”. Así, “[e]l artículo 14 de la ley 23.737, como cualquier otra figura penal, no preceptúa que producido el hecho (...) deba darse por sentado el peligro para el bien jurídico (...) Tampoco que así deba presumirse salvo prueba en contrario (...) Adherir a esa interpretación importaría abrir una riesgosa compuerta por la que podrían filtrarse en el derecho penal criterios desnaturalizadores de la esencia, espíritu y letra del artículo 19, C.N. (...) Una ley o una interpretación judicial que consagre la presunción de peligro para el bien jurídico (...), no permitiría al juzgador pronunciarse sobre si ese peligro realmente existió en el caso concreto, acorde con sus circunstancias, no respetaría el principio de razonabilidad. El artículo 19 de la C.N. y los principios constitucionales de inocencia y de razonabilidad obligan a no admitir una presunción de peligro, una ficción

<sup>15</sup> Nino, ob. cit., p. 755.

de peligro, para el bien jurídico (...) A su vez, esos principios obligan [al órgano judicial] a juzgar la existencia del peligro para el bien jurídico atendiendo a la demostrada presencia, en el caso concreto, de un peligro 'razonable' y no de cualquier riesgo por remoto que fuere"<sup>16</sup>.

A ello, se suman otras figuras de tenencia, como la posesión de un puñado de billetes falsos, o de alguna mercadería en violación a las leyes de propiedad intelectual. En la mayoría de estos casos, que ingresan al sistema penal formal de a miles, prácticamente ninguno de ellos superan el *test de lesividad*.

Su escasa o nula significación penal, su mínima entidad los hacen más propios de respuestas contravencionales o de faltas, que de delitos penales. La habilitación de poder punitivo en todos estos casos supone castigar a personas por conductas intrascendentes desde la perspectiva de terceros y sus bienes jurídicos, considerados en forma individual o colectiva.

Pese a ello, ¿cuál es el argumento formal para presentarlos ante la justicia criminal? El *peligro abstracto*.

He aquí la razón de la asombrosa vigencia hasta nuestros días de este concepto: es el argumento clave que permite sostener este inmenso ejercicio de control social que recae cotidianamente sobre ciertos sectores de la población, a quienes se pretende criminalizar con motivo de comportamientos que carecen de la más mínima relevancia penal desde la óptica del *disvalor de resultado*.

Pensemos en los ya mencionados *delitos de peligro* que consisten en un *adelantamiento de la punición* a situaciones en sí misma inocuas, pero que más adelante en la cadena causal podrían eventualmente generar afectaciones a terceros: la lógica del *peligro abstracto* resulta sumamente funcional para imputar por este tipo de figuras, ya que el órgano judicial, como ya se dijo, *se vería relevado de efectuar el análisis de mínima proximidad causal con la real puesta en peligro del bien jurídico*.

Ello ya sería así afirmado (de antemano y para todos los casos) por parte del legislador, lo cual entonces, garantizaría la criminalización de la

<sup>16</sup> Cfr. TOCF 1 San Martín, 1/6/1994, causa n° 113.

conducta: un éxito para la agencia policial, y mucho menos trabajo para la burocracia judicial, que con rutinaria indolencia, gracias a la cultura del *peligro abstracto*, esquivaba la exigencia constitucional de lesividad, para así afirmar la tipicidad, el injusto, la culpabilidad y la pena respecto de estos casos.

Por supuesto, los que pierden en este proceso son el imputado (que en verdad realiza una conducta sin ninguna trascendencia a terceros y, por lo tanto, no punible), las libertades ciudadanas, la vigencia de principios constitucionales, y el derecho penal/constitucional en su conjunto.

En cambio, si todo el sistema penal tuviera la consciencia y la responsabilidad de reconocer la existencia del principio constitucional de lesividad, y la división de poderes como cuestión básica del sistema republicano, todos los operativos, detenciones y sumarios penales que inundan los tribunales de justicia criminal, con casos que carecen de trascendencia alguna a terceros, no existirían.

### III. El peligro abstracto y los delitos cumulativos

Para intentar refutar estos argumentos, en especial en el ámbito de los delitos de bagatela medioambientales, se construyó el criterio de los *delitos cumulativos*, y así procurar sostener relaciones de peligro entre conductas en sí mismas absolutamente insignificantes (el famoso vertido de un balde en un río) y la preservación del medio ambiente como bien jurídico global.

Según esta propuesta, acuñada por Lothar Kuhlen en 1986, los comportamientos singulares insignificantes, serían "... fragmentos de un mosaico de futuras acciones hipotéticas cuya suma puede conducir..." a una puesta en peligro concreta del bien jurídico, cuestión esta que está más allá del alcance de la culpabilidad por el hecho, y en este respecto, resulta inconstitucional, por lo que tipos penales basados en este tipo de razonamiento "deberían desaparecer sin excepción" de la legislación penal.

Como mucho, esa clase de conductas serían llevadas, según el caso, al ámbito contravencional o al sistema administrativo de faltas, para evitar

así la criminalización de una enorme cantidad de personas, y permitir de este modo, que el sistema de administración de justicia penal pueda dedicar sus recursos a perseguir y castigar los delitos que realmente pueden conmover al medio ambiente, a otros bienes jurídicos relacionados y, en definitiva, al tejido social<sup>17</sup>.

Pese a estas razones, bastante evidentes, la cultura penal del *peligro abstracto* sigue gozando hasta la actualidad de buena salud. No importa que borre de un plumazo la vigencia de una garantía constitucional. No importa que suprima la tarea fundamental del órgano judicial. Mucho menos habrá de importar que gracias a este infausto concepto, se haya perseguido penalmente en forma masiva de un modo inconstitucional e infundado... pese a que las épocas de autoritarismo han quedado atrás, este instituto del *peligro abstracto*, tan funcional a aquellos tiempos pasados, sigue aplicándose cotidiana y rutinariamente en nuestros tribunales penales...

Desde el derecho penal liberal, debemos ser claros en repudiar la pervivencia de este concepto. Y debemos aclarar que este problema que estamos desarrollando no atañe a la forma en que el legislador construye los tipos penales, en este caso, los *delitos de peligro* –relacionados con bienes jurídicos colectivos–, sino que el problema está en la interpretación que se efectúa de algunos de ellos en la agencia judicial, como si fueran de *peligro abstracto*.

Un ejemplo de notable actualidad a partir de la pandemia global sufrida en 2020, tiene que ver con lo que establece el artículo 205, C.P. (que castiga con pena de hasta dos años de prisión a quien “violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”): la lógica del *peligro abstracto* conllevaría la potencial criminalización de cientos de miles de personas; el atenerse al *peligro concreto* como única forma aceptable de *delito de peligro*, en cambio, solo habilita ejercer poder punitivo en los casos

<sup>17</sup> En efecto, frente a esta clase de legislación penal simplemente estamos ante la penalización de la desobediencia administrativa –esto es, ante las tradicionales contravenciones–, cuya incorporación al derecho penal solo puede servir para magnificar tal desobediencia.



puntuales en donde verdaderamente se puede apreciar un peligro serio, real, y concreto a la salud pública como bien jurídico a partir de la realización de la conducta típica.

En definitiva, no es inconstitucional la construcción de tipos de peligro, lo inconstitucional es considerarlos como si fueran de *peligro abstracto*. En verdad, todos los delitos de peligro deben ser considerados *delitos de peligro concreto*, y respecto de toda conducta que pretenda enmarcarse en un delito de peligro, debe efectuarse judicialmente el *juicio de subsunción* correspondiente, incluido el análisis y justificación argumental de la puesta en peligro *en concreto* del bien jurídico, para determinar si el supuesto de hecho supera o no el *test de lesividad* mínima aceptable, y así poder conformar el *disvalor de resultado* propio de todo injusto penal<sup>18</sup>.

En el caso de los delitos de tenencia, puede admitirse entonces la posible criminalización de ciertos tipos, como en los casos de armas de guerra, explosivos u otros similares, frente a los cuales solo cabrá apreciar un peligro para el bien jurídico en aquellos casos en que el poseedor mismo conciba la posesión como preparación de una actuación delictiva, lo que significa que tan solo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de tenencia, aunque siempre al tener presente que se trata de casos extremos, de adelantamiento de la punición, por parte del legislador penal, de actos preparatorios o de participación en delitos de otros que se hallan en fase preparatoria.

En suma, hablar de *delitos de peligro concreto* vendría a ser una redundancia, ya que en el marco de un derecho penal respetuoso del principio constitucional de lesividad, *frente a todos los delitos de peligro debe verificarse, en concreto, la correspondiente puesta en peligro del bien jurídico implicado*.

Por lo tanto, en esta línea de pensamiento, debe abandonarse la clasificación según la cual existirían *delitos de peligro concreto* y *delitos de peligro abstracto*.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, Zaffaroni/Alagia/Slokar: "En cada situación concreta debe establecerse [por parte del juez] si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva" (2000, p. 469).



# PANDEMIA, CONTROL SOCIAL Y LIMITACIÓN DE DERECHOS

*Por Andrés Ricardo Pennisi<sup>1</sup>*

## **I. Planteamiento de un interrogante**

El objetivo de la presente exposición es plantear un interrogante en torno a las consecuencias jurídicas que trae aparejada la pandemia producida por el virus Covid-19 en los actuales sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales de Derecho como consecuencia de las medidas de control social adoptadas, dado que en muchos casos exceden el marco constitucional de los ordenamientos jurídicos de los países en los que se aplican.

Existen problemas complejos y globales que generalmente no son parte de las agendas políticas de los Estados, los que, cuando se desborдан, ponen en evidencia las grandes carencias en las que se encuentran sus estructuras y que, generalmente para cubrirlas utilizan la respuesta punitiva como primera reacción para brindar una solución rápida y generalmente poco eficiente.

Tal es el caso del cambio climático, los peligros de conflictos nucleares, el crecimiento de la pobreza, el drama de las grandes migraciones y, actualmente, el problema de una pandemia de escala mundial sin precedentes, al menos en lo inmediato, que trajo aparejado como consecuencia una gran flexibilización de los derechos individuales garantizados en las constituciones en pos de cubrir las carencias estructurales de los sistemas sanitarios de los Estados capitalistas modernos que, por lo general, en su afán liberal por limitar al máximo la intervención del Estado, dejaron

<sup>1</sup> Profesor adjunto por concurso de Derecho Penal Parte General de la Universidad Nacional de Rosario. Abogado especialista en Derecho Penal por la misma Universidad.

en manos privadas el monopolio de la salud y generaron una gran desinversión en el sistema de salud pública, circunstancia que la tornó altamente deficitaria y sin estructura para afrontar una pandemia de estas características, a su vez, las empresas privadas de salud canalizaron todos sus esfuerzos e inversiones en tecnología dirigida a la supuesta prevención de enfermedades, y ofrecen un gran abanico de estudios complejos para detectar infinidad de enfermedades, pero sin contar con gran cantidad de camas ni respiradores como los requeridos en el presente contexto.

Estos problemas ya los puso de manifiesto el jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien sostiene, conjuntamente con un movimiento de juristas, que es necesario crear un constitucionalismo planetario que regule justamente estas cuestiones globales de las cuales ni los Estados individuales, ni sus constituciones se hacen cargo, y que son problemas de cuya solución depende la supervivencia de la humanidad. “De esta banal constatación, nació hace un año la idea de dar vida a un movimiento político –cuya primera asamblea tuvo lugar en Roma el 21 de febrero– dirigida a promover una Constitución de la Tierra, que instituya una esfera pública internacional a la altura de los desafíos globales y, en particular, funciones e instituciones supranacionales de garantía de los derechos humanos”<sup>2</sup>.

Pues el año 2020 nos tomó por sorpresa sin una constitución internacional, con pocos instrumentos y estructuras sanitarias específicas para afrontar una pandemia, y con una respuesta de política criminal casi primitiva, recurrir al poder penal –el cual en la teoría dogmática de los juristas es de ultima ratio y fragmentario– y al control social, como principal herramienta para cubrir las carencias sanitarias de los Estados.

El interrogante es dilucidar si son legítimas y acorde a derecho las medidas de aislamiento y control adoptadas por los Estados y cuál es el discurso utilizado para su legitimación.

<sup>2</sup> Nota online realizada al Jurista Luigi Ferrajoli en el diario *El País* titulada “Luigi Ferrajoli, filósofo: ‘Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata’”. Disponible en: <https://elpais.com/ideas/202003-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberaniainsensata.html>

Independientemente de lo dicho, desde ya adelantamos que una pandemia de tal magnitud como la presente debe ser abordada y contenida desde distintos ámbitos referentes principalmente a la salud, y a políticas de contención social, sin recurrir como primer medida a las limitaciones de derechos y la utilización del poder punitivo.

## **II. En torno a las medidas de aislamiento adoptadas**

Tal como adelantamos en el punto anterior, se recurrió al sistema penal para la persecución de incumplidores de rigurosas regulaciones sanitarias y a la judicialización en los casos de incumplimiento de las pautas administrativas impuestas por la autoridad, lo que generó una nueva forma de estigmatización de ciudadanos que anteriormente eran ajenos al sistema penal, a la vez que un gran número de personas de alguna manera u otra cayeron bajo la lupa de una masiva criminalización secundaria.

En este punto nos adentraremos en la naturaleza y análisis de algunas de las medidas limitadoras de derechos adoptadas para cubrir las carencias estructurales de los sistemas de salud deficitarios.

En rasgos generales, la mayoría de los Estados europeos como así también sus pares latinoamericanos, tomaron como principales medidas las vinculadas con el cierre de las fronteras, la restricción de circulación de los ciudadanos por el territorio nacional, el encierro preventivo, la prohibición de reuniones sociales y afectivas, el cierre temporal de la actividad económica, el control de la circulación de los ciudadanos por la calle y la solicitud de determinadas autorizaciones para poder salir o circular, a lo que se suman sanciones penales de multa o encierro para las personas que incumplen estas imposiciones.

Estas medidas generaron un gran aumento del poder de policía y del control social en la vida cotidiana de los ciudadanos.

Evidentemente, muchas de estas disposiciones chocan de plano con los estándares básicos del Estado Constitucional de Derecho, dado que, si le buscamos una forma jurídica a estos institutos que sea compatible

con algunas de las reguladas en las leyes de los distintos ordenamientos, muchos de ellos serían equiparables a penas que se aplican a ciudadanos que son condenados por la comisión de algún tipo de delito y por la afectación de algún bien jurídico específico; luego de haber transitado un proceso penal en el cual se probó con grado de certeza la culpabilidad de una persona.

Para brindar un somero ejemplo, en el supuesto de los encierros preventivos, generalmente por 14 días, para personas que son asintomáticas, y por el mero hecho de haber estado en contacto con personas sospechosas o por haber viajado a lugares donde hay circulación del virus, o solamente porque así lo estima eficaz la autoridad sanitaria, la forma jurídica equiparable a esta circunstancia sería la de la detención domiciliaria, la cual se aplica en los sistemas jurídicos democráticos como consecuencia de una condena o una prisión preventiva.

Es decir, este tipo de manifestaciones de control social, con su correlato, ejercicio de poder punitivo, sin que exista siquiera un estándar mínimo de afectación a un bien jurídico y proceso judicial previo, comienzan a hacerse cotidianas y a normalizarse en el día a día de los ciudadanos de la pandemia, lo que implica en materia de derechos constitucionales un gran retroceso.

En un Estado de Derecho, para llegar a la aplicación de algún tipo de medida que implique la privación de la libertad se debe respetar el derecho penal de acto, el principio de lesividad, el principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad entre otros, y se debe transitar un juicio que garantice el debido proceso previo establecido en las constituciones. En su defecto, para personas sobre las que no pesa condena penal, pero existe imputación de supuesta comisión de un delito, existen los institutos de prisión preventiva y sus morigeraciones, como pueden ser la detención domiciliaria o cualquier otro tipo de medida alternativa al encierro.

Evidentemente la aplicación de las medidas adoptadas por los Estados en el marco de la pandemia configura grandes restricciones a la libertad individual sin que se respeten muchas de las garantías antes descriptas, lo que da lugar a una nueva dimensión del alcance de los derechos individuales, que es justamente lo que nos debe dejar en alerta.

### III. Nuestro programa de derechos humanos y las medidas restrictivas adoptadas

Las medidas de control social y las limitaciones de derechos referidas en el punto anterior son producto de una clara decisión de política criminal mediante la cual se intenta disminuir la circulación de personas por fuera de sus domicilios y limitar los vínculos sociales y familiares para evitar la circulación del Covid-19 y de esta manera compensar el déficit de los colapsados sistemas de salud.

Es interesante resaltar que la política criminal solo puede tomar la rienda del ejercicio del poder punitivo hasta el punto de no avasallar los límites del propio Estado Constitucional de Derecho y sus axiomas fundamentales.

Tal como sostiene Luigi Ferrajoli<sup>3</sup>, un determinado derecho penal está justificado si y solo si, y en la medida en que, se satisfagan efectivamente las garantías de las que está dotado y que lo diferencian de los sistemas de control no penal. La justificación del derecho penal en base a este paradigma, o sea la respuesta punitiva clásica a la pregunta de “si y por qué castigar” depende, en efecto, de la exigencia y la efectividad del conjunto de garantías –penales y procesales–.

Precisamente, si se admite que se pueda limitar derechos fundamentales como el de libre circulación, libre reunión, obligación de permanecer recluido, entre otros, lo que equivale a un claro ejercicio de poder punitivo, sin que exista juicio alguno ni afectación concreta a un bien jurídico, motivado en una presunción de riesgo de fomentar contagios de Covid-19, sin que siquiera se acredite peligro en los casos concretos, se avasallan principios o axiomas fundamentales del derecho penal liberal que se encuentran regulados en nuestra constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, la interpretación jurídica que realicemos de estas limitaciones debe recurrir a la integración con las pautas filosóficas, políticas y éticas que fueron producto de la ilustración, el derecho natural,

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

la costumbre internacional y que luego se positivizaron con el constitucionalismo y con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y que mediante los tratados internacionales de derechos humanos tomaron nuevo vigor.

Tal como refiere Luigi Ferrajoli, "... entre ciencia penal y filosofía jurídica existe siempre –o mejor, debería existir– una relación esencial entre ambas. Porque el derecho penal, o bien cumple con la exigencia de dotarse de una cimentación axiológica, y por ello filosófico-política, o bien corre el riesgo de quedar reducido a pura técnica de control social y policial. Del mismo modo que, a la inversa, o bien la filosofía jurídica se compromete con los grandes temas de las libertades y de la fundamentación y la crítica ético-políticas del derecho y de las instituciones existentes, comenzando por las instituciones represivas del derecho penal y procesal, o bien está condenada a quedar en una estéril evasión académica"<sup>4</sup>.

Vale decir que el paradigma constitucional como programa de derechos humanos ha impactado en el discurso jurídico argentino, fundamentalmente a partir de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación asume el control de convencionalidad y se produce la nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos conformando un sistema único de derecho.

En el marco desarrollado, en el presente punto intentaré realizar un abordaje del tema a partir del derecho internacional de los derechos humanos y sus axiomas fundamentales.

En tal sentido interesa resaltar la completa y acertada sistematización que realiza el Dr. De Luca de las pautas que establece el derecho internacional de los derechos humanos para que se pueda limitar derechos en un Estado democrático respetando sus axiomas fundamentales, en tal sentido sostiene que "... toda restricción de derechos, (...) *aun calificados de legales*, pueden reputarse como incompatibles con el respeto de los

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado Constitucional de Derecho", *Lectio doctoralis* presentada al recibir el doctorado *horis causa* en la Universidad de la UBA, en NDP 1998-A, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 63/72.



derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad...”<sup>5</sup>.

*En su presentación como Amicus Curiae ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Schifrin, Marina s/ recurso de queja”, Claudia Martín y Diego Rodríguez Pinzón, por la Academia de Derechos Humanos del Washington College of Law de la American University, y Víctor Abramovich, por el Centro de Estudios Legales y Sociales, proporcionan una sustanciosa síntesis de los requisitos que, para los tribunales internacionales de Derechos Humanos, deben revestir las leyes de todo tipo y especialmente las penales (Corte Suprema, causa S.2682 –XXXVIII– “Schifrin, Marina”, dictaminada por el procurador fiscal el 10 de noviembre de 2003, y suspendido su trámite por la Corte el 29 de noviembre de 2005 a los fines de tramitar la posible prescripción de la acción penal, sin resolución sobre el fondo del caso).*

*El artículo 29, a) de la CADH establece que dicho Pacto no puede ser interpretado de manera tal que se permita a los Estados o a las personas “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.*

*El artículo 32.2 establece que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.*

*El sistema opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n° 5, párr. 65). Y se determinan una serie de reglas para limitar los derechos.*

*Los derechos de los demás y las necesidades colectivas en una sociedad democrática, deben ser la guía necesaria para establecer limitaciones a los derechos contenidos en la CADH. El artículo 30 de la Convención señala*

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gangaram Panday vs. Surinam”, sentencia del 21/1/1994.

que las restricciones autorizadas deben ser aplicadas conforme a las leyes y atender al interés general.

La noción de “interés general” en el artículo 30 no es un concepto vacío que pueda ser llenado por criterios particulares del intérprete. La Corte Interamericana caracteriza los conceptos de “orden público” o “bien común” del artículo 32.2: “esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (OC-5, párr. 67, y CorteIDH, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A n° 6, párr. 31).

Entonces, las limitaciones deben cumplir las siguientes condiciones:

a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que ha sido permitida;

b) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”.

La Corte Interamericana ha señalado sobre este particular que “La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad. Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”,

que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común” (CorteIDH, OC-6/86, citada, párr. 32).

c) Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas” (CorteIDH, OC-6, párr. 18).

Las limitaciones a derechos de un tratado de derechos humanos deben ser interpretadas en forma restrictiva de manera que esos derechos no sean limitados más allá de lo requerido (Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos (1997) en *La Dimensión Internacional de los derechos Humanos*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (Rodríguez-Pinzón, Martín & Ojea Quintana, 1999) pág. 68-69; Strossen, Nadine, *Recent U.S. and International Judicial Protection of Individual Rights: A Comparative Legal Process Analysis and Proposed Synthesis*, 41 *Hastings L.J.* 805 (1990) pág. 853. Con referencia al Caso Klass y otros de la Corte Europea; todos citados en el *Amicus curiae*, del que me vengo valiendo).

De allí surge que no basta la conveniencia, suficiencia o utilidad, sino que también debe ser “estrictamente necesaria”, pero “necesaria” en una sociedad democrática, de modo que justificará la pretensión de proteger a las mayorías de una conducta considerada por ellas ofensiva (OC-5, párr. 77-81).

Y, también, que debe ser proporcional, de forma tal que el derecho protegido no sea rebasado por un interés legítimo del gobierno que compita directamente con el derecho en cuestión.

Dicho interés debe tener una importancia especial para el gobierno y se refiere solo a aquellos “intereses legítimos” establecidos en el artículo 32.2 de la Convención Americana u otros Tratados: derechos de otros, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común.

Por último, las autoridades deberán demostrar que el fin y objeto de la norma (protección del bien común) restrictiva de derechos, es el de evitar un daño cierto o tangible a la sociedad...”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Dictamen n° 6762. Causa n° 15.723, “Machado, Aníbal Ismael s/ recurso de casa-ción”. Sala I.

De lo expuesto puede concluirse que el estándar jurídico internacional de toda limitación de derechos es el de la “necesidad en una sociedad democrática”, con lo que, la mera conveniencia u oportunidad no alcanza para limitar un derecho, todo lo que excede ese marco debe ser considerado una injerencia arbitraria, se encuentren prevista en una ley o no.

Tal es así que limitaciones como la obligación de utilizar barbijos, tapabocas, mascarillas, guantes, alcohol en gel, respetar un determinado distanciamiento social y ciertos protocolos para realizar determinadas actividades, el aislamiento obligatorio por 14 días para personas que contrajeron el virus, limitación de cantidad de personas en reuniones afectivas, se advierten como razonables y necesarias en una sociedad democrática a fin de poder resguardar el derecho de todos a la salud, y de esta manera evitar la propagación del Covid-19.

Por el contrario, otras limitaciones que, como la de libre circulación, cerramiento de fronteras, prohibición de reuniones sociales y afectivas, aislamiento obligatorio para personas que viajan de una provincia a otra o de un lugar con mayor circulación a otro sin presentar síntoma alguno, cierre obligatorio de locales comerciales por gran cantidad de tiempo, son medidas que son muy cercanas a una pena y que no se vinculan necesariamente con que los individuos hayan afectado o puesto en peligro un bien jurídico determinado, sino más bien en una expectativa de mérito o conveniencia de los propios Estados de evitar la propagación de contagios y que se presentan como excesivas en una sociedad democrática y por ende violatorias del programa de derechos humanos.

Desde ya que medidas como la prohibición de reuniones familiares o afectivas afectan seriamente la salud mental y psíquica de los ciudadanos, máxime cuando la pandemia se presenta sin solución de continuidad en el tiempo, al igual que el cierre de locales comerciales afecta seriamente la fuente de subsistencia de muchas familias sin que siquiera exista una afectación concreta o puesta en peligro de algún bien jurídico, sino que más bien son medidas de control social adoptadas de manera preventiva con la finalidad de evitar el colapso del sistema sanitario, pero que generan un daño desproporcionado en relación con la hipotética efectividad que puedan acarrear, circunstancia que las colocan como excesivas en el

marco de las exigencias de un Estado democrático, dado que, como dijimos, afectan derechos fundamentales sin que exista afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos por parte de quienes las padecen.

Claro que para que se pueda sostener esta nueva dimensión del alcance de los derechos individuales flexibilizando el estándar establecido en el programa internacional de derechos humanos se requiere un discurso convincente, y es aquí donde surgen los discursos legitimantes de la expansión del poder punitivo y del control social en marco de la pandemia, que se basan en la desinformación generalizada, el recuento diario de estadísticas del avance de la pandemia, lo que genera una sensación generalizada de miedo y fundamentalmente en un lenguaje bélico, en el cual se sostiene a escala mundial que estamos desarrollando una guerra contra un enemigo invisible, en la que todos somos soldados, pero también somos posibles portadores del enemigo. Y si somos posibles portadores del enemigo, el mero hecho de ser humanos objetivamente nos pone en condición de generar una puesta en peligro del bien jurídico salud pública.

Desde ya que debemos desmitificar este tipo de discursos, dado que nos opacan la capacidad crítica de poder analizar la limitación de derechos a la luz de nuestro programa de derechos humanos.

Evidentemente esta fundamentación mundial de la limitación de derechos en un marco belicista es la que debe ponernos en alerta discursiva, dado que el concepto de guerra lleva implícito el de miedo a un mal mayor, el de disciplinamiento social y el de aceptación automática de la limitación de derechos excesiva.

Cuando se apela a la unidad de la sociedad para la lucha de un enemigo común, el resultado lógico es la normalización de la restricción de derechos y la legitimación de la excepción a la cual los ciudadanos comienzan a acostumbrarse.

A ello debe sumarse que esta “legitimación de la excepción” trae aparejado como lógica consecuencia una limitación de las libertades que da pie a que muchos Estados comiencen a probar nuevas tecnologías de control social inimaginables hace meses, y que con la excusa de la excepción generada por la pandemia comienzan a normalizarse.

Por ello, a modo de conclusión, debe destacarse, sin ánimos de tomar posicionamiento político alguno, que en este marco de pandemia mundial, es función primordial del Poder Judicial, como último intérprete del alcance de los derechos y garantías en juego, definir en los casos concretos que lleguen a su análisis, el alcance de los derechos individuales en un Estado Constitucional de Derecho, y eliminar del ámbito penal la gran mayoría de casos en los cuales se cometieron infracciones sin que exista la mínima afectación o puesta en peligro de un bien jurídico determinado, y que solo pueden ser absorbidas y resueltas en el ámbito administrativo, a fin de evitar una estigmatización y criminalización innecesaria de personas que con anterioridad a la pandemia eran ajenas al sistema penal.

# LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

## A CASI 25 AÑOS DEL CASO DE LA ADULTERACIÓN DE LOS VINOS SANJUANINOS “SOY CUYANO” Y “MANSERO”

*Por Eugenio C. Sarrabayrouse<sup>1</sup>*

### **I. Introducción**

Según recuerda alguna crónica periodística (*Diario Clarín*, edición del 12/06/2020), en junio del próximo año se cumplirán 25 años de la sentencia que resolvió el caso “Torruga” en la provincia de San Juan, más conocido como el caso de la adulteración de los vinos “Soy Cuyano” y “Mansero”. Cuando Nadia Espina me invitó gentilmente (como siempre lo hace) para participar en este XX Congreso Virtual de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, no había fallecido Julio Maier. En un primer momento, había pensado en exponer sobre la prueba del dolo, pero luego al repasar los temas de la reunión, y al recordar la nota periodística recién mencionada, pensé que era mejor cambiar el objeto de la exposición y hablar de aquel caso que ya había trabajado en mi tesis doctoral, *Responsabilidad penal por el producto*. Sin saberlo, repasar lo ocurrido con los vinos sanjuaninos, es una oportunidad para homenajear a Julio: este caso lo discutí y conversé con él mientras escribía mi tesis doctoral. Sin su apoyo, guía y crítica constante nunca hubiera podido estudiar en Alemania y terminar esa investigación. Vaya entonces esta exposición como un sincero homenaje a él, como recuerdo, agradecimiento y un pedido póstumo de disculpas por todos los trabajos y los dolores de cabeza que le ocasioné.

<sup>1</sup> Profesor titular de la Universidad de Buenos Aires.

## II. Características de los casos de responsabilidad penal por el producto y su vinculación con los delitos contra la salud pública

Antes de ingresar al examen propuesto, conviene realizar dos aclaraciones previas.

El repaso del derecho comparado muestra que en algunos de los casos más relevantes de responsabilidad penal por el producto (“Contergan”, “Lederspray” y “Holzschutzmittel” en Alemania; “DES” en Estados Unidos; “Aceite de la Colza” en España, entre otros), para cuyo análisis en detalle remito a mi tesis doctoral<sup>2</sup>, las conductas reprochadas eran dolosas, en otros no lo fueron en un principio (por falta de conocimientos científicos sobre la nocividad del producto) y algunos se vinculaban con el incumplimiento de normas de *seguridad* y *fallas de fabricación*. Para establecer la tipicidad subjetiva de los fabricantes (por ejemplo, en el caso del *Lederspray*) jugó un papel preponderante *el estado del conocimiento de la ciencia* al momento en que el producto era lanzado al mercado. En consecuencia, una característica relevante de los casos representativos de la responsabilidad por el producto es que los comportamientos reprochados a los fabricantes se entendieron primero como fortuitos, luego como imprudentes, es decir, violatorios de alguna norma de cuidado, y finalmente dolosos. El carácter imprudente o doloso de la conducta, a su vez, se determinó a partir del momento en el cual los fabricantes conocieron la existencia de perjuicios en la salud de los consumidores por medio de denuncias o informaciones de otra índole. Así, “el no hacer nada”, traducido jurídicamente como no retirar el producto del mercado o no realizar medidas de advertencia suficientes, constituyó la base de la imputación dolosa a los fabricantes.

Por otro lado, para el examen del caso de los vinos sanjuaninos, partiré de una afirmación que, por razones de espacio, no puedo desarrollar en profundidad: los artículos 200, 201, 201 *bis* y 203, C.P., con algunas modificaciones, constituyen una respuesta adecuada para los casos de

<sup>2</sup> Sarrabayrouse, Eugenio Carlos, *Responsabilidad penal por el producto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 35-121.



responsabilidad penal por el producto. Para analizar los argumentos de esta posición y las modificaciones a los artículos citados que considero adecuadas, remito nuevamente a mi tesis doctoral<sup>3</sup>.

Sentadas estas características generales, repasaré a continuación el caso de los vinos “Soy Cuyano” y “Mansero”.

### **III. Síntesis y principales cuestiones discutidas en el caso de los vinos sanjuaninos**

#### **1. Síntesis**

La bodega Nietos de Gonzalo Torraga, propiedad de la razón social I.L.M.S.A. –dedicada a la elaboración, fraccionamiento y distribución de vinos de consumo masivo, adulteró una importante cantidad de ese producto. Como consecuencia de esta actividad, según estableció la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal de San Juan, fallecieron 23 personas en los primeros meses de 1993. Los vinos adulterados fueron distribuidos en la Capital Federal y diversas provincias argentinas (Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos, Córdoba, Catamarca, La Rioja, Tucumán y San Juan, lugares donde ocurrieron los fallecimientos) y correspondían a las variedades tinto y blanco de mesa. Se los comercializaba en damajuanas, con las marcas “Mansero” y “Soy Cuyano”. Sus marbetes de identificación, además de contar con la designación de los vinos, indicaban el nombre de la bodega elaboradora y fraccionadora, como así también los instrumentos de control pertinentes.

Conducía la empresa familiar un directorio compuesto por Arnoldo Mario Torraga (presidente), su esposa Hebe D’Alvia de Torraga (vice-presidente), Horacio Arturo Barbero (director con funciones de gerente general), Guillermo Sergio Torraga (como vocal o director suplente, pero con funciones y facultades similares a las de su padre). Sin integrar el directorio, se desempeñaban como empleados de confianza Armando Ribes (enólogo) y Pedro Luis Tobares (capataz general de la bodega).

<sup>3</sup> Ídem, pp. 682-735.

A continuación, resumiré los aspectos centrales de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan, que el 11 de junio de 1996 condenó a casi todos los integrantes del directorio mencionados a cumplir diversas penas de prisión.

## 2. *La sentencia*

En primer lugar, el Tribunal Oral Federal de San Juan rechazó varios planteos de nulidad, para cuyo análisis remito a mi tesis doctoral<sup>4</sup>.

Luego, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 31 de la ley 14.878, que –en opinión de la defensa– lesionaba los artículos 16 y 18, C.N. por significar un agravamiento de la pena impuesta para cualquier otra adulteración de sustancias alimenticias, y afectaba el principio de inocencia<sup>5</sup>.

El artículo 31 de la ley 14.878 establece:

“Toda persona responsable, material de adulteración o falsificación de los productos a que se refiere la presente ley o que pueda ser juzgada partícipe del hecho a tenor de lo que prescribe el artículo 45 del Cód. Penal, será reprimida, cuando el hecho no encuadra en otro delito de pena mayor, con prisión de tres a diez años, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la regla del artículo 46 del mismo código. Se considerarán cómplices principales, salvo prueba en contrario, los que provean alcoholes y/o sustancias aptas para la falsificación, a los adulteradores. A los efectos de la calificación del delito, los jueces juzgarán como cometida adulteración o falsificación, cuando a cualquiera de los productos comprendidos en esta ley se les haya agregado elementos extraños a su composición natural y especialmente materias colorantes, ácidos minerales y edulcorantes no provenientes de la uva”.

<sup>4</sup> Sarrabayrouse, ob. cit., p. 92.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, expediente n° 11 “Torruga, Arnoldo Mario y o. s/ infracción art. 31 de la ley 14.878 y 200, C.P.”, p. 15.

Esta ley reguló el régimen de producción, industria y comercio vitivinícolas y creó el Instituto Nacional de Vitivinicultura. Se basó en un proyecto de ley presentado por el diputado Jorge Juri y recibió sanción definitiva el 23 de octubre de 1959 y se publicó en el “Boletín Oficial” el 25 de noviembre de 1959.

El Tribunal rechazó el planteo con los votos concurrentes de los jueces Moreno Ferrer y Parra. El primero de ellos expresó:

1) Las leyes son, en principio, constitucionales; la necesidad de garantizar la seguridad jurídica le permite al Poder Judicial controlar la constitucionalidad de cada una de ellas.

2) Toda ley debe compatibilizar el interés individual con el colectivo; de allí nace una ley razonable.

3) No se advierte irracionalidad en la ley 14.878, nacida como consecuencia de un reclamo realizado por un gran sector de la población, afectada por el fraude a una industria vulnerable en su seguridad.

4) La industria vitivinícola funciona sobre la base de la confianza que le dispensan los consumidores; la alteración de la confianza incide en la industria, pues el consumo se reduce.

5) Se trata de una industria que se presta fácilmente para la manipulación indebida del caldo etílico, por lo cual necesita de una legislación especial, y de esta manera lo entendió el legislador.

6) Así como el creciente flagelo del abigeato en la pampa húmeda llevó a agravar la pena amenazada para él, del mismo modo nació la ley 14.878, con su artículo 31, sancionada con el fin de tutelar una economía regional fundamental para la población de varias provincias: “... el ejemplo más claro lo encontramos en autos...”, pues “... a nadie escapará el daño que ha ocasionado la maniobra delictiva del imputado Torraga a la industria vitivinícola, quebrando la confianza que la población debe necesariamente tener al consumir un producto, en este caso el vino en damajuanas...”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, expediente n° 11 “Torraga, Arnoldo Mario y o. s/ infracción art. 31 de la ley 14.878 y 200, C.P.”, pp. 15-16.

Por su parte, el juez Parra argumentó del siguiente modo.

1) La declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad y la última razón de nuestro ordenamiento jurídico (“Fallos”, 294:383; 286:73; 257:127, entre otros).

2) La facultad de establecer los delitos y las penas es exclusiva y excluyente del poder legislativo y “... no puede estar sujeta al control jurisdiccional, salvo que exista una conculcación grave de los principios y derechos consagrados y amparados por la Constitución Nacional...”.

3) La igualdad ante la ley no es un principio absoluto.

4) El artículo 31 de la ley 14.878 protege dos bienes jurídicos: la industria vitivinícola y la salud pública, lo que ha motivado al legislador para imponer una pena que no aparece como desproporcionada o irrazonable.

5) “... Tanto la determinación de los tipos penales que atacan a la sociedad que se pretende proteger, como las penas que se fijan para punir esas conductas reprochables, responden a cuestiones de estricta política criminal que, como tal, son propios y de exclusiva competencia discrecional de los poderes políticos (ejecutivo y legislativo) escapando por ello al control de los órganos jurisdiccionales por no ser cuestiones justiciables en función de la separación e independencia de poderes que emana del sistema republicano de gobierno...”, criterio sostenido por la Corte Suprema en “Fallos”, 300:642, 304:390, 305:823, 314:424, entre otras decisiones<sup>7</sup>.

Con posterioridad bajo el título “materialidad de los hechos”, la decisión analizada trató tres temas: la adulteración de los vinos, sus consecuencias y las falsedades documentales.

Según determinó la sentencia, la adulteración de los vinos se efectuó en la Bodega Nietos de Gonzalo Torraga a través del agregado de alcohol etílico o metílico o una combinación de ambos, para fraccionarlos posteriormente en damajuanas con las marcas “Mansero” y “Soy Cuyano”. La adulteración abarcó entre 250.000 y 300.000 litros de vino y la maniobra

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, ob. cit., pp. 17-20.

se realizó en la bodega por partidas de aproximadamente 20.000 litros, conforme con las demandas del mercado consumidor.

Según el tribunal, para que un vino pueda ser despachado a plaza deben realizarse tres tipos de análisis.

1) *Análisis de origen o tipo*: se trata de una relación jurada que efectúa la bodega y consiste en determinaciones analíticas efectuadas con el respaldo del enólogo responsable. Proporciona el volumen de vino analizado y especifica sus cualidades (entre otras, densidad, proporción alcohol, extracto seco) que se vuelcan en un protocolo analítico entregado por el Instituto Nacional de Vitivinicultura (en adelante, INV). Luego, este análisis debe presentarse ante el INV, que toma conocimiento de él y lo emplea para comparar controles posteriores.

2) *Análisis de control*: los realiza el INV en diferentes oportunidades. De una damajuana elegida al azar en cualquier lugar del país donde estén almacenados los vinos, se extraen tres muestras que se guardan en botellas de un litro. Dos de ellas se identifican con el cuño oficial del inspector actuante y la restante con el dígito pulgar del interesado circunstancial, aplicados sobre el corcho lacrado de la botella, y se labra un acta que certifica la actuación. Con estas muestras se realizan análisis de control que deben corresponderse con los de origen, según los márgenes de tolerancia técnica permitidos. De esta forma, el vino puede circular libremente, sin ser intervenido.

3) *Análisis de contraverificación*: se realizan a pedido del bodeguero, si no le satisfacen los resultados de los análisis de control.

La adulteración de los vinos “Mansero” y “Soy Cuyano” quedó probada a través de diversos análisis de control realizados por el INV en todo el país. Las mayores anormalidades se detectaron en el rubro “metanol”. Mientras que la máxima tolerada es de 0,35 ml/l, en varias muestras se encontraron más de 40 ml/l, proporción que es mortal si se ingiere más de un litro de vino<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, ob. cit., pp. 20-29 y 41-44.

Los peritajes determinaron también que el vino original fue sustituido o “estirado” con agua o con agua y alcohol. Según el voto de uno de los jueces, los análisis de origen no se correspondían con los vinos despachados para consumo y la declaración jurada había sido una mera formalidad cumplida por la bodega; en la práctica, en lugar del vino declarado se comercializaba otro adulterado.

Los fallecimientos por causa del consumo del vino adulterado se produjeron en cinco zonas geográficas diferentes: Ensenada, Vicente López, Los Toldos, Rufino y Gualeguaychú, en todas las cuales se había comercializado el vino de la Bodega Nietos de Torraga. La realización de autopsias permitió probar la existencia de elevados niveles de metanol en la sangre de los fallecidos. Con los testigos, se acreditó que antes de ser hospitalizados habían consumido vinos de las marcas “Mansero” o “Soy Cuyano”. El dictamen de uno de los peritos médicos se basó en el estudio de las historias clínicas de los 24 casos investigados, los protocolos de las autopsias y otros estudios: informes histopatológicos, dosajes de alcohol metílico en la sangre, alcohol metílico en la orina y cantidad de ácido fórmico (producto de la metabolización del alcohol metílico). Logró determinar que en 19 casos hubo una relación directa entre el fallecimiento y la intoxicación metílica, e indirecta en uno. Con respecto a los cuatro restantes, si bien no podía afirmarse con certeza absoluta tal relación, las autopsias revelaron la existencia de ácido fórmico, que, sumado a otros indicios, permitió también aquí afirmar la relación de causalidad entre el consumo del producto y la muerte de los consumidores<sup>9</sup>.

Dos inspectores del INV fueron condenados por haber insertado datos falsos en dos análisis que permitieron liberar al consumo una parte de los vinos adulterados; nueve personas murieron como consecuencia de la ingesta de esa partida<sup>10</sup>.

El juez Parra ponderó en su voto la actuación del INV. Señaló que “... razones de orden ético-moral y de responsabilidad funcional me llevan

<sup>9</sup> Ídem, pp. 51-79.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, ob. cit., pp. 79-88.

a realizar algunas consideraciones en relación con la participación que le cupo al Instituto Nacional de Vitivinicultura, en adelante el Instituto, en los hechos que dieran origen a la presente causa...”. El INV, creado por ley 14.878, goza de autarquía técnica, funcional y financiera, y tiene jurisdicción en todo el ámbito nacional y competencia en la promoción y contralor técnico de la producción, industria y comercio vitivinícolas. El juez, con cita de los legisladores de la comisión informante durante el tratamiento parlamentario de aquella ley, expresó que su objetivo era garantizar el carácter genuino del producto a través de un eficaz control de policía, evitar la competencia desleal, el perjuicio de las economías regionales y la defensa de los intereses de los consumidores.

En la causa quedó demostrado que, tras la sanción del decreto de desregulación administrativa n° 2248/91, el personal del INV se redujo en un 30 %. Esto implicó una disminución significativa en el control y fiscalización del vino.

De esta manera, según el juez mencionado, el INV dejó de cumplir con los objetivos para los cuales había sido creado. “... No hay lugar a dudas que las tareas de fiscalización que debió ejercer el Instituto por medio del personal del área competente no fueron realizadas y cumplidas conforme a disposiciones normativas contenidas en la ley 14.878 y a las resoluciones internas dictadas regulando las distintas funciones y tareas asignadas (...) La inobservancia total y reiterada por parte del personal de fiscalización surge también del manifiesto desprecio de los conceptos y términos establecidos por las normas legales y disposiciones internas ya aludidas...”. El tenor literal de la ley 14.878 obligaba, luego de la realización de diversos análisis por el INV, a intervenir todo el vino existente y en circulación. “Ello, inexplicablemente no se hizo, aduciendo que no era una falta grave”<sup>11</sup>.

“De lo expuesto precedentemente es evidente y manifiesto que ha existido una conducta negligente e irresponsable atribuible al instituto en la que se encuentran involucrados integrantes de su personal jerárquico, quienes, como tal, debieron ejercer un control más estricto en el cumplimiento de

<sup>11</sup> Ídem, pp. 129-134.

funciones de contralor de la genuinidad de los volúmenes vínicos, lo que hubiese sido más efectiva si se hubieran respetado y cumplido las disposiciones legales vigentes, especialmente si tenemos en cuenta que detrás de ellos se encuentra una comunidad consumidora que les ha otorgado la confianza y el mandato de velar por sus intereses, esto es, la salud pública". El voto finaliza de la siguiente manera: "... en definitiva, concluyo este tema afirmando y ratificando lo dicho por el Presidente del Instituto Nacional de Vitivinicultura y el Director General de Fiscalización en cuanto a que tampoco cabe duda alguna de que si el personal dependiente del Instituto, técnico y jerárquico, hubiese observado y hubiera obligado a hacer respetar las normas que regulan sus funciones, con seguridad se hubiesen evitado TODAS las muertes, no algunas como lo dijo el Sr. Arrieta, ya que la bodega en cuestión debió ser clausurada mucho antes de la época en que se produjeron los lamentables sucesos materia de esta causa"<sup>12</sup>.

Durante el desarrollo del juicio oral, Arnoldo Torraga reconoció haber agregado alcohol etílico al vino, lo que llamó "encabezamiento" para diferenciarlo de la adulteración. El enólogo Ribes dio una versión similar. El Tribunal Oral los juzgó "mendaces" y condenó a ambos.

En cuanto a la calificación de los hechos, el tribunal consideró violado el artículo 31 de la ley 14.878 "por afectación directa a la industria vitivinícola y la salud pública" en concurso ideal con el artículo 200, C.P., ya que juzgó reunidos "... los dos presupuestos esenciales de la figura que son a) envenenar o adulterar de un modo peligroso para la salud sustancias alimenticias y b) destinada al consumo...". También aplicó la "... agravante prevista por el artículo 200 del C.P. toda vez que, de la adulteración consciente y voluntaria llevada a cabo por el imputado, se produjo la muerte de personas, muertes estas no queridas, se derivó en una consecuencia mayor no querida, pero que reconocen como causal directa la acción dolosa, siendo esta agravante un típico caso de figura preterintencional..."<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, ob. cit., pp. 135-138.

<sup>13</sup> Ídem, pp. 157-162.



En lo que hace a los principales imputados, Arnoldo Torraga fue condenado a quince años de prisión (como autor de los delitos previstos en los artículos 200, última parte, C.P., en concurso ideal con el artículo 31, ley 14.878, debido a que la sentencia descartó expresamente la existencia “de intencionalidad homicida”); el enólogo Ribes recibió diez años de prisión (con la misma calificación legal). A Guillermo Mario Torraga, como partícipe secundario en los mismos delitos, se le impusieron seis años y seis meses de prisión, mientras que los inspectores del INV, Marín e Hidalgo, recibieron dos y tres años de prisión en suspenso, respectivamente, por aplicación de los artículos 292 y 293 del C.P.<sup>14</sup>.

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inadmisibles los recursos de casación interpuestos por las defensas (sentencia del 30 de diciembre de 1997, registrada bajo el n° 585/97).

### 3. *Algunas cuestiones relevantes del caso*

Entre las cuestiones jurídicas resueltas en la sentencia, se destaca la relación entre ley 14.878 y el artículo 200, C.P., en tanto aquella, además del artículo 31, ya citado, contiene una definición de *producto adulterado*.

De este modo, el artículo 23 clasifica los productos regulados en la ley que no llenan las condiciones allí establecidas en “no genuinos” (inc. a), “averiados” (inc. b), “enfermos” (inc. c) y “en infracción” (inc. d). La primera categoría comprende aquellos cuya composición anormal no pueda ser justificada e incluye las subclases “adulterados” y “aguados y/o manipulados”. Por “producto adulterado” se entiende aquel al que se le hayan agregado elementos extraños a su composición natural, especialmente materias colorantes, ácidos minerales y edulcorante no provenientes de la uva, o que se haya obtenido por adición de sustancias prohibidas o mezclas no autorizadas; por “producto aguado y/o manipulado” se entiende aquel al que en cualquier momento de su elaboración o depósito se le hayan adicionado agua u otras sustancias que “... aun siendo normales en

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, ob. cit., pp. 164-169.

el producto, alteran su composición o desequilibran la relación normal de sus componentes...". Se califican de "averiados" los productos que por sus caracteres organolépticos demuestran una alteración excesivamente pronunciada o acusan exceso de acidez volátil sobre el máximo que establezca la reglamentación. Los "enfermos" presentan gérmenes de enfermedad en actividad, pero cuya acción puede paralizarse o eliminarse mediante algún tratamiento permitido, y acusan una acidez volátil inferior a la máxima estipulada. Por último, la categoría de productos "en infracción" abarca todos los restantes que hayan sido elaborados en contravención a las normas legales y reglamentarias. Ninguna de estas clases de productos puede ser librada al consumo; solo se contempla, para los "averiados" y los "enfermos", la alternativa de destinarlos a vinagre o destilarlos conforme con las normas reglamentarias<sup>15</sup>.

Por su parte, el artículo 31 de la ley 14.878 contiene una regla expresa de subsidiariedad, por lo cual este tipo penal será desplazado toda vez que el hecho encuadre en otro delito de pena mayor<sup>16</sup>. Cuando la adulteración del vino afecta simultáneamente la industria vitivinícola y la salud de los consumidores será un caso de doble encuadramiento conforme con la regla del artículo 54, C.P.; inversamente, si la industria no es afectada, la adulteración peligrosa del vino solo será típica en relación con el artículo 200 del C.P., en virtud del principio de especialidad<sup>17</sup>.

En esta misma línea, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan, que resolvió el caso de la adulteración de los vinos "Mansero" y "Soy Cuyano", consideró que entre el tipo penal del artículo 31 de la ley 14.878 y el segundo párrafo del artículo 200 del C.P. (tipo calificado por el resultado) existía un concurso ideal, porque una misma acción

<sup>15</sup> Virgolini, Julio E., "El art. 31 de la Ley de Vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico", *Doctrina Penal*, año 7, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 340–343.

<sup>16</sup> Estrella, Oscar; Godoy Lemos, Roberto, *Código penal. Parte especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 124-125.

<sup>17</sup> Virgolini, ob. cit., p. 344.

(la adulteración de los vinos) afectaba dos bienes jurídicos diferentes: la industria vitivinícola y la salud pública; además, como los tipos básicos de ambas normas contemplan sanciones iguales, no resultaba aplicable la regla de la especialidad, ya que el agravamiento era "... solo una consecuencia preterintencional..."<sup>18</sup>.

#### IV. Conclusión

Como puede apreciarse, el caso de los vinos sanjuaninos, según estableció la sentencia analizada, se trató de un caso de *adulteración dolosa*, en tanto se consideró probado el agregado de alcohol metílico en el producto. Además, y esto también es relevante, la sentencia hizo particular hincapié en las deficiencias de los controles estatales.

El primer punto lo aleja de algunos de los casos más representativos de responsabilidad penal por el producto (y que generaron mayores dificultades y discusiones para su solución), en tanto en ellos, los fabricantes al lanzar el producto al mercado no modificaban su composición para obtener una ganancia mayor.

En cuanto a la ausencia de controles administrativos, el caso de los vinos sanjuaninos muestra la necesidad de centralizar esta materia mediante el establecimiento de órganos federales que coordinen las actividades municipales, provinciales y nacionales sobre el punto.

La propuesta que aquí se formula implica otorgarle nuevamente un papel fundamental al Estado, quizá la única valla real y el único poder posible con que cuentan los países latinoamericanos para enfrentar los problemas relacionados con la economía<sup>19</sup>. Defenestrado y acusado de ineficiente, por ejemplo durante toda la década de 1990, hoy debe perfeccionar los controles que ejerce sobre las diversas actividades económicas.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Oral Federal de San Juan del 11 de junio de 1996, ob. cit., p. 154.

<sup>19</sup> Maier, Julio B. J., "Delincuencia socioeconómica y reforma procesal penal", *Doctrina Penal*, t. 12, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 521.

Por eso, si el Estado falla ya en el primer ámbito en que debe actuar –el control administrativo preventivo–, es ingenuo suponer que el recurso a la legislación penal brindará alguna protección o mejorará la tutela de los consumidores. Aplicado a la responsabilidad por el producto, esto significa que si los fabricantes deben respetar un abanico de deberes, resulta más racional contar con las oficinas estatales adecuadas, organizadas eficientemente, que controlen el cumplimiento de aquellos deberes en vez de instaurar nuevas penalizaciones simbólicas.

---

PARTE VI

**PANEL DE CIERRE**

---



# PENAS ILÍCITAS

## UN DESAFÍO A LA DOGMÁTICA PENAL<sup>1</sup>

Por E. Raúl Zaffaroni<sup>2</sup>

### I. Poder punitivo lícito e ilícito

Es hoy imposible afirmar que en América Latina solo se ejerce el poder punitivo dentro de los límites señalados normativamente.

Quizá desde la criminología más o menos radicalizada pueda sostenerse que se trata de un fenómeno mundial, pero incluso al admitir esta observación, lo cierto es que en nuestra región las manifestaciones ilícitas del poder punitivo son hartamente evidentes. Muchísimos de esos ilícitos consisten en delitos cometidos por funcionarios, la gran mayoría impunes, o sea que, en la práctica, son tratados como conductas atípicas.

Entre los formados en el derecho suele reiterarse la afirmación de que *una cosa es la doctrina y otra la práctica del derecho penal*, esgrimida como explicación de la desilusión de quienes, como estudiantes, encontraron en el derecho penal a su *primera novia*, pero luego siguieron otros caminos científicos o profesionales.

Si bien el *deber ser* nunca llega a *ser por completo* en la realidad y, por ende, no existe ninguna normativa jurídica –civil, administrativa, laboral, incluso constitucional– que se traduzca en la vida de la sociedad en un ajuste perfecto a las normas, este comentario –en apariencia inocuo– referido en particular al derecho penal, en el fondo está indicando que es en esta rama de la ciencia jurídica donde la escisión entre *deber ser* y *ser* alcanza una *disparidad* que muchas veces llega a la dimensión del

<sup>1</sup> Publicado por Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

<sup>2</sup> Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*disparate*, lo que –antes o después– redundará en un grave desprestigio para la doctrina jurídico penal que, en alguna medida, ya se halla en curso, aunque buena parte de sus cultores no lo perciban.

El *punitivismo demagógico y populachero de los medios dominantes* opera como factor de racionalización inconsciente en el penalismo, pero impide caer en la cuenta de que el silencio doctrinario frente a la realidad del ejercicio del poder punitivo concede razón a la afirmación de que el derecho es un mero instrumento de las clases dominantes.

Si bien es verdad que los grupos hegemónicos de todos los tiempos pretenden reducir el derecho a esa despreciable condición, la ciencia jurídica tiene el *deber ético* de confrontar con esa pulsión en una continua *lucha por el derecho* –en el viejo sentido de Jhering–, es decir, que se le impone hacerse cargo del sufrimiento de las víctimas del poder meramente represivo, para que la *lucha* se mantenga en el propio campo del derecho.

Aunque no haya garantía alguna de que ese esfuerzo doctrinario tenga éxito –dado que juegan otros muchos factores de poder y la ciencia jurídica no es omnipotente– se le impone como *mandato ético sumarse al esfuerzo de contención*.

Este es el punto donde se toca íntimamente *la ética con el derecho*, porque la historia muestra que cuando este se degrada a puro instrumento de los grupos hegemónicos, un día los que sufren el poder represivo se lanzan a ponerle fin fuera del derecho –es decir, por la violencia–, lo que nunca es del todo bueno y significa siempre un fracaso del derecho. Por lo menos desde la *toma de la Bastilla* en adelante, el primer impulso de todo cataclismo social y político, siempre se dirigió, real o simbólicamente, contra los aparatos de ejercicio del poder punitivo.

Por ende, desde lo doctrinario nos incumbe *éticamente* hacernos cargo de la realidad del ejercicio del poder punitivo ilícito en nuestra región: la ciencia jurídico penal debe proporcionar una respuesta a los interrogantes que su práctica le plantea, especialmente en las cuestiones cruciales que hasta el presente no ha enfrentado con decisión, como es el problema de las *penas ilícitas*.



Comenzaremos por echar una rápida mirada para relevar los hechos que debe considerar jurídicamente la dogmática jurídico penal; verificaremos en segundo lugar que, hasta el presente, la respuesta doctrinaria es muy pobre o directamente nula; por último, indagaremos acerca de los instrumentos conceptuales de que dispone la ciencia jurídico penal y la forma en que corresponde que esta se haga cargo del problema.

## II. La situación fáctica en América Latina: los hechos

### 1. Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas

El poder punitivo ejercido en forma ilícita –típica o no– es un viejo problema en la región. Nos referimos a las conductas ilícitas imputables a funcionarios policiales o penitenciarios, como también a terceros, por omisión de los anteriores.

En primer lugar, no podemos ignorar que en nuestra región se siguen registrando desapariciones forzadas, aunque no todas ellas son imputables a funcionarios estatales, sino a violencia en Estados deteriorados, que han perdido el relativo monopolio del poder punitivo. Esto no significa que no las haya imputables a funcionarios, como el triste caso de los estudiantes de Ayotzinapa.

Fuera de estos casos extremos, deben entrar en consideración –por su gravedad– las ejecuciones sin proceso, que son de antigua data y en ocasiones surgen como brotes y en otras son ya normalizadas. Se trata de la *pena de muerte real* en la región, donde el derecho la abolió formalmente, salvo algunos países del Caribe.

Las cifras latinoamericanas de *letalidad policial* registradas superan en mucho a las del hemisferio norte, lo que parece estar normalizado a través de los medios masivos, con (*de*) *formadores de opinión* que se permiten incitar pública e impunemente al homicidio afirmando ante las cámaras y los micrófonos que *el mejor delincuente es el delincuente muerto*.

Cuando la frecuencia de muertes estatales o *letalidad policial* es alta, resulta posible comparar cifras y verificar en grandes números si se trata

de muertes en enfrentamientos con las policías o de ejecuciones sin proceso<sup>3</sup>. Los casos particulares y no frecuentes no son de fácil comprobación, pues requieren la intervención activa de los jueces, de las autoridades políticas y de las propias cúpulas de las agencias comprometidas con esos homicidios<sup>4</sup>.

Al margen de este ejercicio ilícito letal del poder punitivo –y pese a la ratificación de tratados internacionales– abundan en la región las denuncias de delitos de torturas, malos tratos, lesiones o sufrimientos impuestos por funcionarios o no evitados por ellos, en especial a personas privadas de libertad o en el acto de hacerlo, como también las víctimas de *motines, violencias o tumultos carcelarios* y enfermedades contraídas y lesiones sufridas como resultado de deficientes condiciones prisionales, presos en dependencias policiales, lesiones en traslados y circunstancias análogas.

Casi todas estas lesiones a bienes jurídicos son producto de conductas típicas (activas u omisivas) de funcionarios estatales, aunque algunas sean por negligencia o por circunstancias no imputables a los funcionarios de las agencias ejecutivas, sino por el deficiente material del que estos funcionarios disponen o las precarias condiciones en que deben cumplir sus tareas.

De toda forma, en el plano internacional se trata de violaciones a los derechos humanos que generan responsabilidad de los Estados, como lo prueban numerosas sentencias del sistema regional de derechos humanos.

Cuando estas lesiones configuran conductas típicas de los funcionarios, en gran medida resultan impunes, dada la dificultad para su investigación o la poca o nula atención que le dispensan los tribunales abarrotados de causas por hechos de menor gravedad, como también por la falta de denuncia, ante la amenaza de represalias por parte de los mismos funcionarios o de sus agencias.

<sup>3</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Muertes anunciadas*, Editorial Temis, Bogotá, 1992. Reedición: Ediciones Universidad Nacional de Avellaneda, Avellaneda, Argentina, 2016.

<sup>4</sup> Como ejemplo de casos pueden verse las dificultades para el esclarecimiento de dos muertes policiales en la represión a pueblos originarios en el sur argentino.

Hasta hace algunas décadas, prácticamente estos eran los hechos de poder punitivo ilícito que preocupaban en mayor medida. Hace casi tres décadas que publicamos con motivo de estas prácticas ilícitas un artículo titulado “Las penas crueles son penas”, que tuvo singular éxito en aquellos años<sup>5</sup> y cuyos argumentos centrales reiteramos en una publicación europea<sup>6</sup>.

## **2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces**

### *2.1. Continuo aumento del número de presos*

En las tres décadas que siguieron a aquellas publicaciones de la última del siglo pasado, se produjo un cambio cualitativo muy negativo, que plantea hoy el problema más agudo y generalizado y hasta *normalizado* en la región: se trata de la *sobrepoblación penitenciaria y del constante aumento de la prisionización* (conocido como el *gran encarcelamiento o encarcelamiento masivo*)<sup>7</sup>.

El número de presos en casi todos nuestros países aumenta incesantemente desde 1992 a ritmos anuales sostenidos y ha llegado a cifras absolutas y relativas nunca antes registradas. Argentina pasó de 63 presos por cada 100 mil habitantes en 1992, a más de 200 en la actualidad, Brasil de 74 a 333, El Salvador de 98 a más de 600, Perú de 76 a 270, Uruguay de 96 a 300.

Contribuye a ese aumento un mal antiguo de la región, que es el abuso de la prisión preventiva o cautelar<sup>8</sup>, cuyos porcentajes se mantienen altos,

<sup>5</sup> Se publicó en 1992 en *Derecho Penal y Criminología* (Bogotá), pero fue reproducido en la *Revista Boliviana de Ciencias Penales* (La Paz, 1994), en *Nuevo Foro Penal* (Medellín, 1994), *Semanaria Jurídico* (Córdoba, 1995) y *Lecciones y Ensayos* (Buenos Aires, 1996).

<sup>6</sup> Zaffaroni, E. R., “Cruel penalties and double punishment”, *Festkrift till Jacob W. F. Sundberg, Juristforlaget*, Estocolmo, 1993, pp. 469 y siguientes.

<sup>7</sup> Sobre este concepto, Cuneo Nash, Silvio, *El encarcelamiento masivo*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017.

<sup>8</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

al exceder el 40 % del total en Ecuador (40 %), Perú (48 %), Argentina (48 %), Guatemala (53 %), Panamá (54 %), Honduras (59 %), Dominicana (60 %), Uruguay (61 %), Venezuela (67 %), Bolivia (70 %), Paraguay (76 %)<sup>9</sup>.

Los recursos pragmáticos procesalmente pergeñados –como la supresión del plenario por vía de la *plea bargaining* o juicio abreviado– si bien implicaron algunas variantes en el curso de los años, en definitiva, no redundaron en una disminución significativa de estos porcentajes, pese a implicar el paso de *presos sin condena* a *condenados sin juicio*.

Todo sigue señalando que el alto porcentaje de presos preventivos es indicativo de una alta tasa de población penal *flotante*, imputada por delitos de menor gravedad.

Cabe observar, que la creciente prisionización no guarda relación con el crecimiento poblacional general, ni tampoco con la mayor frecuencia de delitos graves, porque en la población penal de nuestra región predominan netamente los presos por delitos contra la propiedad –muchos sin violencia– y por comercio minorista de tóxicos prohibidos (distribuidores entre nuestras clases medias).

La composición de la población carcelaria en la región demuestra que domina la prisionización por hechos que corresponden a la llamada *delincuencia de subsistencia*, lo que se confirma al verificar que el porcentaje de presos por homicidios, delitos contra la integridad física y sexual, por regla, no suele superar el 20 % del total.

## 2.2. *Selectividad discriminatoria*

La composición de la población penal es sustancialmente masculina y joven, lo que no quiere decir que no constituya un problema serio la prisionización de mujeres –en especial imputadas por distribución minorista de tóxicos o como *mulas* o *transportadoras*–, con la gravísima

<sup>9</sup> Cfr. Elías Carranza, “Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer? ¿Qué no hay que hacer? El caso de México”, trabajo inédito en curso de publicación, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, 2020.

y frecuente alternativa entre separar a madres de sus niños pequeños o mantenerlos junto a ellas en la prisión<sup>10</sup>, dramática opción entre trascendencia de la pena o aumento del sufrimiento por razones de género.

De toda forma, es bastante obvio que el patriarcado tiene –al menos– algún efecto paradójico, pues determina que la población penal sea muy mayoritariamente masculina<sup>11</sup>, lo que pone de manifiesto nuevamente que –en nuestra región al menos– a la mujer se la sigue controlando socialmente mediante el dominio propio de la cultura patriarcal<sup>12</sup>. Si el hombre es beneficiario de esa hegemonía social discriminatoria, en lo carcelario la paga con su extrema discriminación prisionizante.

En algunos países donde se mantiene una seria discriminación étnica –sea como cicatriz histórica del sistema esclavócrata o de la colonización genocida originaria– se registran también altos porcentajes de presos (indios o negros y mulatos, según la composición poblacional), que sobrepasan en mucho el de su tasa en la población general (sobrerrepresentación).

De cualquier modo, en todos nuestros países la población penal se compone en casi su totalidad por personas de los estratos más pobres de cada sociedad, es decir, seleccionada conforme a estereotipos clasistas, lo que en algunos se combinan con los elementos racistas señalados antes, o sea que se trata de hombres jóvenes, pobres y en algunos países preferentemente negros, mulatos e indios.

La composición de la población penal muestra que la selección criminalizante se lleva a cabo conforme a estereotipos configurados mediáticamente en el imaginario social con estas características, a las que

<sup>10</sup> La Casación argentina acaba de recomendar la prisión domiciliaria de mujeres con hijos pequeños.

<sup>11</sup> La población femenina oscila entre un 3 % o 4 % del total en Dominicana, Uruguay y Argentina, hasta el 8 % en Ecuador, Bolivia y Chile (Cfr. Elías Carranza, ob. cit.).

<sup>12</sup> Las explicaciones insólitas de la vieja criminología etiológica, como la lombrosiana, que consideraba a la prostitución un “equivalente” de la criminalidad, es obvio que están por completo superadas.

suele agregarse la de morador de barrios precarios (los *slums* de nuestras ciudades: *villas miserias*, *favelas*, *pueblos jóvenes*).

### 2.3. *El estado de las prisiones*

Un John Howard moderno verificaría que, si bien no todas las prisiones de nuestra región se encuentran en similares condiciones de deterioro, lo cierto es que arrecia el número de establecimientos en los que la superpoblación excede los márgenes tolerables conforme a los estándares internacionales, en especial los de las Naciones Unidas (que señala una densidad máxima admisible de 120 %) y sus reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad (*reglas Mandela*)<sup>13</sup>.

En Ecuador, Costa Rica, Brasil, Colombia, Paraguay, Honduras, República Dominicana, Nicaragua, El Salvador, Perú, Venezuela, Guatemala y Bolivia, se superan estas cifras, y llegan hasta una densidad de 342 % en Guatemala y 354 % en Bolivia. Diez (10) de los 18 países del Caribe también superan el límite tolerable y Haití alcanza una densidad de 365 %<sup>14</sup>.

Por lo general, cuando se producen estos excesos, al mismo tiempo se registra una enorme desproporción entre el personal penitenciario y el número de presos. El porcentaje óptimo de funcionarios de seguridad por preso parece estar entre 1 y 3 funcionarios por preso, que son los números europeos<sup>15</sup>. Cabe observar, que –en razón de turnos y parte dedicada a la administración– en realidad al servicio de seguridad a lo largo del día la tasa ideal está entre 5 y 15 presos por funcionario.

Desde Uruguay, que registra 4 presos (en realidad de servicio 20) por funcionario, hasta Ecuador, con 24 presos (en realidad 120) presos

<sup>13</sup> Las reglas mínimas originarias datan de 1955, pero han sido reformuladas y adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015, conocidas ahora como *reglas Mandela*.

<sup>14</sup> Cfr. Elías Carranza, ob. cit.

<sup>15</sup> Cfr. *Ibidem*.

por funcionario<sup>16</sup>, ninguno de los países de la región se encuentra con las cifras óptimas y muchos se alejan insólitamente de ellas.

En estas condiciones el Estado pierde el control del orden interno de las prisiones, que pasa a manos de los propios presos que, por regla son miembros de bandas o grupos estructurados de delincuencia, es decir, de la llamada *delincuencia organizada*.

El control interno por parte de los presos que integran estas organizaciones se torna violento, sometiendo a los que no forman parte de la banda dominante a humillaciones y servidumbres, incluso sexuales. Todo ello sin perjuicio de las eventuales disputas por la hegemonía entre bandas, con alto saldo de víctimas fatales y escenas de inusitada crueldad (ejecuciones, mutilaciones, decapitaciones, etcétera), que se normalizan en la creación de *realidad mediática* como supuestas manifestaciones de la violencia *natural* de la delincuencia.

Las prisiones, en estas condiciones, pasan a ser instituciones en las que no solo se violan reglas con respecto a la alimentación, cubaje de aire, atención de la salud, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los somete a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, y los convierte en impotentes para pedir ayuda o protección al personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental.

Si bien en todo el mundo, por efecto del inevitable deterioro de la institución total<sup>17</sup>, en las prisiones se producen más homicidios y suicidios que en la vida libre, esa relación alcanza límites muy altos en nuestra región, donde se ha calculado que, por cada homicidio en la sociedad libre, se producen 25 en las prisiones, y por cada suicidio en la sociedad libre, 8 en las prisiones<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Erving Goffman, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1994.

<sup>18</sup> Elías Carranza, *ob. cit.*

#### 2.4. *El efecto reproductor de violencia*

Lejos de cumplir cualquier objetivo que en algún momento permita al preso su reintegro a la vida libre en condiciones al menos no más negativas que las que determinaron su ingreso, la inmersión de una población masculina joven en prisiones degradadas la obliga incorporarse a una banda u organización interna, por elemental necesidad de supervivencia en esa sociedad artificial y violenta.

Esos jóvenes –en gran número poco más que adolescentes– están forzados a adoptar las pautas de conducta de las bandas debido a una necesaria actitud defensiva de sus vidas que, prolongada en el tiempo, acaba por condicionarles la incorporación de los valores violentos del orden interno y la llamada internalización del estereotipo o asunción de la subjetividad delincencial, cuando se pasa del *yo robé* al *yo soy ladrón*.

Esto confirma las ya antiguas observaciones de la criminología norteamericana, que hace más de cincuenta años advertía que una errada intervención punitiva con motivo de una desviación de conducta (primaria), daba lugar a una desviación (secundaria) más grave, condicionante de *carreras delincuenciales*<sup>19</sup>.

Dicho en términos más claros: en las prisiones deterioradas por superpoblación se internan ladrones y se externalizan potenciales homicidas, a los que, además, se los libera con el estigma de *ex preso*, o sea, que el propio Estado se empeña en proveerles de un *certificado de incapacidad laboral* y de *capitis diminutio* social en general.

#### 2.5. *La muerte violenta en la sociedad*

Este condicionamiento deteriorante de los presos, inductor de conductas violentas e incapacitante para la vida libre, no puede menos que

<sup>19</sup> Edwin Lemert, “Desviación primaria y secundaria”, en Rosa del Olmo (ed.), *Estigmatización y conducta desviada*, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1978.



incidir sobre las altísimas tasas de homicidios que registran algunos de los países de la región que, conforme a los estándares de evaluación de la O.N.U., se hallarían en situación crítica en cuanto a muertes violentas. Tengamos en cuenta además que, en esos países, cerca del 50 % de los homicidios suele quedar impune, sea por falta de diligencia para su esclarecimiento o por tratarse de ejecuciones sin proceso.

Las tasas de homicidio se establecen por su número cada 100.000 habitantes. De los 221 países de la O.N.U., en 2015 se observan 42 que registran menos de un homicidio anual por cada 100.000 habitantes; hay 30 países que registran entre 1 y 2 homicidios anuales; en el resto de los países se observa que estas tasas van subiendo, hasta que en el extremo máximo aparecen los que se encuentran en situación crítica, con tasas que superan los 15 homicidios por 100.000 habitantes, y llegan en algunos casos hasta una tasa de 100. Son 26 los países a los que corresponden estos últimos registros críticos, entre los cuales 21 corresponden a América Latina y el Caribe; los cinco restantes son africanos. México, Colombia, Brasil, Guatemala, Belice, Jamaica, Venezuela, Honduras, El Salvador superan con creces la tasa de 15 por 100.000 anuales, y este último país registraba en 2015 nada menos que 108<sup>20</sup>, en tanto que Brasil hoy alcanza algo más de 37.

La Organización Mundial de la Salud indica que es alarmante un padecimiento que supere 10 muertes anuales por cada 100.000 habitantes. Al tener en cuenta que la mayoría de las víctimas de homicidio en los países con tasas más altas son jóvenes, resulta que la muerte violenta es la principal causa de muerte de esa franja etaria en varios países de nuestra región.

En Brasil, al tomar en cuenta esa franja etaria y, dentro de ella, al abarcar solo a los jóvenes negros y mulatos, la tasa de muerte violenta alcanza a 100 por 100.000 anuales, lo que implica una verdadera cifra bélica. Estos datos revelan una selección discriminatoria clasista, etaria y racista en la victimización por homicidio, que guarda un casi exacto paralelo con la discriminación que rige la selección prisionizante.

<sup>20</sup> Cfr. Elías Carranza, ob. cit.

## 2.6. La prisión como tortura

La privación de libertad bajo constante amenaza para la vida y la salud, la subalimentación, el riesgo de enfermedades infecciosas, el sometimiento a grupos violentos de presos –muchas veces humillante y servil–, en dormitorios con hasta tres niveles de camas, provistos de colchones no ignífugos de polietileno (cuya combustión produce asfixia letal por obstaculización de vías respiratorias), escaso o nulo personal de vigilancia, sin un mínimo de privacidad, maltrato a los visitantes, requisas violentas y vejatorias, insuficiente o inexistente personal médico y de enfermería, carencia de medicamentos, se ha considerado por los tribunales internacionales configurador de una forma o modalidad de tortura, dado que el artículo 2º de la Convención Interamericana Contra la Tortura no limita la finalidad de esta a la obtención de información de interés policial o de investigación, sino que los fines que menciona son meramente ejemplificativos, dado que agrega *o cualquier otro fin*.

Quede claro que no nos estamos refiriendo a las habituales carencias de las prisiones de la región, ni tampoco a la sobrepoblación dentro de límites tolerables ni a los defectos corrientes por todos conocidos, sino a una deformación total de esta pena, de tal entidad que deja de ser de mera privación de libertad, para pasar a ser una pena corporal con posibles secuelas irreversibles o incluso una pena de muerte por azar. Mucho menos estamos haciendo referencia aquí a los usuales efectos deteriorantes de la prisionización, conocidos desde la crítica sociológica del siglo pasado a las instituciones totales.

Sea como fuere –y más allá de la injustificada resistencia que puede generar la calificación de *tortura*– no cabe duda de que, en las mencionadas condiciones, las penas de prisión (y con más razón aún las prisiones preventivas o provisionales) son penas ilícitas calificadas como *penas crueles, inhumanas y degradantes*, prohibidas por el artículo 2.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por todas las constituciones de nuestras repúblicas.

### III. El desafío sin respuesta

#### 1. *Las penas ilícitas son penas*

Al igual que hace tres décadas, advertimos ahora que las penas pueden ser *lícitas* o *ilícitas*, estas últimas son las *penas crueles, inhumanas y degradantes*, consideradas tales por el derecho constitucional de todos los países latinoamericanos y también por todos los tratados de derecho internacional de derechos humanos.

No tiene sentido eludir la realidad con finas especulaciones racionalizadoras, al pretender concluir que la tortura infligida por un funcionario estatal a una persona que está sometida o somete a su poder con motivo o pretexto de un delito, no sea una pena. La tortura y en general las penas crueles se ejecutan por funcionarios del Estado sobre personas imputadas o condenadas por delitos, de modo que es una forma clarísima de respuesta estatal a un delito cometido o imputado, o sea, que queda claro que estas *penas ilícitas también son penas*.

El Estado no puede ampararse en que no se trata de su responsabilidad, sino solo de la propia e individual de sus funcionarios, puesto que resultaría una persona jurídica dotada de un muy singular e inadmisiblemente privilegio de irresponsabilidad jurídica absoluta: solo se haría cargo de las conductas lícitas de sus agentes, pero se desentendería de las ilícitas y delictivas, al ignorar que en todos los casos debería –como mínimo– responder por su culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Además, si faltase alguna razón para reafirmar la verdad de Perogrullo de que las penas ilícitas son penas, basta pensar que en estos casos los Estados cometen también un injusto internacional y la jurisdicción supranacional los condena a reparar el mal inferido a la víctima. A este respecto cabe destacar que la carencia de una adecuada solución conforme al derecho en el plano interno da lugar a una sanción internacional al Estado y, por ende, toda conducta, de funcionarios de cualquier rama del gobierno (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) que impida alcanzar esa solución en el orden interno, es una forma de participación en un ilícito internacional.

Frente a los delitos o ilícitos cometidos por funcionarios sostuvimos –y seguimos afirmando– que el sufrimiento que la víctima padeció como pena, necesariamente le debe ser descontado o *compensado* con una reducción –o incluso cancelación, según la gravedad del daño sufrido– de la pena lícita que se le imponga o que deba cumplir o le reste por cumplir, según el caso.

En este último sentido debemos aclarar que es obvio que la prisión preventiva es una pena. Sería absurdo que la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes o de torturas, se limitase a las penas a condenados y excluyese la prisión de procesados beneficiarios del principio de inocencia.

Los argumentos de algunos procesalistas que sostienen su analogía con las medidas cautelares del proceso civil son inconsistentes: en el proceso civil es posible exigir *contracautelas*, lo que en la prisión preventiva es inimaginable; la medida cautelar civil solo puede producir un indebido daño patrimonial que eventualmente es susceptible de reparación en la misma especie. Es claro que es imposible reponer en la misma especie la libertad y la existencia de las que priva una prisionización.

Los datos porcentuales de *presos sin condena* que hemos consignado antes, indican claramente que se mantiene la *inversión del proceso penal* en la región, o sea que, para más de la mitad del total de los presos latinoamericanos, primero se les ejecuta la pena (o comienza a ejecutársela) y luego se los condena: en los hechos, la verdadera sentencia condenatoria es el auto que dispone la pretendida medida cautelar, en tanto que la sentencia definitiva deviene una suerte de revisión extraordinaria.

## 2. Las objeciones formales

Nuestra propuesta de hace tres décadas no tuvo gran repercusión en la región, pese a la alta frecuencia de penas ilícitas ejecutadas por funcionarios estatales. En aquel momento no profundizamos suficientemente en la cuestión como problema de dogmática jurídico penal y nos limitamos a responder posibles objeciones, aunque no todas eran producto de nuestra imaginación de laboratorio.

Así, pensamos que nuestra tesis podía rechazarse al argumentar en base a la intangibilidad de la *cosa juzgada* en caso de condenados. Frente a esa objeción nos parecía obvio que, al tratarse de hechos posteriores o sobrevinientes, necesariamente debían dar lugar a una revisión de la pena impuesta, además de advertir que una garantía en favor del condenado nunca debe utilizarse en su contra.

Contrarreplicar que también la *cosa juzgada* operaría como una garantía para la sociedad o el Estado, implicaría una inversión del objetivo constitucional de la exigencia de legalidad, que pasaría a entenderse como garantía de la voluntad punitiva del Estado, al igual que en el derecho penal *fascista*, en especial cuando se identifica al Estado con la *sociedad*.

Menos aún admitíamos que la falta de previsión legal del caso impidiese a los jueces adoptar la solución *compensatoria*, cuando esta no depende de la letra de la ley infraconstitucional, sino de la ley constitucional e internacional.

De máxima incapacidad justificante sería la objeción simplista de que resulta difícil *compensar*, por falta de criterios más o menos firmes, puesto que esta dificultad no es, ni remotamente, de imposible superación y, además, no faltan apelaciones a la compensación en la misma ley positiva, cuando imponen a los jueces la valoración de la intensidad de los daños, como son los supuestos de las injurias recíprocas, por no hablar de la ponderación que impone al juez el estado de necesidad justificante.

La propia gravedad o contenido ilícito de los hechos (lesiones al honor, humillaciones, privaciones ilegales de libertad, incumplimiento de los deberes funcionales, etcétera), traducida en la cuantía de la escala penal correspondiente, dan una pauta para tener en cuenta respecto de cuánto deba restarse de las penas a imponer o en ejecución.

### **3. La respuesta punitiva limitada a funcionarios**

A partir de cualquier teoría legitimante de la pena, podría sostenerse que el Estado resuelve el conflicto al limitarse a penar a los funcionarios

responsables de la ejecución de penas ilícitas, cuando estas configuren conductas típicas.

Sin recorrer todo el elenco de teorías legitimantes del poder punitivo, creemos que es suficiente con referirnos a la más idealista de estas, que sería la más idónea para rechazar la tesis *compensatoria*.

Por ende, al adoptar –únicamente *ad effectum alegandi*– la legitimación más o menos hegeliana de las penas, se podría llegar a sostener que con la punición del autor del delito se reafirma el derecho y se cancela su negación, con lo cual la cuestión quedaría supuestamente zanjada.

Esta tesis podría ensayarse hoy por quienes postulan apodícticamente que la pena es la reafirmación de la vigencia del derecho<sup>21</sup>. Desde esta posición, se podría argumentar que al penar al torturador se reafirmaría la vigencia del derecho y con eso se resolvería el problema.

Pero incluso dentro de esta tesis legitimante no podría ignorarse que el delito de tortura fue también una pena realmente ejecutada que, debido a su ilicitud, no solo no reafirmó la vigencia del derecho, sino todo lo contrario, precisamente por ser un delito. Si la pena debe seguir al delito, en estos casos, la pena que sigue al delito es otro delito. La tortura sería una pena que no solo no reafirma la vigencia del derecho, sino que, por constituir un delito, agrava o duplica la lesión, provoca una defraudación de expectativas sociales y de rol similar a la de un médico que en lugar de suturar una herida la profundice y provoque más dolor. De allí podría deducirse, incluso en el marco del idealismo normativista que, en el caso de las penas ilícitas, para cancelar la doble negación de la vigencia del derecho y reafirmarla, es menester hacer algo más que limitarse a penar al funcionario infractor.

#### **4. El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas**

La más profunda y radical diferencia con lo que planteamos hace tres décadas y lo que nos ocupa como fenómeno que se fue generalizando

<sup>21</sup> Michael Pawlik, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019.

en el tiempo transcurrido es que, en aquel momento nos referíamos a penas ilícitas impuestas y ejecutadas por agentes del Estado que, ordinariamente eran personal policial y penitenciario, pero ahora se trata nada menos que de penas ilícitas *ordenadas por los jueces*, pues cada vez que un juez envía a una persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita, conoce el estado de la prisión y, por ende, actuaría también con dolo.

Si la doctrina es poco sensible frente a las penas ilícitas ejecutadas por funcionarios administrativos, el silencio ante jueces que operan como autores mediatos de tortura resulta mucho más dramático para el prestigio y la credibilidad de la ciencia jurídico penal.

Los funcionarios encargados de ejecutar las penas habilitadas por jueces y que deban cumplirse en las cárceles deterioradas serían los autores directos, quizá amparados en la necesidad justificante o exculpante, incluso por un invencible error de prohibición, pero a los jueces no los podría beneficiar ninguna de esas eximentes.

Ni siquiera se podría argumentar en favor de los jueces que no son culpables, debido a su formación *positivista jurídica*, como se pretendió con los jueces nazis. En este caso no puede tener eficacia ese argumento, porque los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas. Pero los positivistas de hoy no pueden ignorar las normas de máxima jerarquía, perfectamente válidas y que prohíben esa clase de penas. A los jueces nazis se los pretendió exculpar por no tener una formación *jusnaturalista*, pero en el caso de las prisiones crueles de nuestra región, para nada juega cualquier consideración *supralegal*, pues para comprender que se trata de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, basta con leer las constituciones, es decir, con ser un sano y correcto positivista jurídico.

El drama de nuestros jueces latinoamericanos frente a las penas ilícitas de prisión es mucho más grave, porque parece que se los coloca en una contradicción sin salida: parecen ser autores mediatos de torturas y hasta de homicidios, incluso al valerse de autores directos amparados por eximentes; además, devendrían cómplices de ilícitos internacionales

que hacen responsable al Estado y ni siquiera podrían ampararse con el argumento con que se pretendió beneficiar a los jueces nazis.

### **5. Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas**

#### *1. Las preguntas se dirigen a la doctrina penal*

Sea que las penas ilícitas se califiquen como *tortura* o simplemente como *penas crueles, inhumanas o degradantes*, las preguntas que inmediatamente vienen a la mente son las siguientes: *¿puede admitirse que los jueces ordenen torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes? ¿Puede el derecho ordenarles asumir el papel de autores mediatos de torturas? ¿Obedecen los jueces la Constitución que juraron o se comprometieron a respetar y que prohíbe esas penas? ¿Serían responsables por las muertes y lesiones que se produzcan en esas prisiones? ¿Acaso esos resultados no son previsibles?*

Estas no son preguntas dirigidas a los políticos, es decir, a los poderes ejecutivos y legislativos de cada Estado en reclamo de una *política* —llámese *criminal* o, simplemente, *política*—, sino al propio derecho penal, a la propia dogmática jurídico penal, que debe una respuesta.

El saber o ciencia jurídico penal no es un *art pour l'art*, sino que se trata de un conjunto de conocimientos con un claro objetivo práctico: *aspira a convertirse en jurisprudencia*. Se teoriza el derecho penal con destino a los operadores del poder jurídico (jueces, ministerios públicos, defensores, trabajadores judiciales), en vistas a convertirse en sentencias, es decir, en actos de *gobierno de la polis*, como es toda sentencia, sencillamente porque emerge de una rama del gobierno del Estado republicano.

Así las cosas, cabe preguntar cómo es posible que la ciencia jurídico penal latinoamericana pase por alto que proyecta la tarea de los jueces en forma que, en la práctica, estos se conviertan en autores mediatos de delitos de tortura y hasta de homicidios.

Los penalistas podríamos no responder o evadir la respuesta con racionalizaciones, en cuyo caso también estaríamos respondiendo, porque



dejaríamos las cosas como están y los jueces seguirían imponiendo penas ilícitas. Se trata de un claro caso en que *la no respuesta es una respuesta*.

Si la doctrina debe alimentar la jurisprudencia, si en definitiva es en nuestra tradición la encargada de proveer a los jueces de los instrumentos conceptuales con que resolver sus casos, las preguntas terriblemente embarazosas antes expuestas y los cuestionamientos, aparentemente dirigidos a los jueces, no deben orientarse a estos –o, al menos, no a ellos en primer término– ni menos aún cargarles la responsabilidad de la falta de una respuesta adecuada al derecho, sino a los doctrinarios que asumen la función de proyectistas de su jurisprudencia. “La ciencia jurídico penal de la región no puede eludir la respuesta, esas preguntas deben ser respondidas por el derecho penal, como verdadero y auténtico problema de dogmática jurídico penal, pues de lo contrario deja a los jueces sin los instrumentos conceptuales para ensayar una jurisprudencia adecuada al Estado republicano y de derecho”.

## 2. *La respuesta del derecho penal también la exige la jurisprudencia suprema*

Una respuesta por parte del derecho penal –de la ciencia jurídico penal– la urge la propia jurisprudencia constitucional e internacional, incluso fuera de nuestra región. Sin pretensión de agotar sus debidos reclamos –jurídicos, por cierto, pero fuera del derecho penal– cabe recordar que la Suprema Corte de los Estados Unidos ordenó al gobierno de California reducir en determinado plazo el número de presos<sup>22</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo lo mismo con Italia<sup>23</sup>; en nuestra región se registran decisiones de máximos tribunales en

<sup>22</sup> Supreme Court of the United States, n° 09-1233, *Edmund G. Brown Jr., Governor of California et al., Appellants vs. Marciano Plata et al. On Appeal from the United States District Courts for the Eastern District and the Northern District of California*.

<sup>23</sup> *Cfr. Emergenza Carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative, Atti del Convegno Teramo*, 6 marzo 2014, a cura di Rosita Del Cocco, Luca Marafioti e Nico Pisani, Torino, 2014. 38 Constitución Brasileña de 1988, Artículo 103-A: “Art. 103-A. O Supremo.

parecido sentido en Argentina<sup>24</sup> y en Colombia<sup>25</sup>. Hoy Argentina enfrenta un problema similar en el sistema carcelario de la provincia de Buenos Aires y el máximo tribunal provincial ha impartido algunas directivas que, a su modo, también implican una demanda de respuesta a la doctrina penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ordenó medidas provisionales contra Brasil acerca de dos prisiones (Recife y Río de Janeiro)<sup>26</sup>, y dispuso que se compute a todo efecto doble el tiempo de detención en esas prisiones, excepción hecha de delitos contra la vida y la integridad física y sexual, en que también debería procederse de igual modo, pero después de una peritación criminológica.

Pero en todos estos casos se trata de decisiones de las máximas instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales dirigidas a resolver o paliar la superpoblación, que se dirigen a los Estados para que adopten medidas generales de reducción de población penal por la vía de alguna o de todas las ramas de sus gobiernos; cuál de ellas lo haga y cómo es una cuestión interna de cada Estado, en la que el derecho internacional no se entromete.

Pero lo cierto es que ninguna de ellas se funda en consideraciones de estricta dogmática jurídico penal, sino –como corresponde a la naturaleza de las decisiones– que se adoptan conforme al saber jurídico propio del derecho constitucional y del internacional, sin que hasta el momento se haya ensayado una respuesta desde la doctrina jurídico penal.

Aunque en algún caso, como el de la medida provisional de la Corte Interamericana, incumbe también a los jueces su acatamiento, lo cierto es que, incluso en ese supuesto, los jueces decidirían conforme a lo ordenado por la jurisdicción internacional para no hacer incurrir al Estado de

<sup>24</sup> Disponible en: [https://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo\\_csjn\\_comisarias\\_bonaerenses.pdf](https://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf)

<sup>25</sup> Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

<sup>26</sup> Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf)

un injusto internacional, pero no lo harían en función de consideraciones proporcionadas por la doctrina o ciencia jurídico penal.

### 3. *Los libros y el juez preocupado*

Aquí es donde se plantea el problema crucial para el saber o la ciencia jurídico penal, pues cuando un juez, consciente y preocupado por enviar personas a una prisión donde sufrirá torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, abra los libros de los doctrinarios del derecho penal, no encontrará una sola línea que le resuelva su contradicción jurídica y de conciencia.

Hallará en esos libros variadas teorías del delito, finísimamente elaboradas y discutidas, pero muy pocas páginas sobre la pena, porque en el curso del último siglo la doctrina ha hipertrofiado la teoría del delito, frente a una teoría de la pena crecientemente raquítica y con frecuencia contradictoria.

Respecto de la pena, el juez hallará en los libros de derecho penal la consabida reiteración de la vieja clasificación de las llamadas *teorías de la pena* de Anton Bauer<sup>27</sup> –copiada sin cita la mayoría de las veces–, en que se postulan objetivos *absolutos* válidos para Estados éticos (como el imaginado por Kant) o racionales (como el ideado por Hegel), que nada tienen que ver con el Estado real en el cual ejerce su jurisdicción, cuya abismal selectividad punitiva poco tiene de ético y racional.

Abrirá otros libros, en los que se sostenga que las penas deben disuadir a los que no delinquieron, para que no lo hagan, en cuyo caso, como nunca se sabe hasta dónde deben *asustar* a los ciudadanos, todos supuestamente sospechados de estar prontos para cometer delitos (presupone un pueblo de potenciales criminales), puede llegar a postular que todos los delitos sean penados con las penas máximas.

<sup>27</sup> Baeur, Anton, *Teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2018.

En otros libros, el juez leerá que las penas deben *reforzar el prestigio del Estado como proveedor de seguridad jurídica*, lo que resultará bastante paradójal, porque es impensable que una pena cruel, inhumana y degradante pueda reforzar la imagen positiva del Estado, salvo que se tomen en cuenta los reclamos del *punitivismo populachero* de los medios de comunicación hegemónicos de la región.

Abrirá más libros y verá que algunos afirman que las penas *deben cumplir* supuestos cometidos de *re-socialización*, *re-personalización*, *re-insersión*, hasta *re-moralización*, etcétera, cuando ante sus ojos es evidente que no solo no los cumplen, sino que producen exactamente el efecto contrario, como es el de condicionar futuras carreras criminales. Tampoco faltarán otros libros donde se dirá que la función de la pena debe ser la *inocuización* del delincuente, para que nunca vuelva a cometer un delito, en cuyo caso todo indicaría que lo mejor es matarlos a todos.

Pero en la gran mayoría de los libros, el juez preocupado y consciente hallará la extraña afirmación de que las penas que debe habilitar en sus sentencias deben servir para cumplir todas estas anteriores funciones ensambladas y confundidas en nebulosidades teóricas de difícil o imposible comprensión, en las que se mezcla el *deber ser* con el *ser*, cuando no directamente se ignora este último.

El juez preocupado dejará de lado todos estos libros, porque caerá en la cuenta de que ignoran la realidad del poder punitivo y, por ende, revisará las opiniones de quienes optan por incorporar los datos sociológicos de la tortura carcelaria a sus investigaciones y, por ende, reconocen y denuncian abiertamente el problema. Pero allí se encontrará con quienes se limitan a la descripción de lo que ya conoce, como también con algunos que avanzan soluciones que postulan directamente la abolición del poder punitivo o su radical reducción.

Ante semejantes respuestas, el juez quedará más desconcertado, porque se dará cuenta de que estas no están dirigidas a él, sino a políticos o reformadores sociales, a los que les proponen proyectos de futuras sociedades y culturas bien diferentes de las actuales y, por ende, modelos de

Estados tan inventados o imaginarios como el kantiano o el hegeliano, solo que esta vez sin penas o con muy pocas penas.

El juez preocupado, después de consultar los libros, tanto de quienes legitiman las penas como de los que las deslegitiman, deberá cerrarlos resignadamente, porque no hallará nada que le ayude a resolver la contradicción jurídica y ética que le plantea habilitar con sus decisiones penas crueles, inhumanas o degradantes –y tal vez torturas o muerte–, es decir, penas ilícitas y prohibidas por la propia constitución de su país.

Conforme hemos visto, en el caso, *un derecho penal que no responde, en verdad, le está respondiendo a los jueces que continúen haciendo lo que hacen, es decir, que continúen habilitando privaciones de libertad ilícitas, incluso torturas y hasta penas de muerte por azar.*

En verdad, de todos esos libros surge la siguiente directiva hacia el juez:  *siga sentenciando como lo hace, no se preocupe si las penas que impone son en realidad torturas, ese no es su problema y tampoco el nuestro como doctrinarios y penalistas. No nos moleste ni importune con esas preguntas. No se entrometa en lo que no le incumbe, ese es problema de los políticos, ni suyo ni nuestro.*

#### 4. La compartimentalización del sistema penal

Realmente, una dogmática jurídico penal que no sea capaz de ofrecer una respuesta al juez consciente y preocupado de nuestra región, no solo está fallando en aportar racionalidad republicana al derecho, sino que incurre en un mal mayor: *compartimentaliza* al sistema penal de un modo tan extremadamente radical que invita a los operadores de las agencias del poder jurídico (jueces, fiscales, defensores, personal judicial) a desentenderse por entero de lo que hacen las otras agencias del propio sistema; desarticula y descoyunta en tal forma el sistema penal, que induce a los jueces a omitir toda consideración acerca del resultado real de sus actos de *gobierno de la polis*, cuando esta naturaleza es esencialmente inherente a su función en un sistema republicano que, por definición, impone la racionalidad en todo acto de gobierno.

Al segmentar de esta manera al sistema penal, cada agencia (policía, jueces, penitenciarios, legisladores, políticos, medios de comunicación, académicos) concluirá que en su respectivo ámbito hace lo debido y, por ende, nadie será responsable del resultado del conjunto, es decir, de las torturas, las muertes y las penas crueles, inhumanas y degradantes.

Para extremar este planteo hasta el límite del absurdo e incluso de lo terrorífico, cabe recordar que también Eichmann alegaba que se limitaba a cumplir con su labor de programador de trenes y nada más. La ciencia jurídico penal que legitimase el argumento del programador de trenes, no solo caería en el descrédito, sino que perdería toda legitimidad, como saber limitado a la programación del reparto de penas crueles, inhumanas y degradantes, semejante a un autómatas o a un aparato mecánico de producción de órdenes de penas ilícitas y de torturas. Estaríamos ante una nueva *banalización del mal*.

Esta inadmisibles conclusión pone de manifiesto que es obvio que se requiere una respuesta desde la propia dogmática jurídica, que incluso se la están reclamando las decisiones antes señaladas de tribunales supremos y de la jurisdicción internacional, es decir, que se las reclama el propio saber jurídico desde sus ramas constitucional e internacional.

Basta leer disposiciones como la de la Constitución argentina para llamar a la realidad al saber o ciencia jurídico penal, como saber proveedor de respuestas a los jueces: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice" (artículo 18 *in fine*).

##### 5. ¿Una respuesta jurídica idealista?

El mínimo realismo jurídico –inevitable para proponer algo racional– tampoco puede admitir una respuesta reducida a pura lógica jurídica, que pretenda simplemente que el juez libere a los presos para evitar que

sigan sufriendo estas torturas, aunque desde la lógica pura, el planteo sea irrefutable: si las penas son ilícitas deben cesar de inmediato<sup>28</sup>.

Ante semejante propuesta, el juez imaginará que con el punitivismo populachero reinante en todos nuestros países tardocolonizados, rápidamente sería linchado por los medios hegemónicos y destituido, pero aun aceptando heroicamente ese destino, lo cierto es que, en el plano de la realidad, al menos su intuición le indicará que esa propuesta no se ajusta al objetivo político que a su función –y a la de todos los agentes del Estado– le señala la Constitución Nacional.

Esta respuesta –en el fondo tan idealista como el silencio doctrinario– generaría alarma social, igualaría a los pequeños ladrones o fumadores de marihuana catalogados como distribuidores con los feminicidas y parricidas, no tendría en cuenta el grado de deterioro ya sufrido por las víctimas, confundiría a condenados con procesados, es decir, trataría de igual modo a personas que se hallan en situaciones desiguales, todo lo cual dista de ser racional y acaba por confundir más las cosas, sin perjuicio del riesgo de desatar una reacción paradójica de mayor represión.

El juez preocupado, incluso dispuesto a afrontar la agresión despiadada del *punitivismo populachero*, no podría dejar de pensar que esa respuesta no es la adecuada a los objetivos generales del derecho que –en el caso argentino– le señala la Constitución Nacional: *afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad* (Preámbulo).

#### IV. Una necesaria respuesta dogmática

##### 1. La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico

En modo alguno es verdad que la dogmática jurídico penal carezca de elementos conceptuales para ofrecer una respuesta racional a la

<sup>28</sup> Así, Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, p. 154 y bibliografía allí citada.

contradicción planteada. Es imposible que la paciente elaboración de la doctrina jurídico penal a lo largo de un milenio carezca hoy de los elementos capaces de brindar a los jueces un sistema que satisfaga los requerimientos más elementales de un modelo aproximado de Estado Constitucional de Derecho.

El método llamado usualmente *dogmático* exige que la ley a interpretar se descomponga en elementos o *dogmas* que deben disponerse en forma de sistema sin alterarlos en lo más mínimo. Es algo así como hacer del barro ladrillos, apilarlos y luego seleccionarlos y disponerlos en forma armónica en la construcción de un edificio, que en nuestro caso es el *sistema o modelo jurídico*. Así como el edificio no debe desafiar la ley de la gravedad, en nuestro caso, la recomposición de estos *dogmas* en forma de sistema debe respetar el principio de *no contradicción* o de *completividad lógica*.

En el actual momento de nuestra cultura jurídica, para elaborar una respuesta no es necesario invocar ningún principio o criterio *supralegal*, como sucedía en el siglo XIX europeo, en que los doctrinarios (Feuerbach, Carrara, entre otros) debían superar el nivel del derecho positivo, porque carecían de constituciones y de derecho internacional de los derechos humanos.

El planteo dogmático penal actual no tiene ninguna necesidad de exceder los límites del puro positivismo jurídico, porque lo que antes se buscaba *supralegalmente*, hoy está incorporado a la ley positiva constitucional e internacional. Si bien esto no cancela las respetables discusiones jusfilosóficas entre *jusnaturalistas* y *positivistas*, lo cierto es que, a los efectos prácticos y en cuanto a nuestro objetivo actual, estas disputas carecen de relevancia, porque la cuestión se resuelve en el marco del derecho positivo.

Es claro que, para hallar esa solución, así como respuesta a quienes pretendan que la que proponemos no está prevista en la ley, debemos comenzar por subrayar que los *dogmas* que deben emplearse en la construcción del sistema también están jerarquizados. El sistema se construye dogmáticamente como un edificio, y para eso hay ladrillos (*dogmas*) más grandes y fuertes que los otros y que, por ende, deben colocarse en la base.



Estos son los *dogmas* o elementos resultantes del análisis y descomposición de las leyes de mayor jerarquía: la ley constitucional e internacional (en el caso argentino, esta última está incorporada a la Constitución en función del inciso 22° del artículo 75).

La objeción que podría alzarse contra la solución que proponemos, con el argumento de que se trata de decisiones supuestamente *extralegales*, obedecería a un errado entendimiento de cuáles son los *dogmas legales* que debe recomponer la dogmática jurídico penal.

Esa objeción solo la podría argüir quien –al incurrir en un gravísimo error– se limitase a recomponer los dogmas de la ley penal de menor jerarquía y desdenase los que provienen del análisis de las leyes de mayor jerarquía. Con este extraño y tan curioso como inexplicable criterio, nunca la dogmática jurídico penal podría hacerse cargo de la enorme contradicción que implica dejar sin solución la evidencia aberrante de que los jueces se convierten en autores mediatos de torturas.

Estos errores son –en buena medida– fruto de una tradición legislativa y doctrinaria contradictoria. Nuestras constituciones, desde los orígenes de nuestros Estados, han seguido las líneas generales del modelo norteamericano, no por servilismo, sino porque en tiempos de nuestras independencias era casi el único vigente de carácter republicano. Por ello, al menos en el plano del *deber ser*, siempre tuvimos Estados *Constitucionales* de derecho, o sea que dispusimos de un tribunal que debió ejercer el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

No obstante, a la hora de elaborar la doctrina correspondiente a casi todas las otras ramas del derecho, nos inspiramos (y muchas veces copiamos) la doctrina europea, sin advertir que los Estados europeos eran Estados *legales* de derecho, que no conocían en control de constitucionalidad, puesto que este apareció allí esporádicamente en Austria hace apenas un siglo, desapareció y solo se difundió por todo el continente a partir de la última posguerra.

De esta contradicción en las fuentes resulta la extraña idolatría doctrinaria a la ley de menor jerarquía, que en la dogmática jurídico penal

tiende a desdeñar los *dogmas básicos* de las leyes de máximo nivel cuando se trata de las penas.

La solución dogmática a que llegaremos conforme al método así entendido, es decir, al reconstruir el sistema con su base asentada en los dogmas resultantes del análisis de las leyes constitucionales, tiene un claro fundamento legal: las constituciones y el derecho internacional son las normas fundamentales y las primeras que debe tomar en cuenta la construcción jurídica. La realidad de las prisiones hace que las penas de prisión sean ilícitas e incluso configuren torturas. Estas penas están prohibidas por esas normas fundamentales: por ende, por mandato constitucional, el juez debe habilitar solo penas lícitas o, al menos, lo menos ilícitas que sea posible en sus circunstancias concretas.

## **2. El principio de proporcionalidad de las penas**

Descartada la vieja *peligrosidad* de cuño policial y propia del reduccionismo biológico racista del siglo XIX, hoy impera casi general coincidencia en que la pena debe adecuarse a la culpabilidad por el hecho, que corresponde siempre al contenido ilícito de cada injusto.

Esta adecuación la impone el llamado *principio de proporcionalidad*, que no es necesario explicar al apelar a cualquier teoría retributiva de la pena, sino como simple criterio de racionalidad impuesto por el principio republicano de gobierno: no es admisible que el Estado responda con penas desproporcionadas al contenido ilícito (a la jerarquía y entidad de la lesión del bien jurídico causada por el injusto) y al grado de reproche de culpabilidad conforme a las circunstancias concretas del hecho. En el extremo inferior, cuando el ilícito sea insignificante, incluso se debe prescindir de la respuesta punitiva (*principio de insignificancia*), en función del antiquísimo principio *de minimis non curat praetor*.

Por cierto, es obvio que *una pena importa un contenido penoso*, aunque el sujeto la esté procurando consciente o inconscientemente para resolver su subjetividad *culpógena*, como lo sostenía Freud. Nadie puede sentirse muy feliz de estar preso, salvo los casos muy avanzados de deterioro institucional total.

Ese contenido penoso es el propio e inherente a la privación de libertad de movimientos y traslado que implica la privación de libertad locomotiva prisional y de sus inevitables consecuencias. Esa es la base sobre la cual el legislador mide en el código penal las penas privativas de libertad en tiempo lineal, al fijarlas en las respectivas escalas penales.

En el plano de la realidad de la ejecución penal, es posible que se haya normalizado un contenido penoso un tanto superior a lo estrictamente lícito, lo que por lo general sucede, pero cuando se supera este exceso normalizado y el contenido penoso alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana y degradante o el de un delito de tortura e incluso de alto riesgo de muerte, ese *plus*, que es obviamente ilícito, desequilibra la relación *tiempo-sufrimiento* presupuesta por el legislador en el código al establecer las escalas penales.

La pena de prisión proporcional implica un determinado tiempo de sufrimiento adecuado a la culpabilidad por el hecho, pero si el sufrimiento es mucho mayor, ese tiempo de sufrimiento superior quiebra la proporcionalidad y viola el correspondiente principio republicano: se está infligiendo a la persona un sufrimiento que no fue calculado por el legislador en el código al momento de establecer el tiempo de duración de la pena de prisión.

La razón indica que: si ( $X$  sufrimiento =  $Z$  tiempo); a ( $X \times 2$  sufrimiento) debe corresponder ( $Z - 2$  tiempo). Se trata de una cuestión de pura lógica, que hace a la completividad de la construcción dogmática dirigida al juez y a los operadores del poder jurídico en general.

Al contrario de quienes creen que con esto violamos el método dogmático, afirmamos que lo aplicamos en forma correcta, tomando en cuenta que ( $X \times 2$ ) es un dato de la realidad igual a que el sujeto activo de un hurto se apoderó de una cosa mueble ajena. Si el dato real debe tomarse en cuenta para determinar la tipicidad de lo que *no debió ser* (el delito), también debe tomarse en cuenta para determinar si su consecuencia es *como debe ser* (la pena).

Al hacerlo se hace patente que ese tiempo de pena no corresponde al que previó el legislador que hizo el código, sino a una pena que quiebra

el principio constitucional de proporcionalidad y, por ende, nos manda a recalcular el tiempo adecuándolo al grado de sufrimiento, para restablecer la vigencia y el acatamiento al principio de proporcionalidad (a la Constitución).

### **3. El problema de las penas de prisión en ejecución**

Pero lamentablemente, las penas privativas de libertad ilícitas no se limitan a imponer un sufrimiento indebido a sus víctimas, sino que, al atender a lo que enseña la experiencia y las ciencias sociales –y tal como lo señalamos–, ejercen un efecto gravemente deteriorante sobre estas y las condiciona a conductas más violentas, al hacerles internalizar los caracteres estereotípicos que decidieron su selección criminalizante y, por ende, reproducir violencia y determinar las llamadas *carreras delincuenciales*, con su secuela de reiteraciones, incluso de mucha mayor gravedad lesiva.

Esas penas ilícitas han sido ejecutadas –al menos en parte– y ese efecto reproductor no puede descartarse ni dejarse de lado a la hora de resolver el problema en la dogmática jurídica, puesto que se trata de otro dato de la lamentable realidad: el daño de la pena ilícita se ha producido en muchos casos.

Es obvio que este hecho no autoriza a ningún derecho penal a convertirse en *derecho penal de autor*, por lo cual esta variable debe descartarse. No obstante, el saber o ciencia penal que incorpore los datos reales no puede dejar de tener en cuenta la información acerca del efecto deteriorante sufrido con frecuencia por las víctimas y, dado que el derecho penal de autor es un camino prohibido, *debe adoptar un criterio objetivo para tomar decisiones* cuando se le impone hacer cesar penas ilícitas.

Este criterio no puede ser otro que la naturaleza del delito por el cual la persona está procesada o condenada, o sea, adoptar alguna precaución en el caso de condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexual y mediante el uso de armas de fuego con potencialidad letal.

Pero este criterio objetivo aplicado a rajatabla también resulta inadecuado para la paz interior y a la vez lesivo de la proporcionalidad, porque no todas las personas condenadas por estos delitos –y con mayor razón las que ni siquiera han sido condenadas y no se sabe si realmente son culpables– presentan los mismos signos de deterioro con características que hagan que la reducción del tiempo de pena, la adopción de medidas de control menos severas que la privación de libertad o su eventual liberación sean susceptibles de alterar la *paz interior*.

Queda claro que el *camino prohibido* del derecho penal de autor impide volver a la vieja *peligrosidad* como *pronóstico de conducta* que –como dijimos– es un concepto policial propio del positivismo racista, que pretende penar delitos que no solo no se han cometido, si no que ni siquiera han sido imaginados.

Ante la evidencia de que el criterio puramente objetivo abarcaría a muchas personas no deterioradas en el antes mencionado sentido, se impone reducirlo mediante peritajes que determinen el grado de *agresividad* de la persona privada de libertad por alguno de los antedichos delitos, para adoptar medidas más prudentes al compensar el sufrimiento con el tiempo en caso de particular agresividad, como por ejemplo controles electrónicos, sometimiento a vigilancia con asistente de prueba o semejantes.

Nos referimos a la *agresividad* –y en modo alguno, reiteramos, a la *peligrosidad*– porque esta es un dato verificable pericialmente, puesto que se trata de una característica real y existente, en tanto que la vieja *peligrosidad* era un simple juicio de probabilidad sin mayor fundamento. Ningún juez puede estar muy seguro de lo que hará en el futuro un condenado o procesado y ni siquiera tampoco el propio juez; en lugar, con una adecuada peritación psicológica puede tener una altísima certeza acerca de la agresividad presente en la personalidad de quien tiene delante.

De cualquier manera, sabemos que los presos por los delitos que señalamos no suelen superar el 20 % de la población penal, de modo que lo antes dicho no afectaría el nuevo cálculo de tiempo en aproximadamente los cuatro quintos de los casos y, dentro del 20 % que podría ser

afectado, lo sería solo en los supuestos de personalidades con alto nivel de agresividad.

#### **4. Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse**

De toda forma, el nuevo cálculo de tiempo, si bien restablece la observancia del principio de proporcionalidad no resuelve la totalidad de los problemas, porque igualmente, una pena ilícita no deja de serlo del todo porque se acorten sus tiempos, dado que el período que reste de cumplimiento lo seguiría siendo en una cárcel deteriorada. *Compensar* el tiempo el *plus* de sufrimiento, no legitima ese *plus* que, en definitiva, la Constitución no permite, cualquiera sea el tiempo durante el que se lo haga sufrir.

Además, queda en pie la cuestión de quienes aún no hayan sufrido prisión, en cuyo caso también sería inaceptable que los jueces los encierren en prisiones deterioradas, puesto que seguirían habilitando y disponiendo penas ilícitas.

En este último supuesto, el primer paso para una solución pasaría por atenerse estrictamente a los límites fijados por la jurisprudencia internacional para las prisiones provisionales o preventivas, es decir, estrictamente limitadas a los supuestos de riesgo de rebeldía o interferencia de la investigación y por plazos cortos, conforme a la misma jurisprudencia.

Un segundo paso consistiría en limitar las prisiones preventivas o provisionales a las personas procesadas por los delitos que señalamos como criterio objetivo, dejando de imponer detención preventiva o pena privativa de libertad para todas las demás. Incluso en ese 20 % de delitos objetivamente demarcados, tampoco se impondrían prisiones preventivas si las peritaciones no pusiesen de manifiesto una alta agresividad o bien, cuando la libertad de la persona sea susceptible de generar conflictos graves o represalias.

De este modo, al no incrementar innecesariamente el ingreso de personas a las prisiones y, paralelamente, reducir proporcionalmente las penas de los ya presos, se iría provocando una paulatina reducción de la población penal, hasta lograr, por la mera acción de los jueces, que

esta alcance una aproximación tolerable en relación con la capacidad de cada establecimiento.

La solución conforme a la dogmática jurídico penal de la pena así entendida, convertida en jurisprudencia, no eliminaría la ilicitud de todas las penas instantáneamente, sino que –de forma dinámica– daría lugar a una reducción de las penas ilícitas habilitadas y a una menos ilicitud de las habilitadas, hasta que la continuidad jurisprudencial llevaría a la eliminación del resto de ilicitud de las habilitadas.

Es menester precisar que la solución respecto de las penas cuya ejecución no hubiese comenzado, no debe confundirse con lo que sucede en Brasil desde hace años, en donde se mantienen las prisiones sobrepobladas, pero al mismo tiempo no se cumplen las órdenes de captura, y se acumulan estas hasta alcanzar la cifra astronómica de 600.000. Cada vez que se produce una vacante en la prisión superpoblada, se selecciona a alguna de las personas sobre las que pesa orden de captura y se la lleva a la cárcel.

Esta insólita situación, al tiempo que mantiene la superpoblación carcelaria –las prisionizaciones continúan siendo ilícitas–, proporciona una nueva fuente de recaudación autónoma a la policía, encargada de seleccionar a quién escoge en caso de vacante en la prisión.

### ***5. No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces***

Si bien la situación de los jueces que adopten estos criterios señalados dogmáticamente podría considerarse análoga a la del estado de necesidad del médico que no cuenta con los medios técnicos adecuados ni puede obtenerlos oportunamente ante un paciente que, en caso de no atenderlo de inmediato con los precarios medios disponibles, inevitablemente habría de morir. Es deber del médico intentar salvarle la vida con los elementos que tiene a su disposición, puesto que de no hacerlo incurriría en una tipicidad de omisión de auxilio.

Por lo general, hemos considerado que el médico en esa emergencia se hallaría amparado por una justificación de estado de necesidad, pero

es llegado el momento de reflexionar al respecto. En el caso del médico, estaría violando un deber de cuidado, pero en su circunstancia sería de imposible observancia y la solución tradicional, por vía del estado de necesidad, se justificaría porque la conducta sería típicamente culposa.

No obstante, sería cuestión de reflexionar si esta solución –postulada por lo general hasta el presente– es correcta, porque si en realidad al dejar de asistir al paciente con los precarios medios disponibles incurre en una conducta típicamente omisiva, se trataría de un cumplimiento de deber jurídico que dejaría atípica su conducta.

Pero en el caso del juez la situación es aún más clara, porque si ignorase la situación que le impone la administración con sus acciones u omisiones al permitir el deterioro de las prisiones, incurriría en una grave violación a su deber de obedecer ante todo los mandatos constitucionales.

En este caso, ni siquiera se puede plantear la posibilidad de una causa de justificación por necesidad –ni menos aún por necesidad exculpante–, sino que, al recalcular el tiempo o reducir las órdenes de prisión preventiva, con las debidas precauciones antes mencionadas, no estaría haciendo otra cosa que cumplir directamente con su deber jurídico, conforme se lo impone la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, se trata de una conducta completamente atípica.

No faltará quien pueda pensar que el juez que aplica esta doctrina incurre en la conducta de prevaricato (*el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo*, artículo 269 del Código Penal argentino).

No obstante, respecto de este tipo, la conducta del juez que siga lo que una sana dogmática jurídico penal le indica, sería por completo atípica, porque solo podrían alegar la tipicidad el Ministerio Público o los querellantes que interpreten la palabra *ley* del respectivo tipo legal, como limitada a las leyes penales ordinarias y excluyan del concepto a la *ley constitucional* que –como vimos– es la inadmisibles fuente de todos los errores en la materia.



Esta interpretación aberrante y la consiguiente imputación de prevaricato al juez –como lo hemos señalado– estaría basada en una dogmática jurídico penal por completo ajena a la que corresponde a un Estado Constitucional de Derecho, como son todos los latinoamericanos. El juez actuaría atípicamente en cuanto al tipo de prevaricato, porque estaría decidiendo conforme a la *ley constitucional* en todos los casos y, además, interpretando la *ley ordinaria* (el Código Penal) conforme al principio de proporcionalidad en la forma que el legislador ordinario presupuso al fijar las escalas penales en tiempo.

## V. Conclusión

La sobrepoblación penal es un problema político para la administración (Poder Ejecutivo) y también para los legisladores, pero cuando estos hacen caso omiso del deterioro carcelario, a los jueces no les resta otro camino que resolver habilitando únicamente penas lícitas, so pena de convertirse en autores mediatos de tortura y hasta de homicidio culposo o con dolo eventual.

El principio de proporcionalidad –implícito en la exigencia de racionalidad de toda medida de gobierno republicano– debe ser restablecido cuando las condiciones de deterioro carcelario hubiesen roto la relación que presupone el legislador ordinario entre el tiempo de privación de libertad y el sufrimiento que implica.

Cuando el grado de sufrimiento alcanza el nivel de pena cruel, inhumana o degradante o de tortura, son los jueces los que –en obediencia al mandato constitucional y a la consiguiente prohibición de esas penas ilícitas– deben restablecer la observancia del principio de proporcionalidad conforme a las reglas de su arte, las cuales le deben ser indicadas por la ciencia jurídico penal con su metodología dogmática bien entendida, es decir, fundada sobre los *dogmas* básicos derivados del análisis de la ley constitucional.





